



UNIVERSIDADE
FUMEC

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 16 | 2021
Número 3

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. 3
(set./dez. 2021)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v. : il.

Quadrimestral

ISSN 2238-6939 (Online)

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

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

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

Conselho Editorial

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

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

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

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

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

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

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

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

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

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

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

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

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

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

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

Nattan Nisimblat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

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

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

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

SUMÁRIO/SUMMARY

Artigos

- AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES FAMILIARES: É POSSÍVEL NAMORAR ATUALMENTE?10
THE PRIVATE AUTONOMY IN FAMILY RELATIONS: IS IT POSSIBLE TO BE IN A RELATIONSHIP NOWADAYS?
Franciele Barbosa Santos
Daniela Braga Paiano
- ALTERAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PRENOME E GÊNERO DO TRANSGÊNERO: O
EQUILÍBRIO ENTRE OS INTERESSES APRESENTADOS.....28
*ADMINISTRATIVE CHANGE IN TRANSGENERY'S FIRST NAME AND
GENDER: THE BALANCE AMONG THE INTERESTS PRESENTED*
Camila Caixeta Cardoso
Elisa Caixeta Cardoso
- ENSINO DO DIREITO DE FAMÍLIA POR MEIO DA MÚSICA43
TEACHING FAMILY LAW THROUGH MUSIC
Bárbara Jordana da Silveira Soares
Frederico de Andrade Gabrich
Luiza Machado Farhat Benedito
- A VIOLAÇÃO POSITIVA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: OS APOIADORES COMO
PENITUS EXTRANEI E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE O APOIADO E TERCEIROS60
*POSITIVE BREACH OF THE SUPPORTED DECISION-MAKING: SUPPORTERS AS PENITUS
EXTRANEI AND ITS CIVIL LIABILITY TO THE SUPPORTED AND THIRD PARTIES*
Gilberto Fachetti Silvestre
Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues
Igor Gava Mareto Calil
- A SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA DAS MULHERES NA DIMENSÃO DOS DIREITOS
HUMANOS: A BUSCA AO RECONHECIMENTO.....83
*THE SEXUAL AND REPRODUCTIVE HEALTH OF WOMEN IN THE DIMENSION
OF HUMAN RIGHTS: THE SEARCH FOR RECOGNITIONRECOGNITION*
Janaína Machado Sturza
Joice Graciele Nielsson
Letícia Gheller Zanatta Carrion
- RESPONSABILIDADE CIVIL E NOVAS TECNOLOGIAS: DESAFIOS E IMPACTOS
CONTEMPORÂNEOS NA PUBLICIDADE INFANTIL.....100
*CIVIL LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES: CONTEMPORARY
CHALLENGES AND IMPACTS ON CHILDREN'S ADVERTISING*
Cristofer Paulo Moreira Rocha Silva
Michael César Silva
Rayenne dos Santos Lima Cruz
- A AMPLIAÇÃO DA LICENÇA PATERNIDADE SOB A ÓTICA DO PL Nº 3935/08..... 124
THE EXPANSION OF THE PATERNITY LICENSE UNDER THE PERSPECTIVE OF PL NO. 3935/08
Marcos Antunes Kopstein

GESTÃO DEMOCRÁTICA: UMA ANÁLISE ACERCA DAS PERSPECTIVAS DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS À LUZ DA IDEIA DE “RACIONALIDADE SOCIAL DELIBERATIVA” DE JÜRGEN HABERMAS	136
<i>DEMOCRATIC MANAGEMENT: AN ANALYSIS OF THE PERSPECTIVES OF REDUCING REGIONAL AND SOCIAL INEQUALITIES IN THE LIGHT OF JÜRGEN HABERMAS “DELIBERATIVE SOCIAL RATIONALITY” IDEAL</i>	
Regina Célia de Carvalho Martins Patrícia Silva de Almeida Walkiria Martinez Heinrich Ferrer	
AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DAS TEORIAS DE JÜRGEN HABERMAS E PETER HÄBERLE.....	150
<i>JUDICIARY BRANCH'S PUBLIC HEARING AND THE PERSONALITY RIGHTS: AN ANALYSIS BASED ON JÜRGEN HABERMAS AND PETER HÄBERLE'S THEORIES</i>	
Dirceu Pereira Siqueira Bruna Caroline Lima de Souza	
A PENSÃO ALIMENTÍCIA A PARTIR DO PARENTESCO POR AFINIDADE: POSSIBILIDADE E FUNDAMENTOS JURÍDICOS NO BRASIL	168
<i>ALIMONY FROM AFFINITY KINSHIP: POSSIBILITY AND LEGAL BASIS IN BRAZIL</i>	
Nadinne Sales Callou Esmeraldo Paes	
A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL NÚMERO 84 DE 2019: SUSTENTABILIDADE FISCAL E O PACTO FEDERATIVO	188
<i>PROPOSAL FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENT 84, OF 2019: FISCAL SUSTAINABILITY AND THE FEDERATIVE PACT</i>	
Virgínia Ramos Castilho Rafael José Nadim de Lazari	
ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA E AS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA REFLEXÃO EM HABERMAS ACERCA DA REFORMULAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE A SOCIEDADE CIVIL E O ESTADO	205
<i>DIALOGIC ADMINISTRATION AND NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS FROM THE PERSPECTIVE OF ADMINISTRATIVE PARTICIPATION: A REFLECTION IN HABERMAS ON THE REFORMULATION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN CIVIL SOCIETY AND THE STATE</i>	
Cintya Martins Moreira Edimur Ferreira de Faria	
A ADOÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA SOB A VISÃO DA NOVA EMPRESARIALIDADE NA PRESERVAÇÃO EMPRESARIAL EM FACE DE PRÁTICAS CORRUPTIVAS OU DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	223
<i>THE ADOPTION OF CORPORATE GOVERNANCE UNDER THE VIEW OF NEW ENTREPRENEURSHIP IN BUSINESS PRESERVATION IN VIEW OF CORRUPTIVE PRACTICES OR ADMINISTRATIVE IMPROBITY</i>	
Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia Adalberto Simão Filho Luiz Eugenio Scarpino Junior	
SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS: LACUNAS DO TEMA 793.....	242
<i>SOLIDARITY OF THE FEDERATIVE ENTITIES: GAPS IN THE THEME 793</i>	
Homero Lamarão Neto Eliana Maria de Souza Franco Teixeira Matheus Coelho da Silva	

PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS PELO PARLAMENTO: UMA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO APLICADA AO CASO DE GOIÁS.....	263
<i>PROCESSING AND JUDGMENT OF PUBLIC ACCOUNTABILITY BY PARLIAMENT: A PERFORMANCE EVALUATION APPLIED TO THE CASE OF GOIÁS</i>	

Robert Bonifácio da Silva
Victor Hugo Gomes Lopes
Lucas Cavalcanti Velasco

AS PRINCIPAIS QUESTÕES DA REFORMA TRABALHISTA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	284
<i>MAIN ISSUES OF LABOR REFORM AND PERSONALITY RIGHTS IN EMPLOYMENT RELATIONS</i>	

Marcela Sandri Pires
Leda Maria Messias da Silva

DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA, PROFILING E GEOLOCALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS JURÍDICOS DO GEO-PRICING E GEO-BLOCKING.....	302
<i>ALGORIMIC DISCRIMINATION, PROFILING AND GEOLOCATION: AN ANALYSIS OF THE LEGAL IMPACTS OF GEO-PRICING AND GEO-BLOCKING</i>	

José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Arthur Pinheiro Basan

REAVALIANDO O ABUSO DE PODER ECONÔMICO EM MERCADOS DIGITAIS: A DECISÃO DO CADE NO CASO GOOGLE SHOPPING	321
<i>REASSESSING THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN DIGITAL MARKETS: CADE'S DECISION IN THE GOOGLE SHOPPING CASE</i>	

Gabriel Felipe Nami Inácio
Gustavo Ferreira Ribeiro

AGRICULTURA FAMILIAR, METAMORFOSES DA VIDA SOCIOECONÔMICA E ACESSO A DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS	343
<i>FAMILY AGRICULTURE, METAMORPHOSES OF SOCIO-ECONOMIC LIFE AND ACCESS TO PENSION RIGHTS</i>	

Eliziário Toledo
Jane Lucia Wilhelm Berwanger

VIOLÊNCIA E MÍDIA: A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E PROPAGAÇÃO DE ESTEREÓTIPOS.....	365
<i>VIOLENCE AND MEDIA: THE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS AND PROPAGATION OF STEREOTYPES</i>	

Anna Paula Bagetti Zeifert
Marcello Kochhann Lucas

Comentários jurisprudenciais

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JULGAMENTOS PENAIIS: CONSIDERAÇÕES EM DIREITO COMPARADO.....	380
<i>JUDICIAL REVIEW AND CRIMINAL TRIALS: CONSIDERATIONS IN COMPARATIVE LAW</i>	

João Paulo Gomes Massaro
Fernanda Carolina de Araújo Ifanger
Lucas Catib de Laurentiis

EDITORIAL

O Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC (mestrado) apresenta a Revista *Meritum*, periódico tradicional e referência no Direito (Qualis-Capes B1), à comunidade acadêmica, com a missão de ser instrumento efetivo para a divulgação de trabalhos científicos desenvolvidos no Brasil e no exterior, em consonância com as linhas de pesquisa "Autonomia Privada, Regulação e Estratégia" e "Esfera Pública, Legitimidade, Controle".

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

Registramos quanto à atividade editorial da Revista *Meritum*, no período de 2020/2021, o recebimento de 338 submissões de artigos. Importante consignar que, a partir de Volume 15, de 2020, adotou novo formato de capa e diagramação das páginas. Passou a periodicidade quadrimestral (3 números por ano), com recebimento de artigos para avaliação em fluxo contínuo. Além disso, está internacionalizada, por meio do DOI, ou seja, possui identificador de objeto digital, que permite que a publicação seja identificada de forma única e persistente no ambiente Web. Introduziu a versão em inglês dos artigos escritos em língua portuguesa e a versão em áudio MP3. Foi criada nova seção permanente Dissertações do PPGD FUMEC com o objetivo de dar visibilidade às dissertações defendidas pelos mestrandos.

A Revista *Meritum*, nesse contexto de qualidade acadêmica, iniciou o ano de 2021, no Volume 16, com mais novidades: 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.

Nas edições dos Volumes 15 e 16, foram prestigiadas as questões do universo jurídico relacionadas ao Estado Democrático de Direito e a efetivação de direitos fundamentais constitucionais. Análises e debates sob perspectivas que auxiliam a interpretar criticamente a contemporaneidade e os desafios que dela advêm.

Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso entre os conflitantes. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Os textos foram ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional, para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

A propósito da edição 3 de 2021, os artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 16, 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.

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.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro

Coordenação Editorial

AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES FAMILIARES: É POSSÍVEL NAMORAR ATUALMENTE?

THE PRIVATE AUTONOMY IN FAMILY RELATIONS:
IS IT POSSIBLE TO BE IN A RELATIONSHIP NOWADAYS?

FRANCIELE BARBOSA SANTOS¹

DANIELA BRAGA PAIANO²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a aplicação da autonomia privada nas relações interpessoais, principalmente na afetiva e, nesse caso, ao namoro, considerando que atualmente tal relação aproxima-se demasiadamente da união estável. Muitas vezes, pelo fato de os casais viverem plenamente esse relacionamento, a união estável é reconhecida de forma indevida, invadindo a esfera da autonomia das pessoas de determinar o modo como se relacionam. Para tanto, partiu-se da análise e diferenciação de autonomia da vontade e autonomia privada, sua correlação com o princípio do direito de família mínimo e com o direito fundamental ao livre planejamento familiar aplicado às relações familiares e, por fim, se seria possível namorar atualmente. No decorrer do trabalho, constatou-se que, para que as pessoas possam namorar livremente e, por consequência, sintam-se realizadas em seu plano pessoal, atingindo a felicidade almejada, é necessária a mínima intervenção na esfera privada do casal. Assim, deve prevalecer a liberdade das pessoas de determinar o modo de vivenciar o seu relacionamento, sem sofrerem ingerências que possam levar ao reconhecimento de uma união estável não desejada e inexistente. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo mediante pesquisas bibliográficas, estudo da legislação pátria e da doutrina.

Palavras-chave: autonomia privada; direito de família; liberdade; namoro; união estável.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the application of private autonomy in interpersonal relationships, especially affective relationships and, in this case, dating, considering that, currently, this type of relationship is too close to common-law marriage. Many times, because couples live their relationship to the fullest, common-law marriage is unduly recognized, thus invading the sphere of people's autonomy to determine how they relate to each other. In order to do so, we started by analyzing and telling apart autonomy of will from private autonomy, their correlation with the principle of minimum family law and fundamental right to free family planning applied to family relationships and, finally, debate whether it is possible to date today. It was found that, for people to be

- 1 Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Pós-graduanda em Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Vinculada ao projeto de pesquisa "Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias". ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6255-5907>.
- 2 Pós-Doutoranda e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), professora adjunta no departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenadora do projeto de pesquisa "Contratualização das relações familiares e sucessórias", cadastrado sob n. 12475 na PROPPG da UEL. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8926-6555>.

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

SANTOS, Franciele Barbosa; PAIANO, Daniela Braga. Autonomia privada nas relações familiares: é possível namorar atualmente?. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 3, p. 10-27, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8735>.

able to date freely and, consequently, fulfill their personal goals, achieving their so desired happiness, minimum intervention in the couple's private sphere is necessary. Thus, people's freedom to determine how to experience their relationship should prevail, without interference that could lead to an unwanted and non-existent common-law marriage situation. In order to do so, the deductive method was used through bibliographical research, and the study of Brazilian legislation and doctrine.

Keywords: family law; liberty; private autonomy; common-law marriage; relationship.

1. INTRODUÇÃO

As relações interpessoais estão em constante transformação, bem como o ser humano, enquanto ser social, também está nessa frequente formação de laços para se relacionar e conviver em sociedade. Nesse sentido, o Direito, enquanto regulador social, trata dessas relações, traçando parâmetros e diretrizes que mudam a depender da realidade vivida, uma vez que exterioriza os valores atinentes à época do fato, transmutando-se para atender às novas realidades. Entretanto, nem sempre ele é capaz de acompanhar as mudanças sociais frente à dinamicidade das relações interpessoais.

É garantida à pessoa a liberdade de determinar o exercício da sua própria vontade e, em alguns casos e dentro de certos limites, assumir as consequências de determinadas decisões. Essa liberdade de escolha e de determinação exterioriza-se pela autonomia privada, a qual se aplica nas diversas esferas da vida da pessoa, inclusive no que se refere aos relacionamentos interpessoais.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a aplicação da autonomia privada nas relações de namoro e a importância da sua garantia, frente às ameaças sofridas diante da imposição de um reconhecimento de união estável inexistente. Parte-se da premissa de que as pessoas possuem a prerrogativa de determinar a forma de se relacionar, como garantia do livre planejamento familiar e do direito de família mínimo.

Para tanto, utiliza o método dedutivo, cuja metodologia pauta-se em pesquisas documentais, legislativas e bibliográficas tendo como referencial teórico Pietro Perlingieri, Ana Prata, Enzo Roppo e Renata Vilela Multedo.

A fim de atingir o objetivo almejado, o estudo passa pela análise da autonomia da vontade e da autonomia privada, em seguida, observa a sua correlação com o direito fundamental ao livre planejamento familiar e direito de família mínimo. Por fim, reflete se ainda é possível namorar diante da atual conjuntura e sobre a necessidade da garantia da autonomia nas relações afetivas.

2. DA AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

A releitura dos institutos jurídicos justifica-se ante as transformações pelas quais a sociedade passa, uma vez que as relações interpessoais são dinâmicas e o direito configura-se

como um regulador social. Assim, é importante destacar as mudanças sociais que culminaram na adoção de novas terminologias no âmbito do Direito Privado.

As relações privadas, exteriorizadas muitas vezes por meio das relações contratuais, permanecem em constante transformação, a fim de atender aos anseios da sociedade contemporânea. Os negócios jurídicos realizados em determinados modelos sociais não se mostram suficientes para atender às necessidades atuais, uma vez que a sociedade não é estática e demanda novas alternativas e releituras de paradigmas, motivo pelo qual se passa para a conceituação de autonomia, autonomia da vontade e autonomia privada, e à análise dos papéis desenvolvidos por tais institutos.

A autonomia pode ser conceituada como “faculdade de alguém de reger-se por si mesmo”, ou seja, traz a ideia de independência, liberdade e autorregulamentação da conduta (GUIMARÃES, 2015, p. 137). Essa liberdade do homem de se autorregular exterioriza-se nitidamente nos negócios jurídicos firmados ao longo da sua vida, podendo ter maior ou menor liberdade de disposição.

A ascensão do capitalismo e o progresso da civilização culminaram com a passagem da institucionalização para a contratualização, tentando conciliar a liberdade com a segurança. O contrato torna-se o foco, uma vez que a vontade tornou-se fonte de direitos (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p.116-117). Isso se deu com a ascensão do Estado Liberal, sendo esse marcado pela premissa de que todos são iguais e livres para contratar com a mínima intervenção do Estado na esfera privada.

O Estado liberal, numa perspectiva histórico-sociológica, sucedeu o Estado absolutista. Surgido no século XVIII, trouxe como premissa o reconhecimento de que o indivíduo possui direitos inalienáveis e, entre eles, o direito à livre manifestação e o direito à propriedade. Referida doutrina veio em contraposição ao Estado Totalitário vigente anteriormente e trouxe uma divisão clara entre público e privado, uma vez que se valorizava o individualismo (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 265-266).

É nessa conjuntura que se destaca a autonomia da vontade como base de toda relação negocial, aplicada de forma ampla e irrestrita de forma que o Estado, nesse paradigma, não possui qualquer ingerência na vida privada dos indivíduos, ou seja, há um amplo respeito da liberdade contratual. Nesse sentido destaca Enzo Roppo:

Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a uma única ideia: a ideia de *liberdade de contratar*. Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. (ROPPO, 1947, p. 32).

Assim, a liberdade contratual impunha o dever de abstenção por parte do Estado, devendo o Poder Público abdicar de qualquer ingerência nos interesses e escolhas da esfera privada dos indivíduos. As relações negociais fundavam-se, predominantemente, no pacto firmado entre as pessoas e no resguardo de seus interesses, com ênfase em seus interesses patrimoniais. O contrato, então, exteriorizava-se como instrumento de intercâmbio econômico entre

os indivíduos e, dessa forma, a vontade deveria prevalecer de forma ampla e irrestrita, uma vez que a autonomia e a liberdade contratual traduziam-se como base do direito contratual e do individualismo, além da não intervenção estatal como característica do Estado Liberal.

A liberdade de agir conforme a sua vontade no âmbito do direito privado é denominada autonomia, que consiste no direito de se reger por suas próprias leis. “Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos” (AMARAL, 2014, p. 409). Pode-se afirmar que, neste modelo, o *pacta sunt servanda*, ou seja, a obrigatoriedade do contrato prevalecia, inclusive sobre os direitos dos indivíduos, já que esses eram considerados iguais, e o contrato é a exteriorização da vontade dos negociantes.

Em tal contexto, valorizavam-se os interesses patrimoniais dos contratantes até mesmo em face dos próprios indivíduos. Isso se dava, principalmente, diante da existência de igualdade formal entre os sujeitos, uma vez que, se todos eram iguais perante a lei, poderiam livremente pactuar sobre seus interesses e esse pacto faria lei entre as partes (LIMA; MARQUESI, 2018, p. 4-5). O exercício da autonomia da vontade encontrava limite tão somente, na lei, ou seja, o interesse dos indivíduos prevalecia desde que não fossem notadamente contrários à lei.

Esse modelo de contratação correlaciona-se com a concepção de Estado Liberal, no qual o indivíduo possui autonomia mesmo que para alienar a sua própria liberdade em prol do cumprimento do pactuado. Assim, não há qualquer ingerência estatal na regulamentação dos interesses privados, uma vez que “[...] proibir ou restringir a liberdade de contratar é evidentemente proibir ou restringir o livre uso e disposição da propriedade” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 119). Referido modelo era de suma importância, uma vez que era necessário o desenvolvimento humano e social de forma rápida, e qualquer ingerência sobre as vontades individuais poderia consistir em obstáculo ao progresso do capitalismo.

Entretanto, o modelo de Estado Liberal entrou em decadência ante sua insuficiência para abarcar as mazelas sociais. A necessidade da atuação do Estado para atenuar as desigualdades sociais culminou na ascensão intervencionista do Estado Social ou *Welfare State*, no qual já não coaduna com a liberdade contratual irrestrita (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 47).

Com o declínio do Estado Liberal contra as novas necessidades sociais e diante da constitucionalização do Direito Civil – em razão das diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988 –, este passou a trazer em seu conteúdo normas constitucionais e, dessa forma, passou do individualismo desmedido para atender o aspecto social traçado pela Magna Carta. Assim, tem-se que a autonomia da vontade, relacionada à realização da vontade irrestrita do sujeito, deixa de ser o foco, passando para um Direito Civil que atende, também, ao humanismo.

Nesse modelo, o Estado passa de um ente passivo e não interventor para um agente que visa tutelar as garantias fundamentais, passando a intervir na vida privada das pessoas, a fim de assegurar os princípios previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. A Magna Carta apresenta-se, a partir de então, como o principal balizador da autonomia, já que contempla a funcionalização dos institutos e os princípios constitucionais.

A ascensão do Estado Social traz um novo olhar para as relações negociais e para a autonomia da vontade, que antes se davam de forma absoluta e irrestrita e então passam a ser mitigadas nessa nova concepção. Isso se dá, principalmente, a fim de estabelecer um equi-

líbrio entre as partes, ou seja, passa-se a valorizar a liberdade material em face da liberdade formal (LIMA; MARQUESI, 2018, p. 6).

Nesse contexto, a autonomia privada ganha destaque, de modo que a autonomia e a liberdade não possuem caráter irrestrito, mas devem ser exercidas dentro de parâmetros traçados pelo Estado. Ressalta-se que o conceito de autonomia privada é consequência da transformação social e econômica que se operou (PRATA, 2017, p. 12). Trata-se, portanto, do “[...] poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos” (PERLINGIERI, 2002, p. 17).

Assim, de um lado tem-se a autonomia privada, a qual consiste no poder dos particulares de regular o exercício da sua própria vontade e, de outro lado, a autonomia da vontade, a qual possui conotação subjetiva, psicológica, que exprime o poder da vontade no direito, sendo a causa do ato jurídico, enquanto aquela é a causa do negócio jurídico (AMARAL, 2014, p. 84).

A autonomia da vontade designa uma construção ideológica relacionada ao liberalismo econômico, enquanto a autonomia privada tem um aspecto mais objetivo, pois é o poder reconhecido pelo Estado e com limites traçados por este, podendo os indivíduos negociar os efeitos de tal pacto, possuindo conteúdo próprio, determinados pelas normas estatais (NEGREIROS, 2006, p. 2-3).

Pode-se afirmar que a autonomia privada consiste na limitação da atuação do Estado, o qual deixa espaços para que o indivíduo possa se autogerir, ou seja, um exercício de um poder ou autoridade (FERRI, 2001, p. 36-37). Destaque-se, aqui, um direito solidarista, uma vez que se busca a valorização do ser humano diante da necessidade de garantir direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o Direito deixa de ter enfoque patrimonialista e passa a adotar um viés humanista.

Nesse aspecto, a soberania individual é revista, de forma que se impõem limites à autonomia contratual, ampliando a atuação do Poder Público, a fim de que se possa tutelar o ser humano nas suas negociações, principalmente quando se tratar de uma parte hipossuficiente ou a fim de garantir o bem-estar do próprio sujeito (NEGREIROS, 2006, p. 5). Ressalta-se que o conteúdo dos negócios jurídicos passa a ser limitado pela dignidade da pessoa humana, função social e pela boa-fé objetiva (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 264).

Nessa toada, pode-se afirmar que a autonomia privada permite, então, que negócios jurídicos realizados sejam pautados na vontade do indivíduo, cabendo ao Poder Público uma abstenção com relação a tal ato, de forma que ninguém poderá ser privado da sua liberdade, inclusive de dispor de seus bens, e uma atuação positiva, a fim de resguardar que os negócios jurídicos atendam à função social e às diretrizes traçadas na Constituição Federal.

Salienta-se que os negócios jurídicos não foram abandonados, mas ressignificados, a fim de atender também a uma demanda voltada à realização do ser humano como finalidade das relações, inclusive as negociais. Assim, a passagem do caráter patrimonial para o existencial, não acarreta a extinção do conteúdo patrimonial do direito civil, mas sim há uma adequação qualitativa (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 13). São inquestionáveis as transformações sofridas pelo negócio jurídico diante da sua constitucionalização, entretanto, buscou-se a valorização do ser humano e a sua inserção como o centro das relações jurídicas.

Ainda, a evolução do estudo da autonomia permitiu que a sua incidência fosse além do conteúdo patrimonial, ampliando-a para reger questões extrapatrimoniais pautadas na realização de cada indivíduo, ou seja, a garantia da autonomia passa a ser basilar para a realização da pessoa em busca da sua própria felicidade e de seus aspectos existenciais (LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 13).

Nesse aspecto, pode-se afirmar que a ingerência do Poder Público nas relações privadas deverá acontecer somente com o intuito de resguardar o hipossuficiente e a fim de que se cumpram as diretrizes legais, sendo garantida a livre gerência dos indivíduos nas suas próprias relações e negociações, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, a fim de que se atinja a realização individual.

3. AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUA CORRELAÇÃO COM O DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

Antes de adentrar na autonomia privada aplicada às relações familiares, é preciso esclarecer que o conceito de família, a sua constituição e valoração sofreram transmutações ao longo dos anos. Trata-se de uma entidade histórica que permeia toda existência humana e junto com ela sofre modificações e transformações. O ser humano, diante da sua qualidade como ser social, organiza as suas interações sociais, o que causa impacto nos seus relacionamentos e na configuração familiar.

O conceito de família não é estático ou imutável. As instituições e organizações, inclusive as familiares, refletem os princípios e valores morais atinentes à sua época, transformando-se com as modificações das relações interpessoais. Nesse ínterim, o que se entendia por família em décadas passadas pode já não corresponder à realidade atual, sendo necessário que o Direito, enquanto regulador social, transforme-se a fim de atender às novas demandas.

Como explanado previamente, a proteção dada pelo ordenamento pátrio no Estado Liberal exteriorizava-se pela tutela precípua do patrimônio. Entretanto, com a ascensão do Estado Social, o ser humano ganha espaço e passa a ser o foco das relações. Dessa forma, ocorre a despatrimonialização do Direito Civil, entendida como uma tendência normativa-cultural que vai se concretizando entre o patrimonialismo e o personalismo, devendo a ordem econômica ter suporte e atender o livre desenvolvimento da pessoa (PERLINGIERI, 2002, p. 33).

Os institutos, então, apontam para uma visão antropocêntrica, ou seja, com estreita ligação com o ser humano e seus direitos, pois o Direito Civil somente possui razão de ser em face da pessoa humana. O sistema axiológico do ordenamento pátrio passa a ser o homem como centro das instituições e a sua realização como objetivo constitucional, entretanto não se busca acabar com o consumo ou com a propriedade, mas sim de atribuir a ela “[...] uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.” (PERLINGIERI, 2002, p.

33). Assim, os institutos devem atender os valores sociais passando a dar foco nas questões extrapatrimoniais e na realização da pessoa.

Em que pesem as relações extrapatrimoniais terem ganhado enfoque, não há o abandono das questões patrimoniais, mas implica que: “A iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não-patrimoniais, ou seja, para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça distributiva”. (FACHIN, 2006, p. 171).

A família, por muitos anos, diante do contexto social, permaneceu atrelada ao patrimônio e à sucessão patrimonial. O seu reconhecimento e a sua constituição voltavam-se para a perpetuidade do patrimônio naquele seio familiar. Tal característica exteriorizou-se no Código Civil Brasileiro de 1916, o qual somente admitia como família a união entre homem e mulher pelo instituto do casamento, diferenciando de forma discriminatória, inclusive, os homens, mulheres e os filhos a depender da origem da filiação.

As formações familiares, por muito tempo, foram consideradas como questões de ordem pública, sendo a ingerência estatal desmedida e abusiva. Um dos exemplos que preponderou ao longo dos anos no ordenamento pátrio foi a indissolubilidade do casamento, nesse aspecto a permanência do indivíduo na instituição sobrepunha-se à sua felicidade e escolhas (MORAES; TEIXEIRA, 2019, p. 2).

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve modificação nos valores protegidos. O foco passou a ser a pessoa humana, superando o paradigma do *ter* e adotando o *ser*, isso se deu, principalmente, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, basilar da Magna Carta, havendo influência direta nas relações privadas. Nesse sentido, diante do sistema de hierarquias constitucionais, as situações jurídicas existenciais devem prevalecer sobre as patrimoniais (MULTEDO, 2017, p. 17-18).

A Magna Carta adotou em seu bojo o pluralismo jurídico a fim de acolher as mais diversas formações familiares e projetos de vida, desde que não vá de encontro aos os interesses de terceiros. Assim, no âmbito das famílias, as manifestações do Poder Público devem ser no sentido de elucidar e proteger a autonomia privada, uma vez que essas exteriorizações de vontade potencializam a realização do ser humano.

Atualmente, entende-se por família aquela formação pautada no afeto e consideração mútua. Apregoa Maria Berenice Dias (2016, p. 138) que “o novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias”. Assim, a família passa a ser centro de realização, crescimento e formação da pessoa.

A Constituição Federal de 1988 colocou a família sob seu enfoque, uma vez que trouxe em seu artigo 226 que esta constitui base da sociedade e possui proteção especial do Estado, já que é seio da realização e desenvolvimento daqueles que a compõem (BRASIL, 1988). Assim, o conceito atual de família requer que a funcionalização dos institutos responda às escolhas da sociedade contemporânea, tendo como objetivo o desenvolvimento da pessoa (MULTEDO, 2017, p. 18-20).

Foi conferida proteção especial à família pelo Poder Público, pois é no seio familiar que o indivíduo possui as primeiras noções de ética, moral, cidadania, ou seja, é onde se inicia a for-

mação do ser humano, a qual é complementada pela escola, posteriormente. Assim, a família do século XXI passa a servir de instrumento para a realização da pessoa humana (AMORIM, 2021, p. 6).

Nesse contexto, o papel do Poder Público ganha destaque pois, além de possuir atuação negativa devendo interferir minimamente nas relações privadas, possui obrigações que exigem a sua atuação positiva a fim de que promova os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, com ênfase na proteção da dignidade da pessoa humana.

Destacam Moraes e Teixeira (2019, p. 2) que é possível que, dentro de uma sociedade plural e multifacetada, as pessoas planejem as suas vidas de forma autônoma, entretanto, o exercício dessa liberdade não pode ir de encontro aos direitos alheios, devendo respeitar a alteridade e solidariedade. Também, em razão da solidariedade, o Estado deve promover a realização dos direitos fundamentais conforme os projetos autônomos de vida, pois são de interesse da ordem pública a tutela e o desenvolvimento da personalidade.

Por ter adotado um conceito democrático de família, tendo trazido o uso do termo “entidade familiar” e colocado fim a quaisquer discriminações quanto à forma de constituição e origem de filiação, a Constituição Federal de 1988 vem ratificar a democracia no seio familiar (BRASIL, 1988). Nesse aspecto, reconhece as mais diversas configurações de família, por mais diversas que sejam, desde que fundado no afeto e na reciprocidade. Assim, o Poder Público deixa de intervir na vida privada, principalmente na configuração familiar, dando espaço para que as pessoas exerçam a autonomia privada nessa esfera particular.

Nessa toada, destaca-se o direito fundamental ao livre planejamento familiar, previsto no artigo 226, §7º da Constituição Federal, que é de livre decisão do casal. Referida disposição vem para ratificar o exercício da autonomia nas relações privadas e implica, conseqüentemente, na mínima intervenção do Poder Público no planejamento familiar, já que é conferida às pessoas a liberdade de tomar as decisões que melhor atendam às suas expectativas e à realidade (BRASIL, 1988).

Entende-se como planejamento familiar, conforme preceitua o artigo 2º da Lei n. 9.263 de 1996, “[...] o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole da mulher, pelo homem ou pelo casal” (BRASIL, 1996). Assim, o direito ao livre planejamento familiar perpassa pela liberdade das pessoas na forma de constituição de família e a sua não configuração. A atuação do Poder Público, nesse aspecto, diz respeito tanto à garantia de formas que visem a formação familiar quanto aquelas que as evitem, como garantia do desenvolvimento pessoal pleno.

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre planejamento familiar possuem estreita correlação e se complementam, uma vez que só é possível o efetivo exercício da autonomia nas relações familiares a partir da efetivação do princípio da dignidade humana, a qual se exterioriza, também, quando do exercício do livre planejamento familiar e conseqüente realização do indivíduo. Assim, o livre planejamento familiar deve ser entendido como o direito da pessoa de fazer escolhas em assuntos que dizem respeito somente a ela.

A liberdade individual, além de constituir um direito fundamental conforme preceitua o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, no âmbito do Direito de Família deve ser exercida sem qualquer interferência do Poder Público (BRASIL, 1988). É o que afirma o artigo 1.513 do Código Civil, que reza que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir

na comunhão de vida instituída pela família”, reforçando, dessa forma, a liberdade individual e o objetivo de realização do ser humano no seio familiar (BRASIL, 2002).

Referido artigo exterioriza um dos princípios aplicáveis ao Direito de Família que é o direito de família mínimo, o qual estabelece a mínima intervenção do Poder Público na vida privada e familiar das pessoas. O termo “direito de família mínimo” é inspirado em um princípio do Direito Penal, o direito penal mínimo, o qual apregoa que o Direito Penal somente irá proteger os bens jurídicos necessários e vitais ao convívio da sociedade, ou seja, somente irá proteger aqueles bens jurídicos indispensáveis e que, diante de sua importância, não poderão ser acolhidos por outros ramos do ordenamento pátrio (PRADO, 2018, p. 43).

Assim, não cabe ao Estado intervir na vida privada em seus aspectos econômicos, culturais, psicológicos, religiosos ou amorosos. Se antes o fazia, por meio de regulamentações excessivas como admitir somente a formação familiar por meio do casamento e tratar de forma discriminatória os filhos a depender da origem da filiação, atualmente tal intervenção não coaduna mais com o ordenamento pátrio vigente. Portanto, cabe ao Direito enquanto regulador social e aos seus operadores a constante reflexão e renovação das categorias jurídicas de acordo com as exigências e necessidades sociais, uma vez que não pode estar alheio à história ou à realidade social (FACHIN, 2006, p. 267-268).

A intervenção estatal somente será admitida a fim de proteger o hipossuficiente ou quando a situação assim exigir, como última opção, com o único intuito de proteger e promover a realização pessoal dos indivíduos. Afirmam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Forçoso reconhecer, portanto, a suplantação definitiva da (indevida e excessiva) participação estatal nas relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade e à liberdade de autodeterminação do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade. [...]

Nas relações de família, a regra geral é a autonomia privada, com a liberdade de atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessária para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando. (ROSENVALD; FARIAS, 2015, p. 124-125)

Observa-se, desse modo, que a intervenção estatal deve ser mínima, preservando a liberdade e a autonomia privada dos indivíduos, principalmente diante do caráter instrumental da família, que é meio para a realização do ser humano e busca de sua felicidade. Não se pode mais, portanto, conceber uma família engessada, na qual não se reconheça a liberdade de escolha quanto à família que se quer constituir (AMORIM, 2021, p. 8).

O princípio do direito de família mínimo tem por objetivo garantir o exercício da autonomia privada no seio familiar e a autodeterminação das famílias, uma vez que o ser humano é um ser racional e responsável pelas suas próprias escolhas. Assim, o espaço familiar deve ser reservado para que seus próprios componentes busquem a felicidade e desenvolvam a sua personalidade, tomando decisões que fomentem a satisfação um dos outros (ALVES, 2010, p. 150-151).

A interferência estatal é indesejada, tendo em vista que pode violar a autonomia privadas dos indivíduos. Assim, “[...] permitir o livre exercício do afeto a entidade familiar significa privilegiar os mais diversos direitos fundamentais dos cidadãos, verdadeiro objetivo não só da própria família, mas, em última instância, do estado Democrático de Direito” (ALVES, 2010, p. 153).

Entretanto, a liberdade no âmbito familiar não é plena e irrestrita, de forma que essa liberdade deve estar em consonância com a ordem jurídica pátria e desde que não afete direitos de terceiros. Não se deve confundir, contudo, a fiscalização com a ingerência e controle desmedido a fim de restringir o exercício da autonomia privada. A autorregulamentação na esfera privada acontece nos limites da lei e no limite dos direitos de terceiro. Ressalta Alves:

Em verdade, o estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros – como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc. –, e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada dos mesmos, o desenvolvimento da sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo afetivo. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família. (ALVES, 2010, p. 154)

Consagra-se, dessa forma, a desinstitucionalização da família, já que esta se configura como espaço para promover o afeto e o amor entre os entes. Tanto a família quanto o casamento servem como meio para que a pessoa alcance a própria e autêntica felicidade. Assim, não cabe ao Estado promover uniões forçadas, formações familiares prontas, as quais, muitas vezes, não coadunam com a realidade ou vontade do indivíduo.

Se a família é pautada no afeto, o qual consiste no aspecto subjetivo de cada ente, não cabe ao Poder Público regular a exteriorização do amor e dos arranjos familiares, sob pena de ingerir e impor diretrizes e normas em um aspecto tão íntimo e privado cuja decisão deveria – e deve – caber somente àqueles que a compõem.

Além do mais, a intervenção estatal na vida privada pode tornar-se danosa por constrianger os cidadãos e por prejudicar o livre desenvolvimento de suas personalidades. Sabe-se que os litígios no âmbito do Direito de Família são longos e custosos, tanto economicamente quanto emocionalmente, e em nada contribuem com a melhora do relacionamento no âmbito familiar (XAVIER, 2020, p. 79). Assim, tal interferência pode tornar-se mais danosa do que proveitosa, já que por não adentrar na realidade vivida pelas partes, a ingerência estatal e suas imposições acabam por não resolver litígios, como também pioram a realidade dos entes.

Dessa forma, a garantia do exercício da autonomia privada dos indivíduos quanto às escolhas relativas ao âmbito familiar, além de constituir garantia da dignidade humana de cada um, configura como exteriorização dos ditames constitucionais e legais. Esses preveem que a ingerência deve ser mínima e que cada um escolhe a melhor forma para se relacionar e formar família, ou a opção de não constituir família sem quaisquer discriminações ou pressão social e estatal.

4. É POSSÍVEL NAMORAR ATUALMENTE?

O questionamento que permeia esta parte do trabalho ocorre, principalmente, diante das inseguranças atuais que englobam o reconhecimento da união estável no ordenamento pátrio e, conseqüentemente, geram inseguranças àqueles que desejam vivenciar livre e abundantemente a relação de namoro. Para tanto, no presente tópico será analisada a natureza jurídica da união estável, seus requisitos e como, atualmente, seu reconhecimento acarreta inseguranças, contrastando com as relações de namoro atual.

4.1 DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável é uma entidade familiar reconhecida a partir da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, parágrafo 3º, que afirma ser união estável a união entre um homem e uma mulher que possuem convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família (BRASIL, 1988). Tal previsão encontra-se no artigo 1º da Lei n. 9.278 de 1996 (BRASIL, 1996), a qual regula a união estável no ordenamento pátrio, e foi repetido no Código Civil de 2002 em seu artigo 1.723 (BRASIL, 2002).

Salienta-se que, apesar da previsão legal trazer em seu bojo que se reconhece a união entre um homem e uma mulher, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277, equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis entre homens e mulheres, uma vez que deve ser rechaçada qualquer interpretação que venha impossibilitar o reconhecimento da união entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade famílias (BRASIL, 2011). Ou seja, veda-se qualquer interpretação discriminatória da norma.

O surgimento da união estável não é acontecimento recente, é possível vislumbrar formações que correspondem à atual união estável desde os tempos romanos, tendo sido admitida pelas leis matrimoniais de Augusto, passando a ter valor de quase casamento quando realizada por um homem e uma mulher de classe elevada. Quantos aos casais de classe mais baixas, era constituída sem formalidades (MALUF, 2021, p. 287).

Ressalta-se que o concubinato, ou seja, a união livre e estável de um casal sem estarem unidos pelo casamento foi amplamente combatida, principalmente pelo Cristianismo. Atualmente, a palavra “concubinato” é valorada socialmente de forma negativa diante dessa herança histórica.

Com a generalização do fato social, a união entre um homem e uma mulher sem que casados fossem passou a ser reconhecida juridicamente em âmbito internacional por países como Portugal, Espanha, França, Alemanha, Itália, Argentina, entre outros, sendo que atualmente encontra-se positivada no ordenamento pátrio conforme citado alhures (MALUF, 2021, p. 288).

As uniões de fato, como já mencionado, consistiam e ainda consistem numa realidade em nosso ordenamento, entretanto foi somente com a Constituição Federal de 1988 que se atribuiu às uniões estáveis, as quais consistem em uniões de fato com estabilidade, o reconhecimento como entidade familiar.

No ordenamento pátrio, a Lei n. 8.971 de 1994 (BRASIL, 1994), já diante da vigência da Constituição Federal de 1988, previa o direito aos alimentos e o direito à sucessão da companheira. Em seu artigo 1º previa que a companheira de um homem teria direito a alimentos caso comprovasse que vivia com ele, sem impedimentos, há cinco anos ou diante da existência de prole. Para essa Lei o elemento a comprovar a estabilidade se exteriorizava pelo prazo de cinco anos exigidos até então. Ressalta Carlos Alberto Garbi (2021, p. 260) que referida lei seguiu a jurisprudência que exigia a união com duração de mais de cinco anos para a união de fato.

Após a Lei nº 9.278 de 1996 (BRASIL, 1996), que regula o previsto no artigo 226, §3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), deixou-se de elencar o requisito temporal, eliminando, dessa forma, a exigência de que a relação perdurasse ao menos por cinco anos para a configuração da estabilidade. Ainda, deixou de elencar como requisito a prole comum. Nesse sentido, a união estável é aquela na qual a convivência é duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, com o objetivo de constituir família.

A união estável, portanto, compreende uma união de fato que adquire a característica de estabilidade como se casamento fosse. Apresenta o *animus* de se manter uma comunhão de vida estável, duradoura e pública, na qual predomina o dever de lealdade entre as partes. Ainda, para a sua configuração, dispensa-se a necessidade de coabitação ou lapso temporal (MALUF, 2021, p. 288-289).

A exclusão da exigência de lapso temporal mínimo para a configuração da união estável veio para atender às críticas tecidas até então quanto à rigidez para a caracterização da união estável. Entretanto, a inexigência atual é alvo de críticas, já que pode gerar insegurança jurídica ao reconhecimento de união estável em uniões que ainda não alcançaram a estabilidade (GARBI, 2021, p. 260).

Salienta Carlos Alberto Dabus Maluf (2021, p. 288) que a ausência de previsão legal de tempo mínimo para a configuração da união estável pela Lei Civil atual configura um retrocesso, já que deixa o instituto de demasiada importância e com grandes consequências jurídicas sujeito às manifestações fraudulentas de um ou por ambas as partes. Nesse sentido, acaba por deixar o instituto mais vulnerável, já que a sua aplicação pode se dar de forma equivocada e indevida.

A possibilidade do reconhecimento da união estável em relações que não são estáveis e consequente reconhecimento indevido ocorre, principalmente, diante da ausência de outros requisitos objetivos que venham a dar suporte para o reconhecimento da união estável, bem como pelas relações atuais de namoro aproximarem-se demasiadamente da união estável, estando presentes todos os requisitos objetivos, diferenciando-se apenas no aspecto subjetivo, conforme se demonstrará a seguir.

4.2 NAMORO X NAMORO QUALIFICADO

As relações de namoro atuais, assim como outras formas de relacionamento, sofreram modificações com o passar dos anos. Conforme observa Euclides de Oliveira (2005, p. 13-14) o namoro que antes se dava na frente dos pais e sem qualquer interação física entre os ena-

morados não corresponde ao namoro atual, o qual implica, na maioria das vezes, pernoites juntos, viagens em comum e até coabitação.

Assim, os casais de namorados possuem, atualmente, maior gama de liberdade numa perspectiva do que é socialmente aceito, ou seja, não se exige mais a autorização do pai, os namoros não acontecem sob vigília e há relações sexuais. As amarras sociais que até então eram evidentes não existem mais, trazendo maior profundidade e a possibilidade que casais de namorados vivenciem essa fase como desejarem.

O relacionamento denominado namoro não é considerado entidade familiar e, conseqüentemente, não acarreta conseqüências jurídicas. Nesse sentido, quando do seu término não há que se falar em divisão de bens, mútua assistência etc. Entretanto, em razão da proximidade do denominado namoro qualificado com a união estável, vislumbra-se a possibilidade de aquele ser reconhecido como tal em situações nas quais os julgadores entendam que os elementos da união estável estão presentes.

O namoro qualificado é aquele no qual constam as características de durabilidade, publicidade e continuidade, sem ter, entretanto, o objetivo de constituir família, ou seja, ainda há espaço para o “eu” o qual não se tornou “nós”, não se vive um para o outro (POFFO, 2010). Ressalta Zeno Veloso (2016) que, apesar do namoro apresentar convivência íntima, coabitação, publicidade e afetividade, os sujeitos não possuem - não no momento - o objetivo imprescindível de constituição de família.

O entendimento de namoro qualificado foi empregado no Recurso Especial n. 1454643-RJ (BRASIL, 2015), no qual foi constatado que, apesar da coabitação e relacionamento estável, não ficou configurado o *affectio maritalis*. Assim, mesmo que os requisitos objetivos da configuração da união estável estivessem presentes, não foi constatado o aspecto subjetivo e indispensável para a sua configuração.

Atualmente, a diferenciação entre o namoro e união estável reside, tão somente, no aspecto subjetivo e de difícil aferição, uma vez que o objetivo de constituir família configura a vontade interna ou a intenção dos sujeitos no que se refere ao relacionamento. Tal situação ganha ainda maior relevância, uma vez que as partes buscam o judiciário somente para o reconhecimento da união, e conseqüente efeitos após o final dela, não havendo, na maioria das vezes, consenso entre os sujeitos.

4.3 AUTONOMIA PRIVADA NA RELAÇÃO DE NAMORO

A subjetividade do elemento diferenciador entre a entidade familiar e a relação de namoro, principalmente da forma em que é aplicado atualmente, faz com que a união estável e o namoro fiquem separados por uma linha bastante tênue. Essa proximidade entre a união estável e o namoro gera insegurança jurídica aos enamorados que possuem o desejo de viver intensamente o relacionamento que mantêm, sem se preocupar com as conseqüências que podem surgir.

Essa situação ocorre, principalmente, diante da quase imposição de uma união estável, por se tratar de norma cogente. Assim, faz-se uma leitura equivocada do paradigma constitucional, incidindo normas cogentes em situações tipicamente privadas. Nesse sentido, a

esfera pública adentra na esfera privada de forma indevida, ceifando a autonomia dos indivíduos (FIQUEIREDO, 2013, p. 2).

O reconhecimento da união estável, nesses casos, configura um reconhecimento impositivo e sem qualquer manifestação de vontade pelas partes. Ainda, é possível que haja o reconhecimento da entidade familiar pelo Poder Judiciário mesmo com manifestação de vontade expressa em sentido contrário.

A exigência da manifestação de vontade para a configuração da união estável é controversa, isso porque, conforme entende Paulo Luiz Neto Lôbo (2014), a união estável possui natureza jurídica de ato-fato jurídico, não exigindo qualquer manifestação de vontade para a sua configuração. Nesse entendimento, mesmo com manifestação em sentido contrário, seria possível o reconhecimento da união estável, pois o reconhecimento de uma situação fática não depende da vontade.

O contraponto dessa teoria é feito por Marcos Bernardes de Mello, que observa que o artigo 1.723 do Código Civil exige o intuito de constituir família, o qual configura a vontade de construir algo, nesse sentido é necessária a vontade e um suporte fático que a sustente (XAVIER, 2020, p. 100). Essa segunda teoria apresenta-se mais adequada à formação de uma família baseada no afeto, centro do livre desenvolvimento da pessoa e ambiente que visa a *eudaimonia*.

As inseguranças geradas por ainda não se ter um entendimento unânime sobre o seu reconhecimento são tamanhas, que muitos casais têm se valido do contrato de namoro, instrumento pelo qual as partes exteriorizam a sua vontade de vivenciar apenas um namoro, para se protegerem de efeitos indesejados causados pelo reconhecimento de uma união estável inexistente. O aumento pela procura cresceu, principalmente durante o período pandêmico enfrentado no país (CLIPPING..., 2020).

Além do mais, diante da conjuntura que o namoro atual apresenta e sua similaridade com a união estável e seu reconhecimento impositivo, os casais privam-se de viver relacionamentos de namoro com a intensidade que desejam, já que há o receio de possíveis efeitos. Nesse sentido, o indivíduo perde a faculdade de escolher a forma de realização do seu projeto afetivo e como ele será desenvolvido (XAVIER, 2020, p. 102).

Ressalta-se que o namoro, seu início e seu término não possuem quaisquer efeitos jurídicos. Assim, basta haver vontade mútua para o início e o término do relacionamento, não havendo qualquer consequência patrimonial para as partes. Difere-se, portanto, da união estável, pois essa configura uma entidade familiar reconhecida constitucionalmente, que acarreta efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais aos sujeitos.

Nesse sentido, a ingerência estatal no direito privado, no Direito de Família, traz a perda da autonomia das pessoas de se autodeterminarem e regerem os seus relacionamentos. Autonomia, conforme citado, é a capacidade do sujeito de realizar escolhas para a sua vida pautado na liberdade que lhe é conferida. Assim, o sujeito deveria ser livre para ter o relacionamento de namoro que desejar, da forma que melhor lhe aprouver e sem medo de sofrer interferências, uma vez que somente as pessoas que vivenciam aquele relacionamento é que poderiam tomar decisões relativas a ele.

Assim, a autonomia privada no namoro caracteriza-se pela liberdade de iniciar o relacionamento e terminá-lo, de escolher valores que irão abarcar a relação, de dispor sobre deveres e direitos recíprocos, na oportunidade de escolher coabitar ou não, nas infinitas hipóteses e possibilidades que vão adequar cada situação concreta à realidade vivida pelo casal em busca da realização comum e da felicidade, e somente garantindo essa autonomia é que será possível namorar atualmente.

5. CONCLUSÃO

A autonomia privada, compreendida na capacidade do sujeito de determinar o exercício da sua própria vontade, aplica-se às relações familiares e é exteriorizada pelos princípios do direito de família mínimo e pelo direito ao livre planejamento familiar. Nesse sentido, é garantida às pessoas a liberdade de tomar decisões que melhor atendam a sua realidade e em prol da sua realização pessoal.

Entretanto, essa autonomia é ameaçada diante de reconhecimento forçado e imposto da união estável em situações que não configuram a entidade familiar, já que não há convergência de entendimento no ordenamento pátrio sobre a necessidade da vontade para a sua configuração ou não, gerando mais insegurança jurídica. Além disso, diante das modificações na relação atual de namoro e conseqüente proximidade da união estável, o aspecto diferenciador dessas relações pauta-se apenas no *animus* subjetivo dos agentes, o qual é de difícil aferição.

Tais inseguranças são prejudiciais aos sujeitos que desejam namorar livremente e viver intensamente esse relacionamento, uma vez que podem sofrer efeitos indesejados de um reconhecimento de uma união inexistente. A interferência do Poder Público nas relações afetivas, as quais são tipicamente privadas, acaba por afastar ainda mais o ser humano de seus objetivos, como sua realização plena, a vivência da felicidade e do amor.

Assim, é dever do Poder Público garantir que as pessoas busquem a realização pessoal e, por conseqüência, a efetivação da dignidade da pessoa humana, caracterizada, também, pelo livre planejamento familiar e pelo direito de família mínimo. Conseqüentemente, deve prevalecer a liberdade das pessoas de determinar seus relacionamentos, seja na escolha do modo de vivenciar o namoro, seja para iniciar uma união estável, e a vontade recíproca de ambos para que esse relacionamento torne-se uma entidade familiar.

Somente com a garantia da autonomia privada nos relacionamentos interpessoais é que se torna possível que as pessoas vivam plenamente a relação que escolherem vivenciar para, dessa forma, alcançar a realização pessoal e a felicidade tão cara e valorizada pela sociedade moderna. Conclui-se, portanto, que somente é possível namorar atualmente se houver a garantia da autonomia privada dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Moreira. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Juris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. rev., mod., e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 10, n. 2, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/a-desnecessaria/>. Acesso em: 5 out. 2021.
- CLIPPING – Valor Econômico – Busca por contratos de namoro aumenta durante a pandemia. *In: ANOREG/BR*. 2020. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2020/07/22/clipping-valor-economico-busca-por-contratos-de-namoro-aumenta-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 6 dez. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 ago. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994*. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm. Acesso em: 15 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 4 ago. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 4 ago. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277*. Relator. Min. Ayres Britto. Data de Julgamento: 05/05/2011. Distrito Federal, 13 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 5 nov. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (3. Turma). *Recurso Especial n. 1454643 RJ 2014/0067781-5*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 03/03/2015. 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178417344/recurso-especial-resp-1454643-rj-2014-0067781-5/relatorio-e-voto-178417366>. Acesso em: 16 set. 2021.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed. rev., e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Traducción y notas de derecho español: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001.
- FIGUEIREDO, Luciano Lima. A autonomia privada nas relações familiares: o cerceamento do direito ao namoro. *Revista de Direito UNIFACS*, Salvador, n. 158, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2713>. Acesso em: 16 set. 2021.
- GARBI, Carlos Alberto. A união de fato “duradoura”- em busca do tempo perdido. *In: DA SILVA, Regina Beatriz T.; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García (Coord). Tratado da união de fato*. São Paulo: Almedida, 2021.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. Atualização de Ana Cláudia Schwenck dos Santos. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*, v. 6, n. 1, p. 1-22, 6 ago. 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/285>. Acesso em: 22 nov. 2021.

LIMA, Caroline Melchades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Data de acesso: 26 jul. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: IBDFAM. *Artigos*. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+ato-fato+jur%C3%ADico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processuais>. Acesso em: 16 set. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. União estável no direito brasileiro. In: DA SILVA, Regina Beatriz T.; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García (Coord). *Tratado da união de fato*. São Paulo: Almedida, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima (Org.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba: Foco, 2019.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: Ficar, namorar, conviver, casar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005. *Anais [...]*. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/13.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POFFO, Mara Rúbica Cattoni. Inexistência de união estável em namoro qualificado. In: IBDFAM. *Artigos*. 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/601/Inexist%C3%Aancia+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+em+namoro+qualificado>. Acesso em: 16 set. 2021.

PRADO, Rodrigo Murad do. *Fundamentos do direito penal mínimo: uma abordagem criminológica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163 jul./set. 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável? In: IBDFAM. *Notícias*. 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: 16 set. 2021.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 10/11/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/11/2021
- Avaliação 1: 19/11/2021
- Avaliação 2: 29/11/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/11/2021
- Retorno rodada de correções: 06/12/2021
- Decisão editorial/aprovado: 08/12/2021

Equipe editorial envolvida

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

ALTERAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PRENOME E GÊNERO DO TRANSGÊNERO: O EQUILÍBRIO ENTRE OS INTERESSES APRESENTADOS

ADMINISTRATIVE CHANGE IN TRANSGENERY'S FIRST NAME AND GENDER: THE BALANCE AMONG THE INTERESTS PRESENTED

CAMILA CAIXETA CARDOSO¹

ELISA CAIXETA CARDOSO²

RESUMO

O presente artigo busca analisar os interesses envolvidos na alteração direta administrativa de prenome e gênero do transgênero. Utilizando-se os métodos de pesquisa bibliográfica e documental, aliados ao tipo exploratório e descritivo, parte-se da análise dos direitos fundamentais e da personalidade das pessoas que não se identificam com o seu gênero biológico. Direitos como à identidade sexual, liberdade de autodeterminação do gênero e reconhecimento da identidade autopercebida são evidenciados. Concretizar referidos direitos é assegurar que o transgênero possa se identificar socialmente com um prenome adequado à essa realidade. Portanto, necessário se faz o estudo do nome como elemento do registro civil, considerando os interesses que busca assegurar. Tanto o direito de identidade da pessoa natural, quanto à segurança nas relações jurídicas, devem ser protegidos, na maior medida possível. Imprescindível também a análise das regras técnicas afetas ao ofício de registro civil, no contexto da mencionada alteração. Ao final, como resultado, conclui-se pela necessidade de equilíbrio e ponderação entre os interesses referentes à personalidade do transgênero e à segurança jurídica na alteração do nome.

Palavras-chave: prenome; gênero; transgênero; identidade; segurança jurídica.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the interests involved in the direct administrative alteration of the first name and gender of the transgender. It starts with the analysis of fundamental rights and the personality of people who do not identify with their biological gender. Rights such as sexual identity, freedom of gender self-determination and recognition of self-perceived identity are highlighted. To realize these rights is to ensure that the transgender can socially identify with a proper name to this reality. Therefore, it is necessary to study the name as an element of the civil registry, considering the interests it seeks to ensure, both the right of identity of the natural person, and the security in legal relations, which must be protected, to the greatest extent possible. It is also essential to analyze the technical rules related to civil registration, in the context of the mentioned amendment.

Keywords: first name; genre; transgender; identity; legal certainty.

- 1 Doutoranda em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela Faculdades Milton Campos. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela Faculdades Milton Campos. E-mail: ccaixetacardoso@yahoo.com.br.
- 2 Mestranda em Direito pela Faculdades Milton Campos. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: caixetaelisa@yahoo.com.br.

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

CARDOSO, Camila Caixeta; CARDOSO, Elisa Caixeta. Alteração administrativa do prenome e gênero do transgênero: o equilíbrio entre os interesses apresentados. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 3, p. 28-42, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8009>.

1. INTRODUÇÃO

O longo período de discriminações sofridas pelos transgêneros no Brasil pode ser atribuído, em parte, à ausência de proteção jurídica a esses indivíduos, notadamente pelo não reconhecimento dos seus direitos da personalidade por parte da lei e dos intérpretes. Ocorre que, com o amadurecimento da sociedade e avanço da jurisprudência reconhecendo a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade das comunidades minoritárias e estigmatizadas, os tribunais, paulatinamente, foram externando entendimentos a favor da tutela das pessoas transgêneros.

A aludida evolução protetiva evidencia-se desde as resoluções administrativas do Conselho Federal de Medicina, relativas à cirurgia de transgenitalização, até a edição do Provimento n. 73 do Conselho Nacional de Justiça, que busca a efetivação do direito de alteração administrativa do prenome e gênero.

Como cediço, foi no bojo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que o Supremo Tribunal Federal proclamou os direitos à identidade sexual e de autodeterminação do gênero. Diante da inércia legislativa e calcada no vetor axiológico constitucional da dignidade da pessoa humana, a Suprema Corte definiu a identidade autopercebida como objeto de proteção jurídica, sendo suficiente para a identificação do gênero da pessoa natural.

Reconhecidos esses direitos, era necessário que fossem eles efetivados e concretizados, especialmente por meio de identificação e individualização do indivíduo. Nesse intuito, autorizou-se a alteração de prenome e gênero do transgênero diretamente na serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais, dispensando-se cirurgia de adequação de sexo, tratamentos hormonais ou ordem judicial. A propósito, a identificação e individualização da pessoa se dá pelo nome, elemento constitutivo do registro de nascimento conjuntamente com o gênero.

Em razão disso, imprescindível se faz o estudo dos direitos da personalidade do transgênero associado à análise do nome, em suas funções principais e secundárias, bem como o princípio da inalterabilidade relativa. Considerando ser elemento da formação da personalidade da pessoa, tutelado por normas do Código Civil e regulamentado pela Lei de Registros Públicos, o nome deve espelhar a identidade sexual do seu portador e, portanto, garantir o seu interesse privado. De outro lado, também carrega um interesse público, consubstanciado no dever de garantir a segurança nas relações jurídicas celebradas, notadamente na identificação das partes.

Em outras palavras, diante da omissão legislativa sobre os direitos fundamentais básicos dos transgêneros, o STF reconheceu referidos direitos da personalidade, por meio de interpretação dos princípios constitucionais envolvidos. Todavia, o precedente mencionado não pontuou os efeitos e as formas de alterações legítimas, que estariam em consonância com o princípio da segurança jurídica, norte do tratamento da alteração do prenome.

Ademais, apesar de reconhecidos, não havia regulamentação normativa apta a efetivar e concretizar os direitos fundamentais de identidade da pessoa transgênero, uma vez que a alteração de prenome é assunto relativo aos registros públicos. Nesse sentido, cumprindo o seu dever de regulamentação nacional das atividades extrajudiciais e atribuindo efetividade à

decisão supramencionada, o Conselho Nacional de Justiça editou o prov. n. 73/2018, determinando regras técnicas e procedimentais para a alteração administrativa.

É nesse contexto que se desenvolve o presente artigo. A partir da omissão de tratamento da segurança jurídica na permissão de alteração do prenome, por parte do STF, e considerando a regulamentação posterior pelo Provimento n. 73/2018 do CNJ, busca-se analisar todos os interesses presentes na questão de alteração do prenome e gênero do transgênero no registro civil, levando em conta os direitos fundamentais básicos, a natureza e o regime jurídico dos serviços de registro. Para tanto, parte-se de questões conceituais e do histórico do tratamento do transgênero, para depois analisar os direitos da personalidade envolvidos, em consonância com os aspectos registrares evidenciados.

2. DISTINÇÕES CONCEITUAIS E HISTÓRICO DO TRATAMENTO DO TRANSGÊNERO

Preliminarmente, impende fazer algumas considerações conceituais sobre o assunto. Muito frequentemente empregam-se o termo “transexual” como sinônimo de “transgênero”. De fato, não existe consenso terminológico, mas é possível realizar definições. Na transexualidade há uma incoerência entre o sexo biológico e o gênero do indivíduo. Em linhas gerais, pode-se definir a transexualidade pelo sentimento intenso de não-pertencimento ao sexo biológico que possui, mas sem manifestação de distúrbios delirantes (CASTEL, 2001, p.77).

Em termos de gênero, as pessoas podem se enquadrar como cisgênero ou transgênero. Os cisgêneros são todos aqueles que se identificam com o gênero atribuído socialmente ao sexo biológico com o qual nasceram. De outro lado, os transgêneros são os que não se identificam com o gênero atribuído socialmente ao sexo biológico com o qual nasceram (LEITE; JÚNIOR; 2018, p. 5).

Em outras palavras, transexual é aquele que busca por “mudança social de seu gênero, envolvendo também, em muitos casos, mudança física, através de terapias hormonais e cirurgia de redesignação sexual”, enquanto o transgênero se “identifica com o gênero oposto ao do seu nascimento, seja de forma permanente, seja de forma transitória.” (ALVARENGA, 2016, p. 33)

A fim de evitar confusões terminológicas, utiliza-se no presente artigo o termo transgênero no seu sentido mais amplo, para designar os indivíduos que não se identificam com o gênero atribuído no seu nascimento, buscando ou não por alterações físicas.

Como cediço, o tratamento do transgênero apresenta ampla interdisciplinaridade, porquanto pode ser analisado no viés da medicina, como pelo viés jurídico. Em um primeiro momento, no Brasil, o Direito se mostrou pouco atuante em relação ao assunto, enquanto na prática médica o tema já era recorrente, com pedidos de realização de cirurgias de transgenitalização.

Nesse contexto inicial, os procedimentos de redesignação sexual e terapias hormonais para transexuais foram considerados atos ilícitos, uma vez que eram enquadrados como lesões corporais. Trata-se do período de forte estigmatização vivenciado pelas pessoas que não se identificavam com seu gênero biológico, em que seu direito a uma personalidade

baseada na autonomia própria era totalmente ignorado pela sociedade e pelo Estado, em seus três poderes.

Ocorre que, diante do intenso amadurecimento vivenciado tanto pela sociedade, quanto pela jurisprudência brasileira, em relação à necessidade de concretização dos direitos da personalidade e inclusão social, ao transgênero foi se conferindo proteção, ainda que paulatinamente.

No que se refere à (i)licitude da cirurgia de transgenitalização, o maior obstáculo enfrentado, juridicamente, foi o art. 13 do Código Civil vigente, alvo de contundentes críticas doutrinárias. Prevê referido dispositivo que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.” Logo, por meio de uma “cega” interpretação literal, entendia-se que qualquer diminuição definitiva do próprio corpo, onde se enquadravam as cirurgias de adequação de sexo, estaria vedada, excepcionando-se apenas as que possuíam autorização médica.

Percebe-se que o dispositivo em análise, ao se utilizar do termo “exigência médica”, transfere para a seara médica o problema da autodisposição do corpo (SCHREIBER, 2014, p. 43). Em razão da lacuna legal e também jurisprudencial, aliada à demanda social das cirurgias de transgenitalização, o Conselho Federal de Medicina inaugurou a normatização em relação ao transgênero com a edição de resoluções.

O primeiro ato regulamentar sobre o tema surgiu pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1.482 de 1997, autorizando a realização da cirurgia de transgenitalização em casos específicos, atribuindo-a caráter terapêutico. Nos “considerandos” do ato normativo, afirma-se “ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenotipo e tendência à auto-mutilação e ou auto-extermínio” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997). Com efeito, nítido é o tratamento da transexualidade como patologia. Ademais, para que o procedimento de “adequação sexual” pudesse ser concretizado, referida resolução impôs requisitos taxativos associados à avaliação multidisciplinar do paciente.

A posteriori, em 2002, a Resolução n. 1.482 foi revogada pela Resolução n. 1.652, que apenas detalhou melhor o procedimento médico das cirurgias de transgenitalização, mas ainda considerava a transexualidade como distúrbio psicológico. Na mesma esteira, em 2010, o CFM publicou a Resolução n. 1.955, que, a despeito de revogar a anterior, continua atribuindo a natureza de desvio psicológico à transexualidade.

Mais recentemente, em maio de 2019, a Organização Mundial de Saúde retirou o “transtorno de identidade de gênero” da sua classificação oficial de doenças, criando um novo capítulo da resolução destinado à “saúde sexual”, em que inseriu os transgêneros, retirando-os dos portadores de “distúrbios mentais”, e denominando a situação como “incongruência de gênero”. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2019).

No mesmo sentido, em setembro de 2019 foi editada a Resolução n. 2.265 do CFM, em busca de atualizações na Resolução n. 1.955/2010 e ampliação das formas de atendimento e cuidado das pessoas transgêneros. Sem embargo das exigências impostas para a realização das cirurgias de transgenitalização, vale observar que, acertadamente, o novo instrumento normativo considera transgênero ou “incongruência de gênero” como “a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento”, sem qualquer menção a natureza patológica.

Nota-se que, em que pese ainda marginalizar o transgênero pelas classificações realizadas nos atos normativos até 2019, as mencionadas resoluções tiveram o condão e a contribuição de regulamentar a cirurgia de transgenitalização, nos termos do art. 13 do Código Civil, desde que recomendada pelo médico embasado nos critérios definidos pelo órgão administrativo.

Especificamente no que se refere à proteção jurídica do transgênero, limita-se essa pesquisa ao tratamento do nome e gênero no assento de registro civil, como forma de proteção dos direitos da personalidade. Nessa seara, se reconhecida a liberdade de identidade sexual deve-se assegurar também a identificação social por meio dos documentos pessoais em consonância com o gênero autopercebido do indivíduo.

Importa ressaltar que, *ab initio*, ainda que o paciente da cirurgia de alteração de sexo a realizasse com sucesso, teria pouca proteção jurídica à sua condição sexual. Isso porque não lhe era autorizado, por lei em sentido lato, qualquer alteração de nome e de gênero nos seus documentos pessoais, constitutivos da sua personalidade e identidade. Buscando minimizar os efeitos discriminantes da lacuna legislativa, os Tribunais passaram a admitir a alteração do nome e prenome do registro civil, desde que por autorização judicial, comprovada a realização da cirurgia de transgenitalização.³

Portanto, até 2017, o entendimento que prevalecia era a possibilidade de alteração do termo do registro civil, quanto ao nome e sexo, condicionada à autorização judicial, em processo que comprove a realização de cirurgia de adequação sexual. Todavia, conforme repisado alhures, há casos de transgêneros que não desejam fazer a cirurgia de transgenitalização, de forma que esses indivíduos não tinham alternativa, senão se identificarem formal e socialmente pelos seus nomes e gêneros de nascença, que não espelhavam a identidade autopercebida.

Diante do crescimento dos movimentos de antidiscriminação social das comunidades transgêneros, bem como da nítida necessidade de proteção jurídica aos direitos da personalidade das pessoas trans, combinado com a lacuna legal sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento do Recurso Especial n. 1.626.739-RS, sob a relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, deferiu pedido de alteração de prenome e gênero no assento de nascimento independente de cirurgia de transgenitalização, mas ainda dependendo de autorização judicial.

Contudo, a proteção deferida pelo STJ se aplicou somente ao caso concreto em análise, sem poder transcender seus efeitos aos demais casos automaticamente. Com efeito, em atenção ao dever de uniformização da jurisprudência e concretização efetiva dos direitos da personalidade dos transgêneros, o Supremo Tribunal Federal julgou em 2018 a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275 e o Recurso Extraordinário n. 670.422 do Rio Grande do Sul, com repercussão geral reconhecida.⁴

Por meio dos referidos julgados, o Supremo Tribunal Federal assentou a tese da possibilidade de alteração do prenome e gênero diretamente no registro civil, sem exigência de autorização judicial, cirurgia de adequação sexual, laudo médico ou tratamentos hormonais, sendo

3 Nesse sentido ver Apelação Cível nº 7782203-71.2005.8.13.0024, TJMG, 7ª Câmara Cível, rel. des. Wander Marotta.

4 À título de acréscimo, vale mencionar que em meados do 2019, representando mais uma conquista em prol da tutela dos transgêneros, o STF realizou interpretação conforme à constituição da Lei de Racismo, para criminalizar as condutas de homotransfobia e a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Entendeu-se que condutas de homofobia e transfobia consistem em crimes de racismo, tipificados na Lei n. 7.716/89, em razão da omissão legislativa em criminalizar formalmente referidas condutas. (Ver Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 26 c/c Mandado de Injunção n. 4733).

suficiente a própria autodeclaração da pessoa sobre a sua identidade autopercebida. Portanto, dispensou-se a autorização judicial e qualquer procedimento médico para que o transgênero possa adequar seus documentos de identidade pessoal à sua identidade de gênero.

Ato contínuo, para dar efetividade à decisão do STF e cumprindo seu dever de regulamentação da atividade extrajudicial por atos normativos infralegais, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n. 73/2018 impondo regras para a alteração do registro civil dos transgênero.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRANSGÊNERO NO CONTEXTO DA ALTERAÇÃO DO ASSENTO CIVIL

A autorização de alteração do prenome e gênero do registro civil do transgênero envolve os mais importantes direitos da personalidade. Afirmam-se os direitos da personalidade como “atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.” (SCHREIBER, 2013, p. 13)

Conforme leciona Maria Helena Diniz, inspirada nos conceitos de Rubens Limongi França, os direitos da personalidade consistem em direitos subjetivos da pessoa

de defender o que lhe é próprio, ou seja, 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) (DINIZ, 2002, p. 135).

No que se refere ao objeto deste estudo, dois direitos da personalidade estão diretamente atrelados: o direito ao nome e o direito à identidade sexual, ambos alicerçados no valor constitucional da dignidade da pessoa humana. O direito ao nome, entendido como “direito moral da personalidade”, é imprescindível na identificação da personalidade humana, até porque consiste no elo entre o indivíduo e a sociedade (BITTAR, 2004, p. 107).

Em relação ao direito à identidade sexual ou autodeterminação do gênero, classifica-se como novo direito da personalidade. Com efeito, convém observar que a sexualidade consiste na manifestação subjetiva própria do ser humano, ligada a autopercepção de como o indivíduo “intimamente se entende e quer se fazer entender perante a sociedade” (VIANA, 2019, p. 90). Portanto, trata-se de conceito impassível de desvinculação da autodeterminação do gênero.

Referidos direitos possuem amparo constitucional no postulado da dignidade da pessoa humana, que, de forma sucinta, pode-se conceituar como o conjunto de garantias e direitos essenciais a uma vida digna, em todos os seus aspectos. Diante do permanente desconforto físico com o sexo biológico, aos transgêneros não se atribui dignidade humana sem o direito à identidade plena, especificamente no direito de ter o seu corpo e manter comportamentos da forma como se autopercebem. Da mesma forma, apenas é assegurada eficazmente a dignidade do transgênero se garantida a privacidade e a intimidade ligadas à sua própria personalidade (VIANA, 2019, p. 91).

Nos dois julgados do Supremo Tribunal Federal retromencionados, com respaldo em diretrizes impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, vê-se, nitidamente o respeito a esses direitos da personalidade. Foi reafirmada a identidade de gênero, como manifestação da personalidade e, portanto, não cabe ao Estado constituí-la, apenas reconhecê-la, conforme a própria vontade do indivíduo. Consolidou-se a tese do direito à identidade autopercebida e proclamou-a como única condição essencial para a determinação do gênero da pessoa, deixando clara a dispensa de cirurgia de transgenitalização. (BRASIL, RE 670422/RS e ADI 4275/DF, 2018)

Ademais, por meio desses julgados, ficou assentada a prerrogativa de alteração do prenome e gênero no registro civil, como direito fundamental subjetivo do transgênero, podendo o pedido ser realizado diretamente na via administrativa. Resguardou-se, ainda, a privacidade e intimidade do transgênero, na medida em que impôs restrição à publicidade dos atos relacionados. (BRASIL, RE 670422/RS e ADI 4275/DF, 2018). À propósito, o direito a autodeterminação do gênero apenas é assegurado de forma concreta se atribuir-se o direito de identificar-se de acordo com sua identidade autopercebida. Logo, se ao indivíduo é garantido o direito de definir o seu gênero, deve-se autorizar que seu registro civil espelhe essa realidade. Afinal, é nítido o constrangimento para uma pessoa se identificar por prenome e gênero não condizentes com o seu estado psicológico (VIANA, 2019, p. 95).

4. ASPECTOS REGISTRIS NA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO

O registro civil da pessoa natural é o que garante sua identidade, uma vez que o assento de nascimento e casamento são os que provam o estado civil e dão suporte aos demais documentos de identificação pessoal. O serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais é responsável por acolher os acontecimentos mais importantes da vida de alguém, desde o seu nascimento até o óbito.

Através do registro de nascimento, constata-se o nascimento de uma pessoa natural. Realizado esse registro, todos os fatos posteriores da vida civil desse indivíduo serão mencionados no assento, seja por averbação ou anotação. Com efeito, eventual alteração de nome, emancipação, interdição, casamento, separação, reconciliação, divórcio, ausência, guarda, tutela, reconhecimento de paternidade, fatos relacionados a nacionalidade, ao poder familiar e a morte, serão inseridos à margem do assento.

A obrigatoriedade do registro de nascimento e de nele constar os fatos posteriores da vida civil são alicerçadas na necessidade de proteção à própria pessoa e ao interesse público, notadamente na garantia de segurança jurídica na identificação dos indivíduos. Aliás, “o registro dos principais fatos na vida de uma pessoa é extremamente relevante para qualquer sociedade, pois propicia segurança quanto às informações constantes desses assentamentos”, na medida em que é fonte permanente e atualizada do estado civil do registrado (VELLOSO, 2006, p. 7).

Dentre todos os elementos do assento de nascimento destaca-se o nome, composto por prenome e sobrenome. Responsável por individualizar e identificar a pessoa no ambiente social, o nome é direito da personalidade positivado e tutelado no art. 16 e seguintes, do Código Civil vigente.

Conforme ensina Leonardo Brandelli, o nome serve primordialmente para distinguir os indivíduos entre si e possui funções principais e secundárias. As primeiras consistem na identificação e individualização da pessoa, enquanto como funções secundárias têm-se a indicação da filiação, estado, sexo, nacionalidade e relevância na personalidade. Com efeito, o nome carrega consigo uma carga jurídica, axiológica e social da pessoa. (BRANDELLI, 2012)

É no momento da elaboração do registro de nascimento que se atribui um nome à pessoa, ocorrendo, em regra, em até 15 dias do nascimento com vida. Com efeito, sem embargo das limitações legais impostas na sua atribuição, normalmente, é dado um nome conforme o sexo biológico do recém-nascido. Ocorre que, durante os acontecimentos da vida e amadurecimento do indivíduo, pode surgir um descompasso do nome constante nos assentos civis com a verdadeira identidade da pessoa. Nesse contexto, impõe-se a adequação do registro à realidade, conforme o princípio da veracidade dos registros públicos, tutelando a identidade sexual da pessoa, por meio da alteração do seu nome. Nesse sentido, vale reproduzir as lições de Edson Fachin:

Isso significa dizer que ao ser individualizado por um nome, a pessoa deve se sentir confortável em relação a isso, e, a nomenclatura deve refletir a forma como a pessoa se sente sobre si mesma e como é reconhecida pela comunidade. Direito fundamental ao nome, dessa forma, deve levar em conta não apenas a existência de um nome em si, mas a sua função social na criação da identidade do ser humano. (FACHIN, 2014, p. 41)

Mais especificamente sobre a identidade sexual, a escolha do nome está intimamente ligada ao sexo do indivíduo, uma vez que possui a função de identificar o gênero. Se a pessoa tem o direito de identificar o seu estado sexual perante a sociedade, faz-se isso por meio do nome. Dessa forma, o nome “deverá necessariamente adequar-se ao sexo da pessoa que o porta, sob pena até de expor o seu portador ao ridículo, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.” (BRANDELLI, 2012).

De outro lado, é utilizando-se do seu nome que a pessoa se identifica e celebra atos e negócios jurídicos e, em razão disso, há rigidez legal na alteração desse elemento, notadamente pela observância do princípio da inalterabilidade relativa do nome. Com efeito, pode-se afirmar que o nome civil é registrado para efeito de tutela e publicidade, em mecanismo estatal próprio. (BITTAR, 2014, p. 197).

Nesse sentido, além de tutelar a dignidade e a personalidade do indivíduo, o nome exerce a função de proteção jurídica na identificação das pessoas naturais. Em torno desses dois interesses protegidos, ao nome são atribuídas as seguintes características: obrigatoriedade, indisponibilidade, exclusividade, imprescritibilidade, inalienabilidade, não-cessibilidade, extracomercialidade, inexpropriabilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade e imutabilidade (AMORIM, 2003, p. 8).

Caio Mário leciona que o nome civil pode ser analisado sob dois aspectos: o privado e o público, podendo se classificar como um direito e também como um dever. Isso porque envolve simultaneamente um interesse subjetivo, consistente na identificação da personali-

dade de um indivíduo, bem como um interesse social. Considerando esse último aspecto, “a lei estabelece, na obrigatoriedade do assento de nascimento, que ali se consignará o nome do registrado, além de estatuir a imutabilidade, salvo os casos especiais de emenda ou alteração, expressamente previstos e sujeitos à autorização judicial.” (PEREIRA, 2019, p. 196.)

Ao propósito que se destina esse trabalho, impende analisar o princípio da imutabilidade relativa do nome. O nome é tutelado pelas disposições do Código Civil, conforme repisado alhures, e regulamentado pela Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73). Por força dos arts. 56 a 58 da LRP desenvolveu-se o princípio da inalterabilidade ou imutabilidade do nome.

Convém salientar que, originariamente, o art. 58 da Lei n. 6.015/73 determinava, em termos peremptórios, que o nome era imutável, em prol da proteção da segurança nas relações jurídicas. Com a Lei n. 9.807/99, esse dispositivo foi revogado e passou a determinar que “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos.”

A própria lei de registros públicos determina expressamente em quais hipóteses o nome pode ser objeto de alteração no assento de registro civil e, em regra, demanda atuação judicial, ressaltando-se a mudança no primeiro ano após atingir a maioridade civil (art. 56, LRP). Ademais, a jurisprudência caminha a passos largos em prol de interpretações que possibilitem a alteração do prenome e sobrenome em situações práticas necessárias. Trata-se de mitigações a imutabilidade do nome, sendo adequado, portanto, denominar o princípio em tela de inalterabilidade relativa.

O objetivo do legislador ao impor a definitividade do nome é obstar que, por malícia ou capricho, a pessoa mude de nome. Para que o prenome seja alterado é necessária a existência de constrangimento, vexame ou a notoriedade de um apelido público, circunstâncias em que a dignidade da pessoa humana prevalece sobre o interesse público. (MONTEIRO; PINTO, 2016, p. 131)

Nesse sentido, conforme leciona Sílvio Venosa, as decisões judiciais que derem provimento à alteração do nome devem ser cautelosas, para evitar burla ao espírito da lei e ao direito de terceiros, uma vez que o princípio da inalterabilidade do nome foi criado com objetivo social (VENOSA, 2019, p. 200).

Nas decisões em apreço, autorizou-se a alteração com fulcro na possibilidade de substituição por apelidos públicos notórios, já que o transgênero é conhecido no seu meio de convívio social pelo nome que se atribui. Ademais, vale ressaltar que o nome em descompasso à identidade autopercebida, conforme repisado alhures, causa constrangimento a todos os transgêneros, o que legitimou o STF a determinar a possibilidade da alteração administrativa.

Entretanto, apesar de calcado e ampla hermenêutica constitucional para permitir a alteração do prenome dos transgêneros, não se analisou os aspectos registrais nas decisões em apreço. Tanto as questões procedimentais, quanto os fundamentos das alterações do prenome em geral foram omitidos.

Ocorre que, com o desenvolvimento da interpretação civil-constitucional associado ao crescimento da tutela dos direitos da personalidade, reconhecendo o nome como expressão e proteção do direito de identidade, passou-se a analisá-lo apenas como expressão do direito da personalidade do indivíduo. Muitas vezes se esqueceu do interesse público na identifi-

cação das pessoas, consubstanciado na garantia da segurança nas relações jurídicas e na preservação de interesse de terceiros de boa fé.

Entretanto, a segurança jurídica, na sua modalidade dinâmica⁵, na medida em que protege os interesses da sociedade e de todos aqueles que interagem juridicamente, é tão importante quanto o direito de identidade. Todavia, em certas circunstâncias um pode preponderar sobre o outro, conforme referido alhures nos casos de vexame ou constrangimento do portador do nome. Essencial, portanto, apesar de existirem hipóteses específicas de preponderância, haver equilíbrio na garantia do direito de identidade, calcado na dignidade da pessoa humana, e da segurança nas relações jurídicas do indivíduo.

In casu, nos precedentes mencionados alhures em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a alteração do prenome e gênero dos transgêneros diretamente na serventia de Registro Civil, apenas com base em autodeclaração de gênero, realizou-se interpretação conforme a Constituição da República e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da LRP.

Poder-se-ia argumentar ter dado brechas para eventuais prejuízos à terceiros de boa-fé, em face da conduta maliciosa de indivíduos que se aleguem transgêneros com o único objetivo de trapacear ou fraudar. Ocorre que, conforme consta do art. 1º da Lei n. 6.015/73, a segurança jurídica é finalidade e princípio inafastável dos serviços de registros públicos.⁶

Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça, cumprindo seu *míster* de estabelecer diretrizes à atividade extrajudicial, regulamentou o assunto por meio do provimento n. 73 de 2018, o qual busca claramente resguardar a segurança jurídica na averbação de alteração do prenome e gênero do transgênero.

5. MECANISMOS DESTINADOS À GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NA ALTERAÇÃO DO PRENOME E GÊNERO NO ASSENTO CIVIL

Conforme explanado, diante da determinação do Supremo Tribunal Federal de alteração do prenome e gênero do transgênero por meio de simples autodeclaração, dispensando requisitos médicos e autorização judicial, o procedimento ocorre do início ao fim dentro da serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais. Com efeito, os atos praticados administrativamente necessitavam de regulamentação, ao que se procedeu o Conselho Nacional de Justiça, com a publicação do provimento n. 73 de 2018, no anseio de unificação das regras procedimentais, em caráter nacional.

Inicialmente, vale esclarecer a atribuição do CNJ para tanto. Os serviços notariais e de registro são prestados, em caráter privado, por meio de delegações do Poder Público a pes-

5 À propósito, Leonardo Brandelli ensina os conceitos de segurança jurídica estática e dinâmica. Aquela sendo garantia dos direitos subjetivos, destinada aos seus titulares, enquanto a segurança dinâmica é analisada sob o aspecto da comunidade. Nesse sentido, ver: BRANDELLI, Leonardo. Registro de imóveis: eficácia material. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 6.

6 Para Ricardo DIP, a segurança jurídica é um princípio supranormativo, também denominado institucional, uma vez que é anterior e superior ao ordenamento normativo registral. Em verdade, trata-se de um princípio essencial para a própria caracterização dos serviços registrais. Nesse sentido, ver: DIP, Ricardo. Registro de imóveis (princípios). Descalvado (SP): PrimVs, 2017. p. 17.

soas físicas aprovadas em concurso público, submetidas à fiscalização do Poder Judiciário, nos termos do art. 236, *caput*, c/c §1º, da CR/88.

Como órgão integrante do Poder Judiciário, pode o Conselho Nacional de Justiça expedir atos regulamentares, no âmbito da sua competência, *ex vi* do art. 103-B, §1º da Constituição da República. Sendo assim, seu Regimento Interno (Resolução n. 67/2009) prevê a possibilidade de “expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça”, especificamente no art. 8º, X. No mesmo sentido, os artigos 37 e 38 da Lei n. 8.935/94 determinam a obrigatoriedade de observância por parte das serventias extrajudiciais das normas técnicas expedidas pelo Poder Judiciário.

Além disso, depreende-se do acórdão da ADI n. 4.275, que a Suprema Corte decidiu

dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. (BRASIL, 2018a)

Por óbvio, ainda que atribua ampla autonomia ao requerente, aludida decisão não impede que o Conselho Nacional de Justiça imponha regras técnicas e requisitos documentais para a realização do ato na serventia de registro civil. À propósito, sem regulamentação administrativa, o ato sequer poderia ser praticado pelos oficiais de registro.

Entende-se, na verdade, que a decisão referida e toda a teoria dos direitos da personalidade desenvolvida no julgado tiveram o condão de dispensar a cirurgia de transgenitalização e eventuais tratamentos hormonais, bem como qualquer decisão judicial, permitindo o ingresso diretamente no registro civil. Todavia, para que o procedimento se desenvolva regularmente e se proceda à averbação efetivando os direitos em comento, indispensável regulamentação técnica, que pode, inclusive, determinar exigências documentais.

Nessa linha, no provimento n. 73, que trata de regras procedimentais para a averbação de alteração direta de prenome e gênero do transgênero, nitidamente se percebe a preocupação com a garantia da segurança jurídica. A propósito, não podia ser diferente, uma vez que, nos termos do art. 1º da Lei de Registros Públicos, a segurança nas relações jurídicas é finalidade e princípio de regência dos serviços registrais. Logo, todos os atos ali praticados devem resguardar tal interesse.

Essencialmente nos documentos exigidos para a alteração em comento é que consubstancia a segurança nas relações jurídicas. Com efeito, além dos documentos pessoais de identificação, o art. 4º, §6º, Prov. n. 73/18, determina que o interessado deve apresentar certidões dos distribuidores cíveis e criminais, dos Tabelionatos de protestos, das Justiças eleitoral, militar e do trabalho referentes aos últimos cinco anos.

Ainda que essas sejam positivas, com a existência de ações ou débitos pendentes, a alteração administrativa poderá ocorrer, devendo o registrador comunicar os juízos e órgãos competentes e proceder à averbação (art. 4º, §6º c/c art. 5º). Visando resguardar a intimidade do interessado, interesse amplamente discutido e privilegiado na votação da ADI 4.275,

o juiz comunicado deverá alterar o polo da demanda e decretar o regime de segredo de justiça ao processo em que o transgênero seja parte, com fulcro no art. 189, III do Código de Processo Civil.

Caso a certidão de protesto apresentada pelo interessado seja positiva, ao receber a comunicação do ofício de registro civil, o tabelião de protesto deverá retificar o nome, por meio de averbação à margem do registro de protesto, sem fazer menção ao fato de ser transgênero. Ressalta-se que, na eventualidade de algum pedido de certidão posterior, o mesmo é realizado com base no número do cadastro de pessoas físicas do requerente e não no nome. Com efeito, considerando que o número do CPF não sofre alteração com a averbação de retificação do nome, não resultará prejuízo no tabelionato de protesto.

Na hipótese do oficial de registro civil entender não estarem cumpridos os requisitos do aludido provimento, deverá formular as exigências por escrito e, a pedido do interessado, pode iniciar o procedimento administrativo de suscitação de dúvida, nos termos do art. 198 e seguintes da Lei de Registros Públicos. A propósito, trata-se procedimento comum e ínsito às serventias registrais, sendo adotado na prática de qualquer ato em que o requerente não concorda com as exigências do oficial.

Ademais, também como mecanismo que visa resguardar a segurança nas relações jurídicas celebradas pelo transgênero, o provimento dá margem de liberdade ao registrador para recusar a alteração, caso suspeite, fundamentadamente, de fraude, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto ao real desejo do requerente, devendo, encaminhar o procedimento ao juiz competente para dirimir as questões afetas aos Registros Públicos, conforme a organização judiciária do Estado. Nesses casos, a questão será resolvida judicialmente, mas ainda com natureza administrativa.

Quanto à margem de discricionariedade que o oficial possui, esta é restrita, diante da ampla autonomia dada ao requerente pelo aludido provimento, bem como pelas determinações do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, vale ressaltar que o novo nome atribuído deve respeitar os limites legais, como a vedação de prenome vexatório (art. 55, p.u., Lei n. 6.015/73) e a manutenção dos nomes de família. Inclusive, a alteração autorizada restringe-se ao prenome, agnome e gênero, vedada a modificação dos sobrenomes ou patronímicos.

No que se refere às averbações decorrentes da referida alteração, o provimento n. 73 determina a exigência de autorização do cônjuge do transgênero para a modificação no assento de casamento, bem como dos descendentes relativamente capazes ou maiores e de ambos os pais para a prática do ato nos termos de nascimento dos descendentes. Isso porque referidas averbações produzem efeitos nos registros referentes a outras pessoas, e não só ao requerente.

Vele mencionar as críticas em relação às aludidas autorizações. Para Vesan e Cardin, “esses requisitos de admissibilidades são, em sua integridade, inconstitucionais e vão contra os princípios elencados na recente decisão do STF, que tem como base fundamental o princípio da autonomia e o direito à igualdade.” (VERSAN; CARDIN, 2019, p. 71)

Com vistas a evitar abuso de direitos por parte dos cônjuges ou descendentes que causem prejuízos e obstem o direito de identidade sexual e autodeterminação do gênero, o art. 8º, §4º do provimento n. 73 deixa expressa a possibilidade de suprimento judicial da vontade.

Por fim, vale analisar os aspectos definidos quanto à restrição da publicidade. No bojo do processo da ADI 4.275, a Advocacia Geral da União, bem como a Presidência da República opinaram e requereram a manutenção dos dados anteriores do registro, visando resguardar a veracidade e a publicidade dos registros públicos. Contudo, prevaleceram na interpretação judicial realizada pelo STF os direitos da personalidade do transgênero sobre o interesse público.

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a intimidade e privacidade do transgênero devem ser asseguradas na alteração administrativa de prenome e gênero no registro civil. Nesse sentido, aludido procedimento tramitará sigilosamente, impondo-se a ausência de menção a qualquer elemento que indique a origem e causa da alteração nas certidões expedidas. Ressalvam-se as certidões de inteiro teor, que somente serão emitidas a pedido do próprio registrado ou por ordem judicial. Na eventualidade de algum prejuízo ocorrer a terceiro, este será suprido por ordem judicial que determine a expedição de certidão de inteiro teor, constando os dados originais e os elementos da averbação realizada.

Portanto, em síntese, demonstra-se clara a tentativa de resguardo da segurança jurídica, caracterizada como interesse público, na alteração administrativa do prenome e gênero do transgênero. Percebe-se que o Conselho Nacional de Justiça editou o prov. 73 no exercício do seu direito-dever de regulamentar a atividade extrajudicial, associado à necessidade de efetivar os direitos da personalidade do transgêneros proclamados e garantidos pelo STF no julgamento da ADI 4.275. A propósito, sem regulamentação os direitos assegurados na aludida decisão sequer seriam implementados e concretizados sem a necessidade de intervenção judicial. Ponderou-se o direito à identidade sexual e de autodeterminação de gênero, com a necessidade de proporcionar a segurança jurídica, finalidade e princípio regente dos serviços notariais e de registro.

6. CONCLUSÃO

Evidentemente, os direitos da personalidade do transgênero, consubstanciados no direito à identidade sexual autopercebida e liberdade de autodeterminação do gênero, são direitos que carecem de ampla proteção jurídica. Com efeito, considerando a omissão legislativa e a necessidade urgente de tutela, o Supremo Tribunal Federal, dentro das suas atribuições no controle concentrado de constitucionalidade, decidiu pela inexigibilidade de procedimentos médicos e de intervenção judicial e, avançou, possibilitando que a alteração de prenome e sexo do transgênero se dê diretamente no ofício de registro civil.

Pelos direitos da personalidade analisados alhures, outro entendimento não poderia prosperar, uma vez que se trata de demanda do contexto social em que vivenciamos. Todavia, a partir do estudo do nome, também como direito da personalidade, e de suas funções, nota-se que é necessário resguardar-se, durante o procedimento administrativo, a proteção da segurança nas relações jurídicas do transgênero com terceiros.

São dois interesses dignos de ampla proteção. Não se nega que em algumas situações pontuais um pode prevalecer sobre o outro, contudo, o que se sinaliza é a necessidade de não anulação de nenhum deles. Em outras palavras, devem o direito à autodeterminação de

gênero ser aplicado considerando também o interesse público de segurança jurídica. Portanto, imprescindível se faz exercer o equilíbrio, de forma que os dois interesses sejam assegurados, na maior medida possível.

Foi no intuito de adequar, efetivar e concretizar a decisão do STF no bojo da ADI n. 4.275 que o CNJ editou o prov. 73/2018, cumprindo seu dever de regulamentação dos serviços extrajudiciais. Sabe-se que questões práticas surgirão, demandando talvez até um aprimoramento da norma regulamentar, contudo, deve-se ter como norte a necessidade de observância dos dois interesses presentes: o privado e o público.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, José Roberto Neves. *Direito ao nome da pessoa física*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVARENGA, Juliana Mendonça. *Transsexualidade e seus reflexos no Direito e Registro Civil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos das personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BRANDELLI, Leonardo. *Nome civil da pessoa natural*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. *Lei n. 9.807 de 13 de julho de 1999*. Brasília/DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em: 16 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 1626739/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 9 maio 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=74184067&tipo=5&nreg=201602455869&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170801&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 16 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 1 de março de 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 16 jun. 2020
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 670422/RS*. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 de agosto de 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>. Acesso em 16 de junho de 2020.
- CASTEL, Pierre-Henri. *La métamorphose impensable: Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*. Paris: Galimard, 2003.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.482, de 10 de setembro de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 set. 1997. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1997/1482>. Acesso: em 16 jun. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.652, de 06 de novembro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 dez. 2002. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1652>. Acesso em: 16 jun. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.955, de 12 de agosto de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 set. 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em: 16 jun. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.265, de 20 de setembro de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 jan. 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>. Acesso em: 16 jun. 2020.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo; mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, n. 1, p. 36-60, jul./set 2014.

LEITE, Vinícius Lapoian; JÚNIOR, João Carlos Magalhães Prates. A inconstitucionalidade das leis que proíbem o estudo de gênero, de sexualidade e de diversidade sexual. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 26, n. 108, p. 15-41, jul-ago 2018.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. OMS retira transexualidade da lista de doenças mentais. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>. Acesso em: 16 jun. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. [Revisão e Atualização] Maria Celina Bodin de Moraes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Registro Civil das Pessoas Naturais*. 1. ed. Campinas, 2005. *E-book*. Disponível em: <http://reinaldovelloso.not.br/resources/Registro%20Civil%20das%20Pessoas%20Naturais.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VERSAN, Juliana Rizzo da Rocha Loures; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dos aspectos controvertidos do registro civil de pais e mães transgêneros à luz do provimento nº 73 do CNJ e dos direitos da personalidade. *Revista Brasileira de Direito*, v. 15, n. 3, p. 58-78, set./dez., 2019.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Novos Direitos da Personalidade: direito à identidade sexual. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun. (org.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2019. v. , p. 87-100.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 17/06/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/06/2020
- Avaliação 1: 25/04/2021
- Avaliação 2: 22/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/05/2021
- Retorno rodada de correções: 25/06/2021
- Decisão editorial final: 05/07/2021

Equipe editorial envolvida

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

ENSINO DO DIREITO DE FAMÍLIA POR MEIO DA MÚSICA

TEACHING FAMILY LAW THROUGH MUSIC

BÁRBARA JORDANA DA SILVEIRA SOARES¹

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH²

LUIZA MACHADO FARHAT BENEDITO³

RESUMO

Com fundamento no método hipotético-dedutivo e considerando a Resolução de nº. 05/2018 do Ministério da Educação como marco teórico, este artigo objetiva demonstrar como é possível o ensino jurídico inovador, transdisciplinar e ativista do Direito de Família, por intermédio da música. Por ser um ramo do direito que passa por tantas modificações, além de estar intrincado em todos os sujeitos, vez que cada um participa de uma família a seu modo, o Direito de Família merece atenção especial, de forma transdisciplinar. Um olhar holístico e amplo torna-se essencial, possibilitando uma melhor integração entre sujeitos e operadores do direito.

Palavras-chave: direito; metodologia de ensino; inovação; transdisciplinaridade; música.

ABSTRACT

Based on the hypothetical-deductive method and considering Resolution nº. 05/2018 of Ministry of Education as a theoretical framework, this article aims to demonstrate how innovative, transdisciplinary and activist family law legal education is possible through music. As it is a branch of law that undergoes so many changes, in addition to being intricate in all subjects, as each one participates in a family in their own way, Family Law deserves

- 1 Advogada. Graduada em Direito pela Unifem - Centro Universitário de Sete Lagoas (2012), Pós-Graduada em Teoria e Prática Processual Civil e Trabalhista no Novo Código de Processo Civil - CPC pela Faculdade de Pedro Leopoldo (2016), especialização em Prática Cotidiana de Direito de Família e Sucessões pela Associação dos Advogados de São Paulo, Escola Nacional de Advocacia e Instituto Brasileiro de Direito de Família (2017). Atua nas áreas de Direito de Família, Direito Civil e Processo Civil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9334903348107301>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3400-0186>.
- 2 Professor Adjunto da Universidade FUMEC (Belo Horizonte – MG – Brasil), responsável pelas disciplinas de Direito Empresarial I e II (graduação), Metodologia de Ensino Jurídico (mestrado) e Estratégias Jurídicas das Organizações (mestrado). Doutor, mestre e especialista em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Diretor da Análise Estratégica e da TransformingIdeas, com experiência em planejamento estratégico, direito societário, fusões e aquisições, design de ideias (inovação) e design instrucional. Membro do Conselho de Mercados e Política Internacional da Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais – FIEMG e do Conselho Deliberativo da Câmara Mineira de Arbitragem Empresarial – CAMINAS. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9297224411224412>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1929-2835>
- 3 Profissional Plena associada à Análise Estratégica. Professora. Mestra em Direito pela Universidade FUMEC. Especializada em Mediação pela ICFML [(Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos) junto à OAB/MG - 2016]]. Articulista em periódicos e congressos. Associada e Pesquisadora do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Professora Universitária - Grupo ÂNIMA - FASEH. Representante Discente junto ao Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC; Integrante do Núcleo de Pesquisa do PPGD da Universidade FUMEC e Estagiária Docente. Pesquisadora de projetos de pesquisa (FAPEMIG e bolsista do PROPIC). | Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0341-9734>.

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

SOARES, Bárbara Jordana da Silveira; GABRICH, Frederico de Andrade; BENEDITO, Luiza Machado Farhat. Ensino do direito de família por meio da música. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 3, p. 43-59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8624>.

special attention, in a transdisciplinary way. A holistic and broad look is essential, enabling a better integration between subjects and operators of law.

Keywords: law; teaching methodology; innovation; transdisciplinarity; music.

1. INTRODUÇÃO

O ser humano está em constante evolução e o ensino deve acompanhar tal transformação por meio de aprendizagem. No caso específico do ensino jurídico, a evolução das metodologias de ensino e de aprendizagem decorrem da evolução da humanidade, mas também é imperativo estabelecido pelo Ministério da Educação (MEC), sobretudo por meio da Resolução nº. 05/2018, que determina que o ensino jurídico contemporâneo precisa adotar métodos ativos, ser inovação, bem como inter, multi e transdisciplinar. O grande problema que se apresenta para vários professores de Direito é como implementar essa nova realidade nas aulas dos cursos jurídicos, com respeito aos cronogramas preestabelecidos.

A arte que atinge várias pessoas de maneira positiva e pode ser transmitida de várias formas, como por exemplo, pela música, pode ser uma resposta possível para esse problema. De fato, a evolução social traz consigo a necessidade de profissionais que atuem de maneira eficaz e humanitária, e que sejam capazes de garantir a efetividade dos direitos dos cidadãos com base em uma formação sólida, não somente pautada no ensino dogmático, mas, principalmente, na participação efetiva em busca de soluções que acompanhem as novas necessidades sociais.

A aprendizagem é fruto da interatividade, da comunicação, e esses atos comunicativos devem prender a atenção do destinatário. Assim, o ensino deve ser otimizado, aprimorado, com o objetivo de facilitar a aprendizagem e despertar a vontade de adquirir cada vez mais conhecimento.

Nessa perspectiva, a música é uma das ferramentas mais versáteis para o ensino do Direito e, cada vez mais, os educadores têm adotado tal método para facilitar a cognição dos postulados jurídicos. O presente artigo tem como objetivo principal descrever o ensino do Direito por meio da música com fundamento no método zetético, visando ainda demonstrar que a música é um meio capaz de tornar o processo de aprendizagem jurídica mais atrativo e eficaz.

Percebe-se que o ensino do Direito não pode, atualmente, ocorrer apenas de maneira dogmática e monológica. Os alunos contemporâneos precisam, cada vez mais, ser preparados para saber, analisar, pensar, interpretar (sistemática e teleologicamente) e agir. E isso será cada vez mais possível por meio do método construtivista (que correlaciona o objeto de estudo com a realidade de quem ensina e aprende) e de metodologias que favoreçam o ativismo discente, a inovação e o equilíbrio entre a razão e a emoção.

Nas últimas décadas, de todas as disciplinas do curso de Direito, uma das que mais sofreu modificações na sua base conceitual, sem dúvida, foi o Direito de Família. E isso ocorreu devido ao surgimento dos “novos” modelos de famílias, principalmente, do novo fundamento das bases familiares formados puramente pelo laço de afeto.

Além disso, os grupos sociais que antes sofriam inúmeras discriminações, tais como, negros, mulheres e homossexuais, passaram a ter maior participação não somente no mercado de trabalho, mas na sociedade e nas instituições de ensino, o que resultou em uma maior representatividade no cenário atual. No entanto, a legislação nacional não acompanhou a evolução social ocorrida nos modelos familiares, o que refletiu em inúmeras lacunas legislativas, superadas pela evolução dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Diante disso, no âmbito específico do ensino do Direito das Famílias, cabe às instituições de ensino superior não somente analisarem as soluções construídas para essas lacunas, como, também, buscarem métodos e metodologias de ensino que possibilitem aos alunos o contato direto com a realidade social para, que eles possam encontrar e construir, a partir do aprendizado participativo, sempre, as melhores soluções para atender aos anseios e a evolução da sociedade contemporânea.

O ensino jurídico deve buscar todos os meios e métodos capazes de efetivar os direitos fundamentais e formar profissionais que almejem atuar, buscando a concretização dos princípios da igualdade, solidariedade e dignidade humana. As metodologias de ensino capazes de promover a participação dos alunos e apresentar os temas de maneira humanística e racional, emocional e artística, podem representar o primeiro passo para a formação de profissionais que regerão os seus atos pela responsabilidade social e sempre em busca de um acesso universal e solidário à justiça, para que ocorra a efetiva superação das contradições e diferenças existentes há tanto tempo no País.

Por tudo isso, com fundamento no método hipotético-dedutivo e considerando a Resolução nº. 05/2018 do MEC como marco teórico, este artigo objetiva demonstrar como é possível o ensino jurídico ser inovador, transdisciplinar e ativista, por intermédio da música.

2. A EVOLUÇÃO NO ENSINO DO DIREITO

Há tempos as instituições de ensino jurídico adotam uma visão marcadamente tecnicista de ensino e aprendizagem. Entretanto, a Resolução nº. 05/2018 do MEC, veio explicitar uma nova realidade: o velho método instrutivista e dogmático não pode mais prevalecer como a única forma de ensinar Direito nos cursos de graduação. Porém, os professores precisam conhecer e aplicar metodologias ativas, inovadoras e transdisciplinares de ensino e de aprendizagem. Assim, o ensino jurídico pautado no dogmatismo teórico e legalista destoa completamente do dinamismo da realidade vivenciada por todos, especialmente no âmbito do Direito de Família – um dos ramos que mais apresentou evoluções nas últimas décadas.

Não há mais espaço para o ensino restrito às leis e ao estudo de posicionamentos jurisprudenciais “inquestionáveis”, pois, o conhecimento deve se renovar constantemente na medida da evolução social, assim como os métodos e metodologias por meio das quais ele é repassado, analisado, discutido, interpretado e aplicado. Para que isso ocorra, é necessário “repensar o Direito”, os cursos jurídicos, o trabalho dos professores, a atuação dos alunos, os cronogramas, e a organização das instituições de ensino. Tudo isso precisa ser estratégica-

mente revisto, estruturado e aplicado para que o processo de formação dos alunos seja cada vez mais significativo e conectado com as necessidades atuais e futuras da sociedade.

Nesse sentido, segundo Mônica Sette Lopes:

O ensino jurídico, em sua versão estrita, ou seja, naquela destinada à formação de profissionais, deve considerar a questão epistemológica – a necessidade de dispersão do conhecimento – como um dado essencial. A perspectiva há de ser a ativa, porque o direito acontece na dinâmica. Não há um lugar estanque de realização meramente conceitual. Todo o processo de adesão ou de aplicação na experiência jurídica é diferido na extensão do tempo, muitas vezes para além de qualquer controle formal. Entender qualquer questão do direito como um ponto isolado ou estagnado implica a perda de sua dimensão real que é intercalada com fatores variados que interferem agudamente na realização de seus objetivos. O conceito sempre se move. Apenas para exemplificar pode-se afirmar que os que dizem que a aceitação da norma é uma questão não-jurídica, não sabem o que é despachar mais de duzentos processos de execução por dia. Cada um deles representa uma perspectiva de não aceitação do direito. A ideia de que aplicar a sanção é uma consequência automática do descumprimento da norma só funciona na concepção de quem não se compromete com os tormentos se as delícias da vida real (LOPES, 2008, p. 269).

No plano jurídico, o ensino de uma perspectiva estratégica, inovadora e conectada com a vida real das pessoas, também pressupõe reconhecer o Direito. Constituir um conjunto de normas, estabelecidas pelas mais diversas fontes no ordenamento jurídico, para permitir que os objetivos das pessoas sejam alcançados com a maior eficiência possível, preferencialmente sem conflitos e sem processos judiciais (GABRICH, 2010).

Verifica-se a necessidade de interação entre o conhecimento jurídico e a realidade atual, e isso só ocorrerá pelo ensino que apresente a aplicação do Direito na resolução das demandas sociais. Além disso, novas metodologias de ensino (e/ou a renovação das antigas) são essenciais para acabar com a visão reducionista do ensino jurídico atual que vê os alunos apenas como receptáculos de informações positivadas pelo Estado. Nesse sentido:

A memorização mecânica do perfil do objeto não é aprendizado verdadeiro do objeto ou do conteúdo. Neste caso, o aprendiz funciona muito mais como paciente da transferência do objeto ou do conteúdo do que como sujeito crítico, epistemologicamente curioso, que constrói o conhecimento do objeto ou participa de sua construção (FREIRE, 2015, p. 67).

Pelo exposto, verifica-se que a simples apresentação de normas, jurisprudências e correntes doutrinárias é incapaz de proporcionar a participação ativa do corpo discente na aprendizagem jurídica. Isso, também, não garante o cumprimento de todo o disposto na Resolução nº. 05/2018 do MEC. São necessários métodos e metodologias através das quais os alunos desenvolvam realmente a consciência reflexiva sobre as disciplinas e formem as suas próprias opiniões e soluções para os problemas complexos da humanidade.

As novas metodologias de ensino surgem com base na necessidade de formação de profissionais do Direito capazes de atender às novas demandas, frutos da transformação social. Para se atender aos “novos direitos”, as entidades de ensino buscam um “novo ensino jurídico” capaz de romper com o dogmatismo que há anos impera nas faculdades de Direito do País. E, para que isso realmente ocorra, “é preciso cultivar a sensibilidade e a humildade que

nos tornam capazes de compreender a dimensão dos problemas que nos cercam e admitir que a maior parte deles foge à solução jurídica”(COSTA; FRANCISCHETTO, 2009, p. 15).

De fato, os cursos de Direito, com raras exceções, normalmente se mostram presos aos dogmas de ensino do passado, mesmo diante das inúmeras mudanças políticas, sociais, econômicas e culturais pelas quais o Brasil passou nas últimas décadas. Como se não bastasse, além dessas mudanças, inúmeros cursos de graduação e especialização jurídicas utilizam, hoje, as plataformas virtuais, o que demanda dos professores ainda mais o domínio de métodos e metodologias inovadoras, inter, multi e transdisciplinares, capazes de facilitar e adequar o aprendizado jurídico à realidade atual e futura.

Não se pode deixar de expor que, em tempos de isolamento social, a necessidade de adequação do ensino se tornou extremamente urgente e, os professores e as instituições de ensino que não se adequarem de maneira eficaz, não serão capazes de transmitir os ensinamentos essenciais à formação de bons profissionais do futuro.

Diante da evolução social, a reformulação do ensino do Direito, sobretudo por intermédio da maior qualificação dos docentes, é o melhor modo de romper com o positivismo normativista que prevalece há décadas nas instituições de ensino e, seguindo essa evolução, a adoção de novos métodos e metodologias de aprendizagem é primordial para que o corpo docente seja capaz de transmitir os conhecimentos jurídicos de forma eficaz, inovadora, de maneira inter, multi e transdisciplinar, tal como determina a Resolução nº. 05/2018 do MEC, como diretrizes para os cursos de graduação em Direito.

Nesse sentido, os alunos devem participar ativamente e os professores precisam garantir o equilíbrio entre razão e emoção, entre forma e conteúdo, entre teoria e prática.

3. EVOLUÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE FAMÍLIA E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS METODOLOGIAS DE ENSINO JURÍDICO

Como exposto, dentre todos os ramos do Direito, o Direito de Família⁴ é um dos que mais sofreu evoluções nas últimas décadas, e a legislação brasileira não conseguiu acompanhar totalmente tais inovações. De fato, a evolução sociológica criou novas estruturas e composições nas famílias contemporâneas, tornando obsoleta a formação familiar pressuposta na legislação: a família patriarcal, formada por pai, mãe e filhos e na legitimidade exclusiva do casamento.

Atualmente, os laços familiares são reconhecidos com base no *afeto*, e não mais, exclusivamente, pelo casamento, pela consanguinidade ou por outros conceitos predominantes em tempos passados⁵. No entanto, analisando as principais leis que ainda regem o Direito de

4 Grande parte dos juristas nacionais passaram a designar “Direito das Famílias”, no plural, ante às variadas transformações sociais e jurídicas, relacionada ao “Direito de Família” e à pluralidade das entidades familiares. Tais como Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Dimas Messias de Carvalho, Rui Carvalho Piva, entre outros.

5 Tempos não tão remotos, pois foi apenas com a Constituição da República – CR/1988- é que se reconheceu a pluralidade de entidades familiares. Inclusive, o reconhecimento da própria união estável só se deu na CR/88, antes, tal formação familiar

Família percebe-se, além de inúmeras lacunas, um descompasso entre os textos normativos, a realidade social, a doutrina e a jurisprudência. Não há, por exemplo, uma legislação que discipline e regule todas as novas modalidades de famílias, restando ao Poder Judiciário julgar os conflitos com base na interpretação dos fatos sociais, na ponderação de valores subjacentes aos princípios jurídicos (explícitos e implícitos), o que acaba incomodando significativamente os mais positivistas e preocupados com o dogma da segurança jurídica.

A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, reconhece, expressamente, apenas a família oriunda do casamento, da união estável (entre homem e mulher) e da monoparentalidade (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, são as disposições do Código Civil (2002) em relação ao Livro IV – do Direito de Família. Diante desta omissão, vários doutrinadores e julgadores apresentam as novas formações familiares, além de buscarem a igualdade de tratamento e a proteção estatal para uniões ainda não tratadas em lei.

Realmente, a legislação específica do Direito de Família não evolui na mesma proporção em que surgiram as ‘novas’ formações familiares, o que se torna um desafio aos profissionais que atuam na área (especialmente, advogados, promotores, juízes). Também se mostra desafiador o ensino da disciplina, afinal, apesar de não previstas em lei, as novas formações familiares devem ser apresentadas e discutidas, objetivando a eficaz e completa formação do discente.

Sobre a necessidade de adequação da legislação pátria aos novos modelos da família brasileira, Rodrigo da Cunha Pereira, há mais de vinte anos asseverava que:

Não poderia ser diferente quando o Direito de Família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais. O regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia (PEREIRA, 1999, p. 35).

“A sociologia e a história mostram a família como entidade mutável e nem poderia ser diferente, pois a família não é supra cultural ou algo fora da história. A família sempre mudou através dos tempos e continuará a se modificar”, complementa o autor (PEREIRA, 1999, p. 36). Tudo isso ainda demonstra a necessidade de novas leis que acompanhem o desenvolvimento constante do instituto da família, de modo a garantir a proteção estatal a todos os grupos familiares existentes.

Não há como negar a necessidade de um olhar mais humanitário ao tratar do Direito de Família, até mesmo para entender o afeto como elemento primordial de elo entre as pessoas. É visível o aumento no número de formações familiares anaparentais, homoafetivas, recompostas, mosaico, nucleares, socioafetivas, simultâneas, unipessoais, coparentais, fissionais, dentre outras. O ensino e a prática jurídica devem buscar meios eficazes para impedir que tais formações familiares sejam vítimas de qualquer discriminação ou preconceito decorrente da ausência de uma legislação mais específica e conectada com a atualidade.

Pela constante evolução que ocorre no Direito de Família, verifica-se, portanto, que o conhecimento restrito à legislação não é suficiente. É necessário, para o profissional que atua no Direito de Família, um conhecimento holístico, inovador, inter, multi e transdisciplinar.

Por isso, inquestionavelmente, o ensino do Direito das Famílias deve possuir também caráter inovador, inter, multi e transdisciplinar, holístico e desenvolvido por meio do método construtivista, com metodologias ativas, como objetivo de preparar adequadamente os alunos para uma realidade totalmente diferente daquela pressuposta no texto da lei.

Pelas peculiaridades da disciplina, cabe às instituições buscarem na formação de um corpo docente especializado e capaz de transmitir o conhecimento de maneira eficiente e atual. Nesse ponto, verifica-se que a adoção de novas metodologias de ensino são capazes de apresentar os pontos fundamentais da disciplina de maneira contemporânea e participativa, de modo a criar uma visão mais crítica, reflexiva e humanista nos alunos.

E essa necessidade de mudança nos métodos de ensino está longe de ser uma novidade, pois já era prevista através da Portaria do MEC nº. 1.884, de 30 de dezembro de 1994. Entretanto, agora, com a Resolução nº. 05/2018 do MEC e com as vicissitudes decorrentes da pandemia da Covid-19, verifica-se muito mais a necessidade do desenvolvimento de um ensino cada vez mais inovador, holístico e transdisciplinar, especialmente no Direito das Famílias.

As novas metodologias de ensino do Direito das Famílias devem basear-se em uma pesquisa social empírica e capaz de apresentar aos alunos um conhecimento sobre os fatos reais e sociais que norteiam os grupos familiares, além dos meios capazes de efetivarem o direito positivo, as fontes reais do Direito utilizadas pelas comunidades e as práticas administrativas que possibilitam a garantia dos direitos dos cidadãos.

Esse novo método de aprendizagem é capaz de adequar o Direito de Família à realidade social, além de apontar a melhor solução para cada caso concreto. Sobre a necessidade de adoção de novos métodos de ensino, Rodrigo da Cunha Pereira explica:

No que toca à formação sociopolítica, espera-se que as matérias fundamentais (jurídicas ou não-jurídicas) capacitem o futuro profissional à produção criativa do Direito, à reflexão crítica, a atuar nos processos de mudança social e de transformações do Direito. A inafastável interdisciplinaridade do Direito de Família não pode prescindir de sólida formação sociopolítica. A formação técnico-jurídica, mesclada de formação sociopolítica, é exigente do ensino-aprendizagem competente das matérias profissionalizantes (ou jurídico-dogmáticas, se quiserem), dentre as quais se inclui o Direito de Família (PEREIRA, 1999, p. 339).

Outro ponto fundamental no ensino do Direito das Famílias, que tem absoluta conexão com as diretrizes determinadas pela Resolução nº. 05/2018 do MEC, é o equilíbrio entre teoria e prática, o que normalmente ocorre por meio do estágio oferecido pelo núcleo de prática jurídica das instituições de ensino. No âmbito do ensino do Direito de Família, esse estágio precisa ser desenvolvido de maneira a permitir que os alunos sejam colocados realmente em contato direto com as pessoas envolvidas nos litígios familiares, os alunos precisarão aprender a escutar os sujeitos, a pensar a melhor estratégia jurídica (inclusive do ponto de vista emocional e psicológico); além de proporcionar a participação dos discentes em audiências e julgamentos, devidamente acompanhados e assistidos pelos professores responsáveis. Além

disso, o corpo docente deve apresentar e estimular os alunos a participarem de congressos e eventos que serão importantes fontes de conhecimento e de desenvolvimento do pensamento crítico e humanista.

4. O ENSINO DO DIREITO DE FAMÍLIA POR MEIO DA MÚSICA

As artes estão intimamente ligadas à emoção, à sensibilidade, tanto daqueles que as produzem, quanto dos que a admiram. No Direito de Família, sobretudo, esta sensibilidade também se faz necessária, pois, na maioria dos casos, o aplicador das leis lida com questões pessoais do âmbito familiar eivadas de sentimentos e emoções, tal como ocorre nas dissoluções conjugais, separações, divórcios, processos de guarda dos filhos menores, sucessão por morte, dentre outros.

O ensino do Direito de Família por meio da música também deve ser capaz de evocar a sensibilidade do aluno, de aflorar as suas emoções, lembranças, além de demonstrar a necessidade de analisar cada caso apresentado de maneira humanista, customizada e com o cuidado necessário. Não cabe a um advogado, por exemplo, realizar um atendimento pautado apenas nas normas técnicas e jurídicas a serem aplicadas ao caso; para se tornar um profissional capacitado, cabe-lhe ser capaz de compreender adequada e empaticamente os sentimentos dos envolvidos e buscar as soluções que melhor atendam a todos.

Assim como a música, o Direito deve adaptar-se às evoluções sociais, ou seja, acompanhar as mudanças ocorridas no tempo. Mônica Sette Lopes (2006, p. 16) explica que “A música ordena, dentro de si, o tempo, mediante a predefinição de uma regulação marcada por som e silêncio.[...] O direito organiza e reconstrói tempo e espaço, ainda que eles se qualifiquem como sociais”. De modo que ambas as artes se estendam no tempo, se adequando às realidades sociais e buscando a harmonização da letra e da norma às novas necessidades da sociedade.

É cristalina a ideia de que o Direito das Famílias deve se reinventar, sempre com fundamento na evolução dos fatos sociais, o método de ensino da disciplina deve acompanhar essa constante evolução, pois “tanto o direito como a música projetam-se como invenção ou como impulso para a reinvenção da vida” (LOPES, 2006, p. 15). Um olhar diferenciado sobre uma disciplina tão antiga é capaz de operar milagres durante o ensino. A apresentação das normas a partir de manifestações artísticas, coloca fim ao ensino estático e dogmático. Mas o uso da música no ensino do Direito já ocorre há anos e faz com que os alunos sejam capazes de repensar, rever e reinterpretar as normas.

Rodrigo da Cunha Pereira evidencia bem essas realidades das “famílias” em sua obra “Direito das Famílias” do ano de 2021. O mesmo autor, na obra “Dicionário de Direito de família e sucessões: ilustrado” (2018), trabalha aspectos jurídicos e teóricos das disciplinas com viés artístico, com ilustrações, referencia obras de arte e muitas músicas. Justamente a fim de permitir a melhor compreensão e humanização das questões atreladas ao Direito e à realidade da vida das pessoas.

Em seu dicionário, Rodrigo da Cunha Pereira (2018), explica dezenas de verbetes jurídicos do Direito das Famílias e Sucessões por meio da música popular brasileira, inclusive, criou uma playlist na plataforma digital de transmissão de áudios - *Spotify*, com tais conexões. Por exemplo, quando explica sobre “abandono afetivo”, além das questões técnicas e normativas, Pereira traz jurisprudência, linguagem literária e conecta o verbete com a música “Meu Guri”, de Chico Buarque. Da mesma forma, acontece ao ensinar sobre o “abandono do lar”, conectando-o com a música “Apaga o fogo Mané”, de Adoniran Barbosa. E assim, sucessivamente, em vários verbetes do dicionário, como em “adolescência” e a música “Tesouro da Juventude”, de Tavinho Moura e Murilo Antunes; o verbete “adultério” e a música “Mil Perdões”, de Chico Buarque; o verbete “Família Democrática” e a música “Família”, dos Titãs; o verbete “idoso” e a música “Homem velho”, de Caetano Veloso; o verbete “testamento”, e a música “Testamento”, de Vinícius de Moraes e Toquinho, dentre tantos outros.

Assim, segundo Pereira:

A poesia, a literatura, a música popular brasileira muitos filmes brasileiros ou estrangeiros dizem com suavidade, e melhor que ninguém, sobre estas intrincadas relações familiares e sobre os restos do amor, que muitas vezes vão parar na Justiça.

[...]

Eles ajudam a dizer o indizível, inclusive tornando a leitura mais agradável, mais leve e menos penosa. [...]

A arte, as imagens podem ir além das palavras, pois abrem espaço para a reflexão e a emoção. Podem ajudar a fazer revolução. Talvez seja uma maneira mais sublime de perceber o mundo. Assim como a arte, o Direito é também interpretação. [...]

A Arte e o Direito tratam da mesma humanidade (PEREIRA, 2018, p. 18-19).

A música é capaz não somente de auxiliar a transmissão do ensinamento, como também de estimular o questionamento sobre a aplicação das normas, sobre as decisões tomadas em relação aos casos concretos, além de facilitar a reflexão acerca das divergências jurisprudências e doutrinárias existentes sobre os mais diversos temas⁶.

Conforme já exposto, atualmente, cabe às instituições de ensino superior buscarem a formação de profissionais atualizados, dialéticos e críticos, capazes de atuarem frente aos casos apresentados por uma sociedade em constante evolução. Para alcançar esse objetivo, as faculdades devem apresentar métodos de ensino baseados na manutenção da parte dogmática, mas com o implemento da aprendizagem pela interpretação zetética.

Importante destacar que, apesar da perspectiva zetética ser vista, muitas vezes, como oposta à dogmática, ambas se completam. Isso ocorre porque a zetética busca rever os paradigmas existentes, questionar os ensinamentos solidificados e retrógrados, o que torna o aluno um ser questionador e participativo no processo de aprendizagem.

6 O uso da arte para auxiliar na compreensão e transformação do Direito é tão profundo que, inclusive, por vezes a arte foi base de fundamentação dos Ministros da Corte Superior, como aconteceu em 2019 no caso emblemático em que, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a homotransfobia pode ser enquadrada na Lei 7.716/1989, que criminaliza o racismo. Como bem noticiou o IBDFAM: “O julgamento foi marcado por votos “históricos”, como o voto do ministro Celso de Mello, no qual citou o poema “O amor que não ousa dizer seu nome” atribuído à Lord Alfred Douglas, amante do escritor Oscar Wilde. [...] A ministra Cármen Lúcia citou o poema “Igual-Desigual” de Carlos Drummond de Andrade” (IBDFAM, 2019).

A possibilidade de questionar as verdades enrijecidas incentiva o posicionamento crítico do corpo discente, além de permitir discussões entre alunos e professores, que tornarão o método de ensino rico e interessante. O método zetético objetiva a análise das mudanças sociais, políticas, econômicas, dentre outras, que motivaram a necessidade de mudanças no modo de interpretação das normas para que estas sejam aplicadas de maneira atual e eficaz.

A interpretação zetética impõe o questionamento constante do conteúdo apresentado, além da análise conjunta das leis ao contexto social em que serão aplicadas, com base não apenas nos textos das leis e das decisões jurisprudenciais, mas também nos dados reais que permeiam a sociedade. Nesse sentido, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Suponhamos que o objeto de investigação seja a Constituição. Do ângulo zetético, o fenômeno comporta pesquisas de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica, etc. Nessa perspectiva, o investigador preocupa-se em ampliar as dimensões do fenômeno, estudando-o em profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos, econômicos. Ou seja, pode encaminhar sua investigação para os fatores reais do poder que regem uma comunidade, para as bases econômicas e sua repercussão na vida sociopolítica, para um levantamento dos valores que informam a ordem constitucional, para uma crítica ideológica, sempre ocupar-se em criar condições para a decisão constitucional dos conflitos máximos da comunidade. Esse descompromisso com a solução de conflitos torna a investigação infinita, liberando-a para a especulação. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 21).

A exposição do método zetético é necessária neste trabalho, por se tratar de um meio de interpretação inovador e que facilita ainda mais a introdução de novos métodos de ensino do Direito. Afinal, não basta a introdução, por exemplo, da música como meio de ensino, se o professor apenas usar esta arte para apresentar a letra fria da lei.

A música é um meio de expressão mundial capaz de apresentar sentimentos, narrativas, histórias, manifestos, novos olhares, reflexões, enfim, tudo pode ser demonstrado por intermédio da música. Pela facilidade com que se decora a letra das músicas das quais se gosta, algumas entidades de ensino decidiram apresentar algumas matérias por meio da música, com o intuito de apresentar um modo de aprendizagem inovador, agradável e expressivo.

A apresentação da disciplina através da música, além de permitir a participação de todos os envolvidos, minimiza as diferenças culturais, econômicas e sociais, por se tratar de uma arte universal e acessível. Nesse sentido, vale destacar, que:

Para se obter sucesso nesse desafio, é preciso se libertar dessa metodologia de aprendizagem do Direito estritamente formalista e incorporar no seu processo de aplicação de normas conceitos jurídicos, como a hermenêutica. Portanto, é preciso se libertar dos grilhões dogmáticos da ordem jurídica positivada.

A libertação do pragmatismo, do dogmatismo exagerado, significa que o estudante de Direito perceberá a necessidade de adequar para a norma a realidade social que o envolve, e não o contrário. Mas, uma interpretação através de técnicas só dogmáticas não leva o estudante àquela forma acima de interpretação, ou seja, interpretação das normas sem questionamento não se leva em consideração os valores existentes entre o fato e a lei. A hermenêutica

vem justamente para romper com esses pressupostos metodológicos e dar uma ênfase significativa para as questões valorativas da atual e complexa sociedade no que diz respeito na relação entre fato e lei (DUARTE, 2004, p. 3).

O ensino do Direito, especialmente do Direito das Famílias, por intermédio da música, permite aos alunos uma análise menos fria e calculista do que aquela permitida pelo método dogmático, de modo que o intérprete deixe de ser um mero aplicador do Direito e se torne um aprendiz crítico e coerente que se importa em analisar qual a forma mais justa de se aplicar as normas e jurisprudências aos casos concretos.

A palavra comum e que rege a união do ensino à música é interpretação. Assim como os alunos e juristas devem ler e interpretar os mandamentos jurídicos, aquele que ouve uma música busca interpretar a mensagem que o artista quer passar através não somente da letra, mas também pela melodia, harmonia, compasso e tudo mais que compõe essa arte.

Além disso, a música é interpretada de uma maneira singular por aquele(a) que a ouve, e isso ocorre porque a vivência e o momento pelo qual cada ser humano está passando determinará como aquela música fará parte da sua vida. A interpretação da norma não é diferente, pois ela será analisada de acordo com o conflito apresentado, as partes envolvidas, a disciplina que regula o caso concreto, dentre outras inúmeras variáveis que determinarão como se dará o andamento e escolha das leis, princípios e jurisprudências que serão aplicadas.

A partir dessas considerações, compreende-se que estudar e ensinar o Direito não pode se resumir apenas à técnica, à memorização dos textos das normas, ao conhecimento da doutrina, mas, assim como na música, é preciso ter sensibilidade para interpretar fatos, valores e normas, inseridas em um determinado contexto socioeconômico e cultural, que pode variar no tempo e no espaço. Esta talvez seja a maior sabedoria no Direito, o que também não é muito diferente na música, cuja interpretação também é fundamental e pode variar, a depender da partitura, mas também do contexto, do público, do subjetivismo do próprio intérprete (TAVARES; GABRICH, 2020, p. 45).

Para que ocorra uma significativa quebra de paradigmas em relação ao ensino tradicional do Direito no Brasil, novas metodologias de ensino se mostram fundamentais, pois são capazes de apresentar as inovações trazidas pela evolução social e ainda induzir uma participação ativa dos alunos que buscam uma formação transdisciplinar, inovadora e construcionista. Exatamente como pressuposto pela Resolução nº. 05/2018 do MEC.

Não obstante, a música valoriza o ativismo discente e preenche as lacunas deixadas pelo ensino dogmático, a partir do momento que apresenta as disciplinas através de uma linguagem sensível, perspicaz e altamente capaz de promover a união entre alunos, professores e o material didático.

O Direito das Famílias é uma disciplina extremamente humanística e evolutiva, que trata de conflitos existentes entre membros ligados pelos laços consanguíneos e/ou de afeto. Nessa disciplina, portanto, precisam ser abordados diversos princípios ligados à dignidade humana, além de outros direitos essenciais aos seres humanos, tais como moradia, alimentos, educação, guarda, dentre outros.

Pelo seu caráter de disciplina intimamente ligada às pessoas, por consequência, aos direitos humanos e pela necessária abordagem humana e sensível, o ensino do Direito das Famílias por meio da música é especialmente eficiente por abranger os temas jurídicos de forma dife-

renciada, além de possibilitar as mais diversas interpretações de acordo com cada ser humano que se dedica a aprender através de uma verdadeira simbiose entre o Direito e a arte.

Nesse sentido:

A música ainda permite demonstrar que os textos jurídicos podem ser mais claros e objetivos, pois, muitas vezes, os versos de uma canção são capazes de aclarar o conteúdo de muitos textos jurídicos. É tudo uma questão de interpretação, pois, uma vez que as diferentes variantes de interpretação de uma mesma música instrumental, por exemplo, podem ser usadas pela hermenêutica para demonstrar que as interpretações de uma mesma situação, sob o ângulo de uma mesma norma, podem variar de acordo com o intérprete, juiz ou Tribunal (TAVARES; GABRICH, 2020, p. 58-59).

Mônica Sette Lopes esclarece ser comum os aprendizes do Direito apresentarem ansiedade e insegurança no aprendizado e aplicação do Direito, por se tratar de um curso complexo e que deve atentar-se às mudanças sociais. Diante desse quadro, surge a necessidade de harmonização e uniformização do Direito através de métodos e metodologias de ensino adequados às complexidades e modernidades da sociedade atual. (LOPES, 2008).

Lecionar matérias vinculadas ao ramos do Direito das Famílias necessita de humanização e de harmonização entre a letra fria da lei e a intensidade/rotatividade dos conflitos apresentados perante a justiça brasileira e a realidade da vida. Por meio da música, o corpo docente de uma instituição de ensino é capaz de apresentar o Direito através de uma arte contemporânea e mundial, proporcionando uma experiência por intermédio da qual os alunos adquirem conhecimento pelas relações harmônicas entre notas, ritmos, poesia, regras, jurisprudências, princípios, casos concretos e fatos sociais atuais.

Imperioso destacar, ainda, que, por muitas vezes, é justamente por intermédio da arte que o Direito e/ou as necessidades sociais e/ou de uma determinada pessoa ou demanda serão compreendidas. Como disse Benedito ao expor que:

A arte nem sempre imita só a vida, mas explica dores psicológicas profundas que o Direito nem sempre consegue reconhecer. [...] A arte pode ter um papel importante na mensuração do afeto na vida das pessoas, contribuindo para melhor interpretação e aplicação do Direito (BENEDITO, 2019, p. 25).

Sobre a necessidade de adoção de novos métodos e metodologias de ensino jurídico, Mônica Sette Lopes apresenta esta visão extremamente sensível:

Ensinar o direito é também criar nos e com os alunos a possibilidade de buscar novas maneiras para comunicar e difundir a sua mensagem. É não ter medo de que outros o saibam e de que o saibam mais e melhor do que quem ensina. É não achar que todas as possibilidades já se esgotaram e não ter receio de perder o poder de dominar com exclusividade uma técnica e um saber. Qualquer reducionismo ou limitação na esfera das possibilidades de transmitir a mensagem sobre o que, o como, o para quê, o porquê ou o de que é feito o direito vai na contramão de sua essência que é ser conhecido (LOPES, 2008, p. 272).

“O uso da música para expor o direito constitui um caminho infinito de possibilidades sem modelo obrigatório ou exauriente, como todos os outros que envolvem as correlações dele com a arte (literatura, cinema, pintura, teatro etc.)” (LOPES, 2011, p. 70). O professor pode apresentar um caso que causou grande repercussão social e uma música que retrate a

existência deste quadro há várias décadas. Ou, o próprio aluno pode buscar uma lembrança pessoal para ilustrar a aplicação das normas jurídicas aos riscos cotidianos aos quais todos estão expostos.

A música é capaz de trazer à tona não somente sentimentos ou lembranças, mas a sensibilidade para enxergar a história subjacente à letra, o sofrimento do intérprete, tal como ocorre quando são expostos casos de racismo ou de violência no contexto familiar - casos estes que crescem a cada dia. Nesse sentido:

O exercício de sinestesia propiciado pela interação (analógico-metafórica) entre direito e música segue a mesma linha de exercício de sensorialidade e de percepção ou de aguçamento dela como possibilidade epistemológica de difusão do conhecimento sobre o ser do direito. Há, pela arte em geral e pela música, especificamente, um adensamento dos sentidos em relação ao direito e, sobretudo, à sua dinâmica operativa que ocorrena transcendência do evidente consolidado na expressão estática dos fenômenos jurídicos principais (lei, decisão, teoria) (LOPES, 2011, p. 71).

A obra de Mônica Sette Lopes (2006) trata do Direito e da música como metáforas pois, segundo a autora, o primeiro utiliza a lei e a segunda utiliza a partitura, portanto, a lei seria a partitura do Direito (LOPES, 2006, p. 11). Lopes explica que existe uma simbiose entre o Direito e a música capaz de proporcionar uma visão mais humanística dos fenômenos jurídicos, o que possibilitaria um trabalho humanitário por parte dos operadores do Direito. E isso é especialmente relevante no Direito de Família.

Ainda segundo Lopes, o Direito e a arte são expressões humanas comunicativas e racionais que se complementam, principalmente durante o ensino da disciplina, mas não se limitando ao aprendizado, mas também durante as atividades profissionais, sobretudo durante argumentações e justificativas jurídicas apresentadas pela doutrina, pelos juízes ou advogados (LOPES, 2006).

Sobre a utilização da música no exercício da função dos juízes e a simbiose existente entre música e mundo jurídico, Eros Roberto Grau salienta:

Pois é exatamente aí que música e Direito se apartam. Os músicos interpretam partituras visando à fruição estética. Os juízes interpretam textos normativos vinculados pelo de verde aplicá-los, de sorte a proverem a realização de ordem, de segurança e de paz. O intérprete musical interpõe-se entre o compositor e a plateia. Para os juízes, no entanto, não deve existir plateia. O Direito não é para produzir efeito estético. A sensibilidade ao belo é estranha à atuação do juiz no desempenho do ofício de interpretar e aplicar textos da Constituição e das leis. A aptidão humana de fruição do belo nada tem a ver com os juízes. Nem mesmo conosco, meros cidadãos, quando suportamos normas de decisão por eles produzidas (GRAU, 2014, p. 01).

Por fim, o ex-ministro do STF conclui sobre a semelhança entre música e Direito: “entre a música e o Direito há, contudo, certa semelhança. Ambos são alográficos, isto é, reclamam um intérprete: o intérprete da partitura musical, de um lado; o intérprete do texto constitucional ou da lei, de outro” (GRAU, 2014, p. 01). Assim como a música necessita ser escrita, a melodia deve ser composta e, por fim, o cantor entonar a canção; no Direito, as normas devem ser analisadas, visando a adequação entre as leis e os casos concretos.

Em relação aos novos métodos de ensino jurídico, seria possível imaginar a aplicação de uma aula cantada quando percebida a falta de concentração ou desinteresse da classe em aprenderem a temática aplicada. Muitas vezes, alunos emendam rotinas exaustivas de trabalho a afazeres domésticos, diariamente, ao curso de Direito, e tal didática não seria menos interessante ou descredibilizada, muito pelo contrário, mostraria a possibilidade de abrangência da ministração por parte do docente.

Segundo Mônica Sette Lopes, ela mesma já utilizou este artifício em sala de aula, mas, apesar de inusitado, a autora ressalta que o ato deve ser pautado na sensibilidade, de modo a demonstrar que a música apresentada está em sintonia com o tema da aula (LOPES, 2011).

Lopes, inclusive, relembra uma vez que cantou num curso de formação de juízes. A música escolhida foi “14 anos”, de Paulinho da Viola, que trata da valorização que alguns genitores dão à formação de “doutores” (LOPES, 2011). Segundo a desembargadora, ela cantou para mostrar aos novos juízes que as funções da magistratura nem sempre são fáceis de serem realizadas, mas que sempre deveriam ser pautadas pela ética e equidade, e nunca deixando o “poder subir à cabeça”. Segundo palavras da autora:

Por isto cantei. Para levá-los, na extrema juventude de muitos deles, a refletir se estavam preparados para o exercício de julgar “nesta terra de Doutor”, se estavam conscientes da importância de não se transformarem em personagens estéreis na fórmula vazia do “Seu Doutor”, da importância de não se deixarem vender, não apenas no sentido literal da integridade ética e da incorruptibilidade, mas também de não se deixarem levar pelo medo, pelo descaso, pela preguiça, pelo desleixo (LOPES, 2011, p. 74).

O ensino do Direito por meio da música, especialmente no caso do Direito de Família, além de prender a atenção dos alunos, facilita o aprendizado. Afinal, quantas e quantas vezes o aluno lê determinada lei, mas não consegue compreendê-la ou mesmo decorá-la; no entanto, após ouvir uma mesma música poucas vezes o aluno já decora a letra e compreende o sentido da mensagem. Além disso, a música é capaz de transmitir as disciplinas de maneira harmoniosa, proporcionando a interação entre os alunos e entre estes e os professores. Mônica Sette Lopes ressalta que “a música tem a capacidade de, nos rituais religiosos, expressar condutas a seguir, o ritmo, o como agir, tudo dentro daquela determinada comunidade, tornando-se a música um fator de sociabilidade e harmonia” (LOPES, 2006, p. 24).

A aprendizagem por meio da arte não busca rejeitar a técnica jurídica aplicada há anos, mas, sim, proporcionar uma visão mais humanística ao corpo discente e apresentar as disciplinas através de fatos e situações que ilustram a realidade da vida e da natureza humana. O ensino do Direito por intermédio da música é capaz de provocar o aluno a adentrar em situações que o método meramente instrutivista não permite. Nesse sentido:

A lei não esgota o Direito como a partitura não exaure a música. Interpretar, é recriar, pois as notas musicais, como os textos de lei, são processos técnicos de expressão e não meios inextensíveis de exprimir. Há virtuosos do piano que são verdadeiros datilógrafos do teclado. Infiéis à música, por excessiva fidelidade às notas, são instrumentistas para serem escutados e não intérpretes para serem entendidos. O mesmo acontece com a exegese da lei jurídica. Aplicá-la é exprimi-la, não como uma disciplina limitada em si mesma, mas como uma direção que se flexiona às sugestões da vida (LEITE, 2010, p. 5).

Ainda sobre o ensino jurídico por meio da música, destacam-se os professores de cursos preparatórios para concursos públicos, que muitas vezes tentam apresentar o Direito de maneira mais humorística. Esses profissionais buscam a junção de normas às melodias conhecidas pelo público em geral, tal como o exemplo a seguir apresentado, que busca ensinar algumas partes da Lei Maria da Penha por meio da canção "O amor e o poder":

Lei Maria da Penha pro Jecrim não vai não,
não cabe pena de cesta básica e prestação pecuniária.
Tenho medidas protetivas, de afastamento do lar, podendo até proibir,
o agressor da vítima se aproximar. A vítima não poderá,
Entregar intimação,
Nem notificação ao agressor. (MENDONÇA, 2011, p. 2).

Nesse caso, a intenção do educador foi apresentar um meio mais fácil e engraçado para que o aluno possa assimilar as leis e decorar os pontos mais importantes das normas.

Não obstante, em qualquer caso, a relação entre o Direito e a música propicia, ainda, a melhora na comunicação dos profissionais do Direito; comunicação esta, inúmeras vezes, extremamente técnica e complicada para diversos interlocutores que são leigos sobre o assunto.

O ensino por meio da música aguça a sensibilidade do receptor do conhecimento (futuro profissional do Direito) e o coloca no lugar daquele que o procura em busca de soluções para estruturação jurídica dos seus objetivos, para a solução dos seus conflitos.

5. CONCLUSÃO

O Direito sempre teve e terá relação com a vida em sociedade. Por isso, a evolução dos fatos e da vida social também determina a evolução do Direito, das suas normas, de sua interpretação e do seu ensino.

Contudo, em alguns casos específicos, como ocorre no Direito de Família, a evolução da legislação não acompanha na mesma rapidez e proporção a evolução dos fatos sociais, dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Entretanto, nem sempre a mesma evolução da sociedade e do Direito são acompanhadas devidamente pelos métodos e metodologias de ensino e aprendizagem. Não obstante, no Brasil, atualmente, em virtude das diretrizes estabelecidas pela Resolução nº. 05/2018 do MEC, o uso de metodologias inovadoras, ativas e que favoreçam a inter, a multi e a transdisciplinariedade, bem como o equilíbrio entre teoria e prática, entre razão e emoção, constitui imperativo categórico, que irá balizar a fiscalização das instituições de ensino do Direito nos próximos anos.

Como esta pesquisa demonstrou, o ensino do Direito por meio da música -especialmente no caso do Direito de Família - é capaz de despertar inquietude entre os alunos, bem como de promover um ensino jurídico construtivista, inovador, transversal, inter, multi e transdisciplinar.

O Direito é fenômeno social em constante evolução assim como a sociedade regida pelas suas normas, o que implica diversas reformulações para que se quebrem paradigmas e se busquem adequação entre os anseios sociais e as normas jurídicas. Assim como o Direito possui

múltiplas fontes de informação e formação, os métodos de ensino jurídico também podem ser inovadores e diversos, visando acompanhar a evolução dos conceitos jurídicos e demonstrar que não existem verdades irrefutáveis ou paradigma que não possam ser quebrados.

Como evidenciado, por muitas vezes, é justamente por intermédio da arte que o Direito e/ou as necessidades sociais e/ou de uma determinada pessoa ou demanda serão compreendidas. A conexão entre o Direito e a música permite a transformação do ensino jurídico, bem como a transformação da própria mentalidade da atividade jurídica, portanto, necessária.

REFERÊNCIAS

- 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: 2 jan. 2021.
- BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código civil. Brasília, DF. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 2 jan. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. Resolução nº 05, de 17 de dezembro de 2018. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, p. 122, dez. 2018. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 12 jan. 2021.
- BENEDITO, Luiza Machado Farhat. Abandono Afetivo em “Julietta”. In: VILLAS BOAS, Regina Vera; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. XVIII Congresso nacional do Conpedi Belém – PA: direito, arte e literatura. Florianópolis. CONPEDI, 2019. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/0a9m1w28/n05nU42wqV29S9JF.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao Direito*. Barueri: Manole, 2004.
- COSTA, Renata P. Carvalho; FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon. Ensino jurídico “versus” positivismo jurídico: para uma visão plural do direito. *Panóptica*, ano 2, n.16 jul .2009. Disponível em: http://www.panoptica.org/2009juloutpdf/01_2009_jul_out_1_26pp.pdf. Acesso em: 28 dez. 2020.
- DUARTE, Ícaro de Souza. Mais zetética, menos dogmática; a hermenêutica como pressuposto para uma formação dos alunos. *JusNavegandi*, Teresina, ano 8, n. 434. set. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5691>. Acesso em: 18 dez. 2020.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2015.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GABRICH, Frederico de Andrade. *Transdisciplinaridade no ensino jurídico*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=57db7d68d5335b52>. Acesso em: 15 dez. 2020.
- GRAU, Eros Roberto. A música e o direito. In: O GLOBO/RJ. *Opinião*. 15 maio 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/1001188.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- IBDFAM. Belo Horizonte, 2019. Instagram. Página da Rede Social Instagram do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- LOPES, Mônica Sette. *Uma metáfora: música & direito*. São Paulo: LTr, 2006.

LOPES, Mônica Sette. O ensino jurídico nas ondas do rádio. *Rev.Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, p. 261. jan./jun. 2008. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/viewFile/71/67>. Acesso em: 3 jan. 2021.

LOPES, Mônica Sette. Os juízes no espelho: ver e ser visto. *Revista Ética e Filosofia Política*, n. 14, out. 2011. Disponível em: https://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2011/10/14_2_lopes_6.pdf. Acesso em: 3 jan. 2021.

MENDONÇA, Camila Ribeiro de. Mestres usam música e tecnologia para ensinar Direito. *Consultor jurídico*, ago. de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-ago-14/professores-criativos-usam-musica-charges-tecnologia-ensinar-direito>. Acesso em: 12 jan. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Repensando o Direito de Família *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA*, 1., 1999, Belo Horizonte. Anais [...]. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/57.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.

PORTO, Mário Moacyr. *Os fundamentos estéticos do Direito*. out. 2010. 661 p. (Doutrinas Essenciais de Direito Civil, v. 1). Disponível: <https://rodrigoleite2.jusbrasil.com.br/artigos/121938516/os-fundamentos-esteticos-do-direito-por-mario-moacyr-porto>. Acesso em: 22 dez. 2020.

SPOTIFY. *Plataforma Digital*. Disponível em: <https://open.spotify.com/playlist/1xvg1NsmUubv0Rxx5oqEn0?si=GYIIC53CTbuc9yKfHyuLlw&nd=1>. Acesso em: 2 abr. 2021.

TAVARES, Roselaine Andrade; GABRICH, Frederico de Andrade. Aplicação da música ao ensino do Direito. *Revista de pesquisa e educação jurídica*, v. 6, n. 1, jan./jun. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/08/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/08/2021
- Avaliação 1: 07/08/2021
- Avaliação 2: 21/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 22/08/2021
- Retorno rodada de correções: 01/12/2021
- Decisão editorial/aprovado: 04/12/2021

Equipe editorial envolvida

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

A VIOLAÇÃO POSITIVA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: OS APOIADORES COMO PENITUS EXTRANEI E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE O APOIADO E TERCEIROS

POSITIVE BREACH OF THE SUPPORTED DECISION-MAKING: SUPPORTERS AS PENITUS EXTRANEI AND ITS CIVIL LIABILITY TO THE SUPPORTED AND THIRD PARTIES

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE¹

GUILHERME SANTOS NEVES ABELHA RODRIGUES²

IGOR GAVA MARETO CALIL³

RESUMO

Trata-se de pesquisa destinada a analisar a responsabilidade civil dos apoiadores na tomada de decisão apoiada. Pretende-se verificar os contornos da responsabilidade civil dos apoiadores pelos danos decorrentes de sua conduta. Também se verificará a eventual possibilidade, ou não, de responderem objetiva e solidariamente pelos danos causados pelo apoiado, tal qual se dá com o curador ou o tutor. Procedeu-se a uma análise do regime de responsabilidade civil do *amministratore di sostegno* italiano para identificar e solucionar possíveis problemáticas semelhantes com a tomada de decisão apoiada. Após uma revisão bibliográfica destinada a responder ao questionamento se, por analogia, aplicam-se aos apoiadores da tomada de decisão apoiada as regras da responsabilidade civil do tutor (art. 1.752) e do curador (art. 1.781), esta pesquisa concluiu que a natureza negocial da tomada de decisão apoiada faz com que tal analogia não seja possível. Sendo um negócio jurídico, foi elaborada uma tese propositiva para inovar quanto à matéria defendendo a possibilidade de aplicação da teoria da violação positiva do contrato entre apoiadores e apoiado.

Palavras-chave: pessoa com deficiência; tomada de decisão apoiada; violação positiva do contrato; *penitus extranei*; responsabilidade civil dos apoiadores.

- 1 Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direito Processual) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador dos Grupos de Pesquisa "Desafios do Processo" e "Medicina Defensiva" (PPGDIR/UFES); Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>.
- 2 Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisador do Programa Institucional de Iniciação Científica (UFES/PIIC) e dos Grupos de Pesquisa "Desafios do Processo" e "Medicina Defensiva". E-mail: guilhermeabelha@hotmail.com. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1322897749619572>. Orcid iD: <http://orcid.org/0000-0002-2217-6715>.
- 3 Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisador do Programa Institucional de Iniciação Científica (UFES/PIIC) e dos Grupos de Pesquisa "Desafios do Processo" e "Medicina Defensiva". E-mail: igorgcalil@gmail.com. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8802836350537240>. Orcid iD: <http://orcid.org/0000-0003-2461-2362>.

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

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RODRIGUES, Guilherme Santos Neves Abelha; CALIL, Igor Gava Mareto. A violação positiva da tomada de decisão apoiada: os apoiadores como penitus extranei e sua responsabilidade civil perante o apoiado e terceiros. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 60-82, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8379>.

ABSTRACT

*This is research aimed at analyzing the supporters' civil liability in the decision-making supported. It is intended to analyze what will be and what will be the contours of the supporters' civil liability for damages resulting from their conduct. There will also be a possible possibility, whether or not, of objectively and jointly responding to the damage caused by the person being supported, as is the case with the curator or guardian. An analysis of the civil liability regime of the Italian *amministratore di sostegno* was carried out to identify and resolve possible similar problems with supported decision making. After a bibliographic review designed to answer the question whether, by analogy, the rules of civil liability of the guardian (art. 1,752) and the curator (art. 1,781) apply to the supported decision makers, this research concluded that the negotiating nature of supported decision making makes such an analogy not possible. Being a contract, a propositional thesis was elaborated to innovate on the matter defending the possibility of applying the theory of positive breach of the contract between supporters and supported.*

Keywords: *people with disability; supported decision making; positive breach of contract; penitus extranei; supporters' civil liability.*

1. INTRODUÇÃO

Este artigo de opinião foi produzido a partir de uma pesquisa que pretendeu esclarecer quando há responsabilidade civil dos apoiadores em relação ao apoiado e a terceiros com os quais a pessoa com deficiência conclui atos jurídicos.

Diferentemente do que ocorre na curatela de interditos, durante a vigência do processo de auxílio da tomada de decisão apoiada, não há que se falar em diminuição da capacidade civil de fato da pessoa com deficiência, afinal, ela tem seu poder decisório mantido intacto ao longo do período de apoio.

Também, diferentemente do que ocorre na curatela de interditos, em que o curador tem controle e ascendência sobre os atos praticados pelo curatelado, na tomada de decisão apoiada os apoiadores cumprem papel de aconselhamento do apoiado, não sendo seu consentimento um requisito de validade do ato praticado entre a pessoa com deficiência e um terceiro.

Neste ínterim, surgiu a problemática da responsabilidade civil dos apoiadores pelo papel que desempenham nos atos praticados pelo apoiado, uma vez que o art. 1.783-A do Código Civil (BRASIL, 2002) nada expressa quanto a essa matéria. Daí resultou o problema a ser resolvido pela pesquisa: por analogia, aplicam-se aos apoiadores da tomada de decisão apoiada as regras da responsabilidade civil do tutor (art. 1.752) e do curador (art. 1.781)?

Inicialmente, a pesquisa vislumbrou que seria sim possível a aplicação por analogia. Porém, com seu avanço e aprofundamento — e inspirado pelo sistema de responsabilidade do *amministratore di sostegno* italiano —, tal hipótese não se confirmou. Assim, ocorreu uma situação inusitada: a pesquisa não confirmou sua hipótese inicial e obteve uma outra conclusão, totalmente diversa.

Nesta conclusão, a pesquisa constatou pela impossibilidade de analogia entre tomada de decisão apoiada, tutela e curatela, uma vez que a primeira tem natureza negocial e, além disso, os apoiadores não exercem controle sobre o apoiado. Logo, a responsabilidade civil dos apoiadores se restringe ao inadimplemento das prestações do termo de apoio, não havendo

que se falar em responsabilidade perante terceiros. É que, quanto aos atos praticados pelo apoiado com terceiros, os apoiadores são *penitus extranei*, isto é, são estranhos aos atos praticados pelo apoiado (*tertius* ou *alteri*), não guardando ascendência sobre a pessoa com deficiência e nem vínculo com a outra parte.

Observe, então, que o objetivo da pesquisa é demonstrar que, quanto à responsabilidade civil dos apoiadores, não se aplicará, por analogia, as regras de responsabilidade do tutor (art. 1.752 do Código Civil), nem do curador (art. 1.781 do Código Civil), pois tutela e curatela têm natureza totalmente distinta da tomada de decisão apoiada, ou seja, são institutos completamente diferentes e com regimes jurídicos próprios que dificultam a analogia normativa (BRASIL, 2002).

Metodologicamente, a pesquisa procedeu a uma revisão bibliográfica para, dedutivamente, formular uma tese propositiva e inspiradora pela qual a responsabilidade civil dos apoiadores é de natureza negocial e, havendo descumprimento de deveres prestacionais e acessórios, haverá inadimplemento.

Como inovação, a pesquisa propõe a possibilidade de se aplicar a teoria da violação positiva do contrato — aqui designada ora como violação positiva do negócio jurídico, ora como violação positiva da tomada de decisão apoiada — quando os apoiadores não agirem em conformidade com a boa-fé objetiva, a qual constitui uma cláusula negocial não escrita do termo de apoio, por força do inciso III do § 1º do art. 113 e do art. 422, todos do Código Civil (BRASIL, 2002).

Desse modo, este artigo de opinião sistematiza as conclusões obtidas na pesquisa como forma de simplificar um tema que se revelou sem respostas para muitas pesquisas. Espera-se que possa contribuir para a operabilidade do art. 1.783-A e para estimular o exercício diligente do apoioamento (BRASIL, 2002).

2. OS DEVERES DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS APOIADORES

A Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (Lei nº. 13.146/2015) atribuiu plena capacidade de fato às pessoas com deficiências cognitivas e discernimento reduzido, estabelecendo um novo paradigma no que concerne ao exercício dos direitos pelas pessoas com deficiência ao introduzir inéditos instrumentos de amparo, que buscam garantir a autonomia desses indivíduos. Exemplos desses instrumentos são a tomada de decisão apoiada (§ 2º do art. 84 da Lei nº. 13.146/2015 c/c art. 1.783-A do Código Civil) e a curatela especial de pessoa capaz (§§ 1º, 3º e 4º do art. 84 e art. 85 da Lei nº. 13.146/2015).

A tomada de decisão apoiada tem por objetivo garantir que a pessoa com deficiência exerça sua autonomia privada de acordo com seus interesses, uma vez que sua vontade se torna juridicamente relevante a partir da Lei nº. 13.146/2015 (BRASIL, 2015). Figura como instrumento de exercício da capacidade civil de fato, facultando à pessoa com deficiência ter

dois ou mais sujeitos apoiadores que, nos limites do termo firmado, irão auxiliá-la na prática dos atos da vida civil. Assim, os apoiadores passam a ter o dever de fornecer ao apoiado as informações e os elementos que eventualmente venha a necessitar quando estiver praticando atos jurídicos, especialmente os de natureza negocial.

Caracteriza-se, portanto, como um negócio jurídico, oriundo de um acordo de vontades entre apoiado e apoiadores, homologado por um juiz, cujos efeitos são planejados pelas partes envolvidas, quais sejam, o apoiado (pessoa com deficiência) de um lado e os apoiadores de outro.

A tomada de decisão apoiada objetiva estimular a adoção de métodos alternativos à curatela, de forma a manter plena a capacidade civil de fato do sujeito de direito com deficiência, não lhe impondo restrições e interdições, na contramão do que fazem a tutela e a curatela. Assim, têm os apoiadores apenas o dever de fornecer “os elementos e informações necessários para que [o apoiado] possa exercer sua capacidade”, e não de representar-lhe ou assistir-lhe. Trata-se, portanto, de um “modelo protecionista para pessoas plenamente capazes, porém em situação de vulnerabilidade por conta de uma deficiência” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 378).

Tal apoio decorre de um ato de vontade da própria pessoa com deficiência, sem diminuição de sua capacidade de fato durante a vigência do processo de auxílio. Afinal, o sujeito de direito tem seu poder decisório mantido no decorrer de todo o tempo em que está sob apoio.

A responsabilidade civil dos apoiadores pode ser abordada em dupla perspectiva: a primeira, em relação a descumprimento de deveres do termo de apoio que causem prejuízo direto ao apoiado; e a segunda, em relação a terceiros com os quais o apoiado venha a concluir negócios e demais atos jurídicos.

A tomada de decisão apoiada é constituída a partir da homologação judicial do termo de apoio, originando uma relação jurídica entre apoiado e apoiadores. Dessa forma, quanto à primeira perspectiva de responsabilidade dos apoiadores, eventuais descumprimentos lesivos dos deveres do apoio importarão na responsabilidade civil do(s) apoiador(es) ofensor(es), qual seja, a obrigação secundária de reparar o dano causado.

O § 1º do art. 1.783-A do Código Civil revela a eficácia *ex voluntate* do instrumento apoiador. Logo, a natureza da tomada de decisão apoiada é a de verdadeiro negócio jurídico, sendo o termo de apoio do § 1º o instrumento negocial:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

[...] (BRASIL, 2002).

Pois bem, se os deveres entre apoiado e apoiadores têm natureza negocial, logo a natureza jurídica da responsabilidade civil que decorre do descumprimento de tais deveres é negocial. Tanto é assim que o § 7º do art. 1.783-A do Código Civil prescreve que os apoiadores devem “adimplir as obrigações assumidas”. E, sabe-se, “adimplemento” e “obrigação” são conceitos relativos a negócio jurídico. Portanto, o regime jurídico da responsabilidade civil dos apoiadores é o dos arts. 389 e ss. do Código Civil (BRASIL, 2002).

Quanto à responsabilidade civil dos apoiadores perante os terceiros com os quais o apoiado celebra negócios e atos, preliminarmente importa destacar que o apoiado, conforme *caput* do art. 84 da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, é sujeito de direito plenamente capaz para exercer os atos da vida civil. A tomada de decisão apoiada, por sua vez, é instituto que reafirma e promove esse exercício de direitos pela pessoa com deficiência.

O *caput* do art. 1.783-A, *in fine*, do Código Civil (BRASIL, 2002), é expresso no sentido de que os apoiadores apenas fornecem elementos e informações para que a própria pessoa apoiada exerça sua capacidade. Assim, a constituição da tomada de decisão apoiada não importa em redução de capacidade de fato, seja pela própria formulação normativa do *caput* do art. 84 da LIPcD c/c *caput* do art. 1.783-A do Código Civil, seja pela *mens legis* da Lei nº. 13.146/2015 (BRASIL, 2015), seja, ainda, pela própria forma de constituição e desenvolvimento do apoio, que se perfaz por meio de negócio jurídico entre apoiado e apoiadores.

A constituição do apoio não importa na incapacidade relativa do apoiado. Aliás, se assim o fosse, haveria uma contradição, qual seja, a de sustentar que o negócio jurídico que dá início ao apoio, realizado pela própria pessoa com deficiência, teria também o efeito de declarar sua incapacidade. (Uma teratológica “autointerdição”?). E aí surgiria o seguinte problema: se o postulante do apoio se incapacitasse relativamente para fins civis, então o negócio – termo de apoio – seria anulável (inciso I do art. 171 do Código Civil); anulado o negócio, então voltaria o sujeito a ser plenamente capaz (BRASIL, 2002).

Ora, qual seria a eficácia e a utilidade de um instituto que o seu próprio efeito é a causa imediata de sua extinção e inutilidade?

Justamente por esses motivos, verifica-se que a pessoa com deficiência que constitui o apoio do art. 1.783-A do Código Civil permanece sendo pessoa plenamente capaz (BRASIL, 2002).

Essa análise é importante e necessária para o exame da responsabilidade civil dos apoiadores. O fato de a pessoa apoiada não ter restringida sua capacidade civil – somado ao fato de que o apoio não pode conter cláusulas de transferência de poderes –, propicia a constatação de que os apoiadores não representam, nem assistem o apoiado. De modo que o apoio prestado se restringe ao fornecimento de elementos e informações necessárias para que o apoiado exerça seus direitos e pratique os atos da vida civil. Logo, é o apoiado quem responde pelos atos que vier a praticar e pelos prejuízos que causar a terceiro, ainda que com o suporte prestado pelos apoiadores.

Quanto aos atos praticados pelo apoiado com terceiros, os apoiadores são *penitus extranei*. Isso significa dizer que os apoiadores são estranhos aos atos praticados pelo apoiado (*tertius* ou *alteri*) (JOURBERT, 1996, p. 356). Para Luciano de Camargo Penteadado (2007, p. 47), os terceiros estranhos não são partes dos negócios e também não se submetem aos efeitos

internos da relação jurídica do apoiado com outras pessoas. De igual modo, também não se beneficiam e não recebem em seu patrimônio posições jurídicas ativas.

Aliás, sequer são terceiros interessados, pois os apoiadores não guardam qualquer impedimento no exercício de seus direitos por causa do vínculo jurídico entre apoiado e outros sujeitos.

Não há, portanto, responsabilidade civil objetiva e solidária dos apoiadores pelos atos do apoiado, diferentemente do que ocorre na curatela (entre curador e curatelado) e na tutela (entre tutor e tutelado). Dessa forma, não se aplicam por analogia o inciso II do art. 932, o art. 933 e o parágrafo único do art. 942, todos do Código Civil, aos apoiadores (BRASIL, 2002).

Prestado o apoio em conformidade com o termo — e, dada sua natureza negocial, em conformidade com a boa-fé —, realizado o ato e causado o dano, responde apenas o apoiado, não se cogitando em solidariedade dos apoiadores, justamente porque eles não têm função decisória e nem de vigilância para configurar culpa *in vigilando*. Assim, a não responsabilidade dos apoiadores está condicionada ao exercício regular e diligente de seus deveres obrigacionais da relação negocial de apoio, inclusive de acordo com os deveres anexos da boa-fé e em respeito à vontade, direitos e interesses do apoiado. Todavia, caso a atuação do apoiador seja realizada de forma dolosa, culposa, de má-fé, em desrespeito aos interesses e direitos do apoiado *etc.*, aí sim haverá sua responsabilidade civil.

Os apoiadores não respondem pelos prejuízos causados pelo apoiado a terceiros, seja na esfera negocial, seja na extranegocial. Como o ato jurídico *lato sensu* (lícito ou ilícito) é praticado pela pessoa com deficiência — que a Lei nº. 13.146/2015 considera apta a praticar e realça sua vontade (autonomia privada) —, é o apoiado, em última e única instância, quem decide pela conclusão do ato (BRASIL, 2015). A relação jurídica é entre a pessoa com deficiência (apoiado) e a outra pessoa (terceiro em relação ao negócio jurídico de tomada de decisão apoiada) com quem criou o vínculo voluntário.

Logo, nos casos de atos jurídicos lícitos e negociais (arts. 104 a 185 do Código Civil), por não ter poderes de supressão de incapacidade (representação e assistência), os apoiadores não integram a relação jurídica como partes, nem integram os polos das situações jurídicas ativas e passivas dela decorrentes. (Evidentemente, se tiverem prestado o apoio devidamente) (BRASIL, 2002).

Além disso, o apoio não é um negócio jurídico de representação (convencional, ou seja, mandato) e também não é uma representação legal. Por isso, não se aplica a regra do art. 116 do Código Civil, pela qual a manifestação de vontade do representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos — ou seja, vincula — em relação ao representado. Como a tomada de decisão apoiada não gera representação, a manifestação de vontade do apoiador é irrelevante para fins de vinculação negocial (BRASIL, 2002).

Não será o caso, outrossim, de incidência da regra do art. 118 do Código Civil, pela qual o representante deve provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes. De acordo com o art. 118, se o representante não tomar essa diligência, poderá responder pelos atos que excederem a seus poderes. Já que o apoiador não pode agir em nome do apoiado e não tem poderes, nada deve provar perante terceiros e não responde por excessos em atos que, pela essência do instituto da tomada de decisão apoiada, não pratica (BRASIL, 2002).

A priori poder-se-ia crer que o § 4º do art. 1.783-A do Código Civil possui uma regra que compila os arts. 116 e 118. Vide, *in verbis*: “Art. 1.783-A. [...]. § 4º. A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. [...]” (BRASIL, 2002).

Contudo, a formulação normativa não está se referindo ao apoiador — diferentemente dos arts. 116 e 118, que se referem ao representante —, mas sim ao apoiado. Significa que, mesmo sendo pessoa com deficiência e mesmo sendo apoiado, sua manifestação de vontade terá poder vinculativo e produzirá efeitos ainda que o apoiador não participe do ato e não dê um parecer favorável à conclusão de tal ato. Quer dizer, a conclusão pelo apoiado de um ato jurídico *lato sensu* vincula terceiros; já o apoiador não cria essa vinculação. Daí a diferença com os arts. 116 e 118 (BRASIL, 2002).

E o que significa este “desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado” do § 4º, *in fine*, do art. 1.783-A? Nada impede que o apoio — como ato negocial — estabeleça alguns poderes de representação para o apoiador (como, por exemplo, ser mandatário para algum ato) (BRASIL, 2002). Aí sim, então, o termo de apoio deverá ser avaliado na celebração de um ato com terceiro.

Já no caso dos atos jurídicos lesivos ilícitos (arts. 186 e 187 do Código Civil) e lícitos (art. 188 do Código Civil), os apoiadores não respondem porque, não sendo o apoiado um incapaz, não têm qualquer poder jurídico de controle e dever de vigilância sobre ele. Assim, não há que se falar em culpa *in vigilando* quando o hipotético culpado não tem poder de controle e gerência sobre quem pratica o fato lesivo (BRASIL, 2002).

Porém, os apoiadores poderão responder perante o apoiado pela prestação deficiente do apoio. Cabe destacar, ainda, que o(s) apoiador(es) somente responde(m) pelo apoio prestado de modo prejudicial se tal apoio tiver sido a *conditio sine quibus non* da consecução do ato jurídico entre apoiado e outra pessoa. Basicamente: sem o apoio prestado e do modo defeituoso como o foi, o ato não teria sido concluído pelo apoiado, ou teria sido, mas de modo diferente.

É que, sendo a relação jurídica estabelecida entre apoiado e apoiadores de natureza negocial, a infração de deveres pelos apoiadores configura inadimplemento e, como tal, enseja a responsabilidade civil negocial, que é objetiva, conforme se depreende do art. 389 do Código Civil: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (BRASIL, 2002). Observe que a responsabilidade civil negocial é *ipso jure* ante o inadimplemento.

O inadimplemento do(s) apoiador(es) pode ser absoluto, quando não há prestação do apoio e das orientações, e/ou relativo (mora), quando a orientação é extemporânea ou prestada de modo diverso do acordado no termo de apoio.

Porém, é possível que exista um inadimplemento decorrente de execução desidiosa da prestação de apoio. Tal decorre do descumprimento dos deveres anexos da boa-fé objetiva, o que resulta em uma terceira modalidade de inadimplemento, qual seja, a *violação positiva do contrato*, que nesta pesquisa será designada de “*violação positiva do negócio jurídico*” para dar maior abrangência a todas as situações obrigacionais de cunho negocial.

Junto à ideia jurígena da boa-fé, segue, indissociavelmente, a noção de relação jurídica obrigacional complexa, pela qual no vínculo obrigacional não se vislumbram somente deveres e direitos relativos à prestação acordada entre as partes ou imposta pela lei, mas também a coexistência de deveres laterais ou anexos, decorrentes da boa-fé objetiva (STAUB, 2015), de forma que o cumprimento da obrigação não represente mero adimplemento, e sim a plena satisfação dos interesses envolvidos na relação, de ambas as partes (SILVESTRE; PEREIRA, 2014, p. 230). Tem-se, assim, a ideia de que a relação obrigacional é um processo no qual se objetiva a realização da finalidade prática das partes (COUTO E SILVA, 2006).

Considerando que, conforme prescreve o art. 422 do Código Civil, as partes devem guardar a boa-fé tanto na conclusão, quanto na execução do contrato (leia-se: negócio jurídico, por combinação com o inciso III do § 1º do art. 113), os deveres de proteção, informação, cooperação etc. passam a fazer parte do vínculo obrigacional, assim como os deveres decorrentes do cumprimento das prestações principais (SILVESTRE; PEREIRA, 2014, p. 227). Ou seja, há deveres obrigacionais que incidem sobre o contrato que independem de convenção das partes e que não podem ser afastados em razão da disposição legal (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 586).

Os deveres laterais ou acessórios impostos pela boa-fé objetiva elencados por António Menezes Cordeiro (2001, p. 604-606) e Judith Martins-Costa (2018, p. 439) cabem perfeitamente à relação de tomada de decisão apoiada. Veja:

Tabela 1 - Deveres da boa-fé. Fonte: os autores, sistematizando os referenciais teóricos.

<i>Deveres da boa-fé que incidem sobre as relações obrigacionais (adaptados nesta pesquisa à tomada de decisão apoiada)</i>	
<i>António Menezes Cordeiro (2001, p. 604-606)</i>	<i>Judith Martins-Costa (2018, p. 439)</i>
<ul style="list-style-type: none"> • <i>proteção</i>: as partes devem evitar que o contrato inflija danos mútuos, seja de ordem pessoal ou patrimonial; • <i>esclarecimento</i>: obrigam as partes a se informarem mutuamente sobre todos os aspectos inerentes ao vínculo contratual; e • <i>lealdade</i>: obriga as partes a evitarem comportamentos que possam desequilibrar as prestações ou falsear os objetivos a que se destinam. 	<ul style="list-style-type: none"> • cuidado, previdência e segurança; • aviso e esclarecimento; • informação; • prestação de contas; • colaboração e cooperação; • proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; e • omissão e segredo.

Fonte: elaborada pelos autores

A incidência de tais deveres implica numa configuração do adimplemento para além do cumprimento da prestação principal (STAUB, 2015) (SILVESTRE; PEREIRA, 2014, p. 229). Ou seja, para fins de adimplemento da obrigação de tomada de decisão apoiada, não se caracterizam suficientes apenas o cumprimento relacionado aos deveres — tanto primários, quanto secundários — das prestações fixadas no termo de apoio, mas também o cumprimento daqueles anexos à prestação e que decorrem da boa-fé objetiva.

Assim, haverá inadimplemento toda vez que a prestação principal não for cumprida (inadimplemento absoluto e relativo ou mora) e toda vez que os deveres anexos forem violados, apesar de cumprida a prestação principal (violação positiva do contrato) (SILVESTRE; PEREIRA, 2014, p. 230).

Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2001, p. 602), a autonomia da violação positiva do contrato como espécie de inadimplemento se justifica, inclusive, por causa dos efeitos que dele resultam, nem sempre verificados nas outras modalidades de inadimplemento.

Adaptando os efeitos ao regime jurídico obrigacional brasileiro, pode-se dizer que da violação resultam os seguintes efeitos típicos:

1. O direito à indenização pelos danos;
2. A possibilidade de resolução contratual em caso de desinteresse na prestação; e
3. A faculdade de opor *exceptio non adimpleti contractus* e *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Para os fins desta pesquisa, destinada a averiguar a incidência da violação positiva do contrato à tomada de decisão apoiada, cabe analisar o efeito nº. 1.

Pelo art. 389 do Código Civil, como consectário básico de qualquer espécie de descumprimento obrigacional, haverá o dever de indenizar os prejuízos do credor (*in casu*, o apoiado) (BRASIL, 2002).

Esta pesquisa, analisando o regime jurídico obrigacional brasileiro e as características do negócio jurídico de tomada de decisão apoiada, verificou que a averiguação da culpa (*lato sensu*) aparece como elemento necessário para a violação positiva da tomada de decisão apoiada, já que a boa-fé, sendo uma cláusula negocial não escrita, enseja uma responsabilidade civil quando violada no âmbito da obrigação. Pelo art. 392 do Código Civil, a responsabilidade civil negocial se funda na necessidade de verificação da culpa: “Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei” (BRASIL, 2002).

Mas é importante destacar que esse não é o entendimento da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, expresso no Enunciado nº. 24. Vide, *in verbis*: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. Observe que, por esse enunciado, a responsabilidade civil pela violação positiva do contrato seria a objetiva.

Contudo, há argumentos para divergir do entendimento expresso no Enunciado nº. 24, pelo menos no tocante à tomada de decisão apoiada. É que o § 7º do art. 1.783-A do Código Civil destaca que o apoiador poderá ser denunciado ao Ministério Público ou ao juiz — o que ensejará sua responsabilidade perante o apoiado, tão-somente — se agir com negligência (modalidade de culpa *stricto sensu*) no exercício do seu ministério. Assim, dada a existência de uma regra especial quanto à responsabilidade do apoiador, não parece que o inadimplemento dos deveres obrigacionais possa se subsumir na modalidade objetiva, pois expressa e especialmente o Código Civil exige a conduta negligente do apoiador.

Mesmo que haja consistência dogmática no Enunciado nº. 24, o § 7º do art. 1.783-A expressa viabiliza outro argumento, ao dizer que, em matéria de tomada de decisão apoiada, haveria uma exceção quanto à regra geral do Enunciado nº. 24. Mas é preciso dizer que esse enunciado data do início da década dos 2000 e instituto da tomada de decisão apoiada data de 2015.

Cabe explicar, ainda, que, caso o apoiado venha a causar danos em decorrência de informações equivocadas, insuficientes ou imprecisas que recebeu dos apoiadores, mesmo aí não há o que se dizer em responsabilidade solidária e objetiva. Pelo contrário, apenas com a verificação de seu comportamento culposos é que surgirá a obrigação de reparar, de modo que não responderá por fato de outrem, mas por fato próprio.

Assim, para a responsabilidade civil do(s) apoiador(es) será necessário que:

1. Tenha(m) agido culposamente, ou seja, com dolo ou negligência (*culpa lato sensu*) (art. 389 c/c art. 392 do Código Civil); e
2. O apoio prejudicial culposos tenha sido *conditio sine quibus non* da conclusão do ato jurídico entre apoiado e terceiro. Aplica-se o mesmo para atos lesivos ilícitos (arts. 186 e 187 c/c art. 927 do Código Civil) e lícitos (art. 188 c/c art. 929 do Código Civil).

Observe, então, que, quanto à responsabilidade civil dos apoiadores, não se aplicará, por analogia, as regras de responsabilidade do tutor (art. 1.752), nem do curador (art. 1.781), pois tutela e curatela têm natureza totalmente distinta da tomada de decisão apoiada, ou seja, são institutos completamente diferentes e com regimes jurídicos próprios que dificultam a analogia normativa (BRASIL, 2002).

Com base nisso, essa pesquisa conclui que a tomada de decisão apoiada tem um sistema de responsabilidade civil peculiar, próprio, que não pode se comunicar com o sistema da curatela e da tutela. Aos apoiadores se aplica a responsabilidade civil negocial.

Pois bem. Postas essas premissas, cabe questionar: quais verbas indenizatórias terá direito de receber o apoiado de seu(s) apoiador(es)? (Lembrando: nos casos de negligência, dolo e essencialidade do apoio/aconselhamento prestado).

Imagine que a pessoa com deficiência (apoiado) dane terceiro por orientação desidiosa do(s) apoiador(es) e tenha pago uma indenização àquele terceiro. Esta pesquisa constatou que o apoiado tem direito de receber do(s) apoiador(es):

1. O valor que pagou ao terceiro: caso o inadimplemento do(s) apoiador(es) implique que este(s) pague(m) ao apoiado (credor) o dano emergente e o lucro cessante (art. 402 do Código Civil), assim como os prejuízos por efeito direto e imediato do inadimplemento (art. 403 do Código Civil); e [+]
2. Os consectários do inadimplemento (perdas e danos, juros e multa) nos casos de:
 - *inadimplemento absoluto*: se o(s) apoiador(es) não prestar(em) o apoio;
 - *inadimplemento relativo (mora)*: se o(s) apoiador(es) prestar(em) o apoio extemporaneamente ou de modo diverso do fixado no termo; e
 - *violação positiva do negócio jurídico*: quando o(s) apoiador(es) agir(em) de modo desidioso, em desatenção aos deveres que fazem com que seja perfeito o cumprimento da prestação de apoiar (boa-fé).

Veja, portanto, que a tomada de decisão apoiada tem um regime jurídico de responsabilidade para os apoiadores diverso daquele do tutor e do curador (art. 1.752 e art. 1.781), afinal, a tutela e a curatela não têm natureza negocial, diferentemente do apoio (BRASIL, 2002). Outrossim, os apoiadores não têm responsabilidade pelos atos praticados pela pessoa com deficiência contra terceiros, igualmente em sentido oposto à tutela e à curatela (inciso II do art. 932, o art. 933 e o parágrafo único do art. 942).

Todavia, não se deve interpretar tal afastamento da responsabilidade como uma liberação do apoiador dos deveres de diligência. Isto é, ainda que o apoiador atue de forma culposa, não pode o apoiador se valer disso para se eximir da responsabilidade quando também não tiver agido de forma cautelosa, verificando-se a culpa de ambos. Em outras palavras, a referida excludente apenas pode ser invocada quando, apesar de ter tido uma conduta cuidadosa, o apoiado vier a lesar direito de outrem, exclusivamente, em decorrência do apoio culposo prestado.

O comportamento culposo dos apoiadores pode se manifestar por meio das modalidades de culpa *lato sensu* conhecidas – negligência, imprudência, imperícia, ou dolo –, assumindo contornos variados a depender das circunstâncias do apoio prestado. A título de exemplo, a negligência pode ser verificada na falta de diligência dos apoiadores ao não prestarem as informações necessárias ao apoiado em um contrato de compra e venda; a imprudência no caso de fornecer informações ao apoiado de forma descuidada ou precipitada; e a imperícia na falta de competência para a prestação de um apoio técnico, como ocorre em matéria de finanças. Já o dolo, pode ser corporificado nos casos em que os apoiadores se aproveitam da vulnerabilidade do apoiado para induzi-lo a realizar negócio jurídico que lhe cause danos ou beneficie exclusivamente a outrem ou aos próprios apoiadores.

Deve-se ressaltar que o dano é um pressuposto *sine quæ non* da responsabilidade civil, de modo que o dever de indenizar recairá sobre os apoiadores quando seus comportamentos culposos *lato sensu* resultarem em danos ao apoiado. Nesse caso, o apoiador responderá pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento (absoluto ou mora) das obrigações que constam no termo de apoio, ou daqueles decorrentes da boa-fé objetiva (violação positiva da tomada de decisão apoiada).

Como exemplo, tem-se a situação em que é firmado um apoio para fins de auxílio na venda de um imóvel. Consumada a venda e verificando que o(s) apoiador(es) não cumpriu(ram) com seus deveres – ao esquecer, por exemplo, de informar que o preço praticado estava muito abaixo do valor de mercado –, surgirá a responsabilidade civil do(s) apoiador(es) em relação ao apoiado. Afinal, tendo o(s) apoiador(es) inadimplido culposamente suas obrigações e, conseqüentemente, causado um dano ao apoiado, surge a obrigação secundária de repará-lo.

Pelo § 5º do art. 1.783-A do Código Civil, é facultado ao terceiro com quem o apoiado mantém relação negocial, requerer que os apoiadores contra-assinem o ato jurídico, especificando sua função em relação ao apoiado (BRASIL, 2002). Tal solicitação é um direito do terceiro, com correlato dever de contra-assinar dos apoiadores. Caso o(s) apoiador(es) se negue(m), injustificadamente, a contra-assinar e, como resultado disso, ocorra um dano ao apoiado, poderá vir a ser responsabilizado. Exemplificativamente, tem-se o caso em que o terceiro desiste do negócio jurídico devido à recusa do(s) apoiador(es) em contra-assinar, de modo que, verificando-se a ocorrência de perda de uma chance para o apoiado, haverá o dever de indenizar.

Todavia, caso a recusa do(s) apoiador(es) seja justificada, deve(m) ele(s) levar a questão ao juiz, hipótese em que poderá ser afastada a responsabilidade. Entende-se por justificada a recusa quando enquadrar-se nas hipóteses de divergência do § 6º do art. 1.783-A, isto é, nos casos de “negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores”. Por outro lado, deve-se ressaltar que a mera divergência não justifica a recusa do(s) apoiador(es) em contra-assinar.

O apoio é prestado por pelo menos duas pessoas com as quais o apoiado mantenha vínculos e que gozem de sua confiança (*caput* do art. 1.783-A do Código Civil) (BRASIL, 2002). Entretanto, não esclarece o art. 1.783-A do Código Civil (nem a Lei nº. 13.146/2015) (BRASIL, 2015) acerca do modo como o apoio será prestado, se compartilhado ou fracionado. Diante disso, surge a questão se haveria a possibilidade de os apoiadores prestarem o apoio de forma conjunta e compartilhada ou se poderiam prestá-lo de forma fracionada, seja por alternância ou por divisão de funções. Desse modo, questiona-se, também, como seria o desenvolvimento da responsabilidade civil em cada caso. Nesse sentido, afirma Joyceanne Bezerra de Menezes:

O modelo brasileiro de TDA exige que se indique no mínimo, dois apoiadores. Em face de tal exigência, seria possível concluir que a pretensão do legislador teria sido a de instituir um apoio compartilhado. Porém, como não há proibição expressa, acredita-se possível que tais apoiadores ofereçam o suporte de modo conjunto fracionado ou conjunto compartilhado, à semelhança do que se permite na curatela, tudo nos termos estabelecidos no plano de apoio. O suporte conjunto compartilhado implicaria no exercício e na responsabilidade por todo o apoio igualmente atribuído a ambos os apoiadores, sem distinção de funções ou periodicidade. Já o suporte conjunto fracionado permitiria a que cada um fosse chamado a prestar seu apoio em áreas específicas, conforme suas próprias aptidões e habilidades, em relação às quais manteriam responsabilidade exclusiva. Justificada a solução mais adequada ao interesse do requerente, não se vê óbice à sua homologação (MENEZES, 2016, p. 48).

Todavia, parece que a intenção do legislador ao estabelecer um limite mínimo de dois apoiadores seria exatamente assegurar uma pluralidade de opiniões e garantir uma fiscalização recíproca da atuação dos apoiadores, de sorte que o próprio § 7º do art. 1.783-A determina que, além do apoiado, qualquer pessoa – inclusive o outro apoiador – poderá apresentar denúncia ao juiz nos casos de apoio indevido (BRASIL, 2002).

É bem verdade que essa fiscalização não é uma obrigação ou dever do apoiador, já que, inclusive, é possível o desenvolvimento de um apoio em que não haja relação direta entre os apoiadores. No entanto, o comportamento do apoiador, voltado para os interesses e direitos do apoiado, deve ser no sentido de verificar, na maior medida possível, se o apoio prestado pelos outros apoiadores foi ou está sendo desempenhado de forma regular e diligente. Logo, é exigida dos apoiadores uma fiscalização recíproca, e havendo conhecimento de atos indevidos, deve o apoiador informar ao juiz.

Dessa forma, não é possível um apoio fracionado quando indicados dois apoiadores, não havendo óbice quando esse número for superior. Ressalte-se que o que se entende ser vedado é, em verdade, o exercício de uma função do apoio por apenas uma única pessoa, sendo cogente que em cada função exercida exista, pelo menos, dois apoiadores.

Quanto à responsabilidade civil, não há grandes diferenças em se tratando de um apoio compartilhado ou fracionado, haja vista que o apoiador responde direta e subjetivamente, não se cogitando em responsabilidade objetiva e solidária de um apoiador para com o outro. O que se distingue é que no apoio compartilhado todos os apoiadores terão os mesmos deveres, enquanto na fracionada esses serão diferentes. Contudo, quanto à responsabilidade pelo inadimplemento desses deveres, essa se restringirá à verificação do comportamento culposo do apoiador que inadimpla suas obrigações, ou seja, um apoiador não responde pelo inadimplemento culposo do outro.

3. A RESPONSABILIDADE DOS APOIADORES EM CASOS DE VÍCIOS DO CONSENTIMENTO

Os apoiadores não são responsáveis pelos danos causados a terceiro pelo apoiado. Contudo, há uma peculiaridade nos casos de dolo de terceiro (art. 148 do Código Civil) e coação por terceiro (art. 155 do Código Civil) (BRASIL, 2002).

Aqui, o terceiro do dolo e da coação serão os apoiadores, o que significa dizer que o(s) apoiador(es) praticaram o dolo e a coação contra outra pessoa para beneficiar seu apoiado.

O dolo de terceiro será o engodo de alguém, praticado pelo apoiador, para favorecer o apoiado:

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou (BRASIL, 2002).

Essa formulação normativa e as consequências do dolo de terceiro podem ser assim sistematizadas:

Tabela 2 - Sistematização do dolo de terceiro previsto no art. 148 do Código Civil. Fonte: os autores.

	Dolo de terceiro		
Situação	1	2	3
	O beneficiário do dolo conhecia o engodo praticado pelo terceiro, sendo um “cúmplice” do dolo e podendo ser considerado seu agente tal e qual o terceiro:	O beneficiário do dolo não conhecia o engodo praticado pelo terceiro, mas deveria conhecer ou tinha condições de conhecer, pois exerce poderes de controle sobre o terceiro:	O beneficiário não tem conhecimento do dolo praticado por terceiro e nem tem poder de controle sobre ele:
Consequência	1 Anulabilidade do ato praticado.	2 Anulabilidade do ato praticado.	3 Responsabilidade civil do terceiro que ludibriou a parte prejudicada.

Fonte: elaborada pelos autores

Aplicando essa sistematização ao caso de dolo praticado pelo(s) apoiador(es) para beneficiar o apoiado, observe que é possível falar em responsabilidade civil dos apoiadores perante terceiros na hipótese da Situação nº. 3, ou seja, quando o apoiado não conhecer o dolo praticado pelo apoiador. Além do mais, o apoiado – pessoa com deficiência – não só não tem qualquer poder de controle sobre os apoiadores como, dada sua condição de vulnerabilidade, não o conseguiria ter; não há uma submissão (jurídica) dos apoiadores ao apoiado. Essa responsabilidade civil do terceiro agente doloso é extranegocial (aquiliana).

A mesma sistematização e as mesmas conclusões se aplicam à coação praticada por apoiador para beneficiar o apoiado:

Art. 155. Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto (BRASIL, 2002).

A circunstância será diferente, contudo, nos casos em que o apoiador pratica dolo ou coação contra o próprio apoiado para beneficiar outra pessoa.

Quanto aos atos praticados pelo apoiado com outras pessoas, os apoiadores são *penitus extranei*, ou seja, são estranhos aos atos praticados pelo apoiado. Embora os apoiadores orientem o apoiado no estabelecimento das condições e na conclusão do ato jurídico, eles não são partes do ato e nem prestam assistência.

Por isso, se ludibriarem ou forcçarem o apoiado à prática de certo ato com outra pessoa, haverá dolo e coação de terceiro.

Veja a sistematização das consequências:

Tabela 3 - Dolo dos apoiadores. Fonte: os autores.

<i>Dolo dos apoiadores agindo como terceiros (idem para coação)</i>			
<i>Situação</i>	1	2	3
	O terceiro beneficiado pelo dolo conhecia o engodo (ou a violência) praticado pelo apoiador contra o apoiado:	O terceiro beneficiário do dolo não conhecia o engodo (ou a violência) praticado pelo apoiador contra o apoiado, mas deveria conhecer ou tinha condições de conhecer, pois exerce poderes de controle sobre os apoiadores:	O terceiro beneficiário não tem conhecimento do dolo praticado pelo apoiador e nem tem poder de controle sobre ele:
<i>Consequência</i>	1 Anulabilidade do ato praticado (em favor do apoiado).	2 Anulabilidade do ato praticado (em favor do apoiado).	3 Responsabilidade civil do apoiador que ludibriou ou forçou o apoiado e celebrar o ato prejudicial.

Fonte: elaborada pelos autores

Nas Consequências nº. 1, nº. 2 e nº. 3, a situação danosa resultante para o apoiado será resolvida com base na violação positiva da tomada de decisão apoiada, pois há um inadimplemento do negócio jurídico de apoio por falta de boa-fé e fidelidade, além da anulabilidade do ato viciado nas Consequências nº. 1 e nº. 2. Já na Situação e na Consequência nº. 3, especificamente, pode o apoiado requerer sua indenização a partir da responsabilidade civil aquiliana, e não a negocial, conforme autorizado pelos arts. 148 e 155 (BRASIL, 2002).

4. AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS APOIADORES

Em determinados casos, há a possibilidade de se afastar a responsabilidade civil dos apoiadores por meio de excludentes, situação que tem aplicabilidade prática no âmbito da tomada de decisão apoiada.

A primeira excludente é o *fato exclusivo da vítima*. Nesse caso, apesar da ocorrência do dano, este foi causado tão somente por conduta do apoiado, e não dos apoiadores. Para a configuração dessa excludente, não se faz necessária a aferição de culpa do apoiado, mas tão somente a verificação de que o comportamento dos apoiadores não guarda nexos causal com o dano produzido (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 429).

O fato exclusivo da vítima, majoritariamente, ocorrerá no caso em que o apoiado, apesar do aconselhamento dos apoiadores em sentido contrário, conclui um ato jurídico e acaba por sofrer prejuízos. Assim, concluído o ato na contramão das opiniões dos apoiadores, suportará apenas o apoiado os danos que sofrer, pois seus prejuízos decorreram exclusivamente de seu comportamento.

Mas, veja, quando se diz que o prejuízo será suportado pelo apoiado, não significa dizer que ele não será indenizado ou ressarcido pela pessoa com quem ele praticou o ato, caso este terceiro tenha agido com dolo ou culpa. A excludente é quanto à responsabilidade civil dos apoiadores em relação ao apoiado, ou seja, o prejuízo não decorreu de um inadimplemento dos apoiadores das cláusulas do termo de apoio e nem de uma violação da boa-fé.

Porém, pelo § 6º do art. 1.783-A do Código Civil, caso um negócio jurídico possa trazer um risco ou um prejuízo relevante ao apoiado, a divergência entre apoiado e apoiadores deve ser levada ao juiz para que ele decida. O que se cumpre verificar, apesar do silêncio do Código Civil, é se esse dever de apresentar a controvérsia ao magistrado seria do apoiado ou do apoiador; de sorte que sendo deste, então sua omissão poderia ensejar a responsabilidade civil (BRASIL, 2002).

O § 6º do art. 1.783-A não especifica a quem incumbe o dever de levar a divergência ao juiz (BRASIL, 2002). Todavia, tendo em vista a *mens legis* da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência e a própria situação de vulnerabilidade do apoiado, não parece lógico que à pessoa com deficiência sob regime de apoio seja imposto tal dever.

Na *amministrazione di sostegno* italiana – instituto apontado como semelhante e equivalente à tomada de decisão apoiada –, o art. 410, *comma 2, ab initio*, do Codice Civile prevê que

um dos deveres do *amministratore* é o de “*informare [...] il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso*”⁴.

Logo, partindo de uma análise comparada da experiência legislativa estrangeira semelhante, além do dever de melhores gestões de esforços para o sucesso da tomada de decisão apoiada, conjectura-se que o dever de levar a questão ao juiz seria do apoiador que divergiu. Outrossim, o outro apoiador – que não divergiu, mas tem ciência de tal dissenso – também tem o dever de levar a questão ao magistrado.

Por causa disso, havendo descumprimento do dever dos apoiadores de levar a divergência para apreciação e decisão judicial, há sim responsabilidade dos apoiadores, mas não pelos prejuízos do evento danoso entre apoiado e terceiro, mas sim pelo inadimplemento do negócio jurídico de tomada de decisão apoiada. Logo, a responsabilidade civil é negocial e decorre do inadimplemento do dever do § 6º do art. 1.783-A do Código Civil, que é uma cláusula negocial não escrita (BRASIL, 2002).

Assim, a culpa exclusiva do apoiado exclui a responsabilidade civil dos apoiadores divergentes em relação aos prejuízos decorrentes do ato celebrado entre apoiado e terceiro. Contudo, se houver inadimplemento do dever do § 6º do art. 1.783-A, os apoiadores respondem perante o apoiado pelo inadimplemento do dever negocial (BRASIL, 2002).

Outra excludente de responsabilidade civil dos apoiadores é o *fato de terceiro*, que consiste na exclusão do nexo causal entre o comportamento do agente e o dano produzido. Ou seja, ainda que aparentemente os apoiadores sejam os causadores do dano, em verdade, apenas serviram de instrumento para sua concretização, pois a causa deve ser imputada a outrem, quem seja, um terceiro.

Essa excludente pode ser invocada para elidir o dever de reparar quando o dano causado ao apoiado for imputável à conduta de terceiro determinado ou determinável, de sorte que, no caso em que terceiro foi o verdadeiro causador do dano, tendo os apoiadores ciência de sua identidade – ou, pelo menos, de aspectos que possibilitem sua determinação –, deverão indicar o verdadeiro agente do dano. Processualmente falando, caberá aos apoiadores alegar sua ilegitimidade passiva em uma possível ação de indenização. Em contrapartida, caso o terceiro seja indeterminável, sendo o fato inevitável, pode-se invocar a aplicação de *força maior* e não de fato de terceiro (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 433-434).

Tem-se também como excludente de responsabilidade civil, o *caso fortuito* e a *força maior*. No caso de o apoiador não adimplir uma obrigação estabelecida no termo de apoio, em decorrência de caso fortuito ou força maior, então não há que se falar em responsabilidade pelos danos causados. Todavia, há de se atentar para o *caput, in fine*, do art. 393, segundo o qual não se afastará a responsabilidade civil dos apoiadores caso eles tenham expressamente se responsabilizado pelos fortuitos.

Pois bem. Um questionamento que surge é quanto à possibilidade ou não das partes disporem acerca dos limites da responsabilidade civil negocial do apoio, isto é, se no termo de apoio existir cláusulas que restrinjam ou até mesmo excluam a responsabilidade do apoiador.

4 Em tradução livre: “informar [...] ao o juiz da tutela em caso de desacordo com o próprio beneficiário”.

Tal situação atenuaria o conteúdo do dever de diligência exigido dos apoiadores, sendo possível que ocorra eximi-los da responsabilidade em caso de comportamento doloso e/ou de comportamento culposo *stricto sensu*.

É impossível eximir os apoiadores da responsabilidade por dolo, tendo em vista que o *pactum ne dolus praestetur*, além de atentar contra a boa-fé (*contra bonam fidem*) e os bons costumes (*contra bonos mores*), importaria, como explica Orlando Gomes (1996, p. 158), em “atingir o próprio vínculo obrigacional”, de modo que “o devedor que se reservasse a faculdade de não cumprir a obrigação por seu próprio arbítrio, em verdade não estaria obrigado”. Afinal, como definido por Paulus no *Digesto*, 44.7.3, desde o direito romano, tem-se que (WATSON, 1998, p. 155): “Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.”⁵

Assim, não é possível haver, no termo de constituição do apoio, cláusula que exima os apoiadores de danos resultantes de suas condutas dolosas.

Já quanto à hipótese de eximir a responsabilidade civil nos casos de comportamento culposo *stricto sensu* (*pactum ne culpa praestetur*), há a possibilidade de cláusula nesse sentido. Deve-se atentar que essa disposição não pode ser realizada caso atinja direito indisponível ou quando a matéria for regulada por normas cogentes, de ordem pública. Especificamente sobre o termo de apoio, a questão deve ser analisada a partir da autonomia negocial, que é o próprio fundamento da possibilidade de se dispor acerca das regras de responsabilidade civil negocial.

Nesse sentido, a relação estabelecida entre apoiador e apoiado pode vir a ser caracterizada por uma disparidade entre as partes. Afinal, ainda que seja considerada pessoa capaz, a pessoa com deficiência apresenta certa vulnerabilidade em relação ao apoiador. Além disso, os atos praticados pelo apoiado somente terão validade irrestrita se inseridos e realizados conforme o termo de apoio, de sorte que, embora seja pessoa capaz, carecerá de legitimidade para exercê-los por si só. Portanto, o *pactum ne culpa praestetur* será nulo se verificada a vulnerabilidade do apoiado ante seu apoiador.

5. COMPARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE TOMADA DE DECISÃO APOIADA E AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

Em Itália, a Legge n. 6 del 9 gennaio 2004 (Lei nº. 06 de 09/01/2004) fomentou um especial amparo às pessoas com deficiência. Entre suas inovações, criou e incluiu nos arts. 404 a 413 do *Codice Civile* o instituto da *amministrazione di sostegno*, um instrumento de apoio mais flexível e menos invasivo que a *tutela dell'interdetto* e a *curatela dell'inabilitato* (tutela e curatela), moldado às particularidades do caso concreto. A *amministrazione di sostegno* se propôs a mitigar a burocracia e gravosidade características dos institutos da *interdizione* (art.

5 Em tradução livre: “A essência das obrigações não consiste em tornar nossa alguma propriedade ou servidão, mas em obrigar outra pessoa a dar, fazer ou realizar algo por nós”.

414 do Código Civil italiano) e da *inabilitazione* (art. 415 do Código Civil italiano), que se voltam mormente à esfera patrimonial, em detrimento da plena tutela dos aspectos existenciais do indivíduo (BUGETTI, 2007).

Assim, a Legge n. 6/2004, ao conferir maior possibilidade de adequação da medida de apoio às específicas necessidades do beneficiário — e buscando ao máximo a preservação de sua autonomia —, transcendeu o antigo binômio “deficiência mental-incapacidade”. Nesse sentido, a nova legislação passou a se atentar e, sobretudo, a tutelar as impossibilidades práticas decorrentes da deficiência ou enfermidade na vida do sujeito. Inaugurou, assim, uma nova visão acerca das pessoas com deficiência (BACCARANI, 2006, p. 20) (BONILINI; TOMMASEO, 2008).

A brasileira Lei nº. 13.146/2015 cumpriu papel semelhante àquele que a Legge n. 6/2004 teve no ordenamento jurídico italiano, qual seja, flexibilizar e alterar o antigo sistema de tutela das pessoas com deficiência. Mas, apesar de semelhanças entre as leis e entre os institutos da *amministrazione di sostegno* e da tomada de decisão apoiada, há notórias e substanciais diferenças entre eles que permitem concluir que tais institutos sejam semelhantes, a não ser pela sua *ratio juris* (RODRIGUES; CALIL; SILVESTRE, 2019) (SILVESTRE; RODRIGUES; CALIL, 2021, p. 145-155).

O art. 2.043 Código Civil italiano prescreve — de forma semelhante ao art. 927 do Código Civil brasileiro — uma cláusula geral de reponsabilidade civil extranegocial, *in verbis*:

Art. 2043.

(Risarcimento per fatto illecito).

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.⁶

Logo, tem-se como pressupostos do dever secundário de reparar na Itália: o dano injusto, o nexo de causalidade e a culpa *lato sensu* do ofensor. Atendidos tais requisitos, surge, portanto, o dever de indenizar o dano causado. (Tais pressupostos não são idênticos àqueles do direito brasileiro. Por exemplo, o sentido de *danno ingiusto* parece — em tese e hipoteticamente — mais amplo que o de “violar direito” do art. 186 do Código Civil brasileiro. No entanto, em sua essência, os sistemas de responsabilidade civil italiano e brasileiro guardam semelhanças majoritariamente).

Tal qual ocorre no Código Civil brasileiro quanto aos apoiadores, não há regime jurídico específico no *Codice Civile* quanto à responsabilidade do *amministratore di sostegno*. Todavia, no direito italiano, o art. 411, *comma* 1, manda aplicar, no que for compatível, as disposições dos arts. 349 a 353 e dos arts. 374 a 388 relativas à *tutela dell'interdetto*.

Assim, aplicando o art. 382 — referente à *responsabilità del tutore e del protutore* —, o *amministratore di sostegno* deve administrar o patrimônio do *amministrato* com a diligência padrão — *rectius: bonus pater familiae* —, podendo responder pelos danos causados ao beneficiário em violação aos deveres.

Importa pontuar que o art. 382 versa apenas e unicamente sobre a administração do patrimônio do beneficiário. Nesse sentido, Giuseppe Cassano (2008, p. 76) afirma que quando

6 Em tradução livre: “Art. 2043. (Ressarcimento por ato ilícito). Qualquer ato intencional ou negligente, que cause dano injusto a outrem, obriga o autor do ato a indenizar o dano”.

o objeto do apoio, ou pelo menos o ato danoso, for de natureza extrapatrimonial, não caberia a aplicação do art. 382. Isto é, em hipótese de *cura personæ*, não haveria afronta a essa norma, não ensejando, portanto, a responsabilidade civil negocial. Porém, não significa dizer que se exclui a eventual responsabilidade extranegocial, ex art. 2.043, e a substituição do *amministratore* como forma de sanção. Todavia, questiona-se a possibilidade de o *amministratore* ser também responsabilizado negocialmente nos casos de *cura personæ*, não pelo art. 382, mas sim pela cláusula geral de responsabilidade negocial do art. 1.218. Afinal, cometeu um ato ilícito relativo, já que culposamente inadimpliu uma obrigação – ainda que de natureza extrapatrimonial – e causou danos (CASSANO, 2008, p. 76).

Note que essa discussão não adquire relevância na tomada de decisão apoiada, haja vista que ao apoiador não cabe administrar o patrimônio do apoiado. Afinal, não há transferência de poderes para o apoiador, que tão somente aconselha o apoiado na prática dos atos da vida civil (*caput* do art. 1.783-A do Código Civil). Diferentemente da *amministrazione di sostegno* (art. 409, *comma* 1, do Codice Civile), não cabe assistência nem representação no instituto brasileiro, de sorte que se torna ilógico aplicar as regras de responsabilidade civil na administração do patrimônio a um instituto em que essa função não pode ser desempenhada. Além disso, o art. 1.783-A não possibilita a aplicação analógica das disposições da tutela e da curatela como faz o direito italiano, ressalvadas as disposições sobre prestação de contas (§ 11 do art. 1.783-A).

Outrossim, a responsabilidade civil do *amministratore* está circunscrita aos próprios deveres e poderes presentes no *decreto di nomina* e na lei, respondendo nos limites daquilo que está obrigado a desempenhar. Dessa forma, não poderá ser responsabilizado por atos que deixar de realizar quando a esses não estiver obrigado. Entretanto, se vier a realizar atos além dos previstos no *decreto di nomina*, aí sim poderá responder, tendo em vista que estará excedendo seus poderes e deveres. Desse modo, responderá pelo inadimplemento de suas obrigações ou por atuar para além delas, causando danos ao *amministrato*.

Assim, ainda que somente possa ser responsabilizado nos limites daquilo a que está obrigado, o apoio italiano admite os regimes de representação e assistência, diferentemente do que ocorre no Brasil.

Por outro lado, o art. 2.047 do Codice Civile, que trata do *danno cagionato dall'incapace*, prescreve que aquele que está na vigilância do incapaz responde, subjetivamente, pelos danos por ele causados.

Art. 2047.

(Danno cagionato dall'incapace).

In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità. (ITALIA, 1942).⁷

7 Em tradução livre: "Art. 2047. (Danos causados por incapaz). Em caso de dano causado por pessoa incapaz de compreender ou de querer, a indenização é devida por quem estiver obrigado a supervisionar o incapaz, a menos que prove que não foi

Trata-se, pois, de responsabilidade civil por fato de outrem. Nesse sentido Cesare Massimo Bianca (1994, p. 703):

Si tratta infatti di una responsabilità che attiene ai danni provocati da persona diversa dal responsabile. Quest'ultimo risponde tuttavia per una propria colpa, ossia per non avere diligentemente sorvegliato l'incapace. Causa mediata del danno è quindi un fatto del sorvegliante. Che però rileva solo in quanto habbia dato luogo al fatto obiettivamente illecito dell'incapace.⁸

Por isso, entende-se que responde pelos danos causados pelo incapaz aquele que estiver responsável por sua “*sorveglianza*”. Destarte, caso o *amministratore* esteja responsável pela vigilância e cura do beneficiário, então o art. 2.047 do *Codice Civile* poderá ser invocado (ORLANDO, 2013) (DI BELLO, 2014/2015).

Observe que tal norma não encontra paralelo no direito brasileiro, seja porque o inciso II do art. 932 e o art. 933 do Código Civil estabeleceram a responsabilidade objetiva pelos danos do curatelado e do pupilo, seja pela impossibilidade de aplicação por analogia no âmbito da tomada de decisão apoiada.

Não parece correta a afirmação de que a tomada de decisão apoiada é um instituto similar à *amministrazione di sostegno*, que se disseminou quando do início da vigência da tomada de decisão apoiada brasileira e até hoje é feita. Se comparada à realidade brasileira inaugurada pela Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146/2015), o instituto italiano estaria próximo a uma modalidade de curatela, o que no Brasil se pretendeu restringir em casos de pessoas com deficiência para situações excepcionais e extremas (RODRIGUES; CALIL; SILVESTRE, 2019) (SILVESTRE; RODRIGUES; CALIL, 2021, p. 145-155).

Desse modo, a pesquisa conclui que a *amministrazione di sostegno* não é correspondente à tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A do Código Civil), mas à curatela especial dos arts. 84 e 85 da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146/2015).

A análise do direito italiano traz poucas contribuições para o regime de responsabilidade civil dos apoiadores brasileiros. Os dois institutos possuem dessemelhanças significativas, que acabam por aproximar a *amministrazione di sostegno* mais à *curatela especial* dos §§ 1º, 3º e 4º do art. 84 e do art. 85, todos da Lei nº. 13.146/2015, do que à tomada de decisão apoiada. Assim, ainda que algumas contribuições possam ser vislumbradas — e.g. a natureza contratual do apoio; a responsabilidade do *amministratore* ter natureza subjetiva, tal qual a do apoiador —, verificou-se que as disparidades percebidas fazem com que problemáticas relevantes à *amministrazione* não sejam pertinentes ou aplicáveis ao instituto brasileiro.

possível o impedir. Na hipótese de o lesado não obter indenização dos encarregados da fiscalização, o juiz, tendo em vista as condições econômicas das partes, poderá condenar o autor do dano a uma justa indenização”. (ITALIA, 1942).

8 Em tradução livre: “Com efeito, trata-se de uma responsabilidade que diz respeito a danos causados por outra pessoa que não o responsável. Este, porém, responde por sua própria culpa, isto é, por não ter vigiado diligentemente o incapaz. A causa mediata do dano é, portanto, um fato do supervisor. O que, no entanto, só é relevante na medida em que deu origem ao fato objetivamente ilícito do incapaz”.

6. CONCLUSÃO

A tomada de decisão apoiada é um instituto de apoio à pessoa com deficiência que, em contramão ao regime de curatela de interditos, mantém intacta a capacidade civil e garante a autonomia e a capacidade do apoiado. Por isso, quanto à responsabilidade civil do apoiador, ela será apenas negocial, decorrente do inadimplemento do termo de apoio e somente em relação ao apoiado, nunca em relação ao terceiro com quem este celebre atos jurídicos.

A partir de uma análise da experiência legislativa italiana, percebeu-se notória disparidade entre os institutos da tomada de decisão apoiada e da *amministrazione di sostegno*. Nesse sentido, em verdade, o instituto italiano se aproxima muito mais da curatela especial dos §§ 1º, 3º e 4º do art. 84 e do art. 85 da Lei nº. 13.146/2015, afastando-se, em certo modo, da tomada de decisão apoiada. Assim, as dessemelhanças percebidas figuram como empecilho para que questões relevantes à *amministrazione di sostegno* sejam pertinentes ou aplicáveis ao instituto brasileiro (BRASIL, 2015).

Esta pesquisa verificou, então, que não há aplicação por analogia do art. 1.752 (tutor) e do art. 1.781 (curador), nem do inciso II do art. 932 e do art. 933, pois o fundamento e o modo de desenvolvimento da tutela, da curatela e da tomada de decisão apoiada em muito se diferenciam (BRASIL, 2002).

Constadas essas premissas, a pesquisa se desenvolveu a partir da verificação de que a tomada de decisão apoiada é um negócio jurídico entre a pessoa com deficiência e os apoiadores. Logo, o vínculo é obrigacional e fundado em deveres principais (prestações previstas no termo de apoio) e deveres acessórios (decorrentes da cláusula de boa-fé não escrita, mas incidente, no termo de apoio).

Foi assim que a pesquisa elaborou a tese propositiva, confirmada com base na revisão bibliográfica, de que a lesão aos deveres obrigacionais pelos apoiadores e que causem prejuízos ao apoiado constitui violação positiva do contrato.

Assim, não há responsabilidade civil extranegocial dos apoiadores perante terceiros e a responsabilidade civil perante o apoiado será de natureza negocial.

REFERÊNCIAS

- BACCARANI, Paolo. *L'amministratore di sostegno*. Milano: Giuffrè, 2006.
- BIANCA, Cesare Massimo. La responsabilità. In: DIRITTO Civile. Milano: [s. n.], 1994.
- BONILINI, Giovanni; TOMMASEO, Feruccio. Dell'amministrazione di sostegno: art. 404-413. In: IL CODICE Civile Commentario. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 maio 2020.

- BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 17 maio 2021.
- BUGETTI, Maria Novella. *L'amministrazione di sostegno tra tutela della persona e limiti di capacità*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Bologna, 2007. Disponível em: <http://amsdottorato.unibo.it/id/eprint/97>. Acesso em: 1 mar. 2020.
- CASSANO, Giuseppe. *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*. Dogana: Maggioli, 2008.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 24. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>. Acesso em: 20 maio 2021.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- DI BELLO, Livia. *Danno cagionato dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno*. Orientador: Michele Tamponi. 2014/2015. Tesi (Laurea in Diritto Civile) - Libera Università Internazionale Degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2014/2015. Disponível em: http://tesi.luiss.it/16360/1/104093_DI%20BELLO_LIVIA.pdf. Acesso em: 1 mar. 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Parte Geral e Lindb*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- ITALIA. Regio Decreto n. 262, 16 marzo 1942. *Il Codice Civile Italiano*. Roma, 1942. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.
- JOUBERT, David J. Agency and *Stipulatio Alteri*. In: ZIMMERMAN, Reinhard; VISSER, Daniel (ed.). *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*. Oxford: Oxford UP, 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Almedina: Lisboa, 2001.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*, [S. l.], v. 9, jul./set. 2016.
- ORLANDO, Nicola. *Gli interventi dell'amministratore di sostegno relativi agli atti di carattere personale del beneficiario*. Orientador: Renato Pescara. 2013. Tese (Doutorado) - Università degli Studi di Padova, Padova, 2013. Disponível em: http://paduaresearch.cab.unipd.it/5782/1/NICOLA_Orlando-Tesidottorato.pdf. Acesso em: 1 mar. 2020.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- RODRIGUES, Guilherme Santos Neves Abelha; CALIL, Igor Gava Mareto; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A tomada de decisão apoiada: primeira leitura para estudo*. Relatório de Pesquisa. Programa Institucional de Iniciação Científica. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2019.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. As modalidades de violação positiva do contrato. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, [S. l.], v. 5, p. 227-250, 2014.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RODRIGUES, Guilherme Santos Neves Abelha; CALIL, Igor Gava Mareto. Aspectos materiais e processuais da *amministrazione di sostegno* italiana: comparações com a tomada de decisão apoiada brasileira. *Revista Direito em Debate*, [S. l.], ano XXX, n. 55, p. 145-162, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate>. Acesso em: 1 out. 2021.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RODRIGUES, Guilherme Santos Neves Abelha; CALIL, Igor Gava Mareto. Aspectos materiais e processuais da *amministrazione di sostegno* italiana: comparações com a tomada de decisão apoiada brasileira. *Revista Direito em Debate*, [S. l.], v. 30, n. 55, jan./jun. 2021.
- STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*. 2. Aufl. Ed. Eberhard Müller. Berlin: Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 2015.
- WATSON, Alan. *The Digest of Justinian*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998. v. 4.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 19/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/02/2021
- Avaliação 1: 25/04/2021
- Avaliação 2: 16/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 16/05/2021
- Retorno rodada de correções: 20/05/2021
- Decisão editorial/aprovado: 29/11/2021

Equipe editorial envolvida

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

A SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA DAS MULHERES NA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A BUSCA AO RECONHECIMENTO

THE SEXUAL AND REPRODUCTIVE HEALTH OF WOMEN IN THE DIMENSION OF HUMAN RIGHTS: THE SEARCH FOR RECOGNITION

JANAÍNA MACHADO STURZA¹

JOICE GRACIELE NIELSSON²

LETICIA GHELLER ZANATTA CARRION³

RESUMO

A saúde sexual e reprodutiva das mulheres é uma questão que ainda contorna inúmeros debates nas mais diversas esferas – tanto políticas quanto jurídicas, especialmente no que concerne a sua eficácia e efetividade no reconhecimento e tutela de direitos. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo fomentar algumas reflexões no que tange a busca pelo reconhecimento ao direito à saúde sexual e reprodutiva das mulheres, envolvendo a previsão e tratamento constitucional dispensado, no campo da saúde pública, a partir de uma dimensão de diálogos constantes com o marco dos direitos humanos. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, de caráter doutrinário, a revisão narrativa discute o estado atual em torno da temática, com a seleção dos trabalhos consultados de acordo com o ponto de vista teórico no contexto abordado. A pesquisa utiliza-se do método hipotético dedutivo ao propor uma hipótese para, somente depois, confirmá-la ou não. Assim, partirá da hipótese que o direito à saúde sexual e reprodutiva das mulheres brasileiras não está efetivamente reconhecido, primeiramente analisando o direito à saúde na Constituição Federal de 1988

- 1 Pós Doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela Unisc. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direitos - Mestrado e Doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do comitê gestor da Rede de pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha Fapergs – PqG Edital 05/2019. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9290-1380>.
- 2 Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS-FURB (2016), possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2010) e Mestrado em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2012). Atualmente é professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direitos Humanos - e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, atuando principalmente nos seguintes temas: Gênero, Feminismo, Constituição, Diversidade, Teoria da Justiça, Direitos Humanos. É integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Biopolítica (CNPq). Pesquisadora Recém-Doutora FAPERGS Edital 04/2019. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3808-1064>.
- 3 Doutoranda em Direitos Humanos pela UNIJUÍ-Ijuí/RS, Mestre em Direito pela URI-Santo Ângelo/RS, Professora do curso de Direito e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da UCEFF-Itapiranga/SC. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9616-0767>.

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

STURZA, Janaína Machado; NIELSSON, Joice Graciele; CARRION, Leticia Gheller Zanatta. A saúde sexual e reprodutiva das mulheres na dimensão dos direitos humanos: a busca ao reconhecimento. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 83-99, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8507>.

e, na sequência, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil, considerando a realidade atual para confirmar ou não a hipótese. Por fim, verifica-se que fomentar e potencializar os mecanismos legais e as políticas públicas voltadas à saúde sexual e reprodutiva das mulheres no Brasil continua sendo o grande desafio da atualidade.

Palavras-chave: direitos humanos; direitos sexuais e reprodutivos; saúde.

ABSTRACT

The sexual and reproductive health of women is an issue that still surrounds countless debates in the most diverse spheres – both political and legal, especially with regard to its effectiveness and effectiveness in the recognition and protection of rights. In this sense, this article aims to encourage some reflections regarding the search for recognition of the right to sexual and reproductive health of women, involving the provision and constitutional treatment given, in the field of public health, from a dimension of dialogues consistent with the human rights framework. Through a bibliographical research, of a doctrinal character, the narrative review discusses the current state around the theme, with the selection of the consulted works according to the theoretical point of view in the approached context. The research uses the deductive hypothetical method to propose a hypothesis to, only later, confirm it or not. Thus, it will start from the hypothesis that the right to sexual and reproductive health of Brazilian women is not effectively recognized, first analyzing the right to health in the Federal Constitution of 1988 and, subsequently, the sexual and reproductive rights of women in Brazil, considering the reality current to confirm or not the hypothesis. Finally, it appears that fostering and enhancing legal mechanisms and public policies aimed at the sexual and reproductive health of women in Brazil continues to be the great challenge of today.

Keywords: human rights; sexual and reproductive rights; health.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No campo dos direitos humanos, a questão da saúde é de extrema relevância, sendo a Constituição Federal de 1988 pioneira, ao estruturar e organizar, tanto a saúde pública quanto a privada no Brasil, uma vez que os dois textos constitucionais anteriores, seja o de 1967 ou a Emenda Constitucional nº 01/1969, somente tratavam da competência da União na definição e execução de um plano nacional referente à saúde. A Carta vigente elevou a saúde ao plano dos direitos fundamentais sociais, especialmente em seus artigos 6º e 196⁴, atribuindo ao Estado o dever de garantir o acesso a uma prestação de qualidade, extensiva a todos, sem discriminação. A realização de tal direito é considerada um desafio da sociedade brasileira, em razão das dificuldades encontradas na prestação e efetivação da saúde pública, que indistintamente é um direito indispensável no Estado Democrático.

Nesse sentido, o tema da saúde sexual e reprodutiva de mulheres, relevante e atual no Estado Brasileiro, tem ganhado notoriedade na atualidade, especialmente diante dos constantes ataques às políticas públicas sob e sobre as diferentes dimensões de gênero e sexualidade – principais eixos abordados neste texto.

4 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, para construir a presente pesquisa, o problema orienta-se e pode ser sintetizado na seguinte objeção: a saúde sexual e reprodutiva das mulheres brasileiras está efetivamente reconhecida? É notável que a discussão recai sobre questão que ainda vigora nas pautas de debates que circundam as mais diversas esferas – tanto políticas quanto jurídicas e, nesse ínterim, o presente artigo aponta como objetivo norteador algumas reflexões pertinentes às tensões e ambiguidades envolvendo a previsão e o tratamento constitucional dispensado, no campo da saúde pública, à saúde sexual e reprodutiva das mulheres, especialmente nas interlocações com o marco dos direitos humanos.

Por meio de um estudo bibliográfico de caráter doutrinário, seguindo o método hipotético dedutivo, primeiramente será feita uma breve análise sobre o direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988. Seguindo, propõe-se o estudo da construção em torno dos direitos sexuais e reprodutivos, com uma abordagem de seu reconhecimento entre os direitos humanos, sua estruturação e fundamentos, para finalizar com uma abordagem sobre a saúde sexual e reprodutiva das mulheres, analisando a existência de mecanismos garantidores de acesso e exercício desse direito no Brasil.

2. O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O direito à saúde está consagrado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, considerado pertencente a um conjunto de valores básicos. Conforme Ferrajoli (2011) são direitos fundamentais todos os direitos de ordem subjetiva, que concernem a todos os seres humanos, enquanto iguais, sujeitos de direito. Assim, são direitos universais no sentido da quantificação universal da classe dos sujeitos que deles são titulares.

Como os atingidos por esses direitos são os indivíduos, a constituição atribuiu um significado excepcional e uma atenção redobrada aos chamados direitos individuais, colocando-os no início do texto constitucional, com a intenção de dar-lhes destaque especial para que seja possível observar a atribuição de um modelo extremamente democrático e social, pois confere caráter de igualdade aos atores atingidos pela Constituição, a população. (TOALDO; BERGHAHN, 2014)

Segundo Roberta da Silva e Aline Marques (2015), são direitos fundamentais os que estão positivados nas Constituições, representam a expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos, ligando-se aos aspectos ou matizes constitucionais, internos, de proteção, aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

Ainda relacionando a saúde como um direito fundamental, há necessidade de trazer ao debate as palavras de Barroso (2007) dispondo que o Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, englobando a autonomia da vontade e o direito de cada um eleger

seus projetos existenciais; b) a igualdade, envolvendo o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário, têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Da mesma forma que o direito à vida, o direito à saúde aparece como reflexo imediato da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, afastando a ideia de supremacia das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual (KÖLLING; JABER, 2016).

Com a previsão no art. 6º, caput, da Constituição Federal, a saúde está prevista como um direito fundamental social, uma vez que se trata de um direito de todos e dever do Estado, retomada no art. 196 quando resta estabelecido, em sentido amplo, que cabe ao Poder Público resguardar e garantir esse direito (SLAIBI, 2010).

Estando a saúde na ordem constitucional, evidencia-se também como condição de direito fundamental, podendo impor obrigações ao Estado, justamente pelo fato de constar no texto constitucional como fundamental, inclusive com políticas de consolidação do Sistema Único de Saúde – SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde e do dever geral de respeito (TOALDO; BERGHAIN, 2014).

Ocorre que o direito à saúde nem sempre foi reconhecido como um direito fundamental:

Esse status de direito fundamental somente foi dado à saúde na Carta Magna de 1988, que foi além de reconhecê-lo como tal, mas sim, estabeleceu as bases para o Sistema Único de Saúde – SUS. No que tange à nomenclatura direito fundamental pode-se dizer que essa foi construída a partir da participação, porque não, inusitada, da população, cujo ensejo foi a temática dos direitos humanos, além do contexto social vivenciado na década de 80, que era o momento ideal para a construção de um documento social e político (KÖLLING; JABER, 2016, p. 79).

Para Toaldo e Berghain (2014), o objetivo de se prestar serviço a toda e qualquer pessoa frente à demanda do texto constitucional fica evidenciado, tornando os direitos fundamentais acessíveis a todos e a qualquer um. Observa-se a relevância dada ao tema saúde na Constituição, com previsão também em seu art. 197, no art. 198, inciso II, quando trata do atendimento integral, e no art. 196, *in fine*, do acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Pode-se observar o direito à saúde em diversos momentos na Constituição Federal, seja no plano de direito, no plano de dever de prestação pelo Estado, no sentido amplo, de Poder Público, com eficácia direta e imediata, pois envolve subjetivamente outros direitos, bem como o direito à vida. Além disso, em que pese os serviços públicos de saúde sejam concretizados por um sistema único, a Constituição Federal abriu margem para que a iniciativa privada atue no setor, podendo a exploração econômica dos serviços ocorrer de forma complementar, quando o prestador de serviços de saúde atua dentro das diretrizes do SUS, e suplementar, sem vinculação direta com o SUS (KÖLLING; JABER, 2016).

A partir da previsão constitucional, a prestação do serviço público de saúde não está restrita aos trabalhadores do mercado formal, sendo seu acesso universal e igualitário. O Estado, como forma de efetivar essa gestão universal, organizou o Sistema Único de Saúde atribuindo competência concorrente aos entes federados, ou seja, tanto a União como Estados e municípios podem legislar sobre proteção e defesa da saúde, como prevê o art. 24, inc. XII do texto (PETERSEN, 2011).

No entanto, faz-se necessário salientar que, apesar de sua concretização depender da atuação pública, representada pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, por meio das políticas públicas, ao Município toca a responsabilidade da atenção básica em saúde, compreendida dentro do pilar da integridade (KÖLLING; JABER, 2016). Ainda sobre a competência salienta-se, nas palavras de Barroso (2007), que a atribuição de competência comum não significa que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões, pois isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas. A solidariedade entre os entes federativos é justamente para tornar o serviço de saúde mais eficaz, não podendo ser restringido o direito do cidadão por falta de condições financeiras pela administração pública, visto tratar-se de um direito fundamental que deve ser prestado àqueles que necessitam.

No entanto, é comum encontrar certa dificuldade em abordar amplamente a dimensão de saúde, pois o texto constitucional não define especificamente o que vem a ser saúde, colocando em xeque a atuação do judiciário para efetivar os direitos a ela referentes. As críticas à judicialização excessiva das questões de saúde se concentram nos riscos à legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do judiciário (TOALDO; BERGHANN, 2014).

Por outro lado, quando entra em debate o Sistema Único de Saúde, importante esclarecer que este ainda gera muitos debates e controvérsias quanto ao seu funcionamento

Com a instituição do SUS, a equidade na saúde avançou principalmente no que se refere à ampliação do acesso, criação e execução de novos programas; se ampliou a cobertura de inúmeros serviços, porém ainda persiste a desigualdade de acesso da população ao sistema de saúde. Persistem diferenças de acesso, limites e oportunidades diferenciadas em virtude de critérios seletivos e excludentes. O princípio da universalidade tem contribuído para a ampliação do acesso aos serviços de saúde, porém não tem criado condições para o estabelecimento da equidade. Torna-se necessário, para isso, a reformulação e adaptação de programas e ações, objetivando equilibrar a distribuição e a organização de serviços conforme as necessidades específicas de cada segmento social que apresenta um variado leque de demandas, nem sempre percebidas e atendidas pelo poder público (PREUSS, 2012, p. 287).

Sendo o Brasil um país com grande dimensão territorial, torna-se realmente um desafio atender às necessidades relativas à saúde, mas sendo um direito fundamental e constitucionalmente positivado, deve o Estado, buscar mecanismos para que as demandas sejam atendidas, independentemente de haver ou não dificuldades de acesso aos serviços de saúde. O reconhecimento constitucional do direito à saúde o insere no rol dos direitos fundamentais,

mas considerando que o conceito de saúde é aberto, a eficácia deste direito depende das decisões estatais que irão regulamentá-lo e definir sua real proteção (AITH, 2017).

Nesse sentido, com o objetivo de salvaguardar o direito à saúde, a Constituição Federal traz diversos dispositivos que visam tutelar o direito à saúde para garantir e preservar a qualidade de vida da população, eis que, já em seu Preâmbulo, destaca a indispensabilidade do Estado democrático assegurar o bem-estar da sociedade. Notoriamente, dentro de bem-estar, como uma das funções do Estado, encontra-se a Saúde Pública (KÖLLING; JABER, 2016).

O reconhecimento do direito à saúde não é um dado a priori, mas se constrói no cotidiano das relações travadas entre os usuários e as demandas, o Estado e a sociedade civil. Qualquer direito universal, como direito de cidadania, requer que o Estado ofereça serviços adequados, o acesso integral e diferentes níveis de atendimento, contemplando as demandas e necessidades dos cidadãos (PREUSS, 2012). Logo, levando-se em consideração este panorama geral acerca da saúde e seu reconhecimento enquanto direito, parte-se agora às reflexões que permeiam a saúde sexual e reprodutiva das mulheres, sob a retórica do reconhecimento de direitos.

3. DO DIREITO À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA DAS MULHERES

Considerando a previsão constitucional mencionada, impende analisar a positivação do direito à saúde, especialmente na seara sexual e reprodutiva das mulheres⁵ brasileiras e, para tanto, faz-se necessário destacar que a construção de gênero e sua influência na garantia de direitos. O entendimento de gênero derivou da ideia de que o masculino e o feminino não seriam acontecimentos naturais ou biológicos, mas concepções socioculturais, uma vez que o sexo se localiza na biologia, na natureza, ao mesmo tempo em que o gênero é uma criação social (SAFFIOTI, 2005). Entretanto, o elemento que diferencia homens e mulheres, verdadeiramente, não se baseia na distinção biológica, mas em um tipo de ocupação, pelo homem, do maior espaço do campo real e representativo da vida social e cultural, assimilando mais inteiramente a índole contingente, na maior parte do tempo, das atribuições costumeiramente estabelecidas às mulheres (GEBARA, 2000).

O gênero pode ser entendido como um elemento útil para um exame histórico, que expõe quatro componentes interligados, os quais auxiliam na percepção mais ampla das relações de gênero (SCOTT, 2005). Primeiramente, invoca os atributos da mulher a contar de Maria e Eva, símbolos paradoxais entre si, entendidos como luz e escuridão, purificação e poluição, inocência e corrupção (SANTOS, 2010). O segundo elemento tem relação com o sentido de homem e de mulher, definidos de modo taxativo e notório, em objeção binária fixa. No que diz respeito ao terceiro elemento, trata da ideia de rigidez conceitual, de tal modo que a representação binária seria atemporal. Scott (2005) afirma que esse binarismo deve ser superado, bem como a restrição do uso do gênero na organização de parentesco, pois o gênero não é edifi-

5 Considerando que os estudos transfeministas reconhecem haver algumas especificidades sexuais e reprodutivas referentes às mulheres e homens transsexuais, este estudo se volta às mulheres cisgênero.

cado apenas nesse ambiente, mas também na área econômica e política (SANTOS, 2010). O quarto elemento representa a identidade subjetiva, isto é, o gênero preso a convicções, imagens e símbolos (SANTOS, 2010).

Desde a formação do Estado, do estabelecimento de hierarquias e classes sociais, os homens visualizaram a vulnerabilidade feminina e passaram a usar das diferenças para separar e dividir as pessoas em grupos (NIELSSON, 2020). Muitas dessas diferenças utilizadas para classificar as pessoas são biológicas, como, por exemplo, o sexo e a idade, enquanto outras são criadas para demarcar e taxar as pessoas com base em questões próprias (LERNER, 2019).

Uma das causas elencadas para a submissão feminina é a assimetria sexual em relação aos homens, devido à maior força física, velocidade, agressividade, e demais características que os tornaram caçadores e provedores de alimentos, fazendo com que fossem mais valorizados e honrados do que as mulheres em suas tribos, caracterizando-as como seres mais frágeis e vulneráveis (LERNER, 2019). Entretanto, é por meio de um contexto ontológico, econômico, social e psicológico que se esclarece os dados biológicos, uma vez que o corpo e as suas limitações não bastam para definir as mulheres, ou enquadrá-las como seres mais fracos. Dentre as limitações trazidas pelos homens, encontra-se a inferioridade física, psíquica, a menstruação, entre outros fatores tidos como “naturais” e que condicionam as fraquezas femininas (BEAVOIR, 2019).

Nesse sentido, o contrato social é precedido por um contrato sexual, a partir da subordinação da mulher ao homem, uma vez que a sociedade foi criada a partir de um contrato patriarcal e que, em decorrência disto, há a exclusão feminina na mais variadas instituições sociais. Assim, a mulher passou a ter as funções de criada e esposa, tornando-se escrava do prazer do homem e mero instrumento de reprodução (PATEMAN, 1993).

A identidade das pessoas é o resultado de todas as normas, disciplinas e costumes que são impostos, interferindo nas esferas reprodutiva, social e na participação ativa de novos processos de constituição de identidades. Dessa forma, ao se obter uma identidade, consequentemente haverá uma subordinação das pessoas em relação ao poder e padronizações sociais, surgindo uma espécie de opressão, que ainda é mais fortemente reconhecida no gênero feminino (FOUCAULT, 1988). Partindo desse eixo temático, discute-se a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, acompanhando as questões populacionais e feministas desde a década de 1960.

Os direitos reprodutivos referem-se, resumidamente, ao direito de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como o direito a ter acesso à informação e aos meios para a tomada desta decisão. Já os direitos sexuais dizem respeito ao direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência (MATTAR, 2008, p. 61).

Os movimentos de mulheres, em especial o movimento feminista, foram precursores das demandas acerca dos direitos sexuais e reprodutivos, primeiramente, em consonância com a ideia de natalidade. Nota-se que, independentemente das formas de lutar pelos direitos femininos, os movimentos de mulheres e feministas tinham como princípios e se baseavam (ainda baseiam) no direito à igualdade, à autonomia pessoal e à integridade corporal (CORRÊA; PETCHESKY, 1996).

Com a transformação social, a emancipação feminina suscitou – e continua suscitando – muitas discussões, envolvendo a igualdade almejada pelas mulheres, maternidade, determinismo biológico, direitos sexuais e reprodutivos, elementos essenciais para entender a premissa de tratamento igual em sociedade (SCHWARZER, 1988).

Na cultura ocidental, quem nasce com um corpo de mulher deve se submeter ao código moral da maternidade (TIBURI, 2014). Ao longo da história as mulheres reivindicam a liberdade sobre o próprio corpo, buscando desconectar a razão de sua existência da maternidade, tida como um atributo sob o qual não é possível optar, sendo que o reconhecimento do direito de decisão foi um acontecimento importante no século XX (DEL RE, 2009). O controle dos corpos é instituído pelo Estado, de acordo com sua discricionariedade, afirmando um poder que está na máquina estatal e não no indivíduo (FOUCAULT, 1999). A questão da sexualidade está mais ligada à sociedade, a qual regula e modela o sexo conforme a discricionariedade do Estado, principalmente no que diz respeito às taxas de natalidade e mortalidade, por meio do dispositivo da reprodutividade (NIELSSON, 2020).

Desde o início do século XX, asseverou a demanda por emancipação sexual e pela realização pessoal da mulher, afastando a moral tradicional, a imposição da maternidade, a possibilidade de uso de contraceptivos e demanda pela revisão da legislação punitiva ao aborto (SCHWARZFISCHER, 1988). A maternidade deixou de ser o único horizonte e a não maternidade passou a ser uma realidade com o maior acesso a pílulas anticoncepcionais, nos anos 1960 (FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, 2009).

A sexualidade da mulher é controlada por muitas regras e o debate feminista demonstrou que o patriarcado, como cultura e como relações sociais, atrelava a sexualidade da mulher na administração da sua capacidade de reprodução, sendo a família o maior instrumento de controle (PAOLI, 1985).

A moderna revolução no campo da contracepção disponibilizou para as mulheres métodos de controle da natalidade que elas podem usar independente do apoio de seus companheiros. Mas as mulheres pagaram um preço por esta independência. Elas tiveram que assumir as inconveniências envolvidas, como o fato de o companheiro transferir para a mulher o papel e a responsabilidade da contracepção, que passou a ser considerado um assunto de mulher (COOK; DICKENS; FATHALLA, 2004, p. 16)

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, que aconteceu no Cairo, em 1994, foi decisiva no reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como parte dos direitos humanos, intimamente ligados ao bem estar social e à igualdade de gênero, sendo que a presença maciça dos movimentos sociais e de mulheres levou o debate a um novo patamar. Em 1995 ocorreu a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, reforçando as discussões e definindo mais claramente a relação entre sexualidade e reprodução (CAMPOS; OLIVEIRA, 2009).

Os dois documentos consensuais, assinados nas Conferências, reconhecem claramente a integralidade desses direitos específicos como direitos humanos, englobando um leque de direitos que estão inseridos no campo dos direitos sexuais e reprodutivos (CAMPOS; OLIVEIRA, 2009).

No momento em que os movimentos de mulheres apresentam suas reivindicações dentro de um marco de direitos, afirma-se um patamar mínimo sobre o qual devem sustentar-se as relações sociais. Exige-se do Estado e, portanto, das instituições do Poder Público, garantias para que todas e cada uma das pessoas possam exercer livremente seus direitos sexuais e reprodutivos, situados no marco político-conceitual dos direitos humanos (CAMPOS; OLIVEIRA, 2009, p. 36).

O estabelecimento do paradigma dos direitos sexuais e reprodutivos representou uma resposta aos movimentos feministas, pela libertação da violência patriarcal promovida contra os corpos femininos e pelo controle da sexualidade (WICHTERICH, 2015). Tais direitos foram reconhecidos como direitos humanos, representando o resultado de reivindicações dos movimentos feministas, estando relacionados a questões envolvendo família, filiação, concepção, entre outros costumes e práticas sociais (PEGORER, 2016).

A explicação tradicionalista concentra-se na capacidade reprodutiva feminina e vê a maternidade como a maior meta na vida das mulheres, definindo, assim, como desviantes mulheres que não se tornam mães. Considera-se a função materna uma necessidade da espécie, uma vez que as sociedades não teriam conseguido chegar à modernidade sem que a maioria das mulheres dedicasse toda a vida adulta a ter q0ue criar filhos. Assim, vê-se a divisão sexual do trabalho com base em diferenças biológicas como justa e funcional (LERNER, 2019, p. 43).

A liberdade para exercer a sexualidade e a reprodução é igualmente determinante e encontra-se na mesma dimensão da vida humana. Nesse sentido, reconhecer que a mulher tem autonomia sexual implica em assegurar que seu exercício seja desvinculado da reprodução (CAMPOS; OLIVEIRA, 2009).

Os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza (VENTURA, 2009, p. 19).

O direito à liberdade reprodutiva relaciona-se com a autonomia corporal e a integridade física, encontrando fundamento na dignidade humana, liberdade, segurança e privacidade individual. O direito à autodeterminação reprodutiva implica no reconhecimento de que as mulheres podem realizar suas próprias escolhas sexuais e reprodutivas (CAMPOS; OLIVEIRA, 2009).

O fundamento dos direitos reprodutivos está nos princípios constitucionais e são direitos fundamentais, bastando uma interpretação da Constituição para a sua afirmação. Ainda, o Estado brasileiro se responsabiliza internacionalmente com o cumprimento dos compromissos estabelecidos quando assina documentos internacionais de direitos humanos, respondendo pela sua violação. Dessa forma, há uma dupla obrigatoriedade na observância de tais direitos, a Constituição e os instrumentos internacionais de direitos humanos (CAMPOS; OLIVEIRA, 2009).

Considerando que o corpo feminino é um local de operacionalização da submissão e opressão, as proporções da precaução com a saúde da mulher igualmente se manifestam nas intercessões focadas para esse corpo, estabelecidas pelo papel que a sociedade, de forma hegemônica, decreta: mãe e reprodutora. É com essa perspectiva que se oficializam as primeiras providências em relação à saúde da mulher: maternidade e ciclo gravídico-puerperal, no qual a sexualidade da mulher está reduzida à posição de reprodução. As pesquisas a respeito do corpo feminino são determinadas, unicamente, levando em conta a fase reprodutiva (SOUTO, 2008).

É possível encontrar na literatura várias concepções com relação à saúde da mulher, com conceitos mais restritos que debatem apenas a biologia e a anatomia do corpo feminino, outros mais amplos, que consideram os direitos humanos e demandas associadas à cidadania. Na perspectiva mais restrita, o corpo da mulher é enxergado somente na sua incumbência reprodutiva e a maternidade torna-se a primordial característica. A saúde da mulher demarca-se em relação à saúde materna ou à inexistência de moléstia relacionada ao método de reprodução biológica, sendo suprimidos os direitos sexuais e as questões de gênero (COELHO, 2003).

Compreendendo esta evolução, Villela (2020) aponta que, nas décadas finais do século XX, a disseminação dos programas de controle da fertilidade implementados nos países pobres e as altas taxas de mortes evitáveis, causadas pelo descaso na oferta dos demais cuidados de saúde, além dos contraceptivos, instigaram o movimento internacional pela saúde das mulheres na busca de novas propostas. Neste contexto, segundo a autora, surge o conceito de saúde reprodutiva, apontando para o conjunto mínimo de condições que garantam à mulher que o ato de reproduzir, ou a escolha por não reproduzir, não se constituam em risco de vida ou em dano à sua saúde. A “ideia de saúde reprodutiva busca romper com a ideia de reprodução como um dever, ou destino feminino, para situá-la como um direito. Entendida como um direito humano básico, a reprodução (sem riscos ou coerções, é evidente) deve estar garantida pelos Estados e Governos” (VILLELA, 2020).

Quando se trata de saúde sexual e reprodutiva é comum identificar reservas arbitrárias de direitos e liberdades. Nessa perspectiva, a Conferência Mundial de População e Desenvolvimento, no Cairo, no ano 1994, representa um passo significativo com relação aos dos direitos humanos, saúde sexual e reprodutiva. Restaram estabelecido que, nações de todas as regiões e culturas, que utilizem políticas e programas de contenção do aumento populacional, e diferentes providências limitadas à realização da sexualidade e reprodução humana, com a finalidade de progresso do cenário econômico e social, infringem os direitos das pessoas, principalmente, das mulheres (VENTURA, 2009).

O documento assenta a compreensão de que a saúde sexual e reprodutiva é um direito humano e que a paridade entre gêneros é um componente crucial para o avanço da qualidade de vida, o desenvolvimento sustentável e digno, instituindo conceitos, atitudes e objetivos para adesão de políticas e medidas que concedam a ampla execução dos direitos humanos (VENTURA, 2009).

Neste sentido, importante se faz mencionar a definição contemplada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, a qual define que:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e as suas funções e processos, e não de mera ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo autonomia para se reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Implícito nessa última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos de regulação da fecundidade, de sua escolha, que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de atravessar, com segurança, a gestação e o parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. Em conformidade com a definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isso inclui também a saúde sexual, cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis (item 7.2, Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas, setembro de 1994). (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE apud VENTURA, 2009, p. 76)

Ainda, vale mencionar o documento da Conferência de Pequim (1995), o qual renova os compromissos do Cairo e prossegue, instituindo um padrão de interferência que ofereça associações de equidade e de recíproca aceitação entre os gêneros (parágrafo 96); restrinja os abortos e pondere a viabilidade de reestruturar as leis que estabelecem sanções contra as mulheres (parágrafo 106 j e k); fomente o ingresso à informação, educação e aos meios para melhoria da saúde sexual e reprodutiva, inclusive técnicas para esquivar gestações não planejadas (parágrafo 106 k); oportunize segurança, diminuindo o abuso, exploração e tráfico sexual (parágrafo 107 q); permita o acesso das/os mais jovens aos programas de educação, orientação e assistência sexual, certificando o direito à privacidade, à confidencialidade, ao respeito e à concordância anunciada, autônomo dos direitos e deveres dos incumbidos pela sua observância (parágrafo 93, 107 e) (CONFERÊNCIA DE PEQUIM, 1995 apud VENTURA, 2009).

Nesse contexto, a saúde reprodutiva envolve um conjunto de métodos, técnicas e serviços que interfere no bem-estar das pessoas pela prevenção e solução de problemas de saúde. O conceito de saúde reprodutiva também inclui a saúde sexual, cujo propósito é a melhoria da qualidade de vida das pessoas e das relações pessoais, indo além da orientação e do tratamento quanto à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis (COOK; DICKENS; FATHALLA, 2004).

Nas palavras de Villela (2020), é importante considerar a distinção entre “saúde da mulher”, “saúde reprodutiva” e “saúde sexual”, uma vez que esta não repousa apenas na referência ao suposto objeto ou função que direciona a ação, considerando que “mulher”, “reprodução” ou “sexo” não são objetos naturais, mas culturalmente construídos e transformados. Cumpre destacar que a emergência de cada um destes termos no vocabulário de indivíduos envolvidos com a conquista de autonomia das mulheres tem uma historicidade e marca o posicionamento ativo de muitas mulheres na construção dessa história.

O conceito de saúde integral da mulher, por exemplo, visa estabelecer que as mulheres sejam sujeitos, não meros objetos de reprodução, a fim de contrapor a ideia de saúde materno-infantil. A formulação de saúde reprodutiva, que sucede a proposta de saúde integral da mulher, envolve o espaço de práticas de saúde, além da ideia de reprodução como direito, não como dever. E, por sua vez, a proposta de saúde sexual inclui o livre exercício da sexualidade como essencial à autonomia feminina (VILLELA, 2020). Neste sentido, o conceito de saúde sexual englobaria as anteriores, tanto quanto demarcaria uma mudança de olhar e de perspectiva em relação às mulheres, como sujeitos físicos e sociais.

A temática, portanto, não se resume à preocupação com a saúde física, devendo ser considerada essencial para o desenvolvimento e observância dos direitos humanos. Trata-se de um aspecto fundamental na vida das mulheres, pois a falta de um acesso seguro a serviços de qualidade expõe a saúde reprodutiva das mulheres à morte, danos durante o parto, à gravidez não desejada ou a doenças sexualmente transmissíveis (COOK; DICKENS; FATHALLA, 2004).

A Constituição Federal foi consequência de uma enorme disputa político social que dispôs com a presença decisiva dos movimentos de mulheres, tornando-se um símbolo político-normativo na área dos direitos fundamentais, com indubitável relevância para os direitos reprodutivos. A Constituição brasileira estabeleceu uma nova referência regulamentária no campo dos direitos fundamentais e sociais, com menção expressa à dignidade, à liberdade, à autonomia (reprodutiva), à saúde, ao ingresso aos procedimentos contraceptivos e tecnologias reprodutivas disponíveis, ao direito à informação, dentre outros, decretando os modernos preceitos jurídicos para a saúde das mulheres. Esses contemporâneos direitos definidos nos princípios e garantias fundamentais passam a nortear todos os poderes, servindo de guia para a composição das políticas públicas governamentais e para a eleição de métodos de criação das leis (CAMPOS; OLIVEIRA, 2009).

Dessa forma, foram modificados procedimentos e concepções em relação à saúde reprodutiva, programas de planejamento familiar foram certificados a partir de definições como maternidade segura, necessidades insatisfeitas das mulheres para contracepção e a possibilidade de escolha livre, para mulheres e casais, entre diversos meios e dispositivos anticoncepcionais (WICHTERICH, 2015).

As mulheres têm mais riscos na regulação da fecundidade do que os homens. Pretendia-se que os contraceptivos fossem usados pelas mulheres para que elas pudessem controlar ao máximo suas escolhas, sua fecundidade, sua sexualidade, sua saúde, e conseqüentemente e suas vidas. Contudo, o planejamento familiar pode ser, e vem sendo usado por governos e por outros atores, como um meio de controlar e não de empoderar as mulheres (COOK; DICKENS; FATHALLA, 2004).

A análise é primordial para conduzir as ações de saúde da mulher, principalmente, como um desafio que assimila a política de saúde como direito humano e o controle social, de ação popular, como lugar de criação e consolidação da cidadania (SOUTO, 2008). As mulheres passam a ser compreendidas como indivíduos participantes na atenção à saúde, para quem a maternidade deve ser uma escolha, não uma incumbência, visto que o livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres se sujeita ao acesso a serviços de saúde de qualidade, que disponibilizem recursos de prevenção às doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) e métodos contraceptivos.

Deve-se destacar que as mulheres representam a maioria da população brasileira, sendo as principais usuárias do Sistema Único de Saúde - SUS, correspondendo a uma parcela social indispensável para as políticas de saúde, não apenas pela sua relevância em termos de números, mas, principalmente, em razão das históricas diferenças entre homens e mulheres que continuam provocando debate. Além disso, fatores como raça/etnia e cenário de miséria aumentam os contrastes e devem ser ponderados na criação e realização de mecanismos de atuação governamental nesta área (OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO, 2021), pois a interseccionalidade está presente nas interações e marcadores sociais relacionados ao acesso às políticas de saúde pelas mulheres, diante dos múltiplos fatores de opressão, dentre eles raça ou etnia, classe social, capacidade, os quais se relacionam entre si, destacando que o racismo, o sexismo e as estruturas patriarcais são inseparáveis, levando à exclusão de diferentes formas .

O direito à saúde está previsto na Constituição de 1988, sendo responsabilidade do Estado permitir o acesso aos serviços para seu fomento, tutela e reabilitação. O direito das mulheres à saúde deve ser prestado de forma global, levando em conta que não devem ser reduzidas às funções reprodutivas, uma vez que são seres independentes, merecendo total acesso a tais serviços, associados ou não à maternidade. Considerando essas premissas, impende observar a falta de efetividade de tais direitos diante da insuficiência de políticas que garantam, desde a dignidade menstrual, responsável por condenar milhões de pessoas que menstruam, inclusive mulheres, à exclusão social, laboral ou educacional, a violência obstétrica, representada pela violência física ou psicológica sofrida por mulheres quando procuram serviços de saúde na hora do parto, além da dificuldade na realização de abortos ou no acesso à reprodução assistida pelo SUS.

Como visto, os direitos reprodutivos encontram fundamento nos princípios constitucionais e a simples interpretação conforme a Constituição basta para a sua afirmação. Nesse sentido, ao assinar documentos internacionais de direitos humanos, o Estado brasileiro se responsabiliza internacionalmente com seu cumprimento, respondendo diante da comunidade internacional se violar tais compromissos. Há, portanto, dupla vinculação em relação à eficácia dos direitos reprodutivos, uma em face da Constituição e outra em razão dos instrumentos internacionais de direitos humanos (CAMPOS; OLIVEIRA, 2009).

O Estado brasileiro tem dupla função no que concerne à saúde. A função de provedor, que envolve a prestação de serviços gratuitos e universais de assistência à saúde, inclusive, sexual e reprodutiva, no âmbito do SUS; e de regulador, estabelecendo leis e regulamentação administrativa para o acesso aos bens e serviços de saúde em geral, e não só no sistema público de saúde (VENTURA, 2009).

Apesar dos avanços legais e conquistas feministas, o acesso aos serviços públicos de saúde de qualidade e o exercício da autonomia reprodutiva não são uma realidade no país. Mulheres ainda sofrem com a falta de legislação, a discriminação e a tímida atuação dos poderes constituídos para a implementação de seus direitos fundamentais. Para sua completa implementação o Estado brasileiro deve cumprir as determinações constitucionais e internacionais, fazendo da saúde reprodutiva das mulheres uma prioridade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática que circunda o reconhecimento de direitos pertinentes à saúde sexual e reprodutiva de mulheres ganhou avanços no Legislativo e no Judiciário, todavia, não progrediu o suficiente para atender as demandas, especialmente evidenciadas e derivadas dos insistentes ataques e precários investimentos às políticas públicas voltadas às dimensões de gênero e sexualidade.

A saúde, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, alcançou outro patamar e um novo significado, qual seja, de direito fundamental social, além de ser também um direito humano, devendo ser prestado a todos, de forma universal e igualitária pelo poder público – logo, não se fez distinção alguma quanto ao gênero e a sexualidade dos seus destinatários.

Para alcançar o objetivo proposto neste artigo, fez-se uma breve análise sobre o direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988, evidenciando seu reconhecimento e aplicação com a criação do Sistema Único de Saúde a fim de permitir sua realização e acesso universal. O segundo tópico, apresentou uma construção em torno dos direitos sexuais e reprodutivos, destacando seu reconhecimento entre os direitos humanos, sua construção e fundamentos, considerando que tais direitos se contrapõe às mais variadas formas de subordinação e controle do corpo feminino, seja pela família, sistema de saúde, sistema jurídico ou pelo próprio Estado.

Por fim, verificou-se que o Brasil assumiu uma série de compromissos relacionados à saúde sexual e reprodutiva das mulheres, tanto no plano nacional como internacional, devendo criar, estimular e fortalecer políticas públicas para que possa cumprir os objetivos estabelecidos nesta seara.

Essencialmente, foi possível observar que o grande desafio continua sendo fomentar e potencializar os mecanismos legais e as políticas públicas para que seja alcançado o exercício à saúde sexual e reprodutiva das mulheres no Brasil. Discutir os desafios e os modos de enfrentamento a tal temática pressupõe uma ação conjugada e, em especial, uma aposta no tempo atual e para os tempos que virão. Mais do que nunca é preciso articular intervenções que de fato (e de direito!) contribuam com a transformação social do país. Ainda, é fundamental a ampliação e interlocução entre outros movimentos sociais e setores da sociedade, para contribuir com um debate público que fortaleça os fundamentos e o entendimento de que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, sua legislação e políticas de implementação, são medidas para a consolidação dos direitos humanos e o fortalecimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Direito à Saúde e Democracia Sanitária*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- BARROSO. Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-barroso.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. 1 v.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Saúde sexual e saúde reprodutiva*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: Acesso em: 18 jan. 2021.
- CAMPOS, Carmen Hein de; OLIVEIRA, Guacira Cesar de. *Saúde Reprodutiva das Mulheres: direitos, políticas públicas e desafios*. Brasília: CFEMEA: IWHC, Fundação H.Boll, Fundação Ford, 2009. Disponível em: https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/colecao20anos_saudereprodutivadasmulheres.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.
- COELHO, Maria Roberta Santana. *Atenção básica à saúde da mulher: subsídios para a elaboração do manual do gestor municipal*. 2003. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10915/1/5555555555555555.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.
- COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard; FATHALLA, Mahmoud. *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*. Tradução de Andrea Romani, Renata Perrone e equipe. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004. Disponível em: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/media/portuguese-green-book.pdf. Acesso em: 16 jan. 2021.
- CORREA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma perspectiva feminista. *Phisis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, p. 147-177, 1996.
- DEL RE, Alisa. Aborto e contracepção. In: HIRATA, Helena et al. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4098403/mod_resource/content/1/Kergoat%20p.67-75%20in%20Dicionario_critico_do_feminismo%202009.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salin, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1226/foucault_historiadasexualidade.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.
- FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <http://petdireito.ufsc.br/wp-content/uploads/2016/05/Foucault-M.-Em-defesa-da-sociedade.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Movimentos feministas. In: HIRATA, Helena et al. (org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- GEBARA, Ivone. *Rompendo o Silêncio: uma fenomenologia feminista do mal*. Tradução Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.
- KÖLLING, Gabrielle; JABER, Gabriela Zahia. Direito à saúde, municípios e a transdisciplinariedade. In: MARTINI, Sandra Regina; MAIA, Selmar José (org.). *O movimento entre os saberes*. Porto Alegre: Evagraf, 2016.
- LERNER, Gerda. *A Criação do Patriarcado: História da opressão das mulheres pelos homens*. São Paulo: Cultrix, 2019.
- MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 5, n. 8, jun. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/en_v5n8a04.pdf. Acesso em: 19 jan. 2021.
- NIELSSON, Joice Graciele. Planejamento familiar e esterilização de mulheres no Brasil: a ambivalência entre a retórica dos direitos humanos e a prática do controle reprodutivo sobre o corpo das mulheres. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, [S. l.], v. 23, n. 45, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1192>. Acesso em: ago. 2020.
- OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO. Brasília, 2021. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/areas-tematicas/saude>. Acesso em 16 jan. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: Plataforma de Cairo*. 1994. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021

PAOLI, Maria Celia. Mulheres: lugar, imagem, movimento. In: CHAUI, Marilena; PAOLI, Maria Celia (org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Tradução: Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. Disponível em: https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/3363/mod_resource/content/1/PATEMAN_contrato_sexual.PDF. Acesso em: 10 jan. 2021.

PEGORER, Mayara Alice Souza. *Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher: das políticas públicas de gênero à diferença múltipla*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PETERSEN, Leticia Lassen. Direito Constitucional à saúde e sua efetivação. In: COSTA, Marli M. M. da; HERNANY, Ricardo; SODER, Rodrigo Magno (org.). *Direito, cidadania e políticas públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

PREUSS, Lislei Teresinha. O direito à saúde em regiões fronteiriças: algumas reflexões e considerações. In: BEDIN, Gilmar Antonio (org.). *Cidadania, direitos humanos e equidade*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

SAFFIOTI, Heleieth. Gênero e Patriarcado. In: CASTILLO-MARTÍN, Márcia; OLIVEIRA, Suely de (Org.). *Marcadas a Ferro*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2005.

SANTOS, Juliana Anacleto dos. *Gênero na Teoria Social: Papéis, interações e instituições*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:

<https://www.ufjf.br/virtu/files/2010/05/artigo4a5.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2020.

SCHWARZER, Alice. As feministas são piratas. In: SOLIZ, Neusa (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988.

SCHWARZFISCHER, Eva. As Origens do Movimento Feminista. In: SOLIZ, Neusa (Org.) *A mulher no século XXI: um estudo de caso, a Alemanha*. Tradução de Neusa Soliz. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo; São Paulo: Instituto Goethe, 1988.

SCOTT, Joan. O Enigma da Igualdade. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 1, jan./abr. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v13n1/a02v13n1.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2020.

SILVA, Roberta da; MARQUES, Aline Damian. *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a construção de uma longa trajetória histórica*. 2005.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. O direito fundamental à saúde. *BIS: Boletim do Instituto de Saúde*, [S. l.], v. 12, n. 3, 2010. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/v12n3/v12n3a03.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

SOUTO, Katia Maria Barreto. A Política de Atenção à Saúde da Mulher: uma análise de integralidade e gênero. *SER Social*, Brasília, v. 10, n. 22, p. 161-182, jan./jun. 2008. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/12950/11306. Acesso em: 20 jan. 2021.

STURZA, Janaina Machado (org.). *Os direitos fundamentais na perspectiva das políticas públicas*. Curitiba: CRV, 2015.

TIBURI, Márcia. Aborto como metáfora. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Márcia (Org.). *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014.

TOALDO, Adriane Medianeira; BERGHAIN, Márcia Muhlbaier. Desjudicialização do direito à saúde: a integração entre a sociedade e o estado como alternativa de enfrentamento. In: COSTA, Marli M. M. da; RODRIGUES, Hugo Thami (org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2014.

VENTURA, Mirian. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

VILLELA, Wilza. Saúde integral, sexual e reprodutiva das mulheres. *Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.mulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/02/saude-integral-sexual-mulher.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

WICHTERICH, Christa. *Direitos Sexuais e Reprodutivos*. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015. Disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/boll_direitos_sexuais_reprodutivos_1.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 11/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 11/05/2021
- Avaliação 1: 30/05/2021
- Avaliação 2: 13/09/2021
- Decisão editorial preliminar: 13/09/2021
- Retorno rodada de correções: 07/10/2021
- Decisão editorial/aprovado: 21/11/2021

Equipe editorial envolvida

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

RESPONSABILIDADE CIVIL E NOVAS TECNOLOGIAS: DESAFIOS E IMPACTOS CONTEMPORÂNEOS NA PUBLICIDADE INFANTIL

CIVIL LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES:
CONTEMPORARY CHALLENGES AND IMPACTS
ON CHILDREN'S ADVERTISING

CRISTOFER PAULO MOREIRA ROCHA SILVA¹

MICHAEL CÉSAR SILVA²

RAYENNE DOS SANTOS LIMA CRUZ³

RESUMO

A pesquisa manifesta-se no contexto contemporâneo das novas tecnologias, no qual estão presentes diversos mecanismos sofisticados de divulgação de publicidade ao público infantil. Este público, mesmo sem maturidade psicológica necessária para lidar com o marketing agressivo, é afetado, ainda que indiretamente, pela promoção de produtos e serviços no mercado de consumo. O objetivo do artigo é verificar a possibilidade de aplicação e os contornos da responsabilidade civil dos fornecedores pela propagação de publicidade ilícita direcionada aos infantes, em especial, no que tange a utilização de artifícios tecnológicos. Para tanto, adota-se o método indutivo, com vistas a construir uma conclusão crítica, ainda que mais ampla que as premissas apresentadas. A técnica adotada é a bibliográfica, com análise de obras, artigos científicos, legislações e decisões judiciais. Em conclusão, verifica-se como sendo possível a imputação de responsabilidade civil aos fornecedores pelos danos causados pela difusão de publicidade ilícita ao público infantil com a finalidade de influenciar a aquisição de produtos e serviços no mercado de consumo.

Palavras-chave: direito do consumidor; novas tecnologias; publicidade infantil; responsabilidade civil.

1 Pós-graduando em Direito Civil pela PUC Minas. Graduado pela Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Integrante e bolsista do Projeto de Iniciação Científica do Centro Universitário Newton Paiva "Responsabilidade civil e novas tecnologias: desafios e impactos contemporâneos na publicidade infantil" (2020). Membro do Grupo de Pesquisa "Perspectivas do Direito Civil-Constitucional na Contemporaneidade" na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4754178454579723>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5204-3203>.

2 Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Coordenador do Programa de Pesquisa da Escola de Direito (PPED) do Centro Universitário Newton Paiva. Líder de pesquisa do Projeto de Iniciação Científica do Centro Universitário Newton Paiva "Responsabilidade civil e novas tecnologias: desafios e impactos contemporâneos na publicidade infantil" (2020). Líder do Grupo de Pesquisa "Perspectivas do Direito Civil-Constitucional na Contemporaneidade" na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado. Mediador Judicial credenciado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7125756014158103>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1142-4672>.

3 Graduada pela Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Integrante do Projeto de Iniciação Científica do Centro Universitário Newton Paiva "Responsabilidade civil e novas tecnologias: desafios e impactos contemporâneos na publicidade infantil" (2020). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6010-5555>.

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

SILVA, Cristofer Paulo Moreira Rocha; SILVA, Michael César; CRUZ, Rayenne dos Santos Lima. Responsabilidade civil e novas tecnologias: desafios e impactos contemporâneos na publicidade infantil. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 100-123, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8426>.

ABSTRACT

The research is manifested in the contemporary context of new technologies, in which several sophisticated mechanisms for disseminating advertising to children are present. This public, even without the necessary psychological maturity to deal with aggressive marketing, is affected, albeit indirectly, by the promotion of products and services in the consumer market. The purpose of the article is to verify the possibility of application and the contours of the suppliers' civil liability for the spread of illicit advertising directed at infants, especially with regard to the use of technological devices. For this, the inductive method is adopted, with a view to building a critical conclusion, even if broader than the premises presented. The adopted technique is the bibliographic one, with analysis of works, scientific articles, laws and judicial decisions. In conclusion, the imposition of civil liability to suppliers for damages caused by the spread of illicit advertising to children is possible, in order to influence the purchase of products and services in the consumer market.

Keywords: consumer law; new technologies; children's advertising; civil liability.

1. INTRODUÇÃO

As crianças sempre demandaram atenção especial de todo o corpo social, notadamente em razão de sua condição de ser humano em desenvolvimento sob a perspectiva de suas características etárias, físicas e psicológicas.

O ordenamento jurídico pátrio concede proteção específica à criança, tanto em sede constitucional como infraconstitucional, com vistas a assegurar a incolumidade física e psicológica dos infantes, e assim viabilizar o seu desenvolvimento adequado, bem como a sua inclusão no corpo social.

A sociedade hodierna perpassa por uma série de transformações, caracterizando-se como uma sociedade hiperconectada, em virtude da influência dos mais variados suportes tecnológicos, que afetam o cotidiano das pessoas, dentre as quais, se incluem as crianças.

Nesse contexto, impõem-se a necessidade de se tutelar adequadamente o público infantil, com a finalidade de se evitar lesões ocasionadas em razão de sua condição de patente vulnerabilidade agravada no mercado de consumo.

A pesquisa propõe analisar criticamente os impactos das novas tecnologias na sociedade contemporânea, com a finalidade de se examinar a possibilidade de imputação de responsabilidade civil do fornecedor pelos danos causados pela divulgação de publicidade ilícita direcionada aos infantes.

Propõem-se, ainda, estabelecer os contornos e limites da publicidade dirigida ao público infantil sob a perspectiva dos preceitos ético-jurídicos da boa-fé objetiva e dos princípios da informação, transparência e confiança, com a finalidade de promover a adequada tutela jurídica da criança no mercado de consumo, tendo por suporte as multifunções da responsabilidade civil, em especial, a função precaucional.

Nesse sentido, a investigação adota o método indutivo, haja vista que este método apresenta como objetivo a ampliação do alcance dos conhecimentos, caracterizando-se por ser "um processo mental que parte de dados particulares e localizados e se dirige a constatações gerais. Assim, as conclusões do processo indutivo de raciocínio são sempre mais amplas do que os dados ou premissas dos quais derivam" (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 23). A escolha deste

método se deve, em especial, a possibilidade de a conclusão ser mais abrangente, o que seria inviável se, por exemplo, fosse adotado o método dedutivo. Desta forma, é possível a utilização da linha crítico metodológica, de forma que se analisará a realidade das decisões judiciais, dos escritos doutrinários, bem como das normas pertinente a pesquisa, com a devida criticidade e argumentação. A técnica adotada é a bibliográfica.

Por fim, o estudo visa a lançar luzes sobre a controvérsia com a finalidade de se apresentar soluções adequadas a temática em análise.

2. LINEAMENTOS SOBRE A TUTELA JURÍDICA DA CRIANÇA CONSUMIDORA

As crianças enquanto seres humanos em desenvolvimento necessitam de diversas tutelas especiais promovidas pelo Estado, em razão de se encontrarem num processo de formação física e psicológica, com o propósito de viabilizar o enfrentamento dos desafios e riscos existentes na sociedade contemporânea.

Nessa esteira, o legislador brasileiro delimitou por um critério etário aqueles que se enquadrariam na condição de criança, ou seja, a partir de estudos do desenvolvimento psicológico da criança, se definiu uma idade em que a maioria das pessoas alcançam o desenvolvimento psicológico, uma maior maturidade, superando determinadas características próprias do início da vida. Portanto, entendeu-se, nos termos do Art. 2º da Lei 8.069/90 que serão consideradas crianças “a pessoa até doze anos de idade incompletos” (BRASIL, 1990).

Nessa linha de raciocínio, Igor Rodrigues Britto (2010, p. 23) expõe que “a definição da criança como a pessoa com até 12 anos de idade, pela Lei, corresponde à definição da psicologia de que até esta idade o indivíduo não passou pelo processo completo de desenvolvimento cognitivo e moral, capaz de permitir o pleno exercício de sua autonomia”.

O Conselho Federal de Psicologia (2008, p. 18) explicita ainda que:

Dos dois aos sete anos em média, a criança ainda não possui as ferramentas intelectuais necessárias ao estabelecimento de demonstrações lógicas e para perceber e superar as contradições, quando presentes, nos raciocínios próprios e nos dos outros. E, dos sete aos 12 anos, sempre em média, embora tais ferramentas já tenham sido construídas, permanecem apenas aplicáveis a situações concretas, concreto significando aqui referência a experiências vividas, e não a virtuais ou possíveis. Dito de outra forma, nessa fase a criança está no mundo do real, e não do possível. *A partir dos 12 anos, suas estruturas mentais assemelham-se às do adulto, faltando-lhe, é natural, o acúmulo de conhecimento e experiências de vida que não deixará de ter.*

Portanto, é correto dizer que a criança não tem a mesma compreensão do mundo que o adulto, se for entendido, com essa afirmação, que, além da menor experiência de vida e de menor acúmulo de conhecimentos, ela ainda não possui a sofisticação intelectual para abstrair as leis (físicas e sociais) que regem esse mundo, para avaliar criticamente os discursos que outros fazem a seu respeito. (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008, p. 18, grifo nosso).

Diante da constatação de que as crianças se encontram em desenvolvimento, sendo necessário um suporte para que possam crescer de modo saudável, tanto física como mentalmente, a sociedade passou a entender que o cuidado com as crianças deveria ser realizado para além do âmbito privado, que outrora se manifestava por meio da família e da igreja, percebendo-se a carência de um regramento estatal mínimo que lhes garantissem direitos e proteção, além de uma atuação positiva do Estado.

A infância, seguindo as transformações que marcaram a passagem entre os séculos XIX e XX, deixou de ser um objeto de interesse, preocupação e ação restrita ao âmbito privado da família e da igreja para se tornar uma questão de cunho social, de competência administrativa do Estado, o qual passaria a ditar as regras sobre o estabelecimento da obrigatoriedade do ensino, da regulamentação do trabalho infantil, da interpretação sobre o Pátrio Poder, da legislação penal entre outros exemplos. Assim, no final do século XIX a sociedade brasileira, já em processo de industrialização e urbanização, apontava suas metas jurídico-médico-assistenciais sobre a criança conforme as funções da prevenção (vigilância e controle), da educação (moldar os hábitos do trabalho e da ordem), da recuperação (tornar útil e distante da criminalidade) e da repressão (conter o menor delinquente, para que não cause danos e possa se reabilitar) (FERNANDES, 2021, p. 119).

Logo, o ordenamento jurídico apresenta inúmeras normas voltadas para o amparo aos infantes, tanto de égide constitucional quanto infraconstitucional, com a finalidade de maximizar o objetivo de proteção integral dos interesses das crianças.

A Constituição da República de 1988, além de estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III)⁴, o princípio da solidariedade (Art. 3º, inciso I) e os direitos e garantias fundamentais (Art. 5º), preconiza, ainda, em seu artigo 6º que a proteção à infância se qualifica como um dos direitos sociais (BRASIL, 1988).

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).

Resta evidenciado, portanto, que é um dever paritário da família, da sociedade e do Estado assegurar as crianças a sua incolumidade física e psicológica, com o objetivo de se viabilizar o seu desenvolvimento adequado, bem como a sua inclusão no corpo social.

No que tange as normas infraconstitucionais, desponta-se como principal instrumento de tutela dos infantes, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), “verdadeiro marco no surgimento de um microsistema jurídico, que congrega normas civis, administrativas, processuais e penais, em harmonia sistêmica, voltado para a proteção infanto-juvenil” (LIMA; SÁ, 2018, p. 30).

Nesta linha de intelecção, o ECA, assim como a Constituição da República, tende a consubstanciar um patamar mínimo de direitos conferidos as crianças e adolescentes, com o

4 O princípio da dignidade da pessoa humana “[...] desempenha múltiplas funções em nosso ordenamento: é fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para a ponderação de interesses, parâmetro de validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados na Constituição.” (SARMENTO, 2020, p. 113).

propósito de que possam crescer com cuidado, amparo, educação e proteção da família, do Estado e da sociedade.

Muito embora o supracitado Estatuto e a Constituição da República representem um avanço e uma contribuição fundamental em relação a proteção da criança, faz-se necessário, cada vez mais, estender a proteção dos infantes. Nesse sentido, tendo em vista os contornos da sociedade contemporânea, marcada não só pelo uso cada vez maior de instrumentos tecnológicos, mas também pelo *consumo em massa* de bens ou serviços, que afetam direta ou indiretamente a realidade das crianças, impõem-se, também, consagrar a referida proteção no âmbito do *microssistema jurídico de proteção do consumidor*.⁵

[...] o mercado de consumo foi desenvolvido, inicialmente, quase com exclusividade, para o público adulto. No entanto, no final do século XX e início do século XXI, a criança e o adolescente passaram também a fazer parte da festa do consumo.

Elas deixaram de ser apenas um “subconsumidor” para ser um “megaconsumidor”. Por toda parte, os produtos destinados ao público infantojuvenil tomam as prateleiras, os espaços de publicidade em todos os produtos e serviços, especialmente no mundo do entretenimento (DENSA, 2018, p. XVIII).

Assim sendo, as crianças se inserem no mercado de consumo, na qualidade de consumidoras, devendo-se, portanto, observar a defesa do consumidor consagrada em sentido amplo pelo Art. 5º, XXXII, da CR/88. Ademais, não se pode afastar a observância das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que implementa a proteção específica do consumidor no Brasil.

Deve-se pontuar, ainda, que o CDC em seu Art. 7º, consagrou a *teoria do diálogo de fontes*, de modo que os direitos consumeristas descritos neste Código podem ser ampliados, a partir da leitura harmônica com outras normas admitidas no Direito pátrio.⁶

O CDC não exclui as demais normas protetoras dos interesses do consumidor, ao contrário, recebe-as como normas importantes à consecução de seus objetivos, possibilitando uma abertura do sistema para outros direitos constantes de leis, tratados e regras administrativas, no intuito de aplicarem as normais mais favoráveis ao consumidor.

Diante de fontes legislativas plúrimas, surge a necessidade de coordenação entre as normas do ordenamento jurídico. Tradicionalmente, os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo são: a anterioridade, a especialidade e a hierarquia. A doutrina hoje procura a harmonia e a coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) – propiciando o *diálogo de fontes* – em lugar de exclusão, o que acabaria por propiciar a aplicação de uma só norma para o caso concreto – ideia de monólogo (GARCIA, 2019, p. 145).

5 Milena Donato Oliva (2018, p. 17-18) leciona que: “A unidade antes assentada no Código Civil desmantelou-se e surgiram núcleos legislativos setoriais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Locação de Imóveis Urbanos. Nesse contexto, em que coexistem diversos universos legislativos setoriais, alude-se à existência de microssistemas, consistentes em núcleos normativos que objetivam a regulamentação de inteiros setores e dos quais se podem extrair princípios gerais”.

6 O Art. 7º do CDC dispõe, em *ipsis litteris*, que: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” (BRASIL, 1990).

À vista disso, a teoria em comento é fundamental para que as crianças consumidoras encontrem o devido amparo pelo ordenamento jurídico, na medida em que é viabilizada a aplicação harmônica do CDC com outras fontes normativas, com a finalidade de se consagrar mecanismos mais eficientes de proteção ao consumidor.

Não se pode olvidar que as crianças no mercado de consumo, não podem ser vistas como quaisquer consumidoras, tendo em vista que a sua situação fática, de ser humano em desenvolvimento, é suficiente para implementar um *plus* à sua condição de consumidora, ou seja, deve-se somar, a figura do consumidor, as características especiais dos infantes, desdobrando-se na necessidade de um tratamento ainda mais específico do que aquele destinado a um consumidor comum, em razão da *hipervulnerabilidade* ou *vulnerabilidade agravada* do público infantil no âmbito do direito do consumidor.

O conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*, “que pode ser ferido”, de *vulnerare*, “ferir”, de *vulnus*, “ferida”) refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, o qual pode, em situações contingenciais, ser “vulnerado”. Trata-se, portanto, de característica ontológica de todos os seres vivos. Determinados seres humanos são circunstancialmente afetados, fragilizados, desamparados ou vulnerados” (BARBOZA; ALMEIDA, 2019, p. 42).

Ao tratar da figura do consumidor no mercado de consumo, resta evidente que há um descompasso entre os consumidores e fornecedores, de tal modo que se presume que o consumidor, nas relações de consumo, encontra-se em estado de vulnerabilidade material, formal, econômica e informativa, de tal modo que há a necessidade de implementação de uma proteção especial, individual ou coletiva, como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 149-150).

A patente vulnerabilidade do consumidor, juntamente com “o fenômeno do consumismo e o advento da sociedade de consumo encontram-se diretamente relacionados com a proteção do consumidor, que exsurge para coibir os abusos impostos pelos grandes conglomerados econômicos aos contratantes (consumidores)” (SILVA; SANTOS, 2013, p. 40).

A vulnerabilidade pode ser vislumbrada como uma qualidade, característica ou situação de patente inferioridade perante o fornecedor na relação de consumo, que a depender do caso concreto, pode manifestar-se em uma ou mais espécies de vulnerabilidade, quais sejam, a econômica, técnica, informativa, científica, fática ou política.⁷

Não obstante, para além da vulnerabilidade, contemporaneamente, é possível afirmar que determinados grupos de consumidores apresentam como característica, a *hipervulnerabilidade*, ou seja, um agravamento na condição de vulnerável, em razão de circunstâncias fáticas e especiais, que qualificam determinados agrupamentos sociais ou indivíduos.

Fabrizio Bolzan (2015, p. 213) afirma que:

[...] foi identificada mais recentemente uma nova categoria de pessoas que se encontram na condição de hipervulneráveis, ou seja, aqueles cuja fragilidade se apresenta em maior grau de relevância ou de forma agravada.

É o caso dos consumidores personificados nas gestantes, nas crianças, nos idosos, nos enfermos, nos portadores de necessidades especiais nos analfabetos, dentre outros. Realmente, se pararmos para analisar, existem consumidores mais vulneráveis que outros, tais como:

7 Para fins de aprofundamento na temática, remete-se a leitura de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012).

[...] a criança e a questão da publicidade voltada para o público infantil que merece maiores cuidados em razão da sua deficiência de julgamento, cuja maturidade intelectual ainda está em formação. (BOLZAN, 2015, p. 213)

Apesar da hipervulnerabilidade ser uma construção doutrinária e jurisprudencial, o CDC atenta-se para uma condição de maior fragilidade concreta do consumidor, vedando, nos termos do Art. 39, inciso IV, a prática abusiva de “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (BRASIL, 1990).

Portanto, a criança consumidora é bem mais do que um sujeito vulnerável, encontrando-se, até o seu amadurecimento, na condição de hipervulnerável, em especial no tocante a publicidade direcionada a este público, o que demanda maior atenção e respeito por parte dos fornecedores, do Estado, da família e da sociedade em geral.⁸

Logo, resta evidenciado que as crianças, que ainda não completaram 12 (doze) anos de idade, se encontram em um período de desenvolvimento, não tendo a capacidade física e psicológica de um adulto, devendo-se movimentar os recursos necessários para impedir danos e viabilizar o seu desenvolvimento adequado.

3. DIREITO DO CONSUMIDOR, PUBLICIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS

O século XX e início do século XXI são marcados por um grande desenvolvimento científico e tecnológico, com contribuição de vastas áreas da ciência, o que viabilizou o desenvolvimento de supercomputadores, da *Internet* (síntese e auge deste período), aprimoramento da comunicação, com emissão e transmissão de som e imagens por cabos, fibra ótica, rádio e satélites (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 174).

É inegável que o aporte tecnológico contemporâneo mudou e tem mudado drasticamente o cotidiano das pessoas⁹. Hoje, somente a título exemplificativo, vastas pessoas conseguem e estão desenvolvendo, com auxílio de instrumentos tecnológicos, o seu trabalho em casa, haja vista o isolamento social exigido no combate à pandemia da COVID-19.¹⁰

8 Neste mesmo giro, Diógenes Faria de Carvalho e Thaynara de Souza Oliveira (2015, p. 224) ao abordar a vulnerabilidade agravada, lecionam que: “Essa vulnerabilidade em relação à atuação negocial dos fornecedores no mercado ocorre principalmente por intermédio da publicidade infantil e das avançadas técnicas de marketing. Destarte, na busca pela igualdade, a vulnerabilidade fática potencializada da criança fundamenta um tratamento especial. A mitigação da desigualdade material nas relações de consumo em que se inserem os infantes passa pelo reconhecimento de sua hipervulnerabilidade, inclusive pela legislação”.

9 Neste sentido, Gil da Costa Marques e Marcelo Xavier de Freitas Crespo (2015, p. 123) lecionam que “a contemporaneidade é marcada por profundas transformações impulsionadas pelas novas tecnologias da informação e da comunicação atingindo, indistintamente, todos os setores da sociedade. Essas transformações têm produzido inovações nas práticas no cotidiano, nos estilos de vida, na esfera comunicativa e, cada vez mais, na forma de ensinar e aprender”.

10 Acerca dos aspectos positivos dos avanços tecnológicos, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2019, p. 30) lecionam que: “evidências convincentes mostram que o crescimento econômico e o avanço tecnológico gerados pela competição do mercado foram acompanhados, nos últimos dois séculos, de importantes melhorias na saúde, um grande aumento da longevidade [...] os fatos evidenciam que o céu não está desabando: os humanos do mundo desenvolvido passaram por uma forma de evolução que é única não apenas para a humanidade, mas para as quase sete mil gerações de seres humanos que já habitaram a terra”.

Não obstante, “se os louros dos recentes avanços tecnológicos para a humanidade são amplamente notáveis, não raro este progresso tecnoeconômico é recebido com gigantesca desconfiança” (EHRHARDT JÚNIOR; ACIOLI, 2019, p. 160).

Desconfiança esta que vai muito além do medo do novo, ainda desconhecido, mas em razão do comportamento de determinados atores sociais que impulsiona uma série de riscos a pessoa humana, tais como, os golpes digitais, a exposição indiscriminada da pessoa humana na *Internet* e a divulgação de publicidade ilícita de produtos e serviços por meio de plataformas digitais.

Luciana Ancona Lopez de Magalhães Dias (2018, p. 25) destaca com precisão que:

A palavra “publicidade” está ligada ao termo latino *publicus*, [...] ela deve ser entendida muito mais no sentido de propagação geral de algo; como “levar a todos”, “tornar de conhecimento geral”.

[...] do ponto de vista mercadológico, a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo. Trata-se do duto *par excellence* através do qual se leva ao conhecimento dos consumidores em geral a existência de bens e serviços a serem examinados e eventualmente adquiridos. (DIAS, 2018, p. 25)

Destarte, a publicidade busca difundir e promover um serviço ou um produto junto ao público consumidor^{<?>} manifestando-se como importante fator que contribui para o sucesso de produtos e serviços no mercado de consumo, ainda mais nos tempos contemporâneos, em que é evidente a multiplicidade de bens e serviços disponibilizados.

Em uma sociedade de massa a função da publicidade é reinventada. No âmbito econômico, significa dizer que, ao lado da mera função de levar o produto ou serviço ao conhecimento do consumidor (informativa), a publicidade torna-se ferramenta necessária para a dinâmica de mercado e para a competição entre os agentes econômicos. No âmbito social, se, de um lado, com o avanço tecnológico, teve-se maior acesso a informações, de outro, tornou-se cada vez mais difícil a fidelização do consumidor às marcas anunciadas em campanhas publicitárias. À vista disso, como resultado da busca por se inovar na captura do consumidor, a publicidade assume papel persuasivo (YUGAR, 2020, p. 135).

Logo, a publicidade, bem mais do que ser fundamental para o sucesso dos produtos e serviços ofertados pelo fornecedor no mercado de consumo, assume hodiernamente novos contornos, em função dos avanços tecnológicos que demandaram, por conseguinte, a modernização dos mecanismos publicitários.

Em verdade, em razão do incremento das novas tecnologias,

os fornecedores passaram a se utilizar do marketing agressivo e de técnicas de publicidades avançadas, que deixam de ser instrumentos meramente informativos, para se transformarem em verdadeiras estratégias de persuasão com a finalidade de atrair consumidores nesse ambiente virtual (BRITO, 2020, p. 453).

Assim, os inúmeros sítios eletrônicos encontram-se repletos de publicidade, bem como, as redes sociais, como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*, que constantemente oferecem produtos ou serviços aos seus usuários, que em razão do tratamento de algoritmos, coincidem, muitas das vezes, com aquilo que interessa aos próprios usuários.

Nesse cenário se destaca a publicidade realizada por *influenciadores digitais*^{11<?>}, os quais, em razão de uma suposta proximidade com o seu público-alvo, apresentam uma série de produtos e serviços, provocando no consumidor o desejo de aquisição, sem muitas das vezes perceber que está sendo persuadido por uma publicidade.

Logo, com os avanços tecnológicos e surgimento das plataformas digitais, os fornecedores passaram a contar com uma variedade de aparatos ultramodernos para proceder com a divulgação de seus produtos e serviços por meio de publicidade digital no mercado de consumo. Não obstante, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor - no caso das crianças consumidoras, conforme já comentado, a hipervulnerabilidade -, os fornecedores devem se atentar as regulamentações estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

Nessa linha de inteligência, o fornecedor deve seguir, inclusive ao elaborar e divulgar determinada publicidade, uma série de princípios norteadores do Direito do Consumidor, dentre os quais se destacam o princípio da boa-fé objetiva¹², da informação¹³, da confiança, da intervenção estatal, do equilíbrio nas relações de consumo, da transparência, da coibição e repressão de abusos no mercado, assim como o princípio da reparação integral do dano¹⁴.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor regulamenta ainda uma série de normas, que o fornecedor deve estar atento ao promover a publicidade de seus produtos ou serviços.

Inicialmente, o artigo 6º, inciso IV do CDC descreve como direito básico do consumidor a “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva” (BRASIL, 1990). Nesse sentido, regulamenta, ainda, a temática da publicidade em seus artigos 30, 31, 35, 36, 37 e 38, com a finalidade de que o seu conteúdo esteja alinhado com os preceitos ético-jurídicos da boa-fé objetiva, com o princípio da informação, da transparência e da confiança, evitando-se lesões ao consumidor.

A sociedade civil não admite mais a ocorrência de ilicitudes na prática profissional publicitária. A sociedade quer confiar, quer a garantia de procedência, quer boa-fé na ação do fornecedor, quer que os desejos e os anseios dos consumidores sejam efetivamente correspondidos; quer, por fim, que as histórias contadas sobre a marca, sobre o produto ou sobre os serviços sejam, de fato, verazes (AFONSO, 2020, p. 258).

11 Caio César Nascimento Barbosa, Michael César Silva e Priscila Ladeira Alves de Brito (2019, p. 9) definem que “Os *digital influencers* são indivíduos que exercem demasiada influência sobre um determinado público, possuindo a habilidade de criar e influenciar a mudança de opiniões e comportamentos, podendo conceber padrões por meio de diálogos diretos com seus seguidores. Sendo por muitas vezes criadores de conteúdo, por meio das mídias sociais, em especial, nas plataformas do Instagram e do Youtube, com conteúdo muitas vezes exclusivos, geram uma conexão com seu público em diversas áreas de atuação, como cultura e entretenimento, moda, cuidados com a saúde e corpo, gastronomia, dentre outros”.

12 A boa fé objetiva, “tendo natureza de princípio jurídico – delineado em um conceito jurídico indeterminado -, consiste em uma verdadeira regra e comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica” (PAMPLONA FILHO, 2019, p. 37), que deve se manifestar desde a fase pré-contratual (tratativas/negociações preliminares) até a fase pós-contratual (SILVA, 2018, p. 110), acarretando no surgimento de deveres anexos de conduta, tais como os deveres de informação, cooperação, lealdade, proteção, cuidado, dentre outros.

13 O princípio da informação é de suma importância, em especial no tocante a publicidade, que vincula o fornecedor a prestar informações adequadas acerca do produto ou serviço. Claudia Lima Marques (2005, p. 771-772) leciona que “o dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor”.

14 Para aprofundamento nos princípios relativos ao direito do consumidor, ver: Azevedo (2017); Garcia (2019, p. 67-94).

Para melhor compreensão de como estas normas do *microssistema jurídico de defesa do consumidor* são aplicadas e fiscalizadas, é necessário o entendimento do controle da publicidade, que será explicitado no seguinte tópico.

3.1 O CONTROLE DA PUBLICIDADE NO BRASIL

O Brasil adotou um sistema misto de controle da publicidade, de modo que, concomitantemente, a regulação da publicidade é realizada por um sistema privado de autocontrole ético e por um sistema público (estatal) de regulamentação legal.¹⁵

O controle privado da publicidade é realizado pelo CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), composto por membros da Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP), da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), Associação Nacional de Jornais (ANJ), Central de Outdoor e *Interactive Advertising Bureau* (CONAR, 2021).

As principais críticas realizadas ao CONAR devem-se, justamente, a sua composição corporativista, haja vista a inexistência em sua composição de representantes de associações de proteção ao consumidor.

Ainda que se pressuponha que eventuais decisões proferidas pelo CONAR, sejam, em tese, imparciais, não há como não sustentar que há um certo corporativismo em sua composição. Tal fato descredibiliza as decisões do CONAR e restringe, consideravelmente a legitimidade de suas decisões, em razão de sua composição majoritariamente ligada aos agentes publicitários (SILVA, M.; SILVA, S., 2020, p. 986).

Em que pese as contundentes críticas realizadas ao CONAR, devido ao seu viés corporativista, não se pode olvidar a importância desse organismo, cujas decisões, em regra, têm aderência dos anunciantes¹⁶.

O CONAR não tem, como nunca teve, qualquer poder de punição que gere o dever legal dos veículos, anunciantes ou agências de acatar suas decisões. Seu alardeado sucesso deve-se ao cumprimento de suas recomendações pelos veículos de comunicação e também pelas agências e anunciantes. É, de fato, um órgão que se valida pela obrigação ética e moral existente entre seus participantes (HENRIQUES, 2012, p. 112)

O controle realizado por essa entidade não-governamental tem como base normativa o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), aprovado no III Congresso Brasileiro de Propaganda (CONAR, 1980).

15 Sobre os sistemas de controle da publicidade, discorrem Josiane Rose Petry Veronese e Sandra Muriel Zanette (2018, p. 20): "Existem três sistemas de controle da publicidade em geral, o sistema estatal, o sistema autorregulamentar ou particular e o sistema misto. Um sistema de controle de publicidade é considerado estatal, quando somente o Estado pode ditar as regras e implantá-las, sendo que os envolvidos com a atividade não participam. Exclusivamente privado, particular ou também chamado de autorregulamentar, é assim definido, pois, ao contrário do primeiro, somente quem participa são os particulares envolvidos. Já o sistema misto, aceita e até incentiva as formas de controle estatal e regulamentar".

16 Acerca do conceito de anunciantes, Isabela Vieira Machado Henriques (2012, p. 48) ensina que: "os anunciantes são as pessoas físicas ou jurídicas interessadas em divulgar determinado serviço ou produto – normalmente o próprio fabricante, se não o comerciante ou o prestador de serviço"

Insta frisar que a regulamentação apresentada pelo CBAP visa a promover comportamentos éticos e estabelecer ampla proteção aos consumidores, dentre os quais se destacam as crianças, com atribuição de regramento específico, devido a hipervulnerabilidade dos infantes e o dever de abstenção de comportamentos que explorem a ingenuidade e falta de experiência do público infantil.

O CONAR atua no controle da publicidade por meio de representações, que podem ser intentadas de ofício ou mediante provocação de consumidores ou entidades públicas e privadas. Conforme informado em seu site, o CONAR, por meio de seu Conselho de Ética, já julgou mais de 10.000 representações, desde 1978 (CONAR, 2021).

A título de exemplo, tem-se a Representação nº 025/20, decorrente de queixa do consumidor, contra o anúncio publicitário da Ambev no jogo de aplicativo em celular, “Corre Siô”, que pode ser acessado por crianças. No jogo, era divulgada publicidade da cerveja Magnífica, sem qualquer advertência. Em sua defesa, a Ambev afirmou que não tinha ingerência sobre a indicação etária dos aplicativos e que teria indicado que o jogo fosse destinado a maiores de idade. Todavia, teria ocorrido uma atualização de software que possibilitou o acesso de menores. Informou que assim que foi cientificada da denúncia do CONAR, suspendeu o jogo até que as falhas fossem corrigidas. Diante disso, o CONAR propôs a sustação da publicidade da cerveja no jogo até que fosse limitado a maiores de dezoito anos, recomendou alteração no anúncio para que se desse maior destaque à frase de consumo responsável e agravou as penas com advertência ao anunciante (CONAR, 2020).

O caso apresentado demonstra o caráter persuasivo do CONAR, que apesar de não ter poder de polícia, sendo suas penalidades limitadas às advertências e recomendações, estimula correção dos anúncios publicitários e adoção de postura ética pelo anunciante.

Em desfecho, acerca do poder autorregulamentar exercido pelo CONAR, constata-se que apesar das penalidades não serem cogentes, a maioria dos anunciantes acolhem as suas determinações, sendo, portanto, uma entidade importante no combate aos anúncios publicitários ilícitos que exploram a hipervulnerabilidade da criança¹⁷.

Lado outro, tem-se o controle realizado pelo Estado por meio das esferas legislativa, administrativa e judicial, sendo a publicidade infantil regulamentada em conformidade com as normas da Constituição da República de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor.

Na esfera federal, é responsável pelos procedimentos administrativos, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, que coordena a política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SENACON); já no âmbito estadual e municipal, os procedimentos administrativos ficam a cargo do PROCON (Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor).

Outrossim, tem-se ainda o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), que é um “órgão colegiado permanente de caráter deliberativo e possui composição paritária” (VERONESE; ZANETTE, 2018, p. 44).

17 Neste sentido, o site Criança e Consumo enfatiza que: “na imensa maioria dos casos, o que acontece é justamente o acatamento das recomendações do CONAR por todas as partes envolvidas: agências publicitárias, veículos de comunicação e/ou anunciantes – ou, genericamente, comunidade publicitária. Daí a importância dessa organização, que, apesar de regular o mercado e ter seu foco principalmente voltado para o controle da concorrência, acaba por beneficiar a sociedade, ajudando a tornar a legislação pátria efetiva, no sentido de coibir abusos” (CONAR, 2014).

O CONANDA foi criado pela Lei 8.242/91, estando previsto no Art. 88, II, do ECA. De acordo com o Art. 2º da referida lei, compete a esse Conselho a elaboração das normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, além de zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (BRASIL, 1991).

Especificadamente sobre a publicidade infantil, o CONANDA editou a Resolução nº 163/2014¹⁸, que conforme previsto em seu Art. 1º, dispõe sobre a abusividade da publicidade e comunicação mercadológica direcionada à criança e ao adolescente (BRASIL, 2014).

A Constitucionalidade da Resolução nº163/2014 foi questionada pelo setor publicitário, que defende que a atividade publicitária tem como fundamentos constitucionais os princípios da livre iniciativa e a liberdade de expressão, de modo que somente poderia sofrer restrições estabelecidas por lei, editada pelo Congresso Nacional. Nesta perspectiva, o CONANDA teria usurpado a competência do Poder Legislativo, sendo a Resolução nº 163/2014 considerada inconstitucional (VERONESE; ZANETTE, 2018, p. 44-49).

Sobre a controvérsia, Bruno Miragem (2014, p. 47) aduz que:

Percebe-se, a meu ver, que não se tem demonstrado que a Resolução n.163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – tendo sido editada por órgão competente, regulamentando limites à atividade publicitária e negocial definidos em lei, extravasa a exigência da proporcionalidade que se exige da norma limitadora. Ademais, considerando que os critérios que pronuncia conformam o sentido que a lei confere à liberdade de iniciativa econômica e de expressão publicitária, cuja conciliação com a defesa do consumidor e dos direitos da criança e do adolescente é impositivo constitucional. (MIRAGEM, 2014, p. 47)

Destarte, não há dúvidas de que o CONANDA é órgão deliberativo, que compõe o Poder Executivo Federal, e é dotado de competência regulamentar, tendo legitimidade para deliberar por meio de resoluções, sobre política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, conforme Art. 88, II do ECA e Art. 2º, I da Lei 8.242/91, não havendo, portanto, qualquer inconstitucionalidade a ser alegada.

Ademais, o Art. 37, §2º do CDC apenas estabelece os pressupostos caracterizados da publicidade infantil abusiva, mas não define quais são as situações em que haveria a exploração da falta de experiência e julgamento da criança. Nesse sentido, a regulamentação promovida pelo CONANDA revela-se como parâmetro hermenêutico importante para os operadores do Direito e agentes publicitários. Além disso, ainda que a atividade publicitária esteja amparada nos direitos constitucionais da livre iniciativa e liberdade de expressão, não há direitos absolutos, sendo cabível e razoável a redução do alcance da atividade publicitária em prol das crianças¹⁹, que conforme Art. 227 da CF/88, tem prioridade absoluta.

O Poder Judiciário também é importante na proteção deste grupo hipervulnerável, realizando em regra, um controle repressivo da publicidade infantil ilícita.

18 Acerca desta norma, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Joanna Paixão Pinto Rodrigues (2015, p. 70) consignam: “Ao proteger os direitos das crianças enquanto coletividade, a Resolução 163 acaba por integrar e complementar o microsistema de tutela dos direitos coletivos, a fim de buscar a real efetivação dos direitos da criança”.

19 Em consonância com o exposto, destaca-se o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2012): “Em suma, se os poderes públicos e a sociedade civil estiverem engajados em uma política pública consistente de proteção às crianças, e se essa política, ainda que restritiva a alguns direitos de fabricantes e anunciantes, restrinjam esses direitos de forma proporcional, as normas constitucionais brasileiras estarão resguardadas”.

4. PUBLICIDADE ILÍCITA DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL

Contemporaneamente, devido a menor rigidez na hierarquia familiar, bem como a maior abertura dos pais para ouvir as crianças e tentar satisfazer os seus desejos, os fornecedores perceberam o quanto seria vantajoso economicamente veicular publicidade direcionada às crianças.

Uma das principais razões pelas quais as crianças são hoje um dos alvos preferidos da publicidade é que elas se tornam consumidoras de três formas diferentes: utilizando os bens anunciados, convencendo seus pais a adquiri-los e também fidelizando-se às empresas anunciantes, tornando-se também futuros consumidores (eis que não são todas as crianças que têm acesso a dinheiro para que possam consumir).

A influência exercida pelas crianças sobre os pais, aliás, tem despertado cada vez mais o mercado, eis que uma pesquisa recentemente demonstrou que mais de 80% das compras das famílias sofrem influência das crianças (aqui não se fala somente em produtos de consumo infantil, mas em compras que revertem para toda a família e até mesmo automóveis) (D'AQUINO, 2017, p. 26-27).

Deste modo, percebe-se o quão lucrativo pode ser para os fornecedores dirigirem publicidade às crianças. Ocorre que, conforme já destacado, os infantes não têm formação psicológica e etária suficiente para digerir os conteúdos publicitários de forma saudável, acentuando a hipervulnerabilidade das crianças no mercado de consumo.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor vem proibir a publicidade que tente se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, definindo-a como abusiva, nos termos do Art. 37, § 2º:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (BRASIL, 1990, grifo nosso)

É evidente, portanto, que não se comporta no Brasil nenhum mecanismo publicitário que tenha o intuito de se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência das crianças, tendo em vista a necessidade constante de “promoção dos direitos fundamentais à liberdade individual e da autodeterminação das crianças, as quais não detém discernimento sobre a influência das práticas de *marketing* agressivo veiculadas por meio de massiva publicidade dirigida ao público infantil” (SILVA, M.; SILVA, C.; CRUZ, 2020, p. 13).

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, nesta mesma linha, destina uma seção própria para tratar das crianças e jovens, destacando, em seu Art. 37, que:

Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

1.Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação à segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

[...]

d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;

e. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;

[...]

h. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;

[...]

2. Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

[...]

b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;

[...]

3. Este Código condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado. (CONAR, 1980).

Logo, resta evidenciado a consagração, pelo CONAR, da vedação a publicidades ilícitas que venham a impingir o consumo de bens ou serviços às crianças, que façam o infante se sentir pior, inferior por não consumir²⁰, que provoquem o constrangimento dos pais ou terceiros para aquisição dos produtos ou serviços, que transmitam a ideia de que o produto/serviço destinado à criança é especial. Em outro trecho, o CBAP exige as publicidades de produtos dirigidos aos infantes guardem o respeito à dignidade, ingenuidade, inexperiência das crianças; que presumam a menor capacidade de discernimento dos infantes; além de evitar distorções psicológicas nas crianças (CONAR, 1980).

Além disso, o Código em análise vem a condenar o *merchandising*²¹ ou *publicidade indireta, que utilizem de crianças ou de elementos do universo infantil com o objetivo de atrair a atenção dos infantes e estimular a aquisição de produtos e serviços*.

A situação acima condenada tem sido extremamente comum, especialmente ao tratar dos suportes tecnológicos ultramodernos, em que, por meio de plataformas digitais, tais como

20 Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p. 501) explicita que: “serão abusivas quaisquer publicidades que menosprezem as crianças que não têm, ou não podem ter, aquele produto (“Você não é nada se não tiver um tênis x”). Seria de uma insensibilidade brutal, especialmente num país desigual como o Brasil, aceitar semelhantes formas de divulgação de produtos ou serviços”.

21 Trata-se daquela publicidade que se insere em determinado conteúdo, em uma utilização normal do produto ou serviço, sem que esteja claro para o consumidor que se trata de uma publicidade. Neste sentido, Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2013, p. 260) definem que: “Denomina-se merchandising em técnica publicitária (no marketing tem significado bem diferente) a aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca.”

o YouTube, a criança passa a se entreter com um conteúdo, seja este produzido por um adulto ou por outra criança, que venha a interessá-la, por se tratar, algumas das vezes, de brinquedos, desenhos, brincadeiras, à medida que de forma sutil cria o desejo da criança telespectadora em adquirir determinado produto ou serviço, depois que suas qualidades foram amplamente destacadas.

Todas estas normatizações vêm de encontro com a situação de hipervulnerabilidade das crianças. Se para os adultos, por vezes, é difícil identificar determinada publicidade e lidar adequadamente com ela, de modo a fortalecer um consumo responsável, para as crianças é bem mais difícil, pois não têm, ainda, formação psicológica, etária e experiência de vida para identificar uma publicidade, entender que determinado produto ou serviço não lhes agrega de forma satisfatória.

A criança não é apta a deduzir a finalidade econômica e a função persuasória da publicidade; não tem consciência de que é destinatária de uma mensagem que visa à persuasão para o consumo de um produto ou serviço. A estrutura cognitiva da criança não comporta a apreensão de conceitos abstratos; o pensamento se constrói a partir da experiência concreta. A criança não é capaz de conceituar abstratamente a publicidade como um conjunto de técnicas destinadas à mobilização para o consumo; a criança não compreende o sistema em que se insere a atividade publicitária; não tem uma visão teórica do todo, que lhe permita elaborar um juízo crítico acerca da mensagem publicitária (BICUDO, 2019, p. 100)

Recentemente, o CONAR publicou o *Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais*, destinando tópico especial para destacar a importância da identificação da publicidade destinada às crianças e aos adolescentes, nos seguintes termos:

Considerando a característica da publicidade por influenciadores, imersa ou integrada ao conteúdo editorial circundante, todos os envolvidos na divulgação da publicidade devem ser particularmente cuidadosos para que a identificação da natureza publicitária seja aprimorada, assegurando o reconhecimento pelas crianças e adolescentes do intento comercial, devendo ser perceptível e destacada a distinção da publicidade em relação aos demais conteúdos gerados pelo influenciador (CONAR, 2021, p. 4).

Outra temática acerca da publicidade que assombra, inclusive, a saúde das crianças, é o caso da publicidade de alimentos, que vem causando uma série de consequências, dentre as quais a obesidade infantil. É fato que quem é responsável por eleger os alimentos a serem consumidos pela criança é a família. Não obstante, os fornecedores têm tido a prática de direcionar publicidades de alimentos aos infantes, como forma de criar nas crianças a vontade e o desejo de consumir determinadas comidas e passar a cobrar de seus pais a aquisição, que muitas das vezes, em razão da insistência constante, acabam por ceder.

[...] resta evidente a necessidade de que os pais decidam sobre o consumo de alimentos de seus filhos, e não os fornecedores, que reiteradamente, associam indevidamente seus produtos ou serviços a alimentação saudável, a prática de esportes, ao bem viver, a personagens lúdicos, heroicos, carismáticos, causando diversos prejuízos à saúde das crianças, dentre os quais, se destaca o aumento expressivo da obesidade infantil no Brasil e no mundo. (SILVA, M.; SILVA, S., 2020, p. 960)

Por esta razão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem consolidando jurisprudência no sentido de proibir a veiculação de publicidade de alimentos direcionada ao público infantil. Tal

tendência jurisprudencial pode ser vista no acórdão de relatoria do Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial nº 1.613.561/SP, publicado em setembro de 2020, cuja emenda dispõe:

PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA DO PROCON. PUBLICIDADE DESTINADA ÀS CRIANÇAS. GÊNEROS ALIMENTÍCIOS DE BAIXA QUALIDADE NUTRICIONAL. PUBLICIDADE ABUSIVA. ART. 37, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Hipótese em que o Tribunal estadual consignou: “[...] não se verificando na campanha publicitária excesso qualificável como patológico nem ofensa aos hipossuficientes (crianças), por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão, ou, ainda, por estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão, não se justifica a autuação e a punição aplicada pelo Procon.” (fl. 647, e-STJ).

2. *O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência reconhecendo a abusividade de publicidade de alimentos direcionada, de forma explícita ou implícita, a crianças.* Isso porque a decisão de comprar gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em época de altos e preocupantes índices de obesidade infantil, um grave problema nacional de saúde pública. Diante disso, consoante o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, estão vedadas campanhas publicitárias que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil. Na ótica do Direito do Consumidor, publicidade é oferta e, como tal, ato precursor da celebração de contrato de consumo, negócio jurídico cuja validade depende da existência de sujeito capaz (art. 104, I, do Código Civil). Em outras palavras, *se criança, no mercado de consumo, não exerce atos jurídicos em seu nome e por vontade própria, por lhe faltar poder de consentimento, tampouco deve ser destinatária de publicidade que, fazendo tábula rasa da realidade notória, a incita a agir como se plenamente capaz fosse.* Precedente do STJ.

3. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2020, grifo nosso)

Portanto, resta evidenciado que será abusiva, logo ilícita, a publicidade que, independentemente do meio de divulgação, podendo ser com a utilização dos aportes tecnológicos ou não, venha se aproveitar da condição especial das crianças, no que tange a sua deficiência de julgamento, bem como a sua falta de experiência.

Neste mesmo segmento, será ilícita a publicidade de alimentos dirigidas ao público infantil, tendo em vista a nocividade para o público hipervulnerável, que ainda não tem condições de decidir o que é mais saudável e quais os limites de alimentação, não fazendo sentido, por exemplo, atrair as crianças com determinados brinquedos, como se, para ganhar um boneco, ou um relógio, ou uma fantasia, devessem se alimentar de guloseimas pouco nutritivas.

Destaca-se, ainda, que as normas do CBAP contribuem de forma complementar ao Código de Defesa do Consumidor, não apresentando, a princípio, vinculação. No entanto, por encontrar-se alinhado com as normas de tutela da criança consumidora, merecem o devido apreço e poderão ser utilizadas como referência, inclusive pelos Tribunais, além de fonte de direito subsidiária²², em conjunto com outras normas, contribuindo para a efetiva tutela das crianças hipervulneráveis que enfrentam as massivas publicidades veiculadas no mercado de consumo.

22 O CBAP, em seu Art. 16, dispõe que: “Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte

5. DA (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO FORNECEDOR PELA PUBLICIDADE DIRIGIDA AS CRIANÇAS

Contemporaneamente, a responsabilidade civil desponta-se como importante mecanismo de proteção da vida, da dignidade e dos demais direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, à medida que cada vez mais os operadores do Direito vêm despertando-se para a sua importância e suas multifunções em sociedade.

[...] as funções da Responsabilidade Civil se referem aos meios pelos quais se almeja propiciar o convívio social pacífico, de modo que, as funções adotadas por determinado sistema jurídico buscarão a resolução de conflitos sociais presentes na sociedade contemporânea (aberta, plural, complexa) pelos meios mais eficazes disponíveis (BARBOSA; GUIMARÃES; SILVA, 2020, p. 127).

Assim, entre as funções da responsabilidade civil, a doutrina mais balizada vem citando três funções²³:

(1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 67).

Logo, a responsabilidade civil ganha novas cores com a percepção de que “a reparação de prejuízos não é o único propósito da responsabilidade civil” (ROSENVALD, 2019, p. 28), de tal modo que, se antes prevalecia a ideia de que a responsabilidade civil consiste em uma obrigação de reparar um dano injusto, contemporaneamente, são destacadas funções importantíssimas para a paz social, a vida digna, o cumprimento de direitos fundamentais e direitos da personalidade, a proteção do patrimônio, de modo que a aplicação da responsabilidade civil pelo magistrado deve considerar todos estes aspectos, desde a reparação, a punição, até a precaução, com a finalidade, sempre, de implementar o princípio da prevenção.

Com o estabelecimento destas premissas, torna-se mais clara a compreensão acerca da discussão da imputação da responsabilidade civil daquele fornecedor que divulgar ou fazer com que divulguem publicidade ilícita dirigida ao público infantil.

Por óbvio, em respeito à liberdade constitucional de expressão, não é possível haver uma censura prévia do conteúdo das publicidades.²⁴ Não obstante, a responsabilidade civil apre-

subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio”. Desta forma, fica evidenciado que a norma em tela serve como subsídio “para o aplicador do direito, devido à completude e extensão do seu conteúdo em matéria publicitária (são 50 artigos e 20 anexos)” (VERONESE; ZANETTE, 2018, p. 26).

23 Registra-se, em conformidade com lição de Nelson Rosendal (2017, p. 33), que “ao efetuarmos a tripartição funcional da responsabilidade civil [...] abstermo-nos de conferir a qualquer uma delas [...] a qualificação de “função preventiva”. A prevenção *lato sensu* é um dos quatro princípios regentes da responsabilidade civil e inafastável consequência da aplicação de qualquer uma das três funções estudadas. A prevenção reside em todos os confins da responsabilidade e não apenas simboliza um mero refrão: “mais vale prevenir do que remediar”, ou uma vazia declaração de princípios”

24 Acerca da temática da publicidade e liberdade de expressão, remete-se a leitura de: Sabino (2019).

sentam-se como instrumento capaz de contribuir para a coibição de publicidades ilícitas que venham a gerar lesões às crianças.

A questão que se levanta é se seria possível imputar a responsabilidade civil do fornecedor pela publicidade infantil, especialmente aquela divulgada por meio de plataformas digitais.

O Código de Defesa do Consumidor, por meio do seu Art. 6º, inciso VI, consolida o princípio da reparação integral do dano, na medida em que dispõe que “São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.” (BRASIL, 1990).

Logo, o CDC impõe, como dever do fornecedor, que não somente atue de forma preventiva, mas que também repare integralmente os danos causados²⁵. Neste aspecto, havendo um nexo causal entre um ato ilícito e um dano, nasce o dever de indenizar.

Assim, no caso das publicidades ilícitas direcionadas às crianças, se restar demonstrado que tais publicidades causaram danos, que podem ser patrimoniais, morais, individuais ou coletivos, é plenamente possível imputar a responsabilidade objetiva ao fornecedor, com esteio nos preceitos normativos estabelecidos pela legislação consumerista.

É necessário frisar que “a responsabilidade estabelecida no CDC é, via de regra, objetiva, ou seja, deve ser apurada, independentemente de comprovação de culpa, fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços” (BRITO, 2019, p.65)^{<?>}

Salienta-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o entendimento da responsabilidade objetiva no caso de publicidade ilícita, conforme se verifica no julgado do Recurso Especial 1.329.556/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPAGANDA ENGANOSA. COGUMELO DO SOL. CURA DO CÂNCER. ABUSO DE DIREITO. ART. 39, INCISO IV, DO CDC. HIPERVULNERABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.

[...]

6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Recurso especial provido (BRASIL, 2014, grifo nosso).

25 Nesse sentido, Roberto Oleiro Soares (2016, p. 104) preleciona que “reparar integralmente o dano seria, então, entregar, em correspondência ao dano sofrido, sua equivalente e integral reparação”.

Ademais, não se pode deixar de ressaltar que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária dispõe em seu artigo 45, "a" que "o anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade" (CONAR, 1980).

Por fim, em conformidade com os preceitos e valores emanados na Constituição da República de 1988, e pelos microssistemas jurídicos de proteção ao consumidor e às crianças e adolescentes, em consonância com a patente hipervulnerabilidade dos infantes no mercado de consumo, em especial no tocante a promoção da publicidade ilícita, entende-se que independente do meio de sua divulgação, se essa se apresentar contrária a ordem jurídica e causar danos aos infantes, poderá ser imputada responsabilidade civil objetiva ao fornecedor.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crianças caracterizam-se por serem pessoas em formação psíquica e física, demandando alguns cuidados especiais. À vista disso, o ordenamento jurídico pátrio estabelece uma série de normas voltadas para a sua tutela, tais como, a Constituição da República, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor.

Sucedem que uma situação ainda mais preocupante é o caso da criança consumidora, que evidencia um maior distanciamento entre fornecedores e crianças, sendo patente a hipervulnerabilidade dos infantes, haja vista o seu déficit psíquico de compreender e lidar com o predatismo do mercado de consumo e saber resistir às inúmeras ofertas que lhes são feitas, especialmente, por meio de publicidades, que hoje se encontram cada vez mais inseridas nos meios tecnológicos.

Haja vista a nocividade da existência de publicidades sem um patamar mínimo de limitação em prol dos consumidores, ainda mais com o implemento de novas tecnologias, que viabilizam a publicidade na internet, em redes sociais e jogos, tornou-se necessário proceder com a sua regulamentação, por meio de diversas normas, com o objetivo de exigir dos fornecedores respeito aos consumidores, devendo-se ter ainda mais cuidado ao tratar dos infantes.

O Código de Defesa do Consumidor entende como abusiva, logo ilícita, a publicidade que se aproveitar da deficiência da criança. No entanto, verifica-se o desrespeito a esta norma na maioria das publicidades direcionadas aos infantes, tendo em vista que as crianças se sentem atraídas pelo produto e serviço demonstrado, sem ter capacidade psíquica e experiência para decidir o que de fato é melhor para si.

Nesta esteira, o conteúdo publicitário direcionado ao público infantil deve necessariamente se nortear pela necessária observância dos preceitos éticos e jurídicos da boa-fé objetiva, em consonância com os princípios da informação, transparência e confiança, com a finalidade de se coibir eventuais danos às crianças no mercado de consumo.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem consolidado jurisprudência no sentido de considerar ilícitas aquelas publicidades de alimentos direcionadas aos infantes, por entender que não são eles que devem decidir qual o melhor alimento comprar, mas sim a sua família, haja vista que é inegável a incapacidade das crianças de estabelecer, por si mesmas, o que é melhor, mais nutritivo e adequado para um desenvolvimento saudável.

Há também o caso dos *merchandisings*, que podem ser considerados práticas publicitárias ilícitas, inclusive na hipótese de ser direcionada ao público hipervulnerável, que além de encontrar dificuldades em lidar com uma publicidade explícita, também lida com a publicidade indireta, em que é demonstrado determinado produto ou serviço, destacando as suas qualidades e provocando na criança grande vontade de adquiri-lo ou de recebê-lo de sua família.

Deste modo, tendo em vista o princípio da reparação integral do dano, sendo comprovado o ato ilícito do fornecedor de propagar publicidade que provoque danos aos infantes, sejam estes patrimoniais, morais, individuais, coletivos ou difusos, é plenamente possível a imputação da responsabilidade civil objetiva ao fornecedor.

A responsabilidade civil assume inegável protagonismo na contemporaneidade, não só por sua capacidade de exigir o ressarcimento e a punição pelos danos causados, mas também pela potencialidade de desestimular que novos atos ilícitos ocorram. Logo, a responsabilidade civil contribui para impedir novos danos, à medida que inibe e previne a prática de ilícitos.

Portanto, no cenário contemporâneo, em que despontam uma série de novos instrumentos tecnológicos, os quais tendem a expor as crianças a uma ampla gama de publicidade, a responsabilidade civil assume um relevante papel, notadamente, por meio de sua função precaucional, ao coibir eventuais danos às crianças no mercado de consumo, tendo por fundamento o fato de que os infantes não têm aptidão psíquica e experiência para lidar com os mecanismos publicitários e o consumo em massa, demandando, nesse sentido, uma atuação efetiva do Estado na proteção dos hipervulneráveis no mercado de consumo, com vistas à promoção do bem comum e à consagração do programa constitucional de promoção da pessoa humana estabelecido pela Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luiz Fernando. A publicidade, o controle de ilicitude no Direito do Consumidor e a prática de storytelling. In: LISBOA, Roberto Senise (coord.). *Direito na sociedade da informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas*. São Paulo: Almedina, 2020. p.253-285.

AZEVEDO, Fernando Costa de. O direito do consumidor e seus princípios fundamentais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas*, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 25-50, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/11960/7575>. Acesso em: 3 jun. 2020.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; BRITTO, Priscila Alves de; SILVA, Michael César. Publicidade Ilícita e Influenciadores Digitais: Novas Tendências da Responsabilidade Civil. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 01-21, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/55/44>. Acesso em: 5 mar. 2021.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A eficácia do disgorgement of profits na contenção de ilícitos. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (coord.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI: volume três*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 125-144.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Publicidade ilícita e sociedade digital: delineamentos da responsabilidade civil do digital influencer. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (coord.). *Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.381-410.

- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPE-DINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.41-55.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BICUDO, Juliana Morais. A publicidade dirigida à criança. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, n. 49, p. 91-108, maio/jun. 2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/49%20-%202006.pdf?d=637026959071091472>. Acesso em: 16 mar. 2021.
- BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematisado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo manual de responsabilidade civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990*. [Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 2 mar. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. [Código Civil (2002)]. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução nº 163, de 13 de março de 2014*. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/conanda/resolucao_163_conanda.pdf. Acesso em: 16 mar. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 1.329.556/SP*. Recorrente: Benedito Domingues. Recorrido: Cogumelo Do Sol Agaricus Do Brasil Comércio Importação E Exportação Ltda. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201240476&dt_publicacao=09/12/2014. Acesso em: 16 mar. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 1.613.561/SP*. Recorrente: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo. Recorrido: Sadia S/A. Relator: Min. Herman Benjamin, 25 de abril de 2017. Publicado em: de setembro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1537820&num_registro=201600171682&data=20200901&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 15 mar. 2021.
- BRITO, Dante Ponte de. Publicidade nas redes sociais e a violação à privacidade do consumidor. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). *Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.55-71.
- BRITO, Dante Ponte de. Responsabilização civil dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 451-464.
- BRITTO, Igor Rodrigues. *Infância e publicidade: proteção dos direitos fundamentais na sociedade de consumo*. Curitiba: Editora CRV, 2010.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. Responsabilidade civil objetiva e a mitigação da reparação dos danos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 545-558.

CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza. Categoria jurídica de 'consumidor-criança' e sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo brasileiro. *Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. V, n. 17, p. 207-230, mar. 2015. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79131879.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas,

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, 5 maio 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. *Decisões*. 2021. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 17 fev. 2021.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. *Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais*. 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. *Representação nº 025/20*. Primeira câmara. Autor: CONAR mediante queixa de consumidor. Anunciante: Ambev. Relator: Conselheiro Hiram Baroli, ago. 2020. Disponível em: <http://www.conar.org.br/#>. Acesso em: 20 fev. 2021.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. *Sobre o CONAR: quem somos: conselho superior. Gestão 2020/2022*. 2021. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 17 fev. 2021.

CONAR. *In: CRIANÇA e consumo*. 2014. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/uncategorized/leg3-conar/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/10/cartilha_publicidade_infantil.pdf. Acesso em: 1 mar. 2021.

D'AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DENSA, Roberta. *Proteção jurídica da criança consumidora: entretenimento, classificação indicativa, filmes, jogos, jogos eletrônicos, exposição de arte*. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ACIOLI, Bruno de Lima. Privacidade e os desafios de sua compreensão contemporânea: do direito de ser deixado em paz ao direito ao esquecimento. *In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 151-166.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERNANDES, Rômulo Magalhães. *Violações dos direitos de crianças e adolescentes na mídia: programas policiais-cos e a classificação indicativa no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor comentado: artigo por artigo*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HENRIQUES, Isabela Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Novas tecnologias: o impacto da internet na vida da criança e do adolescente. *In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (org.). Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 29-46. v. II.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

MARQUES, Gil da Costa; CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Um panorama sobre a sociedade da informação: o cloud computing e alguns aspectos jurídicos no ambiente digital. In: MENDES, Gilmar Ferreira; WOLFGANG SARLET, Ingo; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 123-138. v. 1.

MIRAGEM, Bruno. *A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)*. Instituto Alana: São Paulo, 2014.

OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 15-33, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/229/211>. Acesso em: 8 maio 2020.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. Aspectos relevantes da oferta e publicidade no mercado de consumo. In: JORGE, Alan de Matos (org.). *Direito do Consumidor: presente e novas perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 157-178.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 35-64.

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

ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Publicidade e liberdade de expressão: a defesa do direito de anunciar*. Curitiba: Juruá, 2019.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (org.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI: volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 99-141.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 21, p. 39-55, 2º semestre 2013. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/10/D21-C03.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

SILVA, Michael César; SILVA, Cristofer Paulo Moreira Rocha; CRUZ, Rayenne dos Santos

Lima. Responsabilidade civil e novas tecnologias: desafios e impactos contemporâneos na

Publicidade infantil. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2., 2020, Florianópolis; LANNES, Yuri Nathan da Costa; ANDRADE, Sinara Lacerda; BEZERRA, Eudes Vitor (coord.). *Direito do consumidor I*. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 11-15. Disponível em:

<https://conpediql.danilolr.info/file/369c9d6ab248566e694c4cf86ad4c16198dd0917.pdf>.

Acesso em: 15 mar. 2021.

SILVA, Michael César; SILVA, Samuel Vinícius da. Novos contornos da publicidade infantil no Brasil após a decisão do leading case “é hora do Shrek” (RESP 1.558.086/SP). *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Lisboa, ano 6, n. 1, p. 957-1000, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_0957_1000.pdf. Acesso em: 16 mar. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalidade da restrição da publicidade de alimentos e de bebidas não alcoólicas voltada ao público infantil*. São Paulo: Instituto Alana, 2012. Disponível em: https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_Virgilio_Afonso_.pdf. Acesso em: 3 mar. 2021.

SOARES, Roberto Oleiro. A indenização punitiva e a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais e a questão da eficácia do princípio da reparação integral na defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 25, v. 108, p. 89-117, nov./dez. 2016.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; RODRIGUES, Joanna Paixão Pinto. A Resolução 163 do Conanda como meio de tutela das crianças enquanto coletividade. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 12, n. 5, p. 68-86, 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2875/2680>. Acesso em: 21 fev. 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry; ZANETTE, Sandra Muriel Zadróski. *Criança, Consumo e Publicidade: por uma sociedade fraterna*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

YUGAR, Vivian Buonalumi Tacito. O discurso publicitário em blogs frente às normas de defesa do consumidor. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p.135-150, set./dez. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 16/03/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 18/03/2021
- Avaliação 1: 28/04/2021
- Avaliação 2: 22/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 23/05/2021
- Retorno rodada de correções: 22/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 26/06/2021

Equipe editorial envolvida

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

A AMPLIAÇÃO DA LICENÇA PATERNIDADE SOB A ÓTICA DO PL Nº 3935/08

THE EXPANSION OF THE PATERNITY LICENSE
UNDER THE PERSPECTIVE OF PL NO. 3935/08

MARCOS ANTUNES KOPSTEIN¹

RESUMO

A inserção dos homens em atividades outrora inerentes a figura feminina gerou profundas transformações na sociedade brasileira. Logo, os homens passaram a igualar-se às mulheres quanto ao cuidado dos filhos, frisando-se sua vital importância quanto ao trato e auxílio quanto aos filhos recém-nascidos. Para tanto, a legislação nacional estipula períodos concessivos para os trabalhadores, de ambos os sexos, os quais são denominados respectivamente como licença maternidade e licença paternidade, para que possam amparar esses filhos recém-nascidos. No que se refere à licença paternidade, o período para fruição é de apenas cinco dias, tempo diminuto se equiparado ao da licença maternidade que pode abarcar de quatro a seis meses, ainda, a licença paternidade até os tempos atuais ainda não foi regulamentada por lei, por isso, vários projetos de lei tramitam, salientando-se o projeto 3935/08. Pelo exposto, a licença paternidade necessita urgentemente não apenas de regulamentação como também de aumento do período concessivo para que os pais possam aumentar/melhorar os cuidados com seus filhos recém-nascidos. Dessa maneira, objetivou-se expor aspectos referentes à licença paternidade, suas características e importância, além da necessidade de ampliação. O estudo abarcou revisão bibliográfica e análise documental, tendo como método de abordagem o dedutivo.

Palavras-chave: período concessivo; regulamentação; ampliação; licença paternidade.

ABSTRACT

The insertion of men in activities once inherent to the female figure generated profound changes in Brazilian society. Soon, men became equal to women in the care of their children, emphasizing their vital importance in dealing with and helping with newborn children. To this end, national legislation provides for concessional periods for workers of both sexes, which are respectively referred to as maternity leave and paternity leave, so that they can support these newborn children. With regard to paternity leave, the period for enjoyment is only five days, a shorter time compared to maternity leave which can cover four to six months, yet paternity leave to date has not yet been regulated by law. Therefore, several bills are pending, especially project 3935/08. For this reason, paternity leave urgently needs not only regulation but also an increase in the granting period for parents to increase/improve care for their newborn children. Thus, the objective was to expose aspects related to paternity leave, its characteristics and importance, in addition to the need for expansion. The study included literature review and document analysis, using the deductive method of approach.

Keywords: concession period; regulation; enlargement; paternity leave.

1 Mestre em Ensino de Humanidades e Linguagens, Universidade Franciscana/UFN. Especialista em Direito do Trabalho, UFN. Bacharel em Direito, Faculdade de Direito de Santa Maria. Advogado e pesquisador. E-mail: marcoskopstein@hotmail.com.

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

KOPSTEIN, Marcos Antunes. A ampliação da licença paternidade sob a ótica do PL nº 3935/08. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 124-135, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.7218>.

1. INTRODUÇÃO

Os pais têm tido um papel cada vez mais importante na criação de seus filhos, de meros coadjuvantes passaram a dividir os cuidados das crianças com as mães, sem contar ainda, o caso de casais homoafetivos ou pais solteiros.

A legislação brasileira atual dá às mulheres, quatro meses garantidos de licença, podendo chegar a seis meses, caso a empresa em que ela trabalha opte pela proposta da licença maior, mas ao homem são dados meros cinco dias úteis de concessão.

Dedicar-se em tempo integral ao filho recém-nascido não é um direito exclusivo da mulher, mas se sustenta em costume que atribui apenas à mãe tarefas relativas à criação e educação da família. A igualdade de direitos entre gêneros precisa ser assegurada ao homem, em benefício da própria mulher e do grupo familiar.

Por isso, pergunta-se que diante dos novos rumos familiares, onde o homem participa tanto quanto a mulher na criação e cuidado dos filhos, a não ampliação da licença paternidade vem a ferir o princípio basilar da isonomia?

Nota-se que o período de licença paternidade de cinco dias previstos constitucionalmente no artigo 7º, XIX da Constituição Federal de 1988 e no artigo 10, parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não é suficiente para que o homem possa cuidar de seus filhos recém-nascidos com a devida eficiência (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, intui-se analisar as legislações que regulam as licenças parentais, sobretudo a licença paternidade. Para mais, também se verifica os projetos de lei que têm por intuito ampliar a concessão da licença paternidade, sobretudo o Projeto de Lei 3.935 de 2008, pois é o que se encontra em fase mais adiantada de tramitação perante o Congresso Nacional (BRASIL, 2008).

Ao desenvolver este artigo, tem-se por intuito analisar os direitos dos pais de terem regulamentada por lei e ampliada sua licença paternidade, visto que, com a evolução da sociedade, homens e mulheres encontram-se em pé de igualdade, do ambiente laboral aos deveres de casa e cuidados com a família e prole.

Para além, verifica-se para construção do trabalho, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, por intermédio de artigos científicos e doutrinas jurídicas, além de análise documental da legislação nacional, sobretudo a Constituição de 1988, a Consolidação das Leis Trabalhistas e os Projetos de Leis que tramitam perante as Casas do Congresso Nacional brasileiro.

2. A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE AO HOMEM

A legislação nacional constantemente objetivou clarificar que os direitos inerentes à proteção à maternidade, encaixando-se entre eles a licença de 120 dias, só eram cabíveis a figura materna, cerne da família tradicional. Seguindo ensinamento de Silva, vê-se que “o legislador ao determinar a proteção à maternidade, ao contrário do restante de toda a legislação, utilizou

todos os substantivos no feminino objetivando translucidamente não deixar dúvidas que tal benefício é destinado às mulheres” (SILVA, 2013, p. 52).

Consubstancia-se que apesar das diversas disposições normativas que garantem proteção à mulher e à maternidade, a legislação ainda denota omissões em se tratando de situações adversas como se presencia no caso de morte da mãe durante o parto ou a impossibilidade da mesma fruir certas garantias legais, além dos casos de adoção por casais homoafetivos ou pai adotante único (SILVA, 2013).

Evidencia-se no Brasil que as complicações decorrentes de parto são corriqueiras, portanto, elevam-se para uma quantia preocupante o número de óbitos de mulheres durante o nascimento de seus filhos. Confirma-se a gravidade da situação, conforme estudos de Sassine (2010), que expõe:

O que silenciosamente se passa nas maternidades brasileiras – em especial nas unidades que prestam atendimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS) – converteu-se numa tragédia contínua, que não arrefece ao longo dos anos. As gestantes correm riscos reais de morte, num país que não conseguiu reduzir os índices de mortalidade materna na última década. Oficialmente, cerca de 1,5 mil mulheres morrem todos os anos no Brasil por complicações na gestação, no parto ou em até 42 dias após o nascimento do filho. É a quantidade de mortes registrada pelo Ministério da Saúde em 2009, mesmo número de registros em 1996, 13 anos atrás (SASSINE, 2010, p. 1).

Portanto, caso a mãe viesse a falecer a legislação não trazia nenhuma orientação sobre como proceder nessa situação, cabendo assim ao Poder Judiciário, analisar e julgar o caso concreto. Conforme análise jurisprudencial vê-se que o Judiciário tende a proteger, sobretudo a figura da criança, concedendo algumas garantias inerentes à maternidade, como a licença e o salário maternidade, ao pai.

Sendo assim, o Poder Judiciário tem por intuito interpretar de maneira extensiva as disposições legais, cabendo ao pai o direito de fruição da licença e do salário maternidade, caso seja viúvo ou na impossibilidade de gozo pela mulher. Consequentemente, segundo ensina Dias “tal interpretação privilegia a paternidade responsável, bem como a equidade de direitos e obrigações com os filhos esculpidos no bojo constitucional” (SILVA, 2013, p. 57).

Acompanhando as decisões jurisprudenciais e os avanços sociais decorrentes da evolução do conceito de família, foi sancionada em 24 de outubro de 2013 a Lei 12.873, a qual abarca uma série de situações não correlatas, mas que altera a lei previdenciária, no que se refere ao salário maternidade e a CLT, quanto à licença maternidade, nesta no que concerne ao acrescentar de mais dois artigos no capítulo referente à proteção maternidade, os artigos 392-B e 392-C, além de agregar ao artigo 392-A o parágrafo 5º (BRASIL, 2013).

Expõe-se ainda que com o advento Lei 13.519/2017 expandiu-se o rol para a fruição do referido direito, a adotantes não apenas de crianças como também de adolescentes (BRASIL, 2017). Assim, dispõem-se nos referidos artigos:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei.

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção (BRASIL, 2017).

Por conseguinte, comenta-se que a lacuna legislativa fora parcialmente preenchida, visto que a licença maternidade pode vir a ser concedida ao homem caso seja viúvo (artigo 392-B) ou adotante único (artigo 392-C) (BRASIL, 2017).

Importante esclarecer que em relação ao artigo 392-A, o acréscimo do parágrafo 5º trouxe uma inovação interessante, visto que a licença maternidade somente será concedida a apenas um membro do casal, portanto, ao interpretar-se literalmente o dispositivo legal, vê-se que tanto o homem quanto a mulher que formam o casal de adotantes podem vir a receber a licença maternidade. Sendo assim entende-se que a escolha sobre com quem irá recair o período de licença maternidade é do casal.

Quanto à concessão da licença maternidade a casais homoafetivos, apesar da lacuna legal, a jurisprudência² tende por conceder a um membro do casal o direito tanto à licença quanto ao salário maternidade. Conforme Silva (2013, p. 60) “a nova legislação mostra uma nova preocupação estatal: o fortalecimento das relações familiares. Assim, com essa mudança legislativa o pai poderá dedicar-se ao seu filho sem prejuízo de seus vencimentos”.

Destarte, as decisões do Judiciário e as inovações legislativas trouxeram grande avanço na esfera familiar, sobretudo, quanto à proteção à criança. Apesar disso, evidencia-se que mais se faz necessário, precipuamente quanto ao período de licença paternidade.

3. A LICENÇA PATERNIDADE

A licença paternidade encontra disposição expressa na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 7º, inciso XIX que estabelece que dentre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais encontra-se a licença paternidade, além do artigo 10, parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que estipula o prazo de cinco dias de licença a figura paterna, até que haja lei que regule a matéria constitucional (BRASIL, 1988). A respeito das licenças parentais, Süsskind argumenta que:

2 Citam-se alguns julgados para maior compreensão: MS 00005533020185060000 (TRT-6), Recurso Cível 71008100851 RS (TJ-RS), AI 0750643-51.2020.8.07.0000 (TJ-DF), RE 1028794-78.2017.8.26.0564 SP (STF). Todos são julgados recentes que coadunam com a posição exposta.

Por seu turno, a Lei Maior manteve, como encargo da Previdência Social, a proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, III). E inovou a matéria, dispondo sobre o salário paternidade (art. 7º, XIX). Até que seja objeto de lei complementar, a licença remunerada ao pai foi fixada em cinco dias (art. 10, § 1º, do ADCT). (SUSSEKIND, 2002, p. 496)

Bachur e Manso (2011, p. 45) conceituam a licença paternidade como “o direito que todos os homens com carteira assinada têm de se afastar-se do trabalho, por um período de cinco dias sem prejuízo de seu salário, para auxiliar a mãe de seu filho”. Dessa forma, tem-se um respaldo e conexão com a licença maternidade, apesar de que a última é regulamentada legalmente e possui um prazo para fruição muito maior se equiparada à licença paternidade.

Sob a égide do enfoque histórico, vê-se que antes da promulgação da Carta Magna de 1988, a CLT estabelecia lapso temporal de apenas um dia de folga para o trabalhador que se tornava pai, como disposto no artigo 473, inciso III da legislação trabalhista: “o empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana”. Portanto, o prazo mais longo absorveu o mais curto, ou seja, o lapso temporal previsto na Carta Magna absorveu o outro previsto na CLT, visto que ambos se amparam sob a mesma causa: a licença paternidade.

Hodiernamente, a matéria constitucional acerca da licença paternidade ainda não foi regulada por lei, portanto há uma lacuna a ser preenchida, visto que apesar da inovação constitucional ao estabelecer a alcunha “licença paternidade”, nada de concreto foi posto em prática, apesar das diversas tratativas e projetos de lei que tramitam perante as Casas do Congresso Nacional.

Evidencia-se que a licença paternidade necessariamente demanda regulamentação infra-constitucional, pois consoante explana de Nascimento:

Ocorre que, até a presente data, a previsão constitucional não foi disciplinada em lei e, diante da ausência de regulamentação legal, é questionável até mesmo assertiva de que surgiu, efetivamente, a licença paternidade. Isso porque a inovação constitucional parece ter se limitado à nomenclatura e ao aumento mínimo do prazo de uma concessão já prevista na Consolidação das Leis do Trabalho desde 1943: o abono da falta a um dia de trabalho do empregado em caso de nascimento de filho, frise-se, “para o fim de efetuar o registro civil”. (NASCIMENTO, 2013, p. 16)

Interpreta-se dessa maneira que as intenções do legislador partem no sentido de que tanto nas disposições celetistas como nas constitucionais, apesar da pequena diferença de prazos, ao pai caberia ou cabe apenas um período suficiente para que o mesmo possa vir a registrar civilmente seu filho.

Frisa-se que para que o homem venha a se ausentar do trabalho pelo lapso temporal de cinco dias, o qual é o período de licença paternidade, ele deve vir a dar primeiramente ciência ao empregador do nascimento de seu filho, após isso adquire direito de faltar os cinco dias sem que lhe ocorra prejuízos decorrentes da falta ao serviço (BACHUR; MANSO, 2011).

Seguindo os mesmos moldes da licença maternidade, a licença paternidade também pode vir a ser considerada como uma típica forma de interrupção do contrato de trabalho. O empregador não pode negar o direito ao período de licença ao empregado que se tornou pai,

desde que o empregado tenha justificado previamente e cientificado seu empregador do nascimento do filho (SILVA, 2013).

Além de ser considerada como uma interrupção do contrato de trabalho, ao se interpretar as disposições da CLT, clarifica-se que a licença paternidade é uma licença remunerada, visto que o empregado sem ser prejudicado quanto ao recebimento de salário, pode faltar ao trabalho, conforme estabelece o artigo 473 da supramencionada legislação. Coadunando com a exegese, tem-se o entendimento de Bachur e Manso (2011, p. 47), que estabelecem que:

Nesse período, o empregado que fica afastado do serviço não poderá ter descontado pelo empregador em sua folha de pagamento os dias. Dessa maneira, o empregado que tem que dar ciência ao seu empregador que nasceu o filho para ter direito a faltar cinco dias de trabalho. Esse período é contado como dia trabalhado sem nenhum prejuízo. (BACHUR; MANSO, 2011, p. 47)

Dessa forma, percebe-se que os preceitos celetistas e doutrinários, quanto à contagem da licença paternidade, ela deve começar a ser computada no primeiro dia útil a partir do nascimento do filho do empregado, visto que se trata de licença remunerada.

Convém explicitar que a licença paternidade só será concedida ao pai biológico do recém-nascido, visto que em se tratando de pai adotante ele não terá direito à licença paternidade (MEIRA, 2006). Aqui convém expor uma breve explicação, visto que no caso de adotante único ou casal adotante haverá a garantia à licença maternidade.

Apesar das inovações da Lei 10.421/02, que estendeu à mãe adotiva a concessão à licença maternidade e da Lei 12.873/13 que ampliou ainda mais o leque, abarcando o adotante único e o viúvo, a licença paternidade ainda não foi estendida ao pai adotante.

Por oportuno, cabe novamente salientar que a matéria constitucional acerca de licença paternidade ainda encontra-se “órfã” de uma Lei que a venha regularizar. Apesar disso, vários projetos de lei sobre o tema tramitam face ao Congresso Nacional. No próximo tópico objetiva-se dar enfoque às propostas de lei mais importantes, sobretudo o PL 3.935/08, que encontra em fase mais longa de tramitação perante a Câmara de Deputados, pronto para análise da pauta em plenário.

4. A AMPLIAÇÃO DA LICENÇA PATERNIDADE SOB A ÓTICA DO PL N° 3.935/08, ALÉM DE OUTRAS PROPOSTAS QUE VISAM SEU ALARGAMENTO

Consoante elucidação anterior, a licença paternidade necessita de regulamentação, para tanto vários projetos tramitam pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal. Giza-se que ao menos quinze projetos de lei abarcam a tentativa de regulamentação e ampliação da licença paternidade, os quais foram encaminhados para apreciação do Congresso Nacional.

Dentre os projetos de lei, citam-se os mais relevantes: PL 2141/07, do ex-deputado Vieira da Cunha (PDT-RS) que aumenta o período da licença paternidade de cinco para dez dias; PL n° 2.430/2007, da deputada federal, Maria do Rosário (PT/RS) que visa estender a licença

paternidade para trinta dias, alcançando também o pai adotante; PL nº 4.028/08, da ex-deputada Rita Camata (PMDB/ES) que coaduna com o prazo de trinta dias da licença paternidade, entretanto o prazo desta somente será possível caso a mãe não tenha direito a licença maternidade ampliada, nos moldes do Programa Empresa Cidadã; o PL nº 9.412/2017 que trata da licença materna e paterna compartilhadas, na qual os pais optam por alternadamente usufruir em conjunto da licença parental, proposto pela deputada Mariana Carvalho (PSDB/RO); e, por fim, o PL nº 3.935/08.

Salienta-se que dentre essas propostas, conforme já mencionado, encontra-se o Projeto de Lei 3.935, que fora apresentado pela ex-senadora Patrícia Saboya (PDT/CE) em 28 de agosto de 2008.

Foca-se nessa proposta de lei, em razão da mesma encontrar-se, dentre tantos projetos que visam à ampliação da licença paternidade, em fase mais adiantada de tramitação no Congresso Nacional: “aguardando Criação de Comissão Temporária pela MESA; Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN)”, conforme dados do site da Câmara de Deputados.

O PL nº 3.935/08 tem por intuito ampliar o período de cinco para 15 dias de licença ao homem que se torna pai. Importante estabelecer que essa proposta objetiva não somente garantir o direito do benefício ao pai biológico, como do mesmo modo englobar, como beneficiário, o pai adotante (THOMÉ, 2009).

Importante salientar que o PL 569/2020 proposto pela deputada Tabata Amaral (PDT/SP), que prevê a um prazo de 60 dias à figura paterna, foi apensado ao PL nº 3.935/08.

Voltando à análise específica do PL 3.935/08, vê-se outra peculiaridade quanto à proposta da ex-senadora no que se tange a respeito da comunicação ao empregador do nascimento do filho, além das férias do empregado. Sobre essas disposições da proposta de lei, Bachur e Manso (2011, p. 45) explicitam que:

O trabalhador precisaria apenas notificar o empregador e apresentar a certidão de nascimento da criança (no caso de nascimento). Quando o pai programar as férias para o período após o nascimento do filho, a licença paternidade passará a contar a partir do primeiro dia útil após o fim do afastamento. (BACHUR; MANSO, 2011, p. 45)

Pondera-se que as disposições presentes no PL nº 3.935/08 visam coibir a dispensa arbitrária e imotivada do empregado. Por conseguinte, depreende-se que ao trabalhador, lhe estaria assegurada uma estabilidade, de trinta dias, depois de findado o período de licença paternidade.

Após análise dos aspectos dispostos no projeto de lei da ex-senadora Saboya, verifica-se que não somente sua tramitação avançada face ao Congresso, mas também sua quase completude quanto à regulamentação da licença paternidade, demonstram a necessidade de esmiuçar e dar maior enfoque a esse projeto de lei.

Outra questão interessante é a que trata do lapso temporal de quinze dias. Apesar de não poder ser considerado como um período amplo (ocorre um aumento de apenas dez dias, se comparado à disposição constitucional que estabelece cinco dias), ele tende a não polemizar, visto que, evidencia-se uma enorme relutância da sociedade em geral, sobretudo dos empregadores, de acatar um alargamento do atual prazo da licença paternidade, que, aliás, já não é bem querido por parcela da população (NASCIMENTO, 2013).

Relutância, pois muitos vêm à ampliação de licença como desnecessária, acreditando que o homem não merece dispor de mais tempo para estar com seu filho recém-nascido e auxiliar a mulher que trouxe ao mundo seu rebento. Quanto às empresas e empregadores, a ampliação geraria um óbvio desconforto econômico, visto que as supramencionadas teriam prejuízos decorrentes da ausência de empregados que se tornam pais.

Anteriormente comentou-se a “quase completude” do PL nº 3.935/08, porque o texto não dispõe sobre com quem deveria carrear o ônus de arcar com o pagamento da licença paternidade. Contempla-se que em se tratando de licença maternidade, o período de afastamento da trabalhadora ou do trabalhador será pago pela Previdência Social, através do INSS, pagamento denominado como salário maternidade.

Quanto à licença paternidade, atualmente é considerada uma licença remunerada arcada pelo empregador, ao interpretar a CLT em seu artigo 473. Em nosso ordenamento inexistente o termo “salário paternidade”, mas ao se antever uma ampliação da licença paternidade surge a dúvida sobre quem deveria suportar o encargo de pagá-la.

Nenhum projeto que visa ampliação da licença, incluindo-se como já dito o PL nº 3.935/08, tratou da questão do pagamento da licença, conforme explanação de Thomé que diz: “nenhum deles, porém, determina que a licença paternidade seja paga nos mesmos termos da licença maternidade, ou seja, pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)” (THOMÉ, 2009, p. 51).

Sendo assim, há uma lacuna que precisa ser estancada: o pagamento em caso de ampliação da licença paternidade deve continuar sob o encargo do empregador ou ser passada ao INSS?

Neste trabalho, inclina-se a crer que o ônus deve ser repassado a Previdência Social, uma vez que à ampliação da licença paternidade poderia ocasionar graves danos entre as relações laborais entre empregadores e empregados, caso a obrigação de pagar coubesse ao empregador.

Ainda, cabe-se fazer um parêntese quanto à licença paternidade, pois apesar da falta de regulamentação legal, os trabalhadores celetistas coligados ao Programa Empresa Cidadã, ou seja, aos funcionários de empresas que fazem parte do referido programa possuem um prazo maior para fruição da licença paternidade, mais 15 dias totalizando um benefício de 20 dias, desde que realizem o requerimento dois dias antes do parto dos filhos, nos moldes da Lei nº 11.770/2008 que criou esse programa inovador de proteção à família através de incentivos fiscais a empresas que nele aderiram.

Não somente trabalhadores celetistas detêm direito à licença paternidade, como também os servidores públicos. Quanto aos servidores públicos federais, estes possuem um programa de prorrogação da licença paternidade aos moldes do Programa Empresa Cidadã, regido pelas determinações do Decreto nº 8.737/16, que em seu art. 2º especifica o direito ao benefício com o prazo de 20 dias de fruição, desde que tenha sido requerido em até dois dias úteis após o nascimento ou da adoção dos filhos.

A ampliação de licença paternidade faz-se essencial por todos os motivos deslindados, mas por fim tem-se de acentuar que essa ampliação desvela-se essencial em se tratando da obrigatoriedade de cumprimento de um dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988: o princípio da isonomia.

5. IGUALDADE SOCIAL ENTRE HOMENS E MULHERES: RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

De acordo com as determinações constitucionais pode-se antever que a igualdade entre os sexos é um dos preceitos fundamentais que regem a Carta Magna. Sobre isso, argumenta Thomé (2009) que:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a igualdade entre os sexos no art. 3º, inciso IV e no art. 5º, inciso I. No âmbito específico da igualdade entre os sexos nas relações de trabalho, a Constituição brasileira, em seu art. 7º, consagra para os empregados: o direito à proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inciso XX), por meio de incentivos específicos, conforme a lei e o direito à proibição de qualquer discriminação quanto ao salário e critérios de admissão (THOMÉ, 2009, p. 42).

Atesta-se o exposto, conforme construção constitucional, visto que um dos cânones que regem a Nação, considerada por ser uma sociedade democrática e liberal, é a proibição à discriminação em razão de sexo (artigo 5º, “caput” da CF/88), visto que tanto homens quanto mulheres são equivalentes quanto a direitos e obrigações (inciso I do artigo 5º).

Imprescindível aludir quanto ao apazado no artigo 226 da Carta Magna, que estabelece que o cerne da sociedade, qual seja a família, deve ser amparada, especialmente, pelo Estado. No mesmo artigo, especificamente no parágrafo 5º, delibera-se que não haverá hierarquia dentro da sociedade conjugal formada pelo homem e pela mulher, visto que os exercícios inerentes a ela serão desempenhados de forma equânime por ambos. Frisando o exposto, vê-se a apreciação de Martins (2002) sobre as disposições constitucionais:

A Constituição de 5- 10- 84 [...] assegurou a licença à gestante [...] passou a haver uma previsão de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos [...] proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo. O art. 5º, I da Constituição assegura que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, não mais se justificando qualquer distinção entre ambos (MARTINS, 2002, p. 540).

Portanto, concebe-se que a isonomia entre os sexos é tornada obrigatória pela legislação nacional, mas ao se analisar a disparidade de prazos entre as licenças concedidas às mães e aos pais, vê-se que os preceitos constitucionais de igualdade entre os homens e as mulheres não são seguidos à risca.

A Lei Maior logicamente trouxe mudanças positivas relacionadas à igualdade entre os sexos, até mesmo ao estabelecer o termo “licença paternidade”, mas algumas negligências relacionadas ao supracitado conteúdo tornam-se passíveis de críticas. Sobre isso, Nascimento faz uma análise criteriosa a respeito das lacunas constitucionais:

A Constituição Federal de 1988 parecia ter sinalizado com a possibilidade de mudanças institucionais, visando maior promoção da igualdade de gênero, por meio das seguintes medidas: introdução da figura da licença paternidade no ordenamento jurídico brasileiro; aumento provisório, do prazo de licença paternidade de 1 (um) para 5 (cinco) dias; e determinação de que tal prazo viesse a ser regulamentado em lei. No entanto, é eloquente a omissão do texto constitucional ao não estabelecer, em seu próprio bojo, prazo definitivo e mais dilatado para a licença paternidade. A Constituição optou por esqui-

var-se da discussão e delegar ao legislador ordinário, sem prazo definido, a tão importante tarefa de estabelecer um prazo para licença paternidade que atendesse efetivamente aos imperativos da igualdade de gênero e do atendimento das necessidades das crianças. (NASCIMENTO, 2013, p. 18)

Quanto às relações de trabalho, a Consolidação das Leis Trabalhistas proíbe qualquer tipo de discriminação no que se refere aos sexos, nos moldes do artigo 372, “caput” que diz: “os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino [...]”.

Conveniente expor que se ambos, tanto o homem quanto a mulher, possuem equivalência nas relações de trabalho, por que existe uma tremenda disparidade quanto à concessão das licenças maternidade e paternidade?

Claro que a trabalhadora quanto mãe passa por situações que não são cabíveis aos homens, como se contempla no caso do parto, do período de amamentação, das doenças decorrentes do nascimento do filho como a depressão pós-parto, etc, mas se evidencia que as relações familiares passaram e passam por profundas modificações. O homem, como figura paterna, participa tanto quanto a mulher na criação e educação dos filhos, por isso faz-se necessária uma ampliação da licença paternidade. Sobre isso, comenta Sousa (2011, p. 1):

A Licença Paternidade é um direito que sempre fora colocado em patamar secundário de importância. [...] O papel destinado ao homem dentro de uma sociedade fundada num modelo patriarcal sempre fora o de mantenedor da casa. Essa manutenção estaria ligada apenas aos aspectos financeiros. O homem poderia ficar alheio às exigências do cotidiano de afetividade e educação dos filhos. Tais tarefas pertenciam apenas à mulher. (SOUSA, 2011, p. 1)

A questão se torna mais profunda porque não trata somente do pai, mas também da criança que necessita da presença e dos cuidados paternos, principalmente quando recém-nascida, devido a sua fragilidade. Para mais, o Estado tem a obrigação de levar a cabo todas as medidas possíveis para garantir a proteção à criança, consoante imposição constitucional. Portanto, a questão abrange, além dos pais, suas crianças (SOUSA, 2011).

Percebe-se que para que ocorra uma respeitabilidade mais acentuada ao princípio basilar da isonomia, a ampliação da licença paternidade faz-se necessária, pois:

Unidas à omissão do Poder Legislativo em disciplinar a licença paternidade, as disposições constitucionais que asseguram o referido direito acabam por se tornarem inócuas, em relação à presumida intenção de promoção de maior igualdade de gênero, tanto no âmbito doméstico, quanto no âmbito trabalhista (NASCIMENTO, 2013, p. 18).

O prazo de quinze dias da licença paternidade estabelecido pelo PL nº 3.935/08, apesar de diminuto se comparável ao prazo da licença maternidade, traria ao menos uma maior adequação à igualdade entre os sexos prevista constitucionalmente.

A vida profissional e familiar se mescla na atual conjuntura familiar, tanto as mães quanto os pais detêm responsabilidades para com os cuidados dos filhos. Por consequência se faz necessária uma readequação do lapso temporal da licença paternidade, não somente isso, como também sua regulamentação legal, conforme mandamentos constitucionais (THOMÉ, 2009).

Conclui-se para tanto que a ampliação de licença paternidade intui também garantir que um dos preceitos fundamentais da Carta Magna, o princípio da isonomia, seja apreciado em

seu valor máximo para assim dignificar e proteger um dos elos basilares formadores da sociedade brasileira: a família.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Intuiu-se ao construir este trabalho, demonstrar a indispensabilidade de uma análise mais aprofundada sobre a licença paternidade estabelecida respectivamente na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis Trabalhistas.

A evolução da sociedade suscitou uma transfiguração no tradicional modelo familiar brasileiro. Novos arquétipos familiares, os quais são fundamentados na igualdade e respeito mútuos entre seus membros, surgiram e alavancaram uma maior participação de todos os membros familiares nas decisões e assuntos da casa.

Frisa-se que essas mudanças trouxeram o homem para mais perto dos assuntos de âmbito familiar, visto que passou a participar mais dos afazeres domésticos e, sobretudo da criação dos filhos. Cita-se também que em muitos casos, são os homens que tem a obrigação de dar cabo de todas às tarefas do lar. Assim a legislação nacional prevê a concessão de licenças parentais para mães e pais, para que possam, nas devidas proporções, adaptaram-se ao recém-nascido que chega ao mundo.

As licenças maternidade e paternidade possuem peculiaridades e o prazo de tempo entre elas mostra-se significativo. Quanto a licença maternidade, abarcada tanto pela Lei Maior quanto pela CLT, regulamenta-se no sentido de que à mãe deve conceder-se prazo de quatro a seis meses de licença, quanto ao pai, à licença paternidade está prevista na Carta Magna, com prazo estipulado em apenas cinco dias, mas necessita de uma lei que venha a discipliná-la.

Outrossim, analisou-se que existem várias propostas de lei que intuíram disciplinar e sobretudo ampliar o prazo da licença paternidade, e decidiu-se por focar no Projeto de Lei 3.935 de 2008, pelos motivos já explanados: proposta de lei bem estruturada, com tramitação avançada no Congresso Nacional e prazo de ampliação plausível consoante questões econômicas e sociais da realidade brasileira.

Dessa forma, uma legislação que regulamente e por consequência amplie a licença paternidade coadunará com o princípio da igualdade entre os sexos, que nesse quesito não vem sendo respeitado, reforçando a importância que as novas bases familiares, baseadas no afeto e na reciprocidade de deveres, detêm na atual conjuntura do tecido social brasileiro.

REFERÊNCIAS

BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. *Licença Maternidade e Salário Maternidade- Na Teoria e na Prática*. Franca: Editora Lemos & Cruz, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016*. Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8737.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008*. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013*. Altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1942 - Consolidação das Leis do Trabalho e outros. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei 3.935, de 28 de agosto de 2008*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=408349>. Acesso em: 3 ago. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MEIRA, Anna Lee Carr De Muzio. Licença paternidade e sua extensão aos pais adotantes. In: MIGALHAS. *De Peso*. 17 jan. 2006. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20031,51045-Licencapaternidade+e+sua+extensao+aos+pais+adotantes>. Acesso em: 5 ago. 2019.

NASCIMENTO, Rafael Monteiro de Castro. *Licença paternidade no Brasil: situação atual e possibilidades de mudanças*. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/5873/1/2013_RafaelMonteirodeCastroNascimento.pdf. Acesso em: 4 ago. 2019.

SOUSA, Antônio Rodrigo Machado de. Licença paternidade: 120 dias para o pai adotante único. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2975, 24 ago. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19841>. Acesso em: 29 jul. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

THOMÉ, Candy Florêncio. A licença paternidade como desdobramento da igualdade de gênero. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 41-53, jul./dez. 2009. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/candy_flarencio_thome.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 15/08/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/11/2019
- Avaliação 1: 16/05/2020
- Avaliação 2: 03/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2021
- Retorno rodada de correções: 25/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 06/09/2021

Equipe editorial envolvida

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

GESTÃO DEMOCRÁTICA: UMA ANÁLISE ACERCA DAS PERSPECTIVAS DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS À LUZ DA IDEIA DE “RACIONALIDADE SOCIAL DELIBERATIVA” DE JÜRGEN HABERMAS

DEMOCRATIC MANAGEMENT: AN ANALYSIS OF
THE PERSPECTIVES OF REDUCING REGIONAL AND SOCIAL
INEQUALITIES IN THE LIGHT OF JÜRGEN HABERMAS
“DELIBERATIVE SOCIAL RATIONALITY” IDEAL

REGINA CÉLIA DE CARVALHO MARTINS¹

PATRÍCIA SILVA DE ALMEIDA²

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER³

RESUMO

Os estudos acerca das teorias democráticas, nas últimas décadas, têm expressa referência a crescente participação da sociedade civil nos processos decisórios, ocasionando mudanças nas desafiadoras as ideias perpetuadas pelo capitalismo ocidental e os seus parâmetros. Nesse ponto, a crescente importância dos espaços formais de participação da sociedade na política urbana e na gestão orçamentária, vem trazendo novos arranjos institucionais e nas alterações normativas locais, na perspectiva de atenuar as desigualdades regionais e sociais no Brasil. A partir dessa perspectiva, o objeto do presente trabalho tem por escopo analisar a importância do fortalecimento da teoria democrática deliberativa como terreno fértil a redução das desigualdades sociais. Descreve-se a posição teórica do filósofo Jürgen Habermas a respeito da importância da dialogicidade social, ponto essencial de integração e de impacto ao crescimento econômico-social inclusivo, foco ao almejado desenvolvimento emancipatório. Como metodologia de trabalho, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, um estudo descritivo de base referencial essencialmente bibliográfica.

Palavras-chave: democracia deliberativa; desenvolvimento emancipatório; desigualdade regional e social; gestão democrática; participação social.

- 1 Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR/SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha – Marília/SP. Advogada e professora universitária.
- 2 Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR/SP. Especialista em Direito Público pela Escola de Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE/RS. Oficiala Registradora e Tabeliã de Notas no Estado de São.
- 3 Mestrado e Doutorado em Educação e Pós-doutorado em Sociologia do Trabalho pela UNESP/Marília. Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília.

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

MARTINS, Regina Célia de Carvalho; ALMEIDA, Patrícia Silva de; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Gestão democrática: uma análise acerca das perspectivas de redução das desigualdades regionais e sociais à luz da ideia de “racionalidade social deliberativa” de Jürgen Habermas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 136-149, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8337>.

ABSTRACT

Studies of democratic theories in recent decades have expressed a reference to the increasing participation of civil society in decision-making processes, bringing about changes in the defiant ideas perpetuated by Western capitalism and its parameters. At this point, the increasing importance of the formal spaces of participation of the society in the urban politics and in the budgetary management, has brought new institutional arrangements and the local normative changes, with the perspective of attenuating the regional and social inequalities in Brazil. From this perspective, the purpose of this paper is to analyze the importance of strengthening deliberative democratic theory as a fertile ground for the reduction of social inequalities. The theoretical position of the philosopher Jürgen Habermas on social dialogicity, an essential point of integration and the impact of regional economic and social growth with the desired emancipatory development, is described. As a working methodology, the hypothetical-deductive method is used, a descriptive study with essentially bibliographical references.

Keywords: *deliberative democracy; emancipatory development; regional and social inequality; democratic management; social participation.*

1. INTRODUÇÃO

Todas as acepções sobre teorias democráticas, ao longo das duas últimas décadas de pesquisa e reflexões críticas acerca da democracia representativa firmada pelo liberalismo, convergem em um processo transformador da importância dos espaços formais e públicos de participação da sociedade civil nos processos decisórios, em especial, os relacionados às políticas públicas, a gestão orçamentária, aos arranjos legislativos e as mudanças institucionais, com a intenção de proporcionar o crescimento econômico-social inclusivo e, por consequência, a redução das desigualdades regionais e, principalmente, sociais.

Na trilha da doutrina do filósofo alemão Jürgen Habermas, em especial, nas clássicas obras "Teoria do Agir Comunicativo" (Theorie des Kommunikativen, de 1981) e "Direito e Democracia" (Faktizität und Geltung, de 1992), esses trabalhos descrevem a importância do processo de comunicação- discurso - e a valoração da arena pública, ambas ações essenciais ao debate de questões de ordem práticas, moral e éticas, por intermédio do uso de uma racionalidade social deliberativa, onde as decisões são formadas na base da argumentação.

De caráter geral, as decisões são geradas via procedimentos deliberativos legítimos, visando sempre atingir, o reconhecimento da "comuna dos iguais" – segundo Habermas -, fórmula máxima principiológica e contemplativa aos valores da liberdade, do uso da racionalidade dialógica, da igualdade, tendo por auge, a chegada do consenso.

A força motriz dessa correlação de princípios formadores do modelo da almejada deliberação democrática, comprova o fortalecimento das modernas teorias política-democráticas, que no atual estágio de críticas à representação eletiva percebidas nos Estados nacionais liberais, essa representa um processo inovador - de caráter revolucionário - que, de forma incipiente, surge primeiro a nível local através da formação de pequenos grupos, alcançando amplitudes em fóruns nacionais.

Assim, destaca-se nesse trabalho, a partir dos pressupostos teóricos do valor da deliberação junto a moderna teoria política democrata, um estudo hipotético-dedutivo, a apresentação da respectiva indagação: dentro da proposta de aplicação da razão social comunicativa e das crescentes práticas sociais que surgem no seio da população em geral, seria o processo deli-

berativo o modelo ideal democrático apropriado ao alcance da redução da desigualdade econômica-social regional, em alcance aos propósitos previstos na ordem econômica nacional?

O Brasil ao assumir juridicamente o reconhecimento constitucional da importância em combater as diferenças e as desigualdades regionalizadas, constatadas no âmbito nacional, ao compreender a necessidade e a essencialidade, do estímulo a integração social - para além do plano das institucionalizações locais -, nasce, enfim, dentro da proposta teórica da deliberação, a viabilidade de se discorrer sobre a importância das práticas reais de consenso deliberativo, um verdadeiro instrumento de transformações no atual contexto político.

Muitas possibilidades de análise e perspectivas podem ser extraídas do hodierno cenário. Alguns longos anos transcorreram, e com eles, importa trazer à baila, o debate sobre os novos rumos desse modelo e a sua efetiva participação no desenvolvimento econômico inclusivo social.

A justificação para tal estudo, jaz no fato desse modelo ser propulsor de mudanças ao processo de tomada de decisões políticas - com escopo inclusivo -, dentro de extensos pressupostos e inúmeros princípios que traduzem a sociedade contemporânea, isto é, a exaltação da igualdade entre os sujeitos que se unem para formar a autêntica vontade coletiva.

Para tanto, a partir desse contexto de reafirmação da carga axiológica democrática encontrada na ordem econômica constitucional brasileira (art. 170, inciso VII), reconhece-se, em vários aspectos, a implementação e incentivos as práticas públicas que visam promover – sob a égide da ordem econômica -, o desenvolvimento com o intuito de reduzir possíveis assimetrias regionais, sendo esse, o principal objetivo estruturante argumentativo do presente artigo.

Por razões didáticas, o desenvolvimento do artigo far-se-á, da seguinte forma.

O primeiro tópico, parte da concepção política vigente da democracia construída pela razão instrumental e o surgimento da razão comunicativa, tecendo os pressupostos da democracia deliberativa e a questão da intersubjetividade do discurso e a valoração da esfera pública que, embora interligados, apresentam aumento à participação ativa dos cidadãos nos processos democráticos sociais, mormente, a concretude da vontade na tomada de decisão junto a esfera pública.

Ainda, no mesmo desenrolar teórico, sob o olhar argumentativo da importância do intersubjetivo habermasiano – esse elemento próprio da racionalidade social comunicativa que liga os atores do processo -, tem-se por fio condutor dessa análise, a essência dos pressupostos e dos princípios que o constituem, assim como as críticas regentes a idealização do sugestivo modelo democrático.

No tópico final, debruça-se, sobre os desafios que a deliberação comporta a implantação de práticas sociais, que de modo contrário, induzem o aumento das desigualdades socioeconômicas. Além disso, discute-se a problemática questão da maximização dos interesses privados envolvidos – aplicação da razão prática executada em espaços construídos para tais objetivos - que prejudicam os interesses políticos obtidos por consenso, gerando, dessa forma, a adequada operacionalização a manipulação e desejosa dominação social.

E assim, sob uma perspectiva alvisseira que visa promover a redução da desigualdade social e econômica regionalizada em nosso país, em que pese a deliberação ser construída, num

primeiro momento através de um minipúblico local (base incipiente de interação política) lança-se a projeção à formação de deliberações ampliadas preferências em âmbito regional e, quem sabe, ousadas ao alcance de projeções ao desenvolvimento nacional, representativo de perfeita integração democrática presente, ou seja, a aproximação entre a deliberação e a representação.

Como metodologia que firma o propósito da pesquisa, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, e quanto ao procedimento técnico utilizado, trata-se de um apanhado essencialmente bibliográfico teórica interdisciplinar sociológica e jurídica.

Destarte, a partir de todos esses questionamentos, de maneira geral, descreve-se, a seguir, o percurso teórico do tema proposto, produzindo, a análise e observações sobre esse principal modelo democrático disponível aos modernos Estados Democráticos de Direito, razões, aqui explicitadas, adiante, no desenvolvimento textual do trabalho.

2. O INÍCIO DE UM DIÁLOGO: A DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA VISÃO DE JÜRGEN HABERMAS

Para desenvolver uma teoria democrática representativo de um ideário revolucionário, esse modelo proposto agrega mudanças significativas na forma que se como se processa a tomada de decisão política, de modo inclusivo, utilizando-se de uma racionalidade comunicativa⁴ entre os sujeitos que participam do processo, em busca de condições políticas mais igualitárias frente ao atual contexto social.

Habermas tem sido o filósofo político intensamente debatido nos últimos tempos. E o debate teórico de suas obras, apresenta como ponto central em torno do agir comunicativo e o uso da argumentação através do procedimentalismo do discursivo, essas são as duas características fundamentais da teoria, ou seja, a busca do consenso coletivo através da reflexão e um comprometimento moral prévio entre os participantes (BACHUR, 2017).

A construção dessa teoria sociológica de ação que em definitivo se utiliza da racionalidade comunicativa⁵, apresenta princípios e várias críticas a sua construção conceitual, porém, ao desdobra-las são de suma importância à compreensão da moderna teoria do discurso do direito e da democracia, já plenamente estabelecidos, como os previstos a seguir.

2.1 PRESSUPOSTOS NORTEADORES À DELIBERAÇÃO

Em geral, toda teoria posta em análise dá ênfase a pressupostos indicadores de uma racionalidade própria – nesse caso, dialógica social -, sendo que parte de sua investigação

4 Chama-se atenção a questão da razão comunicativa. Essa pressupõe a construção de um agregado de discursos que formam opiniões e preparam decisões, no qual, de forma indireta, o processo democrático está embutido (MATTOS, 2002).

5 Importa esclarecer, Habermas constrói a sua tese sobre o uso da razão, por intermédio de uma abordagem de reinterpretação ao pensamento de Weber (razão instrumental), ou seja, defende que para a compressão da sociedade moderna é necessário compreender a existência de uma dupla racionalidade: a instrumental e a comunicativa. É através do diálogo (debate), via linguagem cotidiana, é possível um sujeito social se faça entender com outro sujeito social, acerca do mundo da vida em que ambos estão inseridos, a base de todo um processo inicial de racionalização. Não há oposição entre as duas racionalidades, apenas complementação, sendo que a sociedade se beneficia quando de sua interação.

nasce de dois pontos essenciais: de um lado, a aplicação da intersubjetividade na teoria do discurso e, de outro lado, a valoração do espaço público.

O núcleo da teoria social de Habermas, baseia-se no uso e na flexibilidade da linguagem, sendo o seu processo de racionalização centrado no agir comunicativo como um conjunto de interações cotidianas, fluídas sem maiores percalços, que vem compor o chamado mundo da vida, a também conhecida rotina; já a questão do discurso, uso extraordinário da linguagem, requer uma situação fática de coordenação, um recorte específico da comunicação a qual passa a ser compartilhada se tornando, então, a regra exceção, onde o que se percebe é a intenção dos falantes (HABERMAS, 2012).

Essa complexa e intrínseca racionalidade, demonstrada por Habermas vem descrita, nesse ponto, como: “[...] o agir comunicativo depende de contextos situativos que, de sua parte, representam recortes do mundo da vida concernentes aos participantes da interação” (HABERMAS, 2012, p. 485), assegurando, desde então, a ligação entre a teoria da ação e contexto da sociedade contemporânea.

No agir comunicativo os participantes não se orientam em primeira linha pelo êxito de si mesmos; perseguem seus fins individuais sob a condição de que sejam capazes de conciliar seus diversos planos de ação com base em definições comuns sobre a situação vivida. De tal forma, **a negociação** sobre as definições acerca da situação vivida faz-se **um componente essencial das exigências interpretativas necessárias ao agir comunicativo**. (HABERMAS, 2012, p. 496, grifo nosso)

Tem-se, assim, no agir comunicativo, certa flexibilidade típica da linguagem, melhor dizendo, comporta a análise do discurso envolto pela intersubjetividade – sempre presente e objetiva -, valendo-se tanto às unidades comunicativas locais - em menor escala -, como também, se encontra presente nos macroprocessos sociais.

Nesse contexto, sustenta o cientista político João Paulo Bachur sobre essa flexibilidade intersubjetividade linguística, frequentemente, é encontrada nos processos decisórios deliberativos sociais: “A flexibilidade da linguagem é, em última análise, o fundamento do discurso e, por isso, tem de ser praticada de maneira radicalmente intersubjetiva: a troca automática de informações tem de ser suspensa em favor de uma deliberação dialógica” (BACHUR, 2017, p. 3); e, ao explicar Habermas (2012) toda e qualquer atitude, nos diálogos sociais, deve ser orientada para o consenso pelo entendimento, um processo que busca unificar os sujeitos aptos a falar e a agir, para que ambos, através das expressões linguísticas, possam – e devam – se compreenderem, da mesma forma.

Além das distinções postas acima, existe um outro pressuposto básico da democracia deliberativa consistente na investigação do papel da esfera pública e o poder da deliberação através da decisão da maioria (voto dos agentes).

Ao longo de sua história discursiva, Habermas sempre esteve atento com a forma que os cidadãos agem racionalmente aos efeitos das regras do poder político. Nesse ponto, sabe-se que a teoria democrática tradicional (de natureza liberal) fundamenta suas decisões por intermédio do voto, uma forma instrumental insuficiente à legitimação da democracia, frente a essa constatação: “[...] a teoria do discurso propõe um ‘procedimento ideal para a deliberação e tomada de decisão’ que avançaria, segundo esse autor, em termos da fundamentação e legitimação das regras democráticas” (FARIA, 2000, p. 2).

Quando da estruturação da esfera pública e de suas transformações, importante destacar, ao investigar o mundo burguês, isto é, a formação institucionalizada da esfera pública como instância crítica da representação política, quando se reúnem os privados em razão da deliberação de um tema, há alterações perceptíveis, visto que sai da esfera do privado e passa a esfera pública, deixando de se voltar a si mesma e passa a se manifestar ao externo.

Por isso, inquestionável é, na visão de Gugliano (2004), que com raríssimas exceções, no que se refere a interferência do privado junto ao público, o tempo tem demonstrado o “estadocentrismo” vem sendo abandonado, sendo que o Estado perdeu grande parte de sua capacidade de centralização social.

As democracias ocidentais, enquanto forma de expressão do capitalismo de organização social, acaba por afastar a ideia exclusiva de crescimento focado de que sua função precípua democrática é apenas apoiar os interesses da economia de mercado, esquecendo que extensos segmentos privados vêm exercendo seus direitos com a máxima plenitude de interesses.

Todavia, convém destacar: “[...] a esfera pública só funciona adequadamente se todos os indivíduos são incluídos no processo de reprodução do bem comum” (BUNCHAFT, 2009, p. 147) e, logo, a esfera pública democrática está baseada na inclusão e o que se espera de cada cidadão compartilhe e concorde e que tenha a devida motivação para se envolver nos negócios políticos.

E, nesse exato momento: “A constituição do público é o momento em que o indivíduo se forma historicamente como sujeito político” (HABERMAS, 1997, p. 81), atuante, agindo como uma espécie de justificação.

Em Habermas, a esfera pública perde essa determinação estritamente negativa ao deixar de ser um âmbito para discussões estéticas e literárias e assumir uma função especificadamente política. Ela deixa de ser o outro da política para se tornar justamente a instância política por excelência, o **locus essencial da formação da vontade coletiva**. Essa é a mudança – que Habermas denomina estrutural – da esfera pública. (BACHUR, 2017, p. 4, grifo nosso)

Pois bem, percebe-se que há um deslocamento valorativo do espaço público, se no outrora era um ambiente aberto de discussões de apropriação estética (tipicamente burguês), no agora, assume uma postura de espaço político, próprio à deliberação e tomada de decisão, onde compromissos e discursos são formados por elementos como a vontade e a opinião que, por sua vez são os meios utilizados para aproximação entre as decisões governamentais e a sociedade, visto que existe a reflexão sobre a prevalência da fala e não apenas do voto..

A partir dessa perspectiva se encontra a ênfase, a essa proposta de democracia que surge não somente como crítica ao modelo democrático de representação, mas proporciona o desenvolvimento de uma racionalidade que valoriza o “foro”, ao invés da racionalidade típica do mercado (BOHMAN, 2016).

Exige-se transformação; raciocínio e capacidade argumentativa, mormente, foco na união de interesses, na troca de informações e, na persuasão através do poder de compreensão da linguagem entre os sujeitos iguais, formador de um pluralismo de vontades direcionadas ao alcance de objetivos próprios.

A teoria deliberativa aposta, diferentemente das tradições liberais da democracia, no caráter público e coletivo da constituição dessa vontade e, junto com o “republicanismo cívico”, preocupa-se com a formação da autonomia pública e não só com a defesa da autonomia privada dos atores sociais. Os princípios que a regem, tais como aqueles que pressupõem reconhecimento e o respeito à diferença de perspectivas e necessidades dos atores, são aqueles voltados **à defesa de uma forma mais cooperativa (e, em princípio, menos contestatória) e mais inclusiva de assegurar o pluralismo e de alcançar decisões coletivas** (FARIA, 2016, p. 2015, grifo nosso)

Contudo, em que pese os postulados claros de uma política deliberativa descrita por Habermas, ou seja, os postulados que regem o procedimento democrático passarem pelos critérios de dialogicidade social argumentativa insito no espaço público, carrega-se algumas críticas e observações ao modelo referencial em tela, razões argumentativas abordadas no tópico seguinte.

2.2 CRÍTICAS AO MODELO EM ANÁLISE

Como outrora mencionado, vista por muitos⁶ tão só uma proposta reformista, a democracia deliberativa surgiu, inicialmente, como crítica ao modelo atual de democracia representativa. E, sobre esse ideal deliberativo surge: “[...] siempre se opuso a la agregación y al comportamiento estratégico alencado por el voto y la negociación”⁷ (BOHMAN, 2016, p. 106).

No entanto, existem críticas e observações aos procedimentos agregativos que culminam nas justificativas políticas e alguns pontos antinômicos à razão pública.

Tal constatação é perceptível quando da observância da autonomia dos sujeitos envolvidos vinculados à maximização dos seus interesses privados constituídos pelo voto da maioria e, é apontado como um elemento insuficiente a produção de resultados políticos qualificados, pois, na visão de Cláudia Feres Faria (2016), essa pode ser traduzida carência de recursos morais.

O reconhecimento de valores que fazem parte da dinâmica discursiva, esse pode ser almejado como uma ação transformadora de condições sociais. A árdua tarefa de qualificar preferências individuais e fazer valer a participação efetiva de todos os envolvidos requer persuasão a qual pode estar acometida por distorções em virtude das desigualdades em todos os níveis, um típico problema das agregações, uma vez que toda agregação nem sempre se mostra homogênea.

Outrossim, há também, críticas a participação elitizada nesse processo democrático. Centrada na questão dos problemas referentes a sua operacionalização, no que se limita a participação ativa e direta dos cidadãos em diversos âmbitos sociais, a participação tende a negar o emprego do espaço público e a autonomia da razão prática – minipúblicos -, capaz de promover as mudanças necessárias a promoção dos padrões de desigualdades.

6 Aqui, clama-se a atenção ao contexto de tradição democrática de cunho radical, que sempre enfatizou a participação popular incluída favorável à formação de um juízo público, onde através dos filósofos Hannah Arendt e John Dewey, resgatando alguns pontos da filosofia aristotélica acerca da viabilidade do incentivo dos cidadãos na esfera política (BOHMAN, 2016). Veja-se, o intuito não é negar a representação; visualizando-a de outra forma.

7 Tradução livre: “Sempre se opôs ao comportamento estratégico delineados pela votação e pela negociação”.

A questão da centralidade outorgada a razão pública como meio de interação no campo político, de forma avessa é típica excludente de interação, percebível, em sua grande maioria impeditiva, pois a ausência de capacidade cognitiva e motivacional dos cidadãos, casada a visão reducionista, características que se acentuam em razão das desigualdades comunicativas (FARIA, 2000).

Esse tipo de entrave social é encontrado em típicos de grupos que se utilizam da esfera pública, dispondo de voz ativa a influenciar, diretamente, no direcionamento conclusivo do debate público.

Na construção desse diálogo, frente as desigualdades comunicativas pré-existente, os atores sociais que têm chance de interação e entrada no espaço público amplificado, mesmo sendo incluído, permanecem excluídos, uma vez que lhes carecem a compreensão do teor discursivo.

Surge, então, desafios ativistas ao processo democrático, fato de que os grupos minoritários são apenas incluídos enquanto alvos legais de interesses políticos; contudo são excluídos de suas falas pela ausência de capacidade na argumentação, constringendo a possibilidade de interação e entendimento ao diálogo público, por simples oposição.

Nesse ponto, de acordo com Iris Marion Young acerca da resistência e resignação ativista contra a democracia deliberativa:

Normalmente, **o ativista evita a deliberação**, especialmente a que acontece com pessoas brandindo poder político ou econômico e representantes oficiais das instituições que ele acredita perpetuarem injustiças ou males. **Acha risível a sugestão de que seus companheiros devem se sentar com aqueles a quem ele critica e cujas políticas combate, para elaborar um acordo por meio de argumentos racionais** que todos possam aceitar. Autoridades poderosas não têm motivo para se sentar com ele e, mesmo que concordassem em deliberar, teriam poder de direcionar injustamente o rumo da discussão. Assim, **o ativista opta por outra ação que considera mais eficaz para transmitir suas críticas e promover os objetivos que ele acredita ser legítimo.** (YOUNG, 2014, p. 191, grifo nosso)

Pois bem, tem-se a sensação, a inabilidade dos cidadãos para o diálogo no meio social ou para o início da deliberação sobre assuntos pertinentes a atenuação das suas próprias dificuldades, aparecem em virtude das desigualdades posta cultural, de poder, de conhecimento, da forma e do estilo de comunicação, assim como os meios de estruturação das questões colocadas em pauta e tendem a serem priorizadas.

O desafio a toda essa complexidade, seria a reinterpretação das normas e práticas sociais (FARIA, 2000), e construir os instrumentos dialógicos que vão incidir sobre tais formas, buscando identificar quais são “[...] os resultados das desigualdades que restringem a comunicação públicas e agir sobre eles restaurando as possibilidades inclusivas contidas nos princípios que fundamentam a teoria deliberativa da democracia” (FARIA, 2016, p. 210).

Da mesma forma, destaca-se as questões referentes ao desenho assumidos pelos espaços de deliberação, visto por alguns teóricos como algo “artificial e tecnocrático” (SILVA; VIEIRA, 2013), no entanto, conduz a monitoração e reflexão acerca das estruturas de incentivos necessários aos arranjos dos espaços públicos.

Destarte, os mecanismos deliberativos ao demandar a participação efetiva e a motivação para exposição nas deliberações, muitas vezes, podem ser atacados pelas mesmas desigual-

dades assimétricas (referidas como econômicas, sociais e culturais), comprometendo o processo de agregação, que por sinal, acomete a qualidade das decisões políticas.

O abandono da razão pública promove uma ação, direta e indiretamente, da exclusão da manifestação da diferença e do conflito, ambas ideias centrais a teoria política.

3. DOS DESAFIOS À DELIBERAÇÃO: A IMPLANTAÇÃO DE PRÁTICAS À PROPOSTA REDUCIONISTA A DESIGUALDADE REGIONAL E SOCIAL ATRAVÉS DA COOPERAÇÃO

Bastante provável, em razão das evidências cada vez maiores de insatisfação generalizada com o funcionamento da democracia capitalista moderna, ao tecer considerações a teoria democrática desenvolvida por Habermas oferece, uma proposta um pouco radical, porém conciliadora à democracia atual, e aduz: “[...] numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical” (HABERMAS, 1997, p. 13).

Nessa linha de reflexão, o filósofo descreve a sociedade civil como geradora do que ele chama de poder comunicativo, segundo o qual esse poder de deliberação e a ação em conjunto são essenciais para se compreenderem as origens do poder político, embora não sejam, o verdadeiro uso do poder (HABERMAS, 1997) sem esquecer de alguns pontos importantes: o agir em conjunto e em cooperação social (HONNETH, 2001).

Nesse contexto de cooperação social democrático e compreensão da liberdade deliberativa ativa, tem-se, de acordo com os apontamentos de Axel Honneth:

A depender de como **o aumento da liberdade por meio das associações sociais** é caracterizado, a ideia de um amoldar em conjunto da política necessariamente se mostra de forma diferente. Nos desenhos de democracia até agora identificados como alternativas ao liberalismo clássico, **a liberdade comunicativa dos seres humanos é vista da mesma maneira, isto é, de acordo com o modelo do discurso intersubjetivo**. Em Hannah Arendt e Jürgen Habermas – só para mencionar, por em lado, a principal representante do republicanismo político, e, por outro, o do procedimentalismo democrático – **a ideia de formação democrática da vontade política origina-se da noção de que o indivíduo só atinge liberdade no reino público constituído pela argumentação discursiva** (HONNETH, 2001, p. 69, grifo nosso)

E a partir dessa conquista da liberdade discursiva firmada na necessidade da ideia de cooperação social - ao contrário do que se pensa que democracia é o mero exercício formal de direitos -, a democracia implica a participação livre sem coação (espontânea) com a possibilidade de aprendizado coletivo, da mesma forma, prevê a construção de consensos e compromissos baseados no diálogo e melhor aproveitamento dos espaços públicos, segundo os limites de operacionalização da comunicação (SOUZA, 1997).

A firmeza desses preceitos, que conquistou vários países centrais do ocidente, crescente no Brasil, tem-se por visível a institucionalização de algumas medidas substanciais norteadoras do padrão deliberativo, com o aumento dos questionamentos das comunidades locais sobre

o respeito ao multiculturalismo étnico regionalizado, a pluralidade dos meios de comunicação de massa com acesso disponibilizado, além de alguns aspectos relacionados as instituições do Estado de bem estar social, questões que sempre são abordadas nos espaços públicos..

Essa nova forma de integração social, através de uma perspectiva de congregação multicultural, ampliou o debate do verdadeiro papel da democracia e seus limites. Ações com o objetivo de garantir o direito de minorias, automaticamente condicionadas a exclusão social, demanda por direitos e pela garantia de firmamento diferenciado de formas que se aproximam muitas vezes, fazendo uso de ações afirmativas que são constituídas através de diálogo.

Nesse ponto, na visão de Habermas, no atual, vivencia-se passamos do convencional ao pós-convencional quando se trata de democracia e isso implica em aprendizado e pressupõe maior reflexão coletiva, um quase abandono ao utilitarismo – código valorativo que por muito tempo tem guiado o espírito capitalista, exclusivamente baseado na razão instrumental -; a deliberação abre espaço a ausência do individualismo e da impessoalidade, passando, no agora a vivenciar uma nova carga principiológica - a igualdade a partir da liberdade de ação -, com vista a abertura de novos princípios democráticos pautados na ação comunicativa social e o melhor aproveitamento da esfera pública.

E, a luta por reconhecimento advindo da formação das liberdades econômicas e sociais pelo uso da força do agir comunicativo, apresenta-se a sua consagração a partir de nossa ordem econômica e social, visando, assegurar, antes de mais nada, a preservação da forma econômica capitalista, visto que nela se apoia a apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170), casada a amplitude da liberdade de ação, cria condições jurídicas fundamentais a adoção de um crescente desenvolvimento, em todos os níveis – local, regional e nacional -, através da dinâmica social procura a justificação da aplicação do princípio da integração, unindo todos os esforços a dirigir os problemas da marginalização regional e social.

Destaca-se, por intermédio de um processo democrático legítimo é que se constitui a legitimação de direitos positivos (de natureza social coletiva), que extrai as suas forças por intermédio da deliberação coletiva.

A redução das desigualdades regionais e sociais é também considerada um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa Brasileira (art. 3º, III) e que, o exercício desse poder traz apreciações de ordem econômica e social que devem ser contextualizadas, para além das obrigações do Poder Público, realizadas num contexto primeiramente inserido de âmbito comunitário local, a médio prazo regionalizado e, quem sabe, a longa data visualizado no plano nacional.

A preocupação com a redução das desigualdades regionais passa, mormente, por um sistema que propicie maior igualização das condições sociais, em geral, e a solução a essa corrente preocupação pública, num primeiro momento, na inserção do hábito do diálogo participativo e motivação a deliberação, visto que existe garantias de aplicação dos fundos especiais (de natureza tributária) e, num segundo plano, com a perspectiva de operacionalização do orçamento público (nos termos do contido no art. 165, § 1º, Constituição Federal), momentos essenciais que requerem a ativa e madura participação quanto aos rumos das decisões de investimentos.

É aqui que se estabelece a forte ligação entre o direito, a democracia e a participação social. A construção das normas jurídicas são frutos de um processo legislativo em que cada

cidadão exerce a sua cidadania, ainda que de forma indireta, participando do processo de formador de sua vontade representada, quando o cidadão se utiliza do principal instrumento democrático, isto é, seu voto.

Mas isso ainda se mostra insuficiente. Quando os cidadãos participantes se isentam do papel de meramente formal observador da democracia e passam a exercer um papel ativo e material, de um agente interessado imediato no alcance dos seus próprios interesses, passando a adotar caráter performático discursivo (alcançado através da fala), se fazendo compreender ao mundo e, conseqüentemente, essa ação comunicativa traz conseqüências de integração e desenvolvimento (HABERMAS, 1997).

O cidadão ao se dispor a falar, seja em associações civis, comunidades de bairros ou espaços apropriados como fóruns e audiências públicas, os atores sociais não apenas expressam a sua motivação, como também se comprometem, e contraem, direitos e deveres públicos para com seu próximo. Esse é o cerne da teoria da ação comunicativa, o reconhecimento das razões que conduzem o caráter moral e racional dessa força interativa que leva ao desenvolvimento em todos os planos.

A força popular, e o poder que o mesmo exerce de transformação necessita de legitimação democrática que, nos termos da posição do sociólogo Jessé Souza: “Os dominados precisam demonstrar, com base em razões criticáveis e racionais, que eles efetivamente perseguem fins comuns” (HABERMAS, 1997, p. 41).

E, com base na existência de um “dever-ser” que projeta um país, que por muitos anos, não encontrava referência de participação na realidade nacional, tem-se, no agora, como elemento central de um legítimo Estado Democrático e Social de Direitos, encontra-se, no exercício da consciente deliberação o principal causador das possíveis reduções das desigualdades sociais e regionalizadas.

Nesse sentido, ao contrário, o estímulo a baixa participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisões da administração pública, verificada através da total ausência diálogo no estabelecimento de políticas públicas a universalização de direitos sociais (SILVA; SANTOS, 2017), torna um retrocesso ao desenvolvimento nacional.

Nessa perspectiva, as várias formas de comunicação da formação política da vontade dos atores sociais frente ao Estado de direito, retomando a visão de Habermas, procura orientar que o alcance de legítima concepção de democracia, só se perfectibiliza com a junção de direitos sociais e a democracia, ambos que se articulam por intermédio da comunicação.

E é exatamente nessa razão que reside o processo democrático. Somente a deliberação, conjuntamente com formação da cooperação social na concepção empossada por Axel Honneth (2001), é somente a partir do reconhecimento social que o indivíduo assume a sua autorrealização, algo, que possibilita a valoração da liberdade de expressão e de ação, contribuições as inúmeras conquistas sociais, assegurando, de forma plena, à formação da verdadeira vontade política, para além da simples participação pela representação.

Resta claro, a presença da importância do pensamento de Habermas, na noção de dialogicidade e de organização social da esfera pública pela participação dos privados, a democracia nesse padrão, somente pode ser vista como um sistema totalizante, quando os elementos da sociabilidade e da coesão discursiva, surgem como fruto da cooperação reflexiva, ambas con-

cepções baseadas na liberdade participativa plena atribuída aos cidadãos (BUNCHAFT, 2009) que, de longa data, permeia como ideal reconhecido pelo cânones dos direitos humanos.

E autonomia política é deduzida, mormente, pelo consagrado princípio da "soberania popular procedimentalista" (MATTOS, 2002, p. 94), que nesse caso, assume a forma na norma democrática, onde o povo está conectado a uma cultura política, na qual os atores sociais estão à vontade com a sua liberdade (autorrealização) e participam, com gosto, das deliberações para assegurar seus interesses.

Para tanto, a democracia deliberativa pode ser concebida como uma forma de socialização horizontal dos indivíduos que se reconhecem como sujeitos possuidores dos mesmos direitos e deveres – afastando diferenças e desigualdades - possibilitando conquistas, do ponto de vista de ideal pluralista de democracia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações anteriores propõem a construção de uma análise e reflexão da teoria da democracia deliberativa criada por Jürgen Habermas, sendo a sua aplicação importante a auto compreensão dos cidadãos no verdadeiro processo de inclusão e de participação social.

Considerado pela doutrina uma um ideal político revolucionário, o modelo proposto traz significativas mudanças e transformações nos processos de tomada de decisão política e, conseqüentemente, para que seja realizada com qualidade, requer condições políticas de relacionadas a vários planos – culturais, econômicos e sociais mais igualitários -, dos que até o presente momento são encontrados na sociedade contemporânea brasileira.

Dar a devida ênfase aos processos decisórios esses requerem o exercício de diálogo para que se chegue a um consenso; no entanto, precisa-se observar a existência dos padrões essenciais de intersubjetividade e a valoração da esfera pública, elementos diferenciais que justificam a diferenciação desse modelo democrático.

A decisão coletiva, formada através da racionalidade comunicativa (tese do agir comunicativo) surge com a vontade dos atores sociais se manifestarem e proferirem a sua vontade de modo coletivo, sendo que o *locus* desse processo é o espaço público, isto é, o uso da opinião pública discursiva, uma reflexão sobre o crescente social democrático centrado na fala, não apenas no voto e na representação.

O teor da democracia deliberativa carrega, além dos pressupostos mencionados, princípios que são construídos a partir da das decisões deliberadas, a citar, a liberdade, a igualdade, a proporcionalidade e a razoabilidade, todos esses conduzem ao entendimento que a democracia, da forma como se conhece, representa muito além da junção de direitos formais previstos no texto constitucional; representa o uso da razão comunicativa e pública, sempre buscando a inclusão social e redução das desigualdades.

Algumas críticas são descritas como se a deliberação, no modo como previsto no padrão habermasiano carece de razões instrumentais, não se aperfeiçoando como decisões legítimas pois são, muitas vezes, proferidas por interesse exclusivamente privados que defendem

interesses próprios, ocasionando distorções e dominação, em virtude dos problemas da desigualdade dos envolvidos em todos os níveis.

No entanto, em que pese todos os problemas envolvidos no mecanismo de agregação encontrados nos processos de deliberação, a centralidade conferida pelo uso do agir comunicativo (parte da razão pública) supera, a maioria dos problemas encontrados na interação do cidadão com o poder público, embora ainda se possa descrever como grande percalço a ausência de capacidade cognitiva e motivacional dos agentes sociais envolvidos, existem esforços que buscam diminuir as desigualdades que restringem a comunicação, a citar a participação da presença do representante do Ministério Público, juristas, representantes das associações de classes, entre outros atores importantes as decisões levadas a debate.

Logo, existe uma preocupação na promoção das deliberações e o desenvolvimento de estruturas de incentivos, que tentam atenuar os problemas desse modelo, considerado, por vezes, artificial e tecnocrático, como a busca prévia de reformulação do espaço e instituições que abrigam o diálogo, primando na aproximação da comunidade com a qualificação das discussões e temas que são levados a deliberação.

A idealização da democracia deliberativa nasce na esfera local e trilha porções regionais constituindo uma proposta que se diferencia da mera representação. Comunga, sim, dentro de um mesmo sistema clássico de representação, tipicamente racional instrumental, flexibilizando, ou melhor, acomodando uma pluralidade de ação, que comporta como ator principal o uso do diálogo e cooperação social para que se possa alcançar o almejado consenso.

E tal discussão, se dá no interior de uma compreensão que a busca pela efetiva redução das desigualdades regionais e sociais que são enfrentadas na extensão país, significa que é por meio da valorização dos processos de aproximação do cidadão comum as decisões políticas da administração pública, no tocante à determinação de inclusão participativa política e universalização de direitos básicos à população.

Em síntese, privilegiar o uso da deliberação dentro de uma estruturação política pública de participação ativa, compreensiva e menos formalista, para que se obtenha resultados cooperativos de desenvolvimento e de efetiva resolução de problemas sociais, precisa estar ancorada em padrões de comportamento pautado no respeito, na moral e na ética.

Em Habermas, a esfera pública é o espaço apropriado para essa apropriação, onde os excluídos sociais têm a oportunidade, por garantia normativa e constitucional – soberania popular -, tentar expressar e superar a sua condição de excluídos politicamente, referência a eterna luta por reconhecimento de Axel Honneth (2003), conquistando, assim, maior e mais igualdade de uma forma mais articulada.

REFERÊNCIAS

BACHUR, João Paulo. Intersubjetividade ou solipsismo? Aporias da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2017.

BOHMAN, James. La madurez de la democracia deliberativa. *Revista Co-herencia*, Medellín, v. 13, n. 24, p. 105-143, enero/jun. 2016.

- BUNCHAFT, Maria Eugênia. Entre cooperação reflexiva e democracia procedimental. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 30, n. 59, p. 141-159, 2009.
- FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa e (des) igualdade. In: MIGUEL, Luis Felipe (org.). *Desigualdades e democracia: o debate da teoria política*. São Paulo: Unesp, 2016. p. 203-221.
- FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova*, São Paulo, n. 50, p. 1-11, 2000.
- GUGLIANO, Alfredo Alejandro. Democracia, participação e deliberação: contribuições ao debate sobre possíveis transformações na esfera democrática. *Civitas*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 257-283, jul./dez. 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. v. 1.
- HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- HONNETH, Axel. Democracia como cooperação reflexiva. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática hoje*. Brasília: UNB, 2001. p. 62-71.
- MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- MIGUEL, Luis Felipe (org.). *Desigualdades e democracia: o debate da teoria política*. São Paulo: Unesp, 2016.
- SILVA, Eduardo Faria; SANTOS, Anderson Marcos. Democracia, desenvolvimento humano e multiétnicidade no Brasil: da visibilidade formal à invisibilidade material. *Revista Argumentum*, Marília, v. 18, n. 1, p. 87-107, abr. 2017.
- SILVA, Felipe Carreira da; VIEIRA, Mônica Brito. Democracia deliberativa hoje: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 10, p. 157-198, jan./abr. 2013.
- SOUZA, Jessé. *Patologias da modernidade: um diálogo entre Habermas e Weber*. São Paulo: Annablume, 1997.
- YOUNG, Iris Marion. Desafios ativistas à democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 13, p. 187-212, jan./abr. 2014.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/12/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 22/12/2020
- Avaliação 1: 23/02/2021
- Avaliação 2: 16/07/2021
- Decisão editorial preliminar: 17/07/2021
- Retorno rodada de correções: 06/09/2021
- Decisão editorial/aprovado: 06/09/2021

Equipe editorial envolvida

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

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DAS TEORIAS DE JÜRGEN HABERMAS E PETER HÄBERLE

JUDICIARY BRANCH'S PUBLIC HEARING AND THE PERSONALITY RIGHTS: AN ANALYSIS BASED ON JÜRGEN HABERMAS AND PETER HÄBERLE'S THEORIES

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA¹
BRUNA CAROLINE LIMA DE SOUZA²

RESUMO

Os direitos da personalidade representam direitos de suma importância na efetivação da dignidade da pessoa humana e na garantia do livre e pleno desenvolvimento das pessoas e de sua personalidade, de forma que a busca por instrumentos que viabilizem a efetivação desses direitos se faz essencial. No mesmo cenário, o contexto democrático também vem exigindo instrumentos que viabilizem uma participação ativa da sociedade nas decisões estatais, e de modo especial no contexto do Poder Judiciário. Desta forma, o presente artigo visa analisar o instrumento das audiências públicas no Poder Judiciário à luz das teorias propostas por Habermas e Häberle, bem como aferir se as audiências públicas podem funcionar como um instrumento de efetivação dos direitos da personalidade. De modo específico, analisar-se-á a teoria Habermesiana e a teoria de Peter Häberle, destacando seus principais aspectos e se é possível encontrar relação entre as mesmas e as audiências públicas, bem como analisar-se-á a importância dos direitos da personalidade na tutela da pessoa humana e se as audiências públicas atuam como um instrumento hábil à efetivação desses direitos. Como problemática, questiona-se: as audiências públicas no Poder Judiciário podem funcionar como um instrumento de efetivação dos direitos da personalidade no âmbito jurisdicional, à luz das teorias de Habermas e Häberle? Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo e da metodologia pautada na técnica de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: audiências públicas; direitos da personalidade; poder judiciário; Jürgen Habermas; Peter Häberle.

- 1 Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista – Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD – do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), e nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB), Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State – EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Endereço eletrônico: dpsiqueira@uol.com.br.
- 2 Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), na condição de Bolsista da CAPES (Modalidade Bolsa/ PROSUP); Pós-graduanda em Direito Processual Civil no Centro Universitário Internacional – UNINTER; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), na condição de bolsista PROUNI. Endereço eletrônico: brunacarolinelimadesouza@gmail.com.

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

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Audiências públicas no Poder Judiciário e os direitos da personalidade: uma análise à luz das teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 150-167, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8419>.

ABSTRACT

The personality rights represent rights really important in the human person dignity effectuation, and also in the people and their personalities free and full development warranty. It does the search for instruments that make feasible their effectuation essential. Considering that, the democratic context is also demanding instruments that make feasible a society with active participation on state decisions, especially in the Judiciary Branch. Thus, this paper aims to analyze the public hearing instruments in the Judiciary Branch in light of the theories proposed by Habermas and Häberle, and also to measure if they can hold as a personality rights' effectuation instrument. In a specific way, it will be analyzed Habermas' and Häberle's theories, highlighting their main aspects and if it is possible to find a relation between them and public hearings, and also it will be analyzed the personality right's importance in the human person tutelage and if the public hearings hold as an instrument of skillful effectuation. The questions presented are: Can public hearing in the Judiciary Branch be considered as a personality rights' effectuation instrument in the jurisdictional ambit, based on Habermas and Häberle's theories? Therefore, it will be used the deductive method and the methodology guided in the literature review technique.

Keywords: public hearing; personality rights; judiciary branch; Jürgen Habermas; Peter Häberle.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são direitos de suma importância na tutela da pessoa humana e de sua personalidade, e visam garantir não apenas o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, mas sim que este processo se dê de forma livre e plena, respeitando especialmente a dignidade da pessoa humana que constitui o fundamento primeiros desses direitos.

Neste diapasão, a análise de instrumentos que possam (ou não) visar a efetivação desses direitos faz-se de relevância ímpar, especialmente no contexto do Poder Judiciário, que exerce na contemporaneidade um papel que vai além da simples interpretação estrita da norma ou subsunção da norma ao fato, especialmente quando o caso *sub judice* envolve direitos de ordem constitucional, razão pela qual o instrumento das audiências públicas é posto em evidência na presente pesquisa.

Além da importância exercida pelos direitos da personalidade na contemporaneidade, necessário levar em consideração também o contexto democrático vivenciado no ordenamento jurídico brasileiro, que ao longo dos tempos exige cada vez mais a presença de instrumentos que viabilizem o exercício de uma democracia participativa e a superação da concepção dos cidadãos apenas como eleitores, sem importância nos demais delineamentos e decisões do Estado.

Neste contexto, busca-se de forma geral analisar o instrumento das audiências públicas no Poder Judiciário a partir da visão dos teóricos Jürgen Habermas e Peter Häberle, os quais teorizaram acerca da “ação comunicativa” e da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, respectivamente, com o fim de aferir se tal instrumento encontra relação com ambas as teorias ou com alguma delas, bem como se as audiências públicas à luz dessas teorias podem funcionar como um mecanismo de efetivação dos direitos da personalidade.

De modo específico, buscou-se inicialmente analisar a teoria da ação comunicativa de Habermas, identificando os principais delineamentos desta e importância da referida teoria no contexto vigente, bem como “se” e “porque” tal teoria possui (ou não) relação com as

audiências públicas, especialmente no âmbito do Judiciário. Posteriormente, buscou-se analisar a teoria da sociedade aberta de intérpretes da constituição, proposta por Peter Häberle, objetivando verificar as principais defesas tecidas pelo pensador, bem como se é possível (ou não) relacionar a mesma com o instrumento das audiências públicas no Poder Judiciário, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Por fim, procurou-se analisar a importância dos direitos da personalidade na tutela da pessoa humana e de sua dignidade, bem como se as audiências públicas no âmbito jurisdicional podem operar como um instrumento de efetivação desses direitos.

Com tais análises, buscou-se responder a problemática: as audiências públicas no Poder Judiciário podem funcionar como um meio hábil para emprestar concretude aos direitos da personalidade no âmbito jurisdicional, à luz das teorias de Habermas e Häberle?

Para tanto, utilizou-se do método dedutivo e da metodologia pautada na técnica de revisão bibliográfica, com a análise de artigos, livros, dissertações e teses que tangenciam as análises aqui propostas, disponíveis de modo físico ou virtual, contidos em revistas eletrônicas ou em base de dados nacionais ou internacionais (como o Portal de Dissertações e Teses da CAPES, Google Acadêmico, Scielo e Ebsco), com o fim de subsidiar teoricamente a pesquisa e responder a problemática proposta, inserindo nos campos de buscas especialmente palavras como “audiências públicas”, “Jürgen Habermas”, “ação comunicativa”, “Peter Häberle”, “sociedade aberta de intérpretes”, “direitos da personalidade”, entre outros.

2. TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE JÜRGEN HABERMAS E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: PROMOÇÃO DE UM DIÁLOGO RACIONAL NA SOCIEDADE?

Os pensamentos de Jürgen Habermas no contexto pós-moderno e no Estado Democrático de Direito são de suma importância, na medida em que a “Teoria da Ação Comunicativa” por ele pensada, que ressalta a importância do uso da linguagem como um método racional que possibilita a busca por solução e consenso dentro da esfera pública, lança bases essenciais para que haja um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico e da própria democracia, em especial no que tange a legitimidade do direito.

A teoria da ação comunicativa aborda diversos fatores prévios à própria compreensão da mesma, os quais Habermas julga essenciais em sua abordagem. Um primeiro fator elementar na compreensão da teoria habermesiana é o “princípio do discurso” ou também denominado de “princípio D”, o qual ensina que apenas “podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais” (HABERMAS, 1997a, p. 164).

Habermas explica que o referido princípio tem sido aplicado a partir da perspectiva de um teórico, o qual diz aos civis quais direitos eles precisam reconhecer reciprocamente para regular a convivência em sociedade de acordo com o direito positivo de forma legítima, todavia, o autor defende uma necessária mudança de perspectivas, de modo que os civis apliquem por si mesmos tal princípio, uma vez que, enquanto sujeito de direitos, os mesmos só consegui-

ção autonomia se conseguirem entender e agir como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários (HABERMAS, 1997a, p. 163).

Assim, tal princípio sustenta que somente podem pleitear legitimidade as regulamentações em que todos os eventuais implicados poderiam concordar como participantes de discursos racionais, na medida em que é justamente tal pensamento que pode garantir o caráter democrático da legitimação sustentada por Habermas, pois através dos discursos é que os participantes podem chegar a pontos de vistas comuns, buscando o convencimento mútuo de algo através de argumentos (TREVISOL, 2007, p. 39).

Sobre tal princípio, Rebolês (2003, p. 98) ensina que:

A proposta de Habermas, ao formular o princípio D, é que só se pode distinguir o “bom” motivo, ou o melhor motivo, para validar uma norma, ao se apresentarem razões, em favor da aceitação das mesmas. Assim, uma norma de ação torna-se válida se as pretensões de validade por ela levantadas podem ser reconhecidas pelos possíveis atingidos (intersubjetivamente) na medida em que esses levantam razões.

Assim, Habermas (1989, p. 116) busca defender com tal princípio que apenas “podem reclamar validez as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático”, de modo que apenas por meio da prática de tal princípio faz-se possível legitimar o ordenamento jurídico na sociedade pluralista, o que se faz, evidentemente, por meio de um procedimento jurídico (TREVISOL, 2007, p. 34).

Ademais, em sua teoria, Habermas dá enfoque também ao princípio moral “U”, ou seja, ao princípio da Universalização, o qual visa garantir que apenas normas que possuam um caráter universal possam ser consideradas como aceitas e válidas, e com o qual o teórico busca estabelecer a existência de um princípio-ponte, que permita haver um trânsito do particular para o universal no âmbito das argumentações morais, viabilizando, assim, o consenso na esfera do discurso prático (CENCI, 2006, p. 99-100).

Com efeito, assim é enunciado o princípio da Universalização por Habermas (1997c, p. 68): “Toda norma válida há de satisfazer a condição de que as consequências e efeitos colaterais do seguimento geral da norma que previsivelmente sigam para a satisfação dos interesses de cada um, podem ser aceitos sem coação por todos os afetados.”

Neste sentido, o princípio “U” evidencia a ideia de Habermas de que para que uma norma obtenha validade ela precisa ser expressão de vontade universal, de modo que a validade fática das normas passa a não ser condição suficiente para a sua aceitação, exigindo, para a validade da mesma, que haja um processo fundamentado pelo entendimento intersubjetivo e que este seja o resultado de uma prática argumentativa inclusiva, abarcando todos os afetados (BOTELHO, 2010, p. 119).

Ademais, Habermas (1997a, p. 145) evidencia ainda outro princípio em sua teoria, qual seja, o princípio da democracia, o qual:

[...] destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de

autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutualmente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. [...] (HABERMAS, 1997a, p. 145)

O pensador compreende que o princípio da democracia é resultado da interligação existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica, visualizando tal entrelaçamento como a “gênese lógica de direitos” que pode ser reconstruída passo a passo, começando com a aplicação do princípio do discurso ao direito à liberdade subjetivas de ação em geral, e findando quando ocorre a institucionalização jurídica de condições para que haja um exercício discursivo da autonomia política (HABERMAS, 1997a, p. 158).

Sobre tal princípio, Trevisol (2007, p. 40) afirma que o mesmo deve, além de estabelecer um processo legítimo de normatização, orientar a produção do médium do direito, bem como destaca que:

[...] O princípio do discurso estabelece as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como *medium* da auto-organização dessa comunidade. Por isso, é necessário não somente criar um sistema de direitos, mas também a linguagem que permite à comunidade entender-se como associação voluntária de membros do direito iguais e livres. (TREVISOL, 2007, p. 40)

Com efeito, faz-se possível sintetizar a ideia do princípio da democracia com a afirmação de Habermas (1997a, p. 146) que o mesmo “refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito”.

Assim, visualiza-se que dentro da proposta Habermesiana, o princípio do discurso, da universalização e da democracia não devem ser visualizados de forma autônoma e separada, e sim de forma complementar, dando as bases para o pensamento do teórico.

Outro aspecto importante dentro da proposta de Habermas se refere a esfera pública, a qual é apontada pelo mesmo como um modelo com problemas estruturais no âmbito discursivo da comunicação pública, haja vista que ao invés de ser um espaço em que prevalece a discussão e o exercício da crítica, tornou-se um espaço dominado pelos meios de comunicação de massa, infiltrada pelo poder, além de ter se tornado um cenário em que interesses privados buscam desenvolver legitimidade. Assim, Habermas considera que a esfera pública demonstra o problema central da legitimidade que é forjada em seu bojo e que, mesmo diante das potencialidades que possui para que haja a racionalização do poder, a legitimidade que tem se desenvolvido nessa esfera pública não consegue possuir uma base normativa efetiva para uma teoria da democracia. (LUBENOW, 2007, p. 104-106)

Com efeito, Habermas (1997b, p. 92) compreende a esfera ou espaço público como:

[...] um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. [...] A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. (HABERMAS, 1997b, p. 92)

Assim, na concepção do pensador a esfera pública tem importância ímpar e deve ser o local em que o diálogo acontece, onde se é possível expor perspectivas sociais, tomada de decisões, onde realmente ocorre a filtragem e a sintetização dos fluxos de comunicação que podem, posteriormente, originar conteúdos jurídicos e normativos.

Neste cenário, Habermas propõe, com vista ao fomento desse modelo de esfera pública em detrimento da forma como a mesma tem sido desenvolvida, a adoção de uma concepção procedimental de deliberação pública, em que os “contornos” da esfera pública possam se forjar durante os processos de identificação, filtragem e interpretação acerca de temas e contribuições que nascem das esferas autônomas e se conduzem aos foros formais e institucionalizados do sistema político e administrativo (LUBENOW, 2007, p. 113-114), isto porque é dessa inter-relação “entre as esferas públicas informais e a esfera pública formal que deriva a expectativa normativa da esfera pública: de abrir os processos institucionalizados às instâncias informais de formação de opinião e da vontade política” (LUBENOW, 2007, p. 114).

Assim, promover meios de fomentar um discurso racional na esfera pública é de suma importância, pois a mesma canaliza os fluxos da esfera privada e de problemas reais da sociedade e dos indivíduos, de modo que conceber uma esfera pública fechada, sem abertura ao diálogo, sem uma racionalização de ideias buscando um consenso, sem uma institucionalização externa e eficaz para a participação simétrica na formação discursiva da opinião, especialmente em sociedades democráticas, é promover um engodo e ignorar a própria teoria da democracia.

Com efeito, compreender toda essa construção teórica é necessária para que se possa compreender a teoria da ação comunicativa em si. Sobre a referida teoria, Luiz Repa (2008, p. 166) ensina:

Mas o que vem a ser esse conceito central de ação comunicativa? A expressão parece conter algo de paradoxal, já que se pode supor que, ao agirmos, não nos comunicamos, e, ao nos comunicarmos, não agimos. Mas essa impressão se dissolve quando a noção subjacente de ação é alargada. Por ação não se entende somente a intervenção que podemos realizar no mundo das coisas, não se entende um ‘fazer’, como serrar uma madeira ou apertar um botão. **Por ação podemos entender também a realização de relações sociais em uma inter-ação. Dessa perspectiva, é preciso incluir a comunicação como elemento essencial da ação, já que nenhuma interação social é possível sem a comunicação.**

No entanto, é importante também o modo de entender aqui o termo ‘comunicação’. Não se trata de uma mera troca de informações a respeito de alguma coisa no mundo. **Comunicação aqui se refere a algo mais exigente. A ação comunicativa é um tipo de interação social em que o meio de coordenar os diversos objetivos das pessoas envolvidas é dado na forma de um acordo racional, do entendimento recíproco entre as partes, alcançado através da linguagem. Ou seja, comunicação se refere a um determinado uso da linguagem, o uso da linguagem orientado para a obtenção de um acordo, de um consenso.** Esse uso não deve ser entendido, no entanto, em um sentido instrumental, como se a comunicação para um consenso fosse apenas um meio para a realização das finalidades de cada participante da interação social, pois, ao tentar fazer o uso da linguagem em uma atitude comunicativa (tam-

bém chamada de atitude performativa), os falantes têm de restringir seus planos individuais às condições necessárias para o entendimento mútuo. (REPA, 2008, p. 166, grifo nosso)

Assim, pode-se definir o agir comunicativo, de forma sucinta, como uma interação comunicativa que objetiva ações orientadas ao entendimento, frisando-se os fins de entendimento e não apenas fins estratégicos ou advindos de interesses particulares. No agir comunicativo visa-se propor soluções racionais para o campo jurídico de modo que seja possível constituir relações sociais inéditas capazes de produzir modelos éticos modernos e mais adaptáveis à realidade. (LIMA; KOSOP, 2019, p. 19)

Nesse sentido, Habermas busca com o agir comunicativo satisfazer condições de entendimento e cooperação, em que os atores participantes comportam-se de modo cooperativo e tentam colocar seus planos em sintonia com os outros, por meio de interpretações comuns da situação, além de visar com que os atores envolvidos estejam dispostos a alcançar objetivos mediatos da definição comum da situação e da coordenação da ação, apropriando-se dos papéis de falantes e ouvintes nos processos de entendimento (HABERMAS, 1990, p. 129).

Tem-se, assim, que para Habermas:

[...] a legitimidade do processo de criação do direito dependerá da existência de processos democráticos que garantam a participação comunicativa de todos os cidadãos, na condição de pessoas livres e iguais, com ampla possibilidade de intervenção discursiva. No bojo dessa formação procedimental do direito, lastreada nos direitos fundamentais garantidores da autonomia privada dos cidadãos, nos direitos políticos de participação e no reconhecimento da soberania popular, propiciar-se-á a concretização político-racional da opinião e da vontade, sem perder de vistas, evidentemente, que todas essas interações devem ocorrer em espaços e sob as condições previamente criadas pelo próprio direito. (SILVA; FREIRE JR, 2018, p. 112)

Com efeito, e levando em consideração o papel criativo assumido modernamente pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, cujas críticas vão no sentido justamente da (não) legitimidade democrática deste poder na produção dessas normas, parece adequado a transposição do pensamento de Habermas sobre a produção do direito para o campo da jurisdição (SILVA; FREIRE JR, 2018, p. 113).

Neste ínterim, as audiências públicas, que exsurgem como um privilegiado instrumento na viabilização de uma participação democrática, ativa, da população (LEAL, 2014, p. 337), permite que haja a participação da população em debates que possuem relevância social e estão em pauta no Poder Judiciário, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual pode revelar-se como uma ponte entre o exercício da ação comunicativa habermasiana e a legitimidade das decisões proferidas por esse poder.

Isto porque as audiências públicas no Poder Judiciário viabilizam a aproximação entre Estado e Sociedade e a democratização do debate constitucional, além de potencializarem a promoção de um debate plural, através da participação de diversos segmentos sociais, possibilitando, assim, a formação de um juízo mais esclarecido, completo e consciente sobre as temáticas debatidas (LEAL, 2014, p. 343).

Coadunando com tal pensamento, Botelho (2010, p. 214-215) defende que, no contexto da jurisdição constitucional, a noção habermesiana implica em uma abertura da Corte Cons-

titucional para a participação dos interessados, fomentando uma ampla circulação de argumentos e informações, bem como que, em razão de não serem os membros da Corte eleitos diretamente pelo povo, a legitimidade da Corte Constitucional ocorre justamente por meio da abertura do Tribunal à praxis pública argumentativa, tornando-a, desta forma, em um espaço público por excelência, no qual é possível que o exercício da liberdade comunicativa se desenvolva livremente e sem preconceitos.

Assim sendo, depreende-se que há uma íntima ligação entre as audiências públicas no poder judiciário e a teoria de Jürgen Habermas, além de vislumbrar a existência de uma importância precípua na adoção e manutenção desse instrumento como fomento da democracia participativa no Poder Judiciário, principalmente no que tange as ações em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, na medida em que vigora como um instrumento de abertura da praxis argumentativa na Corte Constitucional e até mesmo de legitimação das decisões da mesma.

Por fim, necessário considerar que frente a importância que os direitos da personalidade exercem na vida das pessoas em razão da própria natureza desses direitos e da sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana e com o livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana, tem-se que a instrumentalização da participação cidadã nas decisões judiciais de interesse público relevante por meio das audiências públicas, viabilizam uma proteção maior aos direitos da personalidade, uma vez que fomentam um debate racional e plural, dando abertura para que os cidadãos exponham suas considerações sobre o direito e debate em foco, auxiliando na tomada de uma decisão mais reflexiva e fundamentada por parte do Poder Judiciário.

Além do mais, a promoção de um diálogo social objetivando discursos racionais e a busca por consenso em matérias referentes aos direitos da personalidade são de suma importância, haja vista os reflexos que decisões envolvendo tais direitos podem causar na sociedade em razão de se referirem a direitos dos quais todos são titulares e correspondentes a aspectos tão essenciais da vida humana, como o desenvolvimento livre e pleno da personalidade das pessoas e o respeito e concretude da dignidade humana à todos.

3. A TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO PODER JUDICIÁRIO: UMA INSTRUMENTALIZAÇÃO DA SOCIEDADE ABERTA?

O pensamento formulado pelo teórico Peter Häberle sobre a “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” também traz reflexões importante no contexto da jurisdição constitucional e da própria democracia.

Häberle critica a forma como a interpretação constitucional tem sido feita, apontando que tal interpretação tem sido realizada como uma sociedade fechada, em que os intérpretes jurídicos são pessoas vinculadas as corporações e os participantes formais do processo

constitucional, enquanto, para ele, a interpretação constitucional deveria ser elemento de uma sociedade aberta (HÄBERLE, 1997, p. 13).

O pensador ensina que os legitimados para a interpretação constitucional em um modelo de sociedade fechada são apenas o limitado rol de pessoas que compõem o processo constitucional nas Cortes Constitucionais, isto é, o juiz, as partes e seus respectivos advogados e o Ministério Público (AMARAL, 2003, p. 142), todavia o teórico defende que “quem vive a norma, acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la” (HÄBERLE, 1997, p. 13), recolocando em pauta, desta forma, o antigo debate sobre a importância que os fatores reais de poder possuem na vida das Constituições (AMARAL, 2003, p. 148).

Para Häberle, é impensável que haja uma interpretação da constituição sem a presença de uma participação ativa do cidadão, sem que a teoria da interpretação seja garantida sob a influência da teoria democrática (HÄBERLE, 1997, p. 14), defendendo, assim, que a interpretação constitucional deve contar com a participação ativa dos cidadãos, pois estes figuram também como forças produtivas da interpretação constitucional, identificando, assim, um pensamento que vai no sentido de uma democratização da interpretação constitucional.

Nesse sentido, Jucá (2007, p. 186) assevera:

Com base na moderna teoria da democracia, **Peter Häberle erigiu uma teoria democratizante da interpretação constitucional, considerando que o povo tem a importante função de intérprete constitucional. Para ele, os fatos reais são critérios determinantes no processo interpretativo, ou seja, a interpretação feita pelo povo deve ser considerada no momento da aplicação das normas constitucionais.**

Assim, **destacando a realidade social como fator essencial à atividade interpretativa, Häberle acrescentou o povo ao rol dos intérpretes constitucionais**, elegendo como condição *sine qua non* a existência de uma Constituição Aberta, garantidora do pluralismo e da democracia participativa. (JUCÁ, 2007, p. 186, grifo nosso)

Assim, o pensamento de Häberle volta os olhares para um aspecto da interpretação constitucional pouco abordado e aplicado, qual seja, o da realidade constitucional e, conseqüentemente, o papel precípua que os cidadãos e a sociedade no geral possuem para essa atividade interpretativa, até porque “uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública [...] e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos” (HÄBERLE, 1997, p. 33).

Na perspectiva do teórico, limitar a hermenêutica constitucional apenas aos intérpretes corporativos ou àqueles autorizados juridicamente e funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento e um autoengodo (HÄBERLE, 1997, p. 34), haja vista que o juiz, ao interpretar a Constituição, interpreta-a na esfera pública e na realidade (HÄBERLE, 1997, p. 31), de modo que cabe a jurisdição constitucional preservar a relação existente entre o programa normativo, isto é, a interpretação constitucional, e o âmbito normativo, ou seja, a realidade constitucional (COELHO, 1998, p. 28).

Com efeito, Diniz (2002, p. 259) ressalta:

[...] a teoria pluralista de Häberle chama atenção para um dado que não se pode deixar de levar em conta, na hermenêutica constitucional. Justamente a questão da necessidade de evitar a cisão entre as dimensões normativa e política

da Constituição, cuja unidade decorre do próprio conceito (de Constituição). Ela, de fato, é a lei fundamental da sociedade e do Estado. Daí porque a jurisdição constitucional, quando a interpreta, não pode (...) menosprezar as consequências de suas decisões, que inevitavelmente afetam toda a comunidade.

Nesse sentido, o pensador ressalta que a interpretação constitucional é uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos, de modo que os grupos e os indivíduos podem ser considerados como intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo, pois a conformação da realidade da Constituição também torna-se parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade (HÄBERLE, 1997, p. 24).

Nesse sentido, o pensamento de Häberle coaduna com a defesa de Canotilho (2002, p. 1123), de que a “abertura” do corpo constitucional para regras constitucionais não escritas, sejam essas derivadas da formação consuetudinária sejam provenientes da interpretação do texto constitucional, aponta para a importante ideia de que o direito constitucional é um “direito em acção” e não apenas um “direito nos livros”, de modo que há um direito constitucional não escrito que, embora tenha na constituição escrita seus fundamentos e limites, acaba completando, desenvolvendo e vivificando o direito constitucional escrito.

Desta forma, a defesa de Häberle quanto a necessidade de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição de forma a compreender no trabalho hermenêutico também a realidade constitucional relaciona-se justamente com o “direito em acção” do direito constitucional escrito explicado por Canotilho, abarcando a realidade social e constitucional na interpretação constitucional.

Assim, conforme defende o teórico alemão, a defesa da “ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação” (HÄBERLE, 1997, p. 30), visto que como os intérpretes jurídicos não são os únicos a viverem a Constituição, os mesmos não detém o monopólio de sua interpretação, sendo, assim, legitimados para tal ação também aqueles que a vivem, mesmo que indiretamente, pois a atualização da Constituição feita pela ação dos indivíduos constitui, ao menos, uma interpretação constitucional antecipada (AMARAL, 2003, p. 144).

Ademais, Peter Häberle (1997, p. 37) dá ênfase ainda na importância do cidadão do contexto da Democracia, concebendo o “povo” como um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente em um processo de legitimação constitucional, seja como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse ou como cidadão em si, defendendo ainda a importância que o direito à cidadania e os direitos fundamentais possuem como fundamento da legitimação democrática de uma interpretação aberta, tanto no que tange ao resultado quanto no que se refere ao círculo de participantes.

Com efeito, é o cidadão o verdadeiro intérprete da Constituição em uma democracia deliberativa, a qual é concebida sob e sobre a concepção dos direitos fundamentais, seja em relação ao direito à participação – ou de não participação, seja em razão de qualquer outro direito dotado de fundamentalidade, pois só por meio dessa concepção é possível situar o cidadão enquanto destinatário e autor do direito que regula (SILVA; FREIRE JR, 2018, p. 116).

Deste modo, a responsabilidade de todos e a solidariedade entre todos estão intrinsecamente conectadas à democracia participativa a qual constitui a concepção moderna de democracia, e que, calcada na ética da solidariedade, permite que haja uma efetiva e real par-

ticipação do povo na gestão do Estado (JUCÁ, 2007, p. 106), propiciando uma integração da realidade social e do pluralismo nas decisões públicas, haja vista que “a participação democrática em um processo discursivo permite a interligação entre a realidade constitucional e sua interpretação, conferindo, no mínimo, um nível mais seguro de legitimidade [...] à decisão tomada” (SILVA; FREIRE JR, 2018, p. 117).

Ademais, vale a pena ressaltar que Häberle (1997, p. 38-39) compreende a democracia como a democracia do cidadão, defendendo que:

[...] Democracia é o ‘domínio do cidadão’, não do Povo, no sentido de Rousseau. [...]

A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo o qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. [...] Liberdade fundamental (pluralismo) e não o ‘Povo’ converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. [...]

Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e ‘eruptivo’ a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. (HÄBERLE, 1997, p. 38-39, grifo nosso)

Assim, para ele a verdadeira democracia é aquela em que se propicia a participação de todos os cidadãos, uma democracia que se dá a partir da realização dos direitos fundamentais, e não em uma concepção de democracia que considera cegamente o povo como detentor de poder.

Deste modo, é possível se verificar a importância que o autor atribui a democracia na perspectiva do cidadão, plural e multifacetado, e nos direitos fundamentais do mesmo, especialmente no direito de participação, bem como na importância atribuída ao cidadão na atuação como intérprete da constituição em sentido *lato*, como forma de ampliação do círculo de intérpretes da constituição e da integração da realidade constitucional nesse trabalho hermenêutico, permitindo que uma sociedade livre e aberta se desenvolva e que a interpretação constitucional se dê de forma aberta, considerando o pluralismo e a realidade social como parte integrante necessária na função hermenêutica.

Ademais, necessário destacar que os ensinamentos de Peter Häberle convergem para uma compreensão de que, na jurisdição Constitucional, a ampliação do rol de intérpretes possibilita ao juiz analisar o texto constitucional com maior substrato, permitindo ao mesmo decidir de forma mais adequada e legítima, pois a participação dos cidadãos na interpretação constitucional traz ao processo as verdadeiras necessidades, ampliando, dessa forma, as possibilidades de decisão em virtude dos vários pontos de vista e interpretações obtidas (AMARAL, 2003, p. 145).

Nesse sentido, Amaral (2003, p. 146) ensina ainda:

A participação da sociedade aberta no processo hermenêutico-constitucional confere à jurisdição constitucional uma maior legitimidade. As decisões serão mais legítimas à medida que se aumente a participação dos interessados no procedimento que, porém, deve se dar de forma racional e organizada.

O aumento na participação produzirá o surgimento de novas alternativas, as quais propiciarão ao juiz constitucional um contato maior com a realidade, decidindo, assim, teoricamente, de forma mais adequada, justa e legítima.

Assim, essa ampliação do rol de intérpretes da Constituição tem o potencial de aperfeiçoar as decisões da jurisdição constitucional, na medida em que proporcionará um contato maior do magistrado com a realidade social, além de torná-las mais legítimas em razão de tal abertura à participação dos cidadãos, que são plurais e multifacetados em essência e figuram como os legítimos detentores do poder estatal.

Com efeito, para que se viabilize essa ampliação do rol de intérpretes da constituição e seja possível vislumbrar a realização da sociedade aberta de intérpretes da constituição, pensada por Häberle, faz-se necessário a institucionalização de procedimentos que densifiquem a intervenção de terceiros no processo de interpretação e aplicação da Constituição (COELHO, 1998, p. 158), pois do ponto de vista procedimental essa abertura hermenêutica só gerará frutos se houver a integração da “realidade no processo de interpretação constitucional, o que só se alcançará se forem criados mecanismos idôneos para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social” (COELHO, 1998, p. 159).

Nesse sentido, tem-se que a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, preconizada por Peter Häberle, é não apenas aplicável ao contexto brasileiro, mas também necessária, como forma de exercício do direito à participação prevista na Constituição Brasileira e de aperfeiçoamento da própria democracia brasileira para um modelo em que supere a concepção dos cidadãos como meros eleitores e de uma democracia regida apenas pela via representativa.

Desta forma, e considerando a necessidade de instrumentos que viabilizem o exercício dessa abertura da sociedade, tem-se que as audiências públicas podem vigorar como um mecanismo que propicie a captação, filtragem e absorção da interpretação constitucional realizada pelos atores sociais, uma vez que a mesma viabiliza a participação do cidadão nas decisões públicas.

No contexto do Poder Judiciário, Siqueira e Souza (2019, p. 281) destacam que:

Nesta perspectiva, as audiências públicas ocorridas dentro do poder judiciário podem ser vislumbradas com um viés democrático, visto que é nesse ato que não apenas especialistas da área debatida podem auxiliar o magistrado, mas também a população interessada tem o poder de expor suas perspectivas, anseios, fatos, etc., influenciando o julgador na tomada de decisão e na adequação da norma “in abstrato” para a realidade social, privilegiando-se assim, a importância que a Corte Suprema tem no ordenamento jurídico no sentido de produzir uma força normatizadora que seja adequada à realidade vigente, na medida em que é ela a responsável principal na interpretação da constituição em conformidade com a atualização pública [...].

Assim, no contexto da jurisdição constitucional, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal que exerce o papel de Corte Constitucional no Brasil, as audiências públicas podem servir como um instrumento de importância ímpar nessa abertura da interpretação constitucional, com a consequente aproximação dos juízes à realidade social por meio da participação dos cidadãos na interpretação constitucional, além de ser um instrumento de legitimação democrática das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal justamente em razão dessa abertura hermenêutica.

Com efeito, no contexto dos direitos da personalidade, essa abertura da práxis jurídica no Supremo Tribunal Federal, viabilizando a participação dos cidadãos como intérpretes reais da Constituição e atribuindo uma oitiva qualificada em suas exposições, viabilizam, além de decisões judiciais mais próximas da realidade social e efetivas na sociedade, uma ampliação potencial da proteção e concretude de tais direitos no seio social.

Ademais, a abertura da sociedade de intérpretes da Constituição no que se refere a interpretação de direitos da personalidade se mostra essencial para que haja a própria tutela desses direitos de forma satisfatória, sem uma interpretação que se mostre limitada pelos “oficiais” da Constituição que, desconhecendo a realidade fática atinente a esses direitos na sociedade, podem deixar de os tutelar e efetivar de modo completo, concreto e eficaz.

Por fim, promover a expansão da interpretação constitucional para fora dos muros dos intérpretes oficiais da Constituição, principalmente no que tange a direitos da personalidade, garante não apenas uma tutela da pessoa humana e de sua personalidade de forma livre, plena e integral, mas também acaba por se respeitar a própria essência da democracia e a valorizar o importante papel que as pessoas, enquanto cidadãos, possuem da sociedade, viabilizando inclusive, por meio da participação cidadã, a efetivação de alguns dos direitos da personalidade da qual todos são detentores.

4. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Conforme destacou-se nos tópicos anteriores, as audiências públicas vigoram como um mecanismo que instrumentaliza e torna-se socialmente aplicável a teoria de Jürgen Habermas e de Peter Häberle, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, permitindo tanto a prática da ação comunicativa em que se busca, por meio de um diálogo racional, por soluções melhores para a comunidade e pelo consenso social, quanto a instrumentalização da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a qual, por meio da participação dos cidadãos, permite a aproximação da realidade social (e constitucional) no âmbito da Corte Constitucional.

Neste contexto, seriam as audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário, principalmente nos julgamentos de competência do Supremo Tribunal Federal, um mecanismo de efetivação dos direitos da personalidade?

Primeiramente, necessário destacar que os direitos da personalidade são direitos sem os quais a personalidade restaria completamente irrealizada e sem valor concreto, de modo que, se ausentes, todos os demais direitos subjetivos deixam de ser de interesse dos indivíduos, isto é, são direitos que, se inexistentes, a pessoa não existiria como tal (CUPIS, 2004, p. 24).

Os direitos da personalidade constituem direitos necessários à própria compreensão de pessoa, pois se referem a um conjunto de bens tão particulares do indivíduo que acabam por se confundir com o próprio sujeito, constituindo manifestações de sua personalidade (BELTRÃO, 2005, p. 24), isto porque a personalidade é um elemento inerente a própria condição humana, razão pela qual o vínculo entre a personalidade e a pessoa humana é orgânico (CANTALI, 2009, p. 64) e de impossível dissociação.

Tratam-se de direitos intrinsecamente atrelados a dignidade da pessoa humana e cuja tutela constitucional decorre do reconhecimento da importância desse princípio, conforme ensina Elimar Szaniawski (2005, p. 137):

Nossa constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez ser a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica.

Assim, tratam-se de direitos que possuem na dignidade da pessoa humana seu fundamento e núcleo central, a qual constitui na cláusula geral de concretude da proteção e do desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e que permite o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de uma tutela geral dos direitos da personalidade.

Tais direitos são essenciais ao desenvolvimento e realização da própria pessoa e, visto que fundamentados na dignidade humana, acabam por garantir o respeito e o gozo ao próprio ser, em todas as suas dimensões, físicas e espirituais (FOLLONE; RODRIGUES, 2017, p. 317), estando atrelados à concepção de proteção da pessoa naquilo que mais lhe é íntimo, isto é, em seu livre desenvolvimento enquanto ser (FOLLONE; RODRIGUES, 2017, p. 317).

Desta forma, faz-se necessário conceber a análise acerca da personalidade humana sob o enfoque de que o ser humano não tem uma personalidade, mas sim ele é a expressão viva da sua própria personalidade, e que mesmo que a ordem jurídica lance sobre ele o olhar idealizado da titularidade, todo o conjunto das múltiplas emanações em que a personalidade humana se reporta deve ser visualizada como o ser humano em si, considerado em sua própria estrutura fundamental em que se assentam todos os direitos em que é titular (MEIRELES, 1998, p. 99).

Assim sendo, é possível se inferir que as audiências públicas, especialmente no âmbito do Poder Judiciário mas não apenas, constituem inclusive um instrumento de respeito à própria pessoa e personalidade humana, na medida em que a visualiza como sujeito de direito e como cidadão, razão única da própria existência do Estado e dos Poderes Públicos, atribuindo importância a sua voz, as suas perspectivas e as realidades por elas vivenciadas, na medida em que abre espaço para que as pessoas se manifestem sobre o tema (e direito) em discussão.

Ademais, as audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário também podem ser vislumbradas como um instrumento de efetivação dos direitos da personalidade, pois permitem e viabilizam a participação democrática da sociedade na discussão acerca de tais direitos previamente a decisões que, em razão da importância do conteúdo a que se referem os direitos da personalidade e do efeito *erga omnes* atribuído as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, irão as afetar diretamente ou indiretamente.

Desta forma, as audiências públicas acabam permitindo a efetivação de tais direitos no âmbito do Judiciário e principalmente do Supremo Tribunal Federal, pois viabilizam que os veredictos possam ser muito mais aperfeiçoados, próximos da realidade social e constitucional vigente, construídos por meio da promoção de um diálogo racional e democrático entre a

sociedade, com a oitiva acerca da interpretação que os cidadãos traçam sobre o direito em foco, fazendo, assim, com que as decisões tornem-se potencialmente mais e melhor fundamentadas, legitimadas democraticamente e, quiçá, mais justas e efetivas na tutela de direitos de suma importância como os direitos da personalidade.

Com efeito, tem-se ainda que visualizar as audiências públicas no âmbito do judiciário à luz das teorias de Habermas e de Peter Häberle não apenas evidenciam a importância da viabilização da participação cidadã na tomada de decisões sobre direitos tão essenciais quanto os direitos da personalidade, mas também direcionam no sentido do necessário aperfeiçoamento constante desse instrumento, de forma a acolher cada vez mais a participação de pessoas e grupos da sociedade que vivenciam diariamente a realidade dos direitos da personalidade colocados em pauta para discussão no Poder Judiciário e que podem, fundamentados em suas experiências, aproximar os magistrados da realidade constitucional que envolvem tais direitos, viabilizando decisões mais aperfeiçoadas e eficazes para a concretude de direitos tão essenciais à vida humana.

Além do mais, referendar o debate sobre os direitos da personalidade com os cidadãos que vivenciam constantemente a realidade e, por vezes, as violações desses direitos, expandindo a interpretação dos mesmos para além dos intérpretes oficiais e pluralizando um debate racional, em que se é possível compreender diversos posicionamentos e realidades por meio da palavra livre e da escuta atenta e especializada, significa, além de potencializar a existência de decisões judiciais mais aperfeiçoadas e legítimas, o próprio respeito à pessoa humana, ao desenvolvimento de sua personalidade e a sua valorização enquanto cidadã(os).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, necessário destacar que ambas as teorias dos pensadores aqui delineadas mostraram-se de suma importância dentro do contexto das audiências públicas no Poder Judiciário, especialmente no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, que exerce a função de Corte Constitucional no Brasil.

A teoria Habermesiana se faz relevante pois traça elementos essenciais para a compreensão do que é necessário na produção de normas legítimas e consensuais dentro do ordenamento jurídico, na medida em que destaca a necessidade de haver procedimentos que viabilizem a promoção de um diálogo racional entre a comunidade sobre os direitos da qual são titulares, como forma de promover a busca por soluções que tenham como prioridade o interesse da comunidade (e não interesses particulares) e o consenso social, exercitando nesse processo o princípio da democracia, o princípio do discurso e o princípio da universalização ensinados por Habermas.

A teoria da ação comunicativa Habermesiana pode ser relacionada com as audiências públicas na medida em que tal mecanismo tem o potencial de vigorar como um meio de instrumentalização dessa promoção de um diálogo racional entre os interessados em debater sobre o direito que está em foco, permitindo que diversos argumentos sejam expostos e compreendidos pelos demais interessados, os quais podem visualizar pontos de vistas diversos dos seus e refletir sobre eles.

No contexto do Poder Judiciário, mesmo que o veredicto final fique ao encargo do Supremo Tribunal Federal (que é o órgão que está se utilizando frequentemente das audiências públicas), é possível que todos os participantes exponham seus pontos de vistas e se façam compreender pelos demais interessados e pelos Ministros, os quais terão mais condições de proferir uma decisão melhor fundamentada, coerente com a realidade social e, quiçá, mais justa, além do fato de que a mesma será mais legítima, pois produzida com a promoção de um diálogo racional e democrático, e de maior aceitabilidade social.

No que tange a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle, a mesma faz-se relevante na medida em que ressalta o papel que o cidadão possui na interpretação das normas constitucionais, bem como destaca a relevância que a realidade possui na interpretação constitucional, visto que a Constituição não delinea apenas normas referentes ao Estado, mas também regula a vida social e dá as bases para os direitos e garantias fundamentais das pessoas, não devendo, assim, considerar os cidadãos como mero objetos, mas sim integrá-los no processo hermenêutico constitucional.

Desta forma, relaciona-se às audiências públicas, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com a sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Peter Häberle, haja vista que a mesma operacionaliza a abertura interpretacional da constituição, permitindo com que os cidadãos sejam ouvidos e exponham a realidade constitucional por eles vivenciada, por meio de fatos, necessidades e anseios que os indivíduos experimentam no que tange a direitos constitucionalmente garantidos.

Ademais, as audiências públicas no âmbito do Judiciário também podem ser vislumbradas como um instrumento que viabiliza a efetivação dos direitos da personalidade, haja vista que constituem um mecanismo de respeito à própria pessoa e a personalidade humana ao visualizá-la como sujeito de direito e como cidadão, atribuindo importância a mesma, a sua voz, as suas perspectivas e as realidades por elas enfrentadas, integrando-as na esfera pública e permitindo um debate acerca dos direitos das quais são titulares.

Com efeito, vigoram ainda como um instrumento de efetivação dos direitos da personalidade, pois permitem e viabilizam a participação democrática da sociedade no debate acerca de tais direitos de forma prévia aos veredictos judiciais, podendo os cidadãos exercer influência sobre os mesmos, visto que tais decisões, em razão da importância do conteúdo dos direitos da personalidade e do efeito *erga omnes* que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal possuem, irão afetar, direta ou indiretamente, toda a sociedade.

Por fim, tem-se que como resposta a problemática proposta uma afirmação no sentido de que as audiências públicas no Poder Judiciário se prestam a emprestar concretude aos direitos da personalidade, na medida em que viabilizam um debate plural entre os cidadãos acerca de tais direitos e dos problemas enfrentados socialmente na efetivação dos mesmos e expandem a interpretação constitucional sobre tais direitos para além dos intérpretes oficiais da Constituição, de forma com que a realidade social e constitucional possa ser exposta pelos cidadãos e compreendidas pelos julgadores, potencializando, assim, a formação de decisões judiciais que considerem a realidade perpetrada na sociedade sobre o direito da personalidade em debate e viabilizem veredictos com alternativas mais eficazes para a concretização de tais direitos à todos, de modo a se ter decisões cada vez mais fundamentadas, realísticas, eficazes e, quiçá, mais justas na tutela desses direitos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Rafael Caiado. Breve ensaio acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle. *Direito Público*, v. 1, n. 2, p. 138- 157, out./dez. 2003.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- CENCI, Ângelo Vitorio. *A controvérsia entre Habermas e Apel acerca da relação entre moral e razão prática na ética do discurso*. 2006. Tese (Doutorado em Filosofia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 50, n. 189, p. 25-37, jan./jun. 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22552/1/ARTIGO_IdeiasPeterHaberle.pdf. Acesso em: 14 dez. 2020.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- FOLLONE, Renata Ap.; RODRIGUES, Rúbia Spirandelli. A perspectiva do direito de personalidade do idoso sob o fundamento da dignidade humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (org.). *Democracia, cidadania e os direitos da personalidade: uma releitura contemporânea*. Birigui: Boreal Editora, 2017. p. 314-330.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I*. Tradução: Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume II*. Tradução: Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.
- HABERMAS, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós, 1997c.
- JUCÁ, Roberta Laena Costa. A Constituição Brasileira de 1988 como constituição aberta – aplicação da Teoria de Peter Häberle. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, [S. l.], p. 181-186, abr. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/855/1688>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. As audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma nova forma de participação? *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 327-347, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6010/3286>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- LIMA, José Edmilson de Souza; KOSOP, Roberto José Covaia. O agir comunicativo inserido no Consenso democrático: incursões do campo jurídico no contexto social a partir de Jürgen Habermas. *Scientia Iuris*, [S. l.], v. 23, n. 2, p. 10-25, jul. 2019. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/32700/25797>. Acesso em: 7 dez. 2020.

LUBENOW, Jorge Adriano. A categoria de esfera pública em Jürgen Habermas: para uma reconstrução da autocrítica. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 103-123, 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/cefp/article/view/164031/157456>. Acesso em: 7 dez. 2020.

MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

REBOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: mandamentos, 2003.

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo da teoria crítica. In: NOBRE, Marcos. *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus Editora, 2008. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=TWpgPGwEeJoC&pg=PA5&dq=Jurgen+Habermas&lr=&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q=Jurgen%20Habermas&f=false. Acesso em: 7 dez. 2020.

SILVA, Wily Potrich da; FREIRE JR, Américo Bedê. Agir comunicativo e democracia: uma proposta para a legitimação da jurisdição constitucional. *Revista do Direito – UNISC*, [S. l.], v. 1, n. 54, p. 99-119, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11398/7327>. Acesso em: 7 dez. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Democratização da justiça: audiências públicas, poder judiciário e os direitos da personalidade. *Revista Húmus*, [S. l.], v. 9, n. 27, p. 263-289, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12351/7032>. Acesso em: 14 dez. 2020.

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

TREVISOL, Marcio Giusti. A legitimidade do direito na proposta da ética discursiva. *Espaço Jurídico*, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 33-46, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1889/957>. Acesso em: 5 dez. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 12/03/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 14/03/2021
- Avaliação 1: 11/05/2021
- Avaliação 2: 12/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 13/05/2021
- Retorno rodada de correções: 19/05/2021
- Decisão editorial/aprovado: 06/09/2021

Equipe editorial envolvida

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

A PENSÃO ALIMENTÍCIA A PARTIR DO PARENTESCO POR AFINIDADE: POSSIBILIDADE E FUNDAMENTOS JURÍDICOS NO BRASIL

ALIMONY FROM AFFINITY KINSHIP:
POSSIBILITY AND LEGAL BASIS IN BRAZIL

NADINNE SALES CALLOU ESMERALDO PAES¹

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a obrigação alimentar em face do parentesco por afinidade à luz da doutrina e da jurisprudência pátrias. Em um esboço histórico, constata-se que, desde a Antiguidade Clássica, o Direito reconhece a existência de vínculo para além da consanguinidade. Hodiernamente, as relações jurídicas entre um cônjuge e os parentes do outro conformam o parentesco por afinidade. O perfil atual do parentesco em comento imprime-lhe características próprias, conforme o vínculo da afinidade seja em linha reta ou colateral. Outrossim, um específico recorte atual desse parentesco que tem ganhado espaço dentro do Direito brasileiro decorre da conformação familiar recomposta. Através de uma revisão bibliográfica, verificam-se posicionamentos favoráveis e contrários à possibilidade de parentes afins demandarem reciprocamente alimentos. A análise documental de julgados de tribunais brasileiros atestará que julgados dos tribunais em torno do tema são poucos e pendulares, mas, em maior medida, refratários à tese. A despeito disso, conclui-se pela possibilidade de parentes afins pleitearem alimentos uns dos outros, demonstrando-se que é descabida a tentativa de se interpretar restritivamente a legitimidade ativa e passiva da pensão alimentícia, sobretudo em face dos bens jurídicos que esta pretende tutelar, que são a vida e a dignidade humanas. O princípio da solidariedade familiar, ademais, milita em favor dessa ideia. Contudo, reputa-se que essa obrigação alimentar entre os afins pressupõe o atendimento a alguns requisitos, dentre os quais, a subsidiariedade em relação aos parentes consanguíneos.

Palavras-chave: alimentos; legitimidade; parentes afins; famílias recompostas.

ABSTRACT

This article intends to analyze the maintenance obligation in the face of kinship by affinity in the light of the doctrine and domestic jurisprudence. In a historical foreshortening, it appears that, since Classical Antiquity, the Law recognizes the existence of a link beyond consanguinity. Today, legal relationships between one spouse and the other's relatives make up kinship by affinity. The current profile of the relationship in question gives it its own characteristics, according to the affinity bond, whether straight or collateral. Furthermore, a specific current feature of this kinship that has gained space within Brazilian law arises from the recomposed family structure.

1 Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (Universidade do Porto, Portugal); Especialista em Ciências Jurídicas (Universidade do Porto, Portugal); Docente do Curso de Direito das Disciplinas de Direito de Família e Direito da Infância e da Juventude na Faculdade Paraíso-CE (FAP-CE), onde é pesquisadora nas mesmas áreas; Defensora Pública de Entrância Final no Estado do Ceará titular da 1ª Defensoria Pública da Petição Inicial de Juazeiro do Norte-CE. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6627-0770>.

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

PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. A pensão alimentícia a partir do parentesco por afinidade: possibilidade e fundamentos jurídicos no Brasil. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 168-187, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.7789>.

Through a bibliographic review, there are favorable and contrary positions to the possibility of related relatives demanding food reciprocally. The documentary analysis of judges from Brazilian courts will attest that the jurisprudence on the subject is sparse and pendular, but, to a greater extent, refractory to the thesis. In spite of this, it is concluded that related relatives can claim food from each other, demonstrating that it is unreasonable to try to restrictively interpret the active and passive legitimacy of the alimony, especially in view of the legal assets that it intends to protect, which are human life and dignity. The principle of family solidarity, moreover, militates in favor of this idea. However, it is believed that this food obligation among the like presupposes the fulfillment of some requirements, among which, subsidiarity in relation to blood relatives.

Keywords: alimony; legitimacy; relatives by affinity; stepfamilies.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, observa-se que o parentesco inicialmente relevante para o Direito não era, necessariamente, aquele proveniente da consanguinidade. Na Antiguidade Clássica, por exemplo, verifica-se que o vínculo de maior relevo em Roma era identificado entre aqueles que se associavam para prestar culto aos mesmos deuses, num contexto de religião doméstica.

Citando Fustel de Coulanges e o seu clássico *A Cidade Antiga*, Rolf Madaleno (2010, p. 74) historia que o parentesco por agnação surgiu no Direito Romano e na Lei das XII Tábuas quando a esposa abandonava os seus para servir e prestar culto aos deuses domésticos do marido – seus ancestrais. Assim, como explica Arnaldo Wald (2009, p. 41), diziam-se parentes desta natureza e membros da família *proprio jure* (em sentido estrito) todos aqueles submetidos à autoridade do *pater familias*².

Já para o Direito Canônico, a afinidade origina-se do matrimônio válido, mesmo não consumado³, surtindo efeitos a partir do marido em face dos consanguíneos da esposa, e desta em relação aos consanguíneos daquele⁴.

Analisando-se o âmbito interno brasileiro, sob a égide do nosso primeiro Código Civil, percebe-se que o parentesco por afinidade foi objeto de normatização em dois artigos⁵. Realce-se que, naquele tempo, era o casamento a única fonte geradora do parentesco por afinidade. Vigorava o prestígio à chamada família matrimonializada, assim considerada “legítima”. A outro giro, naquele contexto, caracterizava-se como “ilegítimo” o parentesco que dimanava de “ajuntamento sexual ilícito”, conforme explica Arnaldo Rizzardo (2008, p. 400) citando Pontes de Miranda.

Em relação ao Código Beviláqua, o Código Civil atual não imprimiu qualquer mudança significativa à regulação do vínculo de parentesco em estudo, merecendo relevo apenas a incorporação da união estável como conformação familiar passível de ensejar a sua configuração. É que a Constituição Federal de 1988 operou a uma abertura do rol de entidades familiares, a

2 Registra-se que apenas com o enfraquecimento da religião e a ascensão de Justiniano, com a sua conseqüente codificação, é que ganhou espaço o parentesco consanguíneo (*cognatio*) (MADALENO, 2010, p. 75).

3 Entende-se por casamento consumado, segundo o Direito Canônico (cânone 1061), aquele onde os cônjuges entre si realizaram de modo humano o ato conjugal apto para a geração da prole, perfazendo-se, assim, uma só carne.

4 Cânone 109 §1º, Código de Direito Canônico. Disponível em http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf Acesso em 19 fev. 2020.

5 Art. 334. Cada conjugue é aliado aos parentes do outro pelo vinculo da afinidade.

Art. 335. A afinidade, na linha reta, não se extingue com a dissolução do casamento, que a originou.

partir da inserção do que Paulo Lôbo (2002) nomina de “cláusula geral de inclusão” em alusão ao art. 226 (BRASIL, 1988). Desta sorte, a união estável, junto a outras formas de família, foi reconhecida. Também sobressai da nova normatização codificada a limitação até o segundo grau que passou a constar quanto à afinidade na linha transversal⁶.

Destarte, pode-se conceituar o parentesco por afinidade como o vínculo jurídico que atrela um cônjuge ou companheiro aos parentes do outro. É o que Rolf Madaleno (2010, p. 81) nomina de “vínculo de aliança”. Segundo Pontes de Miranda (2001, p. 33), essa relação de parentesco surge a partir de uma ficção jurídica e é condigna da íntima significação do casamento e demais uniões sexuais.

Trata-se de uma das manifestações da eficácia legal do casamento e da união estável. É liame de ordem jurídica, que decorre somente da lei, o que é evidenciado claramente na tradução do instituto para a língua inglesa – que nomina parentes desta natureza com a indicação do nome de determinado parentesco consanguíneo acrescido da expressão *in law* (segundo a lei) – *verbi gratia*: *brother-in-law* (cunhado); *mother-in-law* (sogra) (GONÇALVES, 2013, p.317).

Em termos práticos, é nesse rótulo que se enquadra o vínculo civil existente, por exemplo, entre sogro(a) e genro/nora, entre padrasto/madrasta e enteado(a) e entre cunhados. Aqui também se amolda a relação que se conforma entre os demais ascendentes ou descendentes de um cônjuge/companheiro com os parentes do outro⁷.

Consigna-se que a contagem de graus no parentesco em tablado é realizada por analogia aos graus do parentesco consanguíneo (GONÇALVES, 2013, p. 317). Venosa (2009, p. 214) reporta-se a isso como “contagem derivada de graus”. Na linha reta, esse vínculo se estende infinitamente, ao passo que, na linha colateral, cinge-se ao “cunhadio” (ou segundo grau)⁸.

Sublinhe-se que, por se tratar de vínculo pessoal (de um cônjuge / companheiro com os parentes do outro), não há que se falar na produção dos efeitos jurídicos da afinidade em face dos parentes dos afins (DINIZ, 2011, p. 468). Diferentemente do que sucedia anteriormente ao Concílio de Latrão de 1215 – quando *affinitas secundi generis*, no direito atual, a afinidade não gera afinidade (VARELA, 1999, p. 100). Em termos práticos, por exemplo, é a partir dessa ideia que se verifica que, juridicamente, nada são, entre si, os conhecidos “concunhados”.

Além disso, Pontes de Miranda (2001, p. 34) ainda sugere como proposições da afinidade que: a) o referido vínculo restringe-se à pessoa do cônjuge (*affinitas no agreditur ex persona*) – de sorte que os tios de um cônjuge nada são da sogra deste e b) afins de um primeiro casamento não se tornam afins dos parentes de uma eventual segunda união (*affinitas affinitatem non generat*).

A outro giro, a conformação de famílias reconstituídas põe em relevo uma perspectiva do parentesco afim não muito destacada ao longo da história: aquela relacionada ao liame entre padrasto / madrastra e enteado(a). De fato, hodiernamente, cada vez mais incidem *recasamentos* no Brasil e no mundo e, assim sendo, impõe-se perscrutar quais são os direitos e as

6 Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. (BRASIL, 2002)

7 É o caso, por exemplo, da “avodrastra”.

8 Art. 1.595, §§1º e 2º, CC. (BRASIL, 2002).

obrigações entre esses possíveis novos parentes, sobretudo em se considerando tratar-se de vínculo vitalício nos termos no que estabelece o Código Civil para os afins em linha reta⁹.

Com efeito, a revolução social vivenciada ao longo da história da humanidade, em especial após a revolução industrial, afetou sobretudo a família. De instituição social, essa entidade passou a ser compreendida também, e sobretudo, como um instrumento para que cada um dos seus membros galgue a tão almejada felicidade¹⁰. Todo esse contexto implicou na reformulação do casamento, instituto que passou a ser, no Brasil, passível de dissolução jurídica a partir do ano de 1977.

A partir dessa permissão jurídica, o *recasamento* e a conformação da chamada família recomposta¹¹ passaram a ser uma realidade social demandando regulamentação dos seus efeitos pelo Direito, em especial Civil. De sorte que, hodiernamente, essa espécie de família já divide espaço com a tradicional instituição do casamento.

As chamadas famílias reconstituídas ou “stepfamily”, em vernáculo inglês, já estavam presentes em 16,3% dos lares brasileiros, segundo dados do último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no Brasil. Outrossim, o mesmo instituto de pesquisa constatou o recrudescimento do número de divórcios nos últimos anos, o qual chegou ao patamar de 344.526 casos no ano de 2016, o que representa a taxa geral de divórcios de 2,38%. Nesse contexto, a constituição de novos relacionamentos entre parentes por afinidade é inexorável e cada vez mais recorrente. (PAES, 2019, p.3).¹²

Conquanto as chamadas “famílias mosaico” sejam um fato social inofensivo, Rolf Madaleno (2013, p.11 e 12) demonstra que o Direito Civil Brasileiro não se preparou para regulamentar os inúmeros efeitos decorrentes dessas famílias; muita confusão ainda permeia a discussão de derivações dessa relação.

A seguir, estudar-se-á especificamente um recorte da eficácia desses relacionamentos, verificando-se acerca da possibilidade de parentes afins – inclusive o padrasto e o enteado, serem obrigados reciprocamente a pagar pensão alimentícia.

Deveras, a pensão alimentícia apresenta-se como componente assistencial do âmbito patrimonial do Direito de Família com especial importância. Isso porque, nessa seara, representa um dos institutos a que mais acorrem parentes, cônjuges e companheiros na lide forense, quando não possam prover *per si* suas próprias necessidades. Destarte, estudar as polêmicas que o circundam é tema de inquestionável alcance acadêmico e prático.

A despeito disso, grande controvérsia doutrinária incide sobre a possibilidade ou não dessa pretensão de se fixarem alimentos entre pessoas vinculadas civilmente a partir do casamento ou da união estável de seus parentes.

9 §2º do art. 1.595, CC. (BRASIL, 2002)

10 Aborda-se, nesse sentido, sobre a característica eudemonista da família moderna. “Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual, por meio da emancipação dos seus membros.” (DIAS, 2017b, p. 158).

11 Trata-se de entidades familiares que decorrem de uma recomposição afetiva, nas quais, ao menos um dos parceiros traz filhos decorrentes de um relacionamento anterior (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p.85). Também é conhecida como família mosaico *ensablada* (no Direito Argentino) ou *stepfamily* (no Direito Americano).

12 Consigna-se que o CENSO de 2010 foi o último a levantar tais informações e que também trouxe à tona que, já àquela época (2010), 2,5 milhões de crianças viviam com padrastos ou madrastas. Considerando-se o relevante intervalo de tempo de mais de uma década e a dinâmica das relações atuais, estima-se que esses dados tenham sido ainda mais incrementados hodiernamente.

E mais: ainda que se perfilhe à tese que admite que parentes afins demandem reciprocamente alimentos, impõe-se perscrutar acerca das condições / limitações a serem observadas por aquele que pretende demandar, por exemplo, o(a) sogro(a) ou o(a) cunhado(a) a lhe pagar pensão alimentícia.

Assim justifica-se a presente pesquisa que pretende, a partir de revisão bibliográfica e de análise documental sobre julgados de tribunais brasileiros, elucidar acerca dessa temática.

2. DA PRETENSÃO ALIMENTAR ENTRE PARENTES AFINS

Para que a pretensão alimentar seja acessada judicialmente, é mister elucidar acerca da legitimidade de quem pode pleitear essa provisão assistencial, o que Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 542) denomina de “pressuposto subjetivo”. Nesse sentido, verifica-se que a literalidade do Código Civil permite que cônjuges, companheiros e parentes demandem uns dos outros alimentos¹³.

Ademais, quando da regulação do tema parentesco, o mesmo legislador codificador de 2002 não deixa dúvidas que o vínculo que exsurge a partir do casamento ou união estável entre um cônjuge/companheiro e os parentes do outro é, sim, uma espécie de parentesco.

Logo, uma interpretação meramente gramatical e sistemática da norma civil não poderia ter outra conclusão diferente daquela que permite que se acionem sogros, padrastos, enteados e cunhados, *verbi gratia*, como possíveis alimentantes.

Não se olvida a inveterada classificação de parentesco, que distingue parentesco natural ou consanguíneo de parentesco civil. Segundo as Jornadas de Direito Civil, são espécies deste último gênero: o parentesco decorrente da adoção, da inseminação artificial heteróloga e da filiação socioafetiva¹⁴.

Quanto ao parentesco por afinidade, indaga-se: seria um *tertium genus* – ao lado dos parentescos consanguíneo e civil, ou uma espécie dentro do gênero parentesco civil, considerando-se este o vínculo jurídico de parentesco que tem origem na lei?

Pois bem, intentando-se responder a essa questão, constata-se na doutrina que Maria Helena Diniz (2011, p. 467-469), Silvio Rodrigues (2002, p. 319) e Rolf Madaleno (2010, p. 84) são exemplos de doutrinadores que dividem as formas de parentesco em três: natural, civil e afim. Marco Aurélio Viana (2008, p.188) reporta, citando Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda, que “é da tradição do direito nacional chamar o afim de parente”.

Já para o insigne português Antunes Varela (1999, p. 89), é um erro, tecnicamente, abordar-se a afinidade como uma espécie de parentesco, deixando esta última expressão reservada para os vínculos de raiz biológica. Segundo o mesmo professor, a afinidade é sim um vínculo jurídico, mas não um parentesco; deveras, o parentesco biológico é o “veículo à afini-

13 Art. 1.694, CC. (BRASIL, 2002)

14 Enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil, Conselho da Justiça Federal (CJF).

dade” (VARELA, 1999, p. 99)¹⁵. É este o raciocínio que se infere da interpretação gramatical do artigo 1.584 Código Civil Português, segundo o qual: “Afinidade é o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro”.

Venosa (2009, p.210) também advoga que a afinidade se distingue do conceito de parentesco em sentido estrito. No mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo (2008, p. 406) traz à baila crítica doutrinária brasileira, referindo que a utilização do termo “parentesco” deveria ser reservada para aqueles que possuem entre si consanguinidade, não sendo adequada em se tratando da afinidade.

A discussão em torno do enquadramento da afinidade como mero vínculo jurídico ou como espécie parentesco é controversa e divide a doutrina pátria e estrangeira. No âmbito específico dos estudiosos familiaristas do tema alimentos, constata-se que o posicionamento de um dos seus grandes expoentes, Yussef Said Cahali (2006, p. 494), é no sentido de que a afinidade origina apenas uma aliança, não sendo forte o bastante para ensejar a criação do dever alimentar.

Suplantando-se essa polêmica, atente-se que a previsão legal dos parentes como legitimados no espectro da pretensão alimentar é inespecífica¹⁶. Porquanto pertinente, transcreve-se a literalidade do art. 1.694 do Código Civil, que estatue: “Podem os *parentes*, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (realce inovado) (BRASIL, 2002).

Destarte, invoca-se a alentada máxima hermenêutica, segundo a qual “onde a lei não distingue, o intérprete não deve fazê-lo¹⁷” (FALCÃO, 2000, p. 266). De acordo com o famoso brocardo:

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas (MAXIMILIANO, 2008, p. 201).

Reputa-se, por conseguinte, descabida qualquer interpretação restritiva da norma, notadamente quando se trata de provisão que diga respeito à própria existência e dignidade humanas. Para esse mesmo norte convergem as lições de Luiz Edson Fachin e Ana Carla H. Matos (2009, p. 560), os quais preconizam, dentre as várias possibilidades de interpretação em se tratando de recortes do tema alimentos, que se adote aquela considerada extensiva ou inclusiva, dada à natureza fundamental da demanda envolvida. Convém que se rememore o próprio conceito do instituto aqui trazido por Silvio Rodrigues (2002, p. 418): “alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, *para que possa atender às necessidades da vida*” (realce inovado).

15 No mesmo sentido: Costa (*apud* GHILARDI; PAIANO, 2021, p.11): “Afinidade é o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro. Trata-se, pois, de uma relação de família que não deve confundir-se com a de parentesco, baseada em laços de sangue. Uma coisa são os parentes e outra os afins”.

16 Mais uma vez, sugere-se a leitura do art. 1.694 do Código Civil, que, em sua literalidade, estatue: “ Podem os *parentes*, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” (realce inovado). (BRASIL, 2002).

17 *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*

Ademais, o princípio da solidariedade familiar, de matriz constitucional¹⁸, milita em favor da mesma tese. Trata-se de norma que supera o individualismo jurídico e intenta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, abarcando os conceitos de fraternidade e reciprocidade (MALUF; MALUF, 2013, p. 68).

Trata-se de norma, e não mero dever moral, compaixão ou virtude, representando o “dever jurídico de cuidado ao outro” (PEREIRA, 2013, p. 42). Deveras, já não é mais tempo de entender-se a obrigação alimentar no espectro da caridade humana ou da moral, como antes reputavam os romanos no reconhecimento do *officium pietatis* ou *caritas* ou *pietas erga parentes*, segundo o que historiam Arnaldo Rizzardo (2008, p. 725) e Áurea Pimentel Pereira (2007, p. 51). Portanto, irrefutável o seu caráter coercitivo e a sua figuração como um dos deveres dos cônjuges em decorrência do casamento, onde se exterioriza sob a forma da obrigação de mútua assistência¹⁹.

Também embasando-se nessa mesma norma principiológica, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014b, p. 751) defendem a possibilidade dos alimentos entre afins, vaticinando que: “(...) negar alimentos a pessoas que são *parentes entre si* representa negar a própria solidariedade que deveria uni-las. Seria admitir um parentesco sem solidariedade.”

Merece especial registro o caso do parentesco por afinidade em primeiro grau em linha reta existente entre padrasto / madrasta e enteado(a). Neste caso, ainda se vislumbram outros argumentos, de natureza complementar, que ratificam a possibilidade de fixação de pensão alimentícia entre esses sujeitos.

Efetivamente, a legislação vem avançando a cada dia no sentido de reconhecer efeitos jurídicos a esse vínculo, a ponto de conformar, a depender do atendimento de alguns requisitos, o chamado parentesco socioafetivo²⁰. Veja-se a alteração promovida pela Lei nº 11.924/09 na Lei de Registros Públicos que passou a permitir ao enteado agregar ao seu nome o sobrenome do padrasto / madrasta²¹. Trata-se de importante reconhecimento e atribuição de efeitos jurídicos a relações sociais de fato existentes, como pontua Heloísa Helena Barboza (2013, p. 4).

Ressalva-se que a simples relação de padrastio não implica, automaticamente, na caracterização de parentesco socioafetivo com os efeitos jurídicos disso decorrentes. Em verdade, para que este último se conforme, demanda-se, além da convivência fática entre padrasto/madrasta e enteado, a existência de elemento afetivo qualificador desse convívio. É o que Maria Berenice Dias (2017, p. 429) nomina de verdadeira “adoção de fato”, manifestada através da ocupação, pelo pai afetivo do “papel de pai” na vida do filho.

Impõe-se a existência, de fato, de manifestação de autoridade parental, expressão de afeto e contribuição para o sustento necessário à uma boa harmonia e convivência na família recomposta (MULTEDO, 2017, p. 178).

18 Art. 3º I e 229, CF/88. (BRASIL, 1988).

19 Art. 1566, III, CC. (BRASIL, 2002)

20 Proveniente da posse do estado de filho, da qual são requisitos o nome, o tratamento e a fama.

21 Eis como ficou a nova redação do art. 57 §8º da Lei nº 6015/73: “O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.”

Ainda sobre o parentesco socioafetivo, é pertinente registrar que este encontra arrimo na cláusula geral constante da parte final do artigo 1.593 do Código Civil²², sendo também ratificado pelo que consolidado nos enunciados 103 e 256 das Jornadas de Direito Civil²³.

A par disso, registra-se a possibilidade de conformação da multiparentalidade reconhecida pelo STF²⁴, bem como de o padrasto / a madrasta adotar o filho socioafetivo ou sobre este exercer tutela ou guarda. Christiano Cassetari (2017, p. 59), de fato, corrobora a possibilidade de agregar a paternidade socioafetiva em relação ao padrasto/à madrasto no caso de o filho ter genitor biológico reconhecido e presente em sua vida.

Efetivamente, a multiparentalidade é questão já admitida pelo direito atual a partir da noção de que o ser humano é resultado da junção dos laços genéticos, afetivos e ontológicos, tal qual precursoramente defendido por Belmiro Welter na sua clássica teoria tridimensional aplicada ao direito de família (WELTER, 2012, p. 128).

O fato é que, indistintamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao obrigar o guardião à prestação de assistência material à criança ou adolescente²⁵. Trata-se de comando que vem ao encontro da doutrina da proteção integral, constitucionalmente consagrada no artigo 227 (BRASIL, 1988).

A despeito disso, constata-se na doutrina adeptos da tese da impossibilidade da pretensão alimentar entre os afins. Fulcrado em uma interpretação restritiva do art. 1.694 do Código Civil, Silvio Rodrigues (2002, p. 423) leciona contrariamente à tese, registrando posição diversa do que ocorre no direito francês e naqueles sistemas que seguiram o Código Napoleônico. No vibrar desse mesmo diapasão, Leonardo de Faria Beraldo (2017, p. 128) invoca os “usos e costumes” e uma limitação por ele vislumbrada nos artigos 1696 e 1697 do Código Civil para obstar a pretensão alimentar entre os afins. Conquanto externasse seu posicionamento, o mesmo autor registra posição do Código Civil argentino, editado em 2014, que prevê essa possibilidade em seu art. 538, limitada, todavia, ao primeiro grau (BERALDO, 2017, p. 128).

Sobre o direito argentino, Ghilardi e Paiano (2021, p. 24) também se referem à essa previsão de existência de obrigação de contribuição pelo padrasto em relação às despesas do enteado durante a relação e, excepcionalmente, após a ruptura da relação com a mãe deste, se o tenha assumido o sustento e a suspensão causar grave prejuízo ao enteado.

Perscrutando o direito comparado, Áurea Pimentel Pereira (2007, p. 53) traz à baila que o direito italiano, igualmente, reconhece essa obrigação entre sogros e genros/noras, regulamentando-a nos artigos 433 e 434. Explica a mesma autora que esse dever cessa em duas hipóteses: “1º) quando a pessoa que tem direito a alimentos contrai novas núpcias; 2º) quando o cônjuge do qual deriva a finidade e os filhos nascidos da sua união com outro cônjuge e os seus descendentes são falecidos”; segue a mesma doutrinadora registrando idêntico reco-

22 “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. (realce inovado).

23 “Enunciado 103 - O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”

“Enunciado 256 - A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

24 RE 898060, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-187 Divulg 23-08-2017 Public 24-08-2017. Repercussão geral, Tema 622.

25 Art. 33, Lei nº 8069/90. (BRASIL, 1990).

nhecimento do Direito Francês, o qual prevê a obrigação em comento nos artigos 206 e 207 do seu Código Civil (PEREIRA, 2007, p. 53 e 54).

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 545) também se posiciona contrariamente à tese, a partir de uma compreensão de que o rol de legitimados elencados no Código Civil é *numerus clausus* e não inclui os afins. A despeito disso, leciona que aquele que presta os alimentos em cumprimento a uma obrigação natural do dever de solidariedade não tem direito a repetição (GONÇALVES, 2013, p. 546). Outrossim, Áurea Pimentel Pereira (2007, p. 52) é enfática, quando leciona que “Na legislação civil pátria, não se reconheceu, aos parentes afins, o direito de reclamar alimentos ou de serem chamados a prestá-los.”

Abaixo colacionam-se alguns julgados de tribunais brasileiros na esteira desse posicionamento contrário aos alimentos entre os afins:

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. PARENTE POR AFINIDADE. AVODRASTA. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO LEGAL. 1. *Não há vínculo legal acerca da obrigação de prestar alimentos aos parentes por afinidade, como no caso de avodраста, pensionista de avô que prestava alimentos à neta.* 2. Recurso conhecido e não provido.

(TJDFT, Acórdão 1059848, 20150111153663 APC, Relator Silva Lemos, 5ª Turma Cível, julgamento: 11/10/2017, publicado no DJE: 28/11/2017. Pág.: 276/278)

ALIMENTOS PROVISÓRIOS. ARBITRAMENTO HOSTILIZADO DO VALOR COMPOSTO. *PRETENSÃO DEDUZIDA POR NORA, EM VISTA DOS SOGROS E MARIDO. IMPOSSIBILIDADE QUANTO AOS MESMOS. PARENTESCO POR AFINIDADE. PRELIMINAR DE RECONHECIMENTO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ACOLHIDA. CONTINUAÇÃO DA AÇÃO APENAS QUANTO AO MARIDO. INIDENTIFICAÇÃO DE NECESSIDADES, PREMENTES, CONSUBSTANCIADORA DE POSSÍVEL ALTERAÇÃO, PARA MAIOR, DO PENSIONAMENTO. RECURSO IMPROVIDO.*

(TJMG, Agravo de Instrumento 1.0000.00.230211-5/000, Relator Des. Isalino Lisboa, 3ª Câmara Cível, julgamento em 18/10/2001, publicação da súmula em 09/11/2001)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE DÍVIDA ALIMENTAR PROPOSTA PELO MARIDO DA FILHA DA ALIMENTADA EM FACE DOS OUTROS FILHOS, SOB FUNDAMENTO DE QUE ARCOU COM AS DESPESAS DE MANUTENÇÃO DE SUA SOGRA, PESSOA IDOSA E DOENTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1- O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos ascendentes, nos termos do art. 1.696 do Código Civil. 2- *Se quem não está obrigado à prestação de alimentos, tendo parentesco apenas por afinidade com a alimentanda (art. 1.596), contribui para a sua manutenção, tem direito de pretender perante os obrigados legalmente, que haja a retribuição proporcional dos valores prestados, sob pena de haver locupletamento indevido. - Apelo improvido.*

(TJRJ, Apelação 0007700-81.2003.8.19.0207, 9ª Câmara Cível, Rel Des Joaquim Abílio M. Alves de Brito, j. 29/06/2006)²⁶

26 No mesmo sentido: “AÇÃO DE ALIMENTOS. *PRETENSÃO DO ENTEADO DE VER-SE BENEFICIADO EM AÇÃO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES PARA O REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR QUE DECORRE DA RELAÇÃO DE PARENTESCO OU DO PODER FAMILIAR. MÍNIMO REPARO NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.* (TJRJ, Apelação 0092332-08.2005.8.19.0001, Oitava Câmara Cível, Rel. Des Luiz Felipe Miranda De Medeiros Francisco, j. 10/10/2006, publicação 01/11/2006)”

ALIMENTOS EM FAVOR DA SOGRA. PRISÃO CIVIL. DESCABIMENTO. Em se tratando de pedido de *pensão alimentícia* da mãe à filha que não reúne rendimento algum, sendo total dependente do marido, descabe determinar sua prisão civil por inadimplemento, por considerar-se a renda do marido. Tal seria o mesmo que condenar o marido à prestação de *pensão alimentícia* em favor da sogra. Descabe, portanto, a prisão civil de quem tem justificável e involuntário o inadimplemento da obrigação alimentar. Agravo provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA)

(TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70012029831, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em: 14-09-2005, publicação 22/09/2005).

AÇÃO DE ALIMENTOS. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA EXTRA OU ULTRA PETITA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. FIXAÇÃO DE PENSÃO COM BASE EM SALÁRIOS MÍNIMOS. Em se tratando de prestação *alimentícia*, descabe se falar em sentença extra ou ultra petita, eis que o juiz não fica adstrito ao pedido, que é reputado genérico, pois o critério é a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante. *De fato, o genro não deve alimentos à sogra.* Ocorrente, pois, seu falecimento, viável a incidência da verba alimentar sobre a *pensão* recebida pela filha, com o que resta prejudicada a discussão. Não viola o artigo 7º, inciso IV, da CF, a fixação da *pensão* em salários mínimos. Considerado o aumento das possibilidades da filha, ainda que por nefasto acontecimento (falecimento do marido aposentado e doente), cabível a fixação da verba alimentar em importância que corresponde à metade das comprovadas necessidades da mãe. Primeiro apelo desprovido e provido parcialmente o segundo.

(TJRS, Apelação Cível Nº 70000635722, 2ª Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desa. Marilene Bonzanini, Julgado em: 14-06-2000). (realces inovados)

Já os julgados infratranscritos qualificam eventual contribuição entre parentes afins como mera liberalidade:

FAMÍLIA - ALIMENTOS - ENTEADA - MERA LIBERALIDADE - SUSPENSÃO A QUALQUER TEMPO - PARENTESCO POR AFINIDADE - OBRIGAÇÃO SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR EM RELAÇÃO AOS PARENTES CONSANGUÍNEOS.

(TJMG - Apelação Cível 1.0702.07.343818-7/002, Relatora Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª Câmara Cível, julgamento em 30/10/2007, publicação da súmula em 29/11/2007)

EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. ENTEADA. PESSOA MAIOR, CAPAZ E APTA AO TRABALHO. REDUÇÃO DO QUANTUM. CABIMENTO. 1. *Inexiste título jurídico a albergar a manutenção do encargo alimentar que foi voluntariamente contraído pelo alimentante.* 2. *Inexiste obrigação alimentar de enteado em relação ao cônjuge do genitor, cuja relação de parentesco é apenas de afinidade.* 3. Se o alimentante, por razões nobres, assumiu voluntariamente o encargo alimentar em relação à filha da ex-mulher, que é sua enteada, quando do divórcio, pois era menor e ele era o provedor da família, o fato da *alimentada* ter atingido a maioridade justifica plenamente o pedido de exoneração dessa obrigação, pois ele não em obrigação de continuar prestando *alimentos* a ela. 4. Como a *alimentada* não tem título jurídico capaz de albergar o direito de pedir *alimentos* ao ex-marido da sua mãe, obviamente não lhe é facultado se opor ao pleito exoneratório, pois os *alimentos* lhe eram prestados como liberalidade. 5. A obrigação de prover o sustento dos filhos é dos pais e também

se extingue com a maioria civil, salvo situação excepcional de incapacidade ou quando o filho está a cursar estabelecimento de ensino superior ou, ainda, quando comprove cabalmente a sua condição de necessidade, no caso a *alimentada* não é filha do alimentante e não comprovou a necessidade absoluta de ser *alimentada*. Recurso provido.

(TJRS, Apelação Cível Nº 70069706141, 7ª Câmara Cível, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 27-07-2016, publicação: 02-08-2016)²⁷ (realces inovados)

Antunes Varela (1999, p. 97), traz à baila que o direito português apenas permite chamar o padrasto e a madrasta a pagarem pensão ao enteado em condições especiais referidas na alínea f do nº 1 do art. 2009²⁸. Segue o mesmo insigne professor português lecionando que os efeitos jurídicos da afinidade são e devem ser mais restritos que os decorrentes do liame existente entre aqueles que possuem o mesmo sangue:

O vínculo de sangue desperta e radica, em regra, sentimentos de afeição mais profunda e envolve, em vários aspectos implicações de ordem biológica e eugénica, ao passo que a relação de afinidade, criando laços mais tardios e mais superficiais de afeições, se baseia em considerações de ordem puramente moral ou social (VARELA, 1999, p.103).

Ainda sobre o direito lusitano, Sara Castro (2018, p.32) considera um avanço a edição da norma acima referenciada no Código Civil, mas admoesta à necessidade de se atentar ao caráter limitado e subsidiário dessa obrigação alimentar atribuído à padrastos e madrastas em relação aos seus enteados.

Em igual sentido, Ghilardi e Paiano (2021, p. 19) trazem à tona que, no direito alemão, é prevista a obrigação do padrasto prestar alimentos em caso de morte do progenitor, direcionada à sua formação adequada (par. 1 1371, 4, BGB).

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 408) vaticina que nenhum outro efeito deve se deduzir das relações de afinidade, além da conformação dos impedimentos matrimoniais e segue explicando que apenas indiretamente a obrigação alimentar resvala nos afins: “fornecendo a mulher casada assistência econômica a seus pais, em verdade seu marido estará participando nesta prestação, se o casamento for regido pelo regime da comunhão universal” (RIZZARDO, 2008, p. 762).

27 No mesmo sentido, do mesmo tribunal: “DIVÓRCIO LITIGIOSO. ALIMENTOS. FILHO MENOR. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. PROVA. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PAGAMENTO AO FINAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. QUESTÃO A SER EXAMINADA EM PRIMEIRO GRAU. 1. O pedido de quebra do sigilo fiscal e bancário não tem urgência para justificar nesse momento e, aliás, a questão sequer foi apreciada em primeiro grau e o seu exame implicaria supressão de um grau de jurisdição, não sendo possível examiná-la neste recurso. 2. Diante do sólido patrimônio a ser partilhado, evidentemente a autora não é hipossuficiente, e, por falta de liquidez, mostra-se correta a determinação de que as despesas do processo sejam pagas ao final, quando a questão da gratuidade da justiça poderá ser reapreciada, caso demonstre a parte insuficiência de recursos. 3. É totalmente descabida a pretensão de que o divorciando pague o plano de saúde da sogra, pois inexistente base legal e ela sequer é parte no processo. 4. A obrigação de prover o sustento da prole comum é de ambos os genitores, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade e, enquanto o guardião presta alimento in natura, o outro deve prestar o sustento in pecunia, através de uma pensão alimentícia. 5. Os alimentos devem ser estabelecidos de forma a atender as necessidades dos filhos, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, não merecendo reparo a fixação que está afeiçoada ao binômio legal. 6. Descabe fixação liminar de alimentos à divorcianda quando ela é ainda jovem e tem qualificação profissional, estando o casal separado de fato há mais de um ano. 7. Cuidando-se da fixação de alimentos provisórios, poderão ser fixados alimentos a qualquer tempo, sendo que também o valor fixado para o filho poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que justifiquem a revisão dessas decisões. Recurso conhecido em parte e desprovido. (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70080952427, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 14/08/2019, publicação 16/08/2019)”

28 “O padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste.”

Rolf Madaleno (2010, p. 80), outrossim, é refratário aos alimentos entre os afins, advogando que o parentesco por afinidade não confere nenhum direito (como exemplo: herança *ab intestato*, execução de alimentos), embora reconheça que sejam a estes sujeitos impostas certas limitações, como a proibição de núpcias. O mesmo autor, em outra obra, reitera que não encontra fundamento fático ou legal para tanto, reportando que tal prática, se admissível, remontaria à ideia das antigas famílias – mais amplas e vigentes num contexto de sociedade rural, não mais justificável diante da instituição da previdência e da assistência sociais (arts. 201 e 203 da CF/88) (MADALENO, 2013, p. 915). A despeito disso, na mesma publicação referida, o citado autor gaúcho cita e elogia precedente catarinense onde o tribunal do respectivo estado confirmou decisão de juíza da comarca de São José a qual deferiu alimentos provisórios em face de um padrasto a serem pagos em favor de sua enteada²⁹. *In casu*, o padrasto reconhecia a enteada como sua dependente econômica, inclusive junto à instituição de ensino desta (MADALENO, 2013, p. 917 e 918).

Com o devido respeito à autoridade do insigne civilista gaúcho, obtempera-se que a posição supra referida – de não reconhecer a possibilidade de alimentos entre os afins, não deva prosperar. De fato, enteada e padrasto são ligados entre si pelo vínculo jurídico do parentesco por afinidade. Se entre estes, o ilustre professor admite pensão alimentícia, não há como advogar a impossibilidade de outras pessoas (parentes de igual modo, por afinidade) serem acionadas com o mesmo desiderato, sob pena de prejuízo à congruência e lógica do ordenamento jurídico. Para esse norte, convergem os ensinamentos de Maria Berenice Dias, segundo a qual:

A lei impõe a obrigação alimentar aos parentes sem qualquer distinção ou especificidade (CC 1694). Parentes são quem a lei assim identifica. Além do parentesco natural ou consanguíneo, existe o parentesco por afinidade (...) Desse modo, quando o legislador faz menção a parentes devem se entender aí os familiares consanguíneos, os da afinidade e da adoção. (DIAS, 2017c, p. 618).

O entendimento consagrado no julgado abaixo transcrito vem ao encontro da ideia:

DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - PEDIDO FEITO PELA ENTEADA - ART. 1.595 DO CÓDIGO CIVIL - EXISTÊNCIA DE PARENTESCO - LEGITIMIDADE PASSIVA. *O Código Civil atual considera que as pessoas ligadas por vínculo de afinidade são parentes entre si, o que se evidencia pelo uso da expressão "parentesco por afinidade", no parágrafo 1º. de seu artigo 1.595. O artigo 1.694, que trata da obrigação alimentar em virtude do parentesco, não distingue entre parentes consanguíneos e afins.*

(TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.533394-5/001, Relator Des. Moreira Diniz, 4ª Câmara Cível, julgamento em 20/10/2005, publicação da súmula em 25/10/2005) (realce inovado)

Ghilardi e Paiano (2021, p. 24) colocam em sua pesquisa alguns julgados sobre o tema e concluem que os tribunais enfrentam casuisticamente à questão, o que enseja grande insegurança jurídica e realça a importância de se determinarem parâmetros para a obrigação alimentar em especial advinda da relação entre padrasto/madrasta e enteado. No vibrar desse diapasão, propõem que essa determinação leve em consideração a postura do(a) padrasto/madrasta em relação ao enteado enquanto vigente a relação com a mãe/o pai deste, deven-

29 AI 2012.073740-3, 2ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Rel. Des. João Batista Góes Ulyseu, j. 18.02.2013.

do-se aferir se, neste contexto, havia ou não a contribuição do primeiro para o custeio das despesas do segundo.

Ora, se laços afetivos foram criados e se o cônjuge ou companheiro assumiu espontaneamente o dever de sustento do filho de sua(seu) cônjuge ou companheira (o) durante a relação de conjugalidade, e se a interrupção dessa verba comprometer o bem-estar do(a) enteado(a) menor de idade ou dependente, não parece nem um pouco razoável a exoneração da responsabilidade, seja pelo dever de solidariedade presente entre os membros da unidade familiar, seja em decorrência da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes (GULHARD; PAIANO, 2021, p. 23,24)

Pertinente que se ressalte, nesse sentido, que o padrasto/ a madrasta podem, já durante a união com o(a) genitor(a) do seu enteado, manter uma postura ativa pela qual, voluntariamente, encarregam-se de desincumbir-se do custeio das despesas ou, pela menos, de parte destas, em relação à nova família. Neste caso, parece-nos questionável que persista a obrigação de prestação de assistência material após rompido o vínculo. Nesse sentido, Yussef Said Cahali (2006, p. 495) admite que, possuindo a natureza de obrigação natural, as prestações alimentares, uma vez pagas, não admitem repetição.

Não obstante consigne que a jurisprudência é resistente em encampar a tese, Maria Berenice Dias reputa ser inegável a responsabilidade subsidiária e complementar entre os afins quanto aos alimentos.

Reconhecendo a lei a permanência do vínculo de parentesco sem fazer nenhuma ressalva ou impor qualquer restrição, descabe interpretação restritiva que limite direitos. Assim, dissolvido o casamento ou a união estável, possível é tanto o ex-sogro pedir alimentos ao ex-genro, como este pedir alimentos àquele. Também possível o enteado buscar alimentos do ex-cônjuge ou ex-companheiro do seu genitor. (DIAS, 2017c, p. 619)

Ainda consoante a mesma doutrinadora, acaso o enteado esteja vivenciado experiência de filho socioafetivo, na posse do estado de filho em face do padrasto/madrasta, a obrigação alimentar também se apresenta inquestionável deste para com aquele com esteio no princípio da confiança e no da vedação a comportamentos contraditórios³⁰ – derivações da boa-fé objetiva (DIAS, 2017b, p. 58).

Entende-se que, se a pessoa representou a função de pai ou de mãe para um filho socioafetivo, deve responder pelo encargo alimentar. O que é referendado pela transformação incidente sobre o instituto da filiação ao longo dos tempos, evidenciando o seu viés fático e de estrutura psicológica para os envolvidos (FACHIN; MATOS, 2009, p. 560).

De igual modo, o raciocínio desenvolvido por Heloísa Helena Barbosa (2013, p. 8) em paradigmático artigo sobre os efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo, dá guarida ao posicionamento ora defendido. Efetivamente, como sintetiza com maestria a insigne civilista, uma vez estabelecido o vínculo de filiação, por conseguinte, resta instaurado o parentesco, em todas as suas linhas e graus, determinando a produção de todos os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais disso decorrentes.

Invoca-se, ademais, uma das derivações do princípio da boa-fé objetiva, segundo a qual são vedados comportamentos contraditórios entre as partes de determinada relação jurídica.

Prestigia-se, em último plano, a teoria da aparência e atribuem-se a fatos consolidados efeitos jurídicos. É nesse sentido a doutrina de Farias e Rosenthal (2014b, p. 753) que admitem, em casos concretos, a pensão alimentícia entre padrasto/madrasta e enteado até para que se evite a chancela judicial sobre um eventual anterior comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Citando Judith Martins Costa, os referidos doutrinadores ainda lecionam que se trata de uma das perspectivas do abuso de direito, inserta na Teoria dos Atos Próprios.

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que *ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu casa* (FARIAS; ROSENVALD, 2014a, P. 633).

Pois bem, fincada a premissa da possibilidade da pretensão alimentar entre parentes afins, impescinde agregarem-se condições para o êxito desse acesso, o que se fará a seguir.

3. DAS CONDIÇÕES PARA QUE PARENTES AFINS DEMANDEM RECIPROCAMENTE PENSÃO ALIMENTÍCIA

Os requisitos ordinários que se impõem ao deferimento de toda e qualquer pensão alimentícia encontram-se reunidos num trinômio: “o parentesco ou o vínculo marital ou união estável; a necessidade e a incapacidade de se sustentar por si próprio; e a possibilidade de fornecer alimentos de parte do obrigado” (FARIAS; ROSENVALD, 2014b, p. 743). A par destes pressupostos, reputa-se que a pensão alimentícia entre os afins demande a suplantação de outras condições, a seguir detalhadas.

Nesse contexto, impõe-se uma distinção entre os parentes afins, conforme a linha que os una, para uma melhor elucidação acerca da pretensão alimentar nestes casos. Rememora-se que o parentesco por afinidade pode existir tanto na linha reta, quanto na colateral – também chamada linha transversal.

Por sua vez, dentre os afins em linha reta, é possível a identificação de parentes sob o prisma descendente (e. *gratia*, enteado) quanto ascendente (e. *gratia*, sogro). No que atine à linha transversal, o parentesco em questão se resume ao “cunhadio” (segundo grau).

Essa primeira distinção entre linhas de parentesco por afinidade será determinante na delimitação da eficácia temporal desse vínculo jurídico – que é *vitalícia* no caso dos parentes por afinidade em linha reta e, de outro lado, *limitada à duração do casamento/ da união estável*, tratando-se de parentesco por afinidade na linha colateral.

Pode-se concluir, destarte, que, para aqueles vinculados com os ascendentes e descendentes dos seus cônjuges e companheiros, incide *vitaliciamente* a obrigação alimentar³¹. Já

31 §2º, art. 1.594, CC (BRASIL, 2002)

no caso dos colaterais por afinidade, a obrigação é *temporária*, cessando ao tempo que cessar a união / casamento, momento que encerra também o dever jurídico de prestar alimentos.

Desse modo, no que atine aos parentes afins colaterais – cujos únicos representantes são os cunhados, eventual pleito alimentar, para que tenha êxito, deve demonstrar a *contemporaneidade* do pedido de alimentos em relação ao relacionamento do qual originou-se o parentesco. Isso porque o dever jurídico decorrente da solidariedade familiar apenas incide na vigência do relacionamento-base, é o que se deflui a partir de uma interpretação a *contrario sensu* de dispositivo do Código Civil brasileiro³².

Ademais, para todas as espécies de afins, reputa-se que o acionamento judicial envolvendo pensão alimentícia pressupõe a demonstração do exaurimento da possibilidade de se acionarem os parentes consanguíneos e cônjuges / companheiros. Aborda-se, neste azo, acerca da *subsidiariedade* da pensão entre os afins. Sobre essa peculiaridade dos alimentos no parentesco por afinidade, colaciona-se o seguinte julgado:

EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - EX-SOGRA – AUTOR QUE LOGROU COMPROVAR A CAPACIDADE FINANCEIRA DA EX-CÔNJUGE DE SUPRIR AS NECESSIDADES DA PRÓPRIA MÃE – DEVER ALIMENTAR RECÍPROCO ENTRE PAIS E FILHOS – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1696 E 1698 DO CÓDIGO CIVIL - AÇÃO PROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP, Apelação Cível 1002805-33.2018.8.26.0565; Relator Erickson Gavazza Marques; 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Caetano do Sul - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/12/2019; Data de Registro: 09/12/2019) (realce inovado)

No vibrar desse mesmo diapasão, trazem-se à baila algumas decisões dos tribunais brasileiros que não excluem a possibilidade de alimentos entre os parentes por afinidade. Esses precedentes indeferem pleito de alimentos entre esses parentes, não em decorrência da natureza do vínculo jurídico entre estes, mas, sim, pela ausência da comprovação da necessidade da verba ou da comprovação do acionamento prévio dos parentes consanguíneos. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIMENTOS – SOGRA X NORA – INDEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (OBSTAR A REINTEGRAÇÃO DE POSSE DETERMINADA EM OUTRO PROCESSO) – INSURGÊNCIA – ALEGAÇÃO DE QUE PRECISA PERMANECER NA CASA ONDE RESIDE, ANTE SUA DIFÍCIL SITUAÇÃO, BEM COMO QUE ESSA MORADIA DEVE SER CONSIDERADA COMO ALIMENTOS IN NATURA - DESCABIMENTO - NÃO FOI PREVIAMENTE COMPROVADA A ALEGADA NECESSIDADE – INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE OS DEMAIS PARENTES NÃO TÊM POSSIBILIDADE DE AJUDÁ-LA - AGRAVO IMPROVIDO.

(TJSP, Agravo de Instrumento 2134722-73.2019.8.26.0000; Relator: Miguel Brandi; 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pontal - 1ª Vara; Data do Julgamento: 27/11/2019; Data de Registro: 27/11/2019)

Apelação cível. Ação de alimentos- Pretensão deduzida pelo filho, em face da companheira do seu falecido pai- Parentesco por afinidade - Existência de colaterais de segundo- Recurso a que se nega provimento.

1. Ausentes os descentes (sic), a obrigação de prestar alimentos deverá incidir sobre os irmãos, parentes colaterais de segundo grau, sejam eles germanos ou bilaterais ou unilaterais. Trata-se de regra textualmente expressa no artigo 1.697 do Código Civil de 2002.

2. A parte apelante, a despeito de ser enteado da parte apelada, não pode obrigá-la a pensioná-lo sem antes provar de forma pormenorizada a sua real necessidade, e que os seus parentes consanguíneos não possuem condições de fazê-lo.

(TJMG - Apelação Cível 1.0024.10.191582-5/001, Relator Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, julgamento em 01/10/2013, publicação da súmula em 11/10/2013) (realce inovado)

Esse caráter *subsidiário* que impõe ser respeitado no acionamento dos alimentantes parentes por afinidade consiste, portanto, na ideia que, em primeiro plano, devem ser chamados a pagar alimentos o cônjuge/ companheiro do alimentando e os parentes consanguíneos deste; apenas na falta ou na impossibilidade desses primeiros obrigados, reputa-se possível demandar, num segundo momento, contra os parentes afins.

Desta maneira, apresenta-se como condição para o êxito na ação de alimentos movida por um parente afim contra outro a demonstração cabal do acionamento prévio dos parentes biológicos ou, pelo menos justificativa quanto à impossibilidade de fazê-lo. Maria Berenice Dias (2017a, p. 95) aborda essa característica ao defender que, pelo menos neste caso – quando não houver parentes consanguíneos, ou restar evidenciado que eles não dispõem de recursos para auxiliar, é inquestionável a possibilidade de se apelar ao vínculo de afinidade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014b, p. 752 e 753), outrossim, ratificam essa nota subsidiária da pensão entre os afins em relação aos consanguíneos.

Atente-se, *ad finem*, que a afinidade só se institui entre os parentes do cônjuge que tenham nascido ao tempo da dissolução do casamento, de sorte que não serão parentes, por exemplo, os filhos que uma pessoa divorciada vier a ter, em relação ao seu ex-cônjuge (VARELA, 1999, p. 106). Impõe-se, assim, perscrutar acerca da *contemporaneidade* quando se afere sobre a existência ou não de parentesco afim do qual emana a obrigação alimentar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo desenvolvido, pode-se percorrer o histórico e traçar o perfil atual do parentesco por afinidade. Nesse sentido, demonstrou-se que, na Antiguidade Clássica, o Direito Romano reconhecia e primava, em um primeiro momento, pelo parentesco de origem não sanguínea, associado à identidade de culto e à submissão ao mesmo *pater familias*. O Direito Civil Brasileiro, outrossim, já previa o parentesco por afinidade ao tempo do precursor Código Civil deste Estado.

O advento da Constituição Federal de 1988 repercutiu nessa regulamentação na medida em que assimilou outras formas de família, como a união estável. Em face disso, esta conformação familiar foi reconhecida expressamente pelo Código Civil de 2002 como fonte geradora do parentesco por afinidade. Assim é que, hodiernamente, pôde-se conceituar o parentesco por afinidade como o vínculo jurídico que une um cônjuge ou companheiro aos parentes do outro.

A seguir, discorreu-se sinteticamente sobre a natureza jurídica desse vínculo, citando-se posições doutrinárias que o reconhecem como espécie de parentesco e outras que assim não o fazem. Perfilhou-se à primeira corrente.

Especificamente analisando-se a possibilidade jurídica de os parentes afins demandarem reciprocamente alimentos, advogou-se que essa pretensão é juridicamente possível no ordenamento jurídico brasileiro atual. A despeito de se haver demonstrado a posição refratária de boa parte da doutrina à tese, entendeu-se que a pensão alimentícia pode ser acessada pelos afins, na medida em que o Código Civil, ao estatuir acerca da legitimidade do instituto em comento, não faz distinção dentre as várias espécies de parentesco aquela(s) que pode(m) ou não demandar essa verba. Nesse sentido, descabida afigurou-se qualquer interpretação restritiva, sobretudo por se tratar de instituto assistencial que diz respeito ao resguardo da própria vida e dignidade humanas.

A outro giro, invocou-se o princípio da solidariedade familiar como um outro fundamento a dar guarida à tese defendida. Com efeito, não há como se abordar o parentesco dissociado dessa norma principiológica de matriz constitucional.

Em paralelo, colacionaram-se alguns julgados de tribunais brasileiros, a partir dos quais pôde-se constatar o quão polêmica é a discussão da temática no âmbito das cortes sobre o assunto.

Sem prejuízo da possibilidade defendida de incidir a obrigação alimentar entre os parentes vinculados pela afinidade, demonstrou-se ao final a necessidade de se suplantarem alguns requisitos para o êxito dessa pretensão. Reputou-se que se trata de obrigação subsidiária, de modo que, primeiramente, impõe-se acionar os parentes consanguíneos e cônjuge/companheiro, para, apenas na ausência ou impossibilidade destes, demandarem-se os parentes afins.

Outrossim, restou assentado que é imprescindível verificar a linha do parentesco – se reta ou colateral, para aferir-se acerca do êxito da pretensão. Isso porque trouxe-se à baila que o Código Civil apenas reconhece como vitalício o parentesco por afinidade em linha reta, estatuinto que, na linha transversal, o vínculo extingue-se com a dissolução do casamento/da união estável. Há que se perquirir, finalmente, sobre a contemporaneidade do vínculo em relação à data do acionamento do Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, v. 2., n. 24, 2013.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 30 dez. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre registros públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em 30 Dez. 2021.

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, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 30 dez. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 30 dez. 2021.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Sara Emanuela Vieira de Castro. A relação entre padrasto e enteado: direitos e deveres. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Coimbra: 2018. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85857/1/Disserta%20c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em 21 dez. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos: direito, ação, eficácia, execução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto: questões jurídicas*. 2 ed. São Paulo: RT, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12 ed. São Paulo: RT, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (5ª Turma Cível). *Apelação cível 20150111153663*. Relator: Silva Lemos, 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 30 Dez. 2021.

FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação socioafetiva e alimentos. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 551-563.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar para um novo Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. 1 ed. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GHILARDI, Dóris; PAIANO, Daniela Braga. O direito fundamental aos alimentos com base nas relações de padrasto e madrastra sob a perspectiva do princípio da solidariedade. *Sequência: Estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, Ano XLII, Vol. 42, p. 1-29. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/3309>. Acesso em 19 Dez. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2552>. Acesso em: 16/02/2020.

MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. Laços que ficam e paternidade alimentar. *Gen Jurídico*. 2015. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/06/30/lacos-que-ficam-e-paternidade-alimentar/>. Acesso em 17/02/2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19 ed. São Paulo: Forense, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (3ª Câmara Cível). *Agravo de Instrumento 1.0000.00.230211-5/000*. Relator: Des. Isalino Lisbôa, 18 de outubro de 2001. Disponível em https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3DFBA30D88C2E91EAA98DE965A07AE0C.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.230211-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 30 Dez. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1ª Câmara Cível). *Apelação Cível 1.0702.07.343818-7/002*. Relator: Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 30 de outubro de 2017. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.07.343818-7%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 30 Dez. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2ª Câmara Cível). *Apelação Cível 10024101915825001*. Relator: Des. Marcelo Rodrigues, 1 de outubro de 2013. Disponível em <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117743508/apelacao-civel-ac-10024101915825001-mg/inteiro-teor-117743564>. Acesso em 30 Dez. 2021.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família* (atualizado por Vilson Rodrigues Alves) Campinas: Bookseller, 2001, v.3.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. O afeto nas famílias recompostas: possibilidades de repercussão jurídica positiva do elemento afetivo nas relações de afinidade no Brasil. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/435/352>. Acesso em 07 mar. 20.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da. *Família e sucessões sob um olhar prático*. Porto Alegre: IBDFAM, Letra & Vida, 2013, p.30-46.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (9ª Câmara Cível). *Apelação 0007700-81.2003.8.19.0207*. Relator: Des. Joaquim Abilio M. Alves de Brito, 29 de junho de 2006. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/406767534/apelacao-apl-77008120038190207-rio-de-janeiro-ilha-do-governador-regional-1-vara-civel>. Acesso em 30 Dez. 2021.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (8ª Câmara Cível). *Apelação 0092332-08.2005.8.19.0001*. Relator: Des. Luiz Felipe Miranda De Medeiros Francisco, 10 de outubro de 2006. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/406195306/apelacao-apl-923320820058190001-rio-de-janeiro-capital-16-vara-de-familia>. Acesso em 30 Dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). *Agravo de Instrumento Nº 70012029831*. Relatora: Desa. Maria Berenice Dias, 14 de setembro de 2005. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=consulta_processual. Acesso em 30 Dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2ª Câmara Especial Cível). *Apelação Cível, Nº 70000635722*. Relatora: Desa. Marilene Bonzanini, 14 de junho de 2000. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=consulta_processual. Acesso em 30 Dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). *Apelação Cível Nº 70069706141*. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 27 de julho de 2016. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=consulta_processual. Acesso em 30 Dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). *Agravo de Instrumento Nº 70080952427*. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 14 de agosto de 2019. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_reduzido=70080952427&nr_themis=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em 30 Dez. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2ª Câmara de Direito Civil). *Agravo de Instrumento Nº 2012.073740-3*. Relator: Des. João Batista Góes Ulyseu, 18 de fevereiro de 2013. Disponível em <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/945389487/agravo-de-instrumento-ai-20120737403-sao-jose-2012073740-3>. Acesso em 30 Dez. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (5ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível Nº 10028053320188260565 SP 1002805-33.2018.8.26.0565*. Relator: Des. Erickson Gavazza Marques, 9 de dezembro de 2019. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790863916/apelacao-civel-ac-10028053320188260565-sp-1002805-3320188260565>. Acesso em 30 Dez. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (7ª Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento 2134722-73.2019.8.26.0000*. Relator: Des. Miguel Brandi, 27 de novembro de 2019. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790863916/apelacao-civel-ac-10028053320188260565-sp-1002805-3320188260565>. Acesso em 30 Dez. 2021.

SIMÃO, José Fernando. *Notas sobre as relações familiares no período das Ordenações Filipinas*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/notas-sobre-as-relacoes-familiares-no-periodo-das-ordena-coes-filipinas/12754>. Acesso em 16 fev. 2020.

VARELA, Antunes. *Direito da Família*. 5 ed. Lisboa: Livraria Petrony LDA, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 6.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Direito de Família*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do direito de família. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 – abr. 2012.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 05/04/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/04/2020
- Avaliação 1: 07/05/2020
- Avaliação 2: 31/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 18/10/2021
- Retorno rodada de correções: 30/12/2021
- Decisão editorial/aprovado: 30/12/2021

Equipe editorial envolvida

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

A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL NÚMERO 84 DE 2019: SUSTENTABILIDADE FISCAL E O PACTO FEDERATIVO

PROPOSAL FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENT 84,
OF 2019: FISCAL SUSTAINABILITY AND THE FEDERATIVE PACT

VIRGÍNIA RAMOS CASTILHO¹
RAFAEL JOSÉ NADIM DE LAZARI²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a Proposta de Emenda Constitucional 84, de 2019, em relação ao federalismo brasileiro e às possibilidades de se alcançar o equilíbrio e a sustentabilidade fiscais, aplicando-se o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se, na escrita, o procedimento dedutivo. Justifica-se a pesquisa em decorrência da necessidade de se encontrar o equilíbrio fiscal no federalismo brasileiro e o estudo do federalismo fiscal, a partir dos conceitos de centralização e descentralização, bem como da evolução do instituto jurídico político da federação e suas relações com o direito fiscal permitindo-se o desenvolvimento sustentável e a concretização de vários mandamentos constitucionais, por meio dos objetivos da PEC 84 de 2019, quais sejam, a possibilidade de concessão de determinados serviços públicos de competência da União aos Estados e à retenção de determinados tributos federais. Concluiu-se que a aprovação da referida emenda pode ser benéfica no que concerne à consecução desses objetivos.

Palavras-chave: desenvolvimento sustentável; equilíbrio fiscal; federalismo brasileiro; proposta de emenda constitucional 84.

1 Mestranda pela Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Eliseos Campos. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Advogada e professora universitária. Já atuou como Assessora Jurídica Municipal da Prefeitura de Paranaíba-MS. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-5917-9151>.

2 Advogado e consultor jurídico (OAB/SP nº 296.538). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal (2017). Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha, de Marília/SP (2017). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP (2015). Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha, de Marília/SP (2012). Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente/SP (2009). Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor da Graduação em Direito da Rede Gonzaga de Ensino Superior - REGES, de Dracena/SP. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Constitucional da Rede LFG de Ensino. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, Vipjus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, dentre outros). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-9808-8631>.

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

CASTILHO, Virgínia Ramos; LAZARI, Rafael José Nadim de. A Proposta de Emenda Constitucional número 84 de 2019: sustentabilidade fiscal e o pacto federativo. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 188-204, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.7860>.

ABSTRACT

The purpose of this study is to study the Proposal for Constitutional Amendment 84, of 2019, in relation to Brazilian federalism and the possibilities of achieving fiscal equilibrium and sustainability, applying the deductive method, through bibliographical and documentary research, using writing, the deductive procedure. The research is justified due to the need to find fiscal balance, based on the concepts of centralization and decentralization, as well as the evolution of the federation's political legal institute and its relations with tax law, allowing for sustainable development and the realization of several constitutional commandments, through the objectives of PEC 84, of 2019, namely, the possibility of granting certain public services of the Union's competence to States and the retention of certain federal taxes. It was concluded that the approval of the referred amendment could be beneficial with regard to the achievement of these objectives.

Keywords: sustainable development; fiscal balance; brazilian federalism; constitutional amendment proposal 84.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é o estudo da Proposta de Emenda Constitucional número 84, de 2019, em relação ao federalismo brasileiro e às possibilidades de se alcançar o equilíbrio e a sustentabilidade fiscais, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se, na escrita, o método dedutivo.

O presente trabalho se divide em quatro(4) partes. Na primeira, foi estudado o federalismo fiscal, e questões relacionadas à (as)simetria e à (des)centralização no federalismo. Na sequência, trata-se da questão da eficiência financeira dos Estados, sob os paradigmas instrumental e político.

A seguir, trabalha-se o conceito de equilíbrio fiscal em relação à (des)centralização no federalismo e à dívida interna das Unidades Federadas. Finalmente, estuda-se a PEC 84 de 2019 e seus objetivos em relação à sustentabilidade fiscal no federalismo brasileiro, quanto à possibilidade de concessão de serviços públicos de competência da União aos Estados.

Justifica-se o estudo ora apresentado pela necessidade de se encontrar o almejado equilíbrio fiscal no federalismo brasileiro, permitindo-se, com isso, o desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, a concretização de uma multiplicidade de mandamentos constitucionais.

2. O FEDERALISMO FISCAL

Objetiva-se, no presente tópico, o estudo do federalismo fiscal, a partir dos conceitos de centralização e descentralização e do estudo da evolução do instituto jurídico político da federação e suas relações com o direito fiscal. Trata-se de estudo essencial para que seja possível entender a atual situação das transferências constitucionais no Brasil.

2.1 CENTRALIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO

A federação é caracterizada pela divisão de um Estado em Unidades Federadas (ou Federativas), coordenadas, em maior ou menor medida, por um poder central. A centralização ou a descentralização, no federalismo, depende, portanto, do grau de autonomia que as Unidades têm em relação ao centro.

Uma pluralidade de órgãos envolve uma pluralidade de centros: *centralização* significa, portanto, centro único, unidade central; *descentralização*, por sua vez, se refere à pluralidade de centros. O Estado centralizado tem um aparato governamental *unificador* sobre a coletividade, enquanto o estado *descentralizado* o divide (FERRANDO BADIA, 1973, p. 48).

Note-se que cada Federação é caracterizada por um determinado grau de (des)centralização. Em uma federação centralizada, o poder central detém maior autonomia do que as Unidades Federadas que, por sua vez, podem ou não ter personalidade jurídica, poderes e orçamento próprios, destacados do centro.

Ao contrário, a ausência de centralização reforça a difusão do poder entre um número substancial de centros, no qual os entes podem atuar unilateralmente mediante alto grau de autonomia de áreas constitucionalmente abertas, bem como participar, enquanto partes, em atividades governamentais nacionais (RAMOS, 2010, p. 722).

Desse modo, a centralização ou a descentralização de uma federação dita, em parte significativa, o grau de autonomia de cada uma das Unidades Federadas. Para, no entanto, possibilitar a aferição dessa medida, é necessário estabelecer o grau de (as)simetria de cada Estado federado.

2.2 FEDERALISMO E (AS)SIMETRIA

A simetria ou a assimetria no federalismo corresponde, em síntese, à similaridade entre as Unidades Federadas naquilo que concerne à sua autonomia. Nesse mesmo sentido, o entendimento acerca do tema é fundamental para a compreensão do denominado federalismo de equilíbrio.

Um sistema federal *simétrico* ideal seria composto por unidades políticas constituídas por territórios e populações iguais, com características econômicas, condições climáticas, grupos sociais e instituições políticas semelhantes. Cada uma das unidades será apenas uma *reflexão em miniatura* dos aspectos importantes do sistema federal (TARLTON, 1965, p. 872).

Nesse sentido, inexisteriam grandes diferenças acerca dos recursos mecânicos e políticos com os quais o Estado lidaria com essas questões. No contexto do federalismo simétrico, cada Estado deve manter, essencialmente, o mesmo relacionamento com a autoridade central (TARLTON, 1965, p. 872).

É impossível uma simetria absoluta, especialmente nas federações com territórios extensos, em decorrência das diferenças culturais, históricas e econômicas entre as Unidades. A assimetria, porém, se reflete nas *competências* atribuídas a cada um dos entes federados. A partir delas, é possível classificar os federalismos em *dual*, *cooperativo* e *de equilíbrio*.

Na época do federalismo *dual*, utilizou-se a técnica norte-americana concernente à enumeração das competências próprias da União, restando aos Estados competências remanescentes, não enumeradas. Nesse sentido, nos EUA, foi prevista a chamada *cláusula das competências implícitas* (ALMEIDA, 2013, p. 1031).

No referido sistema, a doutrina, em regra, identifica uma repartição horizontal de competências, por meio de matérias distribuídas por regime de exclusividade a cada ente federado, vedada a participação ou a interferência da União no exercício dos poderes dos Estados e vice-versa (ALMEIDA, 2013, p. 1031).

No federalismo *cooperativo*, acresceu-se ao esquema a utilização de *competências concorrentes*. Passou-se a admitir que, em decorrência das competências privativas de cada esfera do poder, algumas competências possam ser exercidas por mais de um integrante da Federação, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil (ALMEIDA, 2013, p. 1032).

No *federalismo de equilíbrio* convivem ambas as técnicas de repartição. As competências concorrentes passam a ter uma importância ampliada, pois, caso seja bem utilizada, servem como mecanismo de correção dos excessos da tendência centralizadora característica de grande parte das Federações contemporâneas, altamente centralizadas (ALMEIDA, 2013, p. 1032).

Nesse sentido, o federalismo de equilíbrio, ao conjugar o federalismo dual e o cooperativo, ameniza a centralização sem, contudo, extingui-las. Além disso, colabora para o aumento da simetria entre as Unidades Federadas, tendo em vista aumentar a sua autonomia em relação ao centro de poder.

2.3 O FEDERALISMO FISCAL

O Estado fiscal, por definição, é aquele que se sustenta sob um regime tributário caracterizado pela *solidariedade*. Nesse contexto, todos os cidadãos contribuem com parcela de seus ganhos e posses, por intermédio do pagamento de tributos, para a manutenção da estrutura estatal e da prestação de serviços públicos.

A *estadualidade fiscal* corresponde a uma separação fundamental entre Estado e economia e à sua sustentação financeira por meio de sua participação nas receitas da economia produtiva por meio do imposto. Tal separação permite que Estado e economia atuem de acordo com critérios próprios ou autônomos (NABAIS, 2003, p. 4).

Evidentemente, todavia, as finanças estatais são diretamente dependentes do desenvolvimento econômico, até porque os impostos representam, em sua maior parte, uma parcela da produção da iniciativa privada. Ocorre que essa produção ocorre de maneira diferente entre as Unidades Federadas: umas produzem mais, outras, menos.

O Brasil é uma federação desde a Proclamação da República (1889). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o *federalismo fiscal*, com a descentralização das atividades governamentais, ampliando as atribuições das demais Unidades acerca da tributação, de sua repartição entre os entes federados e à sua competência acerca dos serviços públicos (GIUBERTI, 2005, p. 809).

O sistema constitucional brasileiro determina transferências de recursos da União para os Estados, especialmente por meio do Fundo de Participação dos Estados, da União para os Municípios, por intermédio do Fundo de Participação dos Municípios, e de Estados para Municípios (GIUBERTI, 2005, p. 809).

Tendo em vista a assimetria do federalismo brasileiro, faz-se necessária a redistribuição das finanças estatais por intermédio dos mecanismos financeiros determinados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente as transferências constitucionais. Ocorre que esses procedimentos não são suficientes para se alcançar o equilíbrio fiscal.

3. A (IN)EFICIÊNCIA FINANCEIRA ESTADUAL

O objetivo do presente capítulo é o de tratar da questão da eficiência financeira dos Estados, sob os paradigmas instrumental e político, assim como as possibilidades de sua aferição, no que concerne à relação entre a arrecadação e a consecução dos objetivos administrativos do ente federado.

3.1 OS ESTADOS E A EFICIÊNCIA FINANCEIRA

De acordo com o que se expôs acima, o federalismo fiscal assimétrico que se apresenta no Brasil é causador, em grande parcela, do desequilíbrio orçamentário que identificável no país. Ocorre que não se trata do único fator relevante, até mesmo em decorrência da ineficiência dos Estados no trato com as verbas públicas.

Os problemas orçamentários, entretanto, não se resumem à esfera federal, já que, em decorrência do avanço do processo de descentralização, parte significativa da gestão pública ocorre no âmbito de Estados e Municípios, encontrando-se apoiadas em um relevante e complexo regime de transferências (REZENDE, 2009, p. 11).

Mais do que isso, para além das transferências constitucionalmente determinadas, da União para os Estados, observa-se que estes detêm competência tributária própria, podendo delinear receita e despesas no sentido do atingimento de metas administrativas estaduais, regionais e locais.

Até porque a lei orçamentária não vincula o agente público no que tange à captação de receitas, pois qualquer raciocínio em sentido diverso seria um contrassenso, já que, por exemplo, se o lucro das empresas públicas pode aumentar quanto aos dividendos, também o Estado pode fazê-lo (KANAYAMA, 2009, p. 134).

Nesse sentido, é possível mensurar, separadamente em relação à arrecadação da União e aos repasses feitos às unidades da federação, a eficiência dos Estados no que se relaciona aos gastos, em comparação com o atingimento das metas traçadas pelos planos de administração.

3.2 EFICIÊNCIA INSTRUMENTAL X EFICIÊNCIA POLÍTICA

Quanto à União em relação aos Estados é possível observar a arrecadação em paralelo às transferências determinadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Já no que tange aos Estados, é preciso aferir a eficiência naquilo que se relaciona aos gastos estaduais em comparação às metas traçadas.

A mensuração adequada da eficiência do setor público é questão difícil, de modo que a maior parte das análises são baseadas em dados agregados, sob a perspectiva da produtividade, tratando o governo como um produtor de bens e serviços qualquer (ZOGHBI; MATOS; ROCHA; ARVATE, 2009, p. 786).

Nesse contexto, quanto maior a produção de um Estado, para uma quantidade de insumos, maior será sua eficiência, ou, quanto menor a quantidade de insumos utilizada para certa quantidade de produto, maior será a eficiência (ZOGHBI; MATOS; ROCHA; ARVATE, 2009, p. 786).

Assim, a principal forma de análise naquilo que concerne à eficiência dos Estados é a perspectiva da produtividade, ou seja, na aferição comparativa entre aquilo que o ente federado arrecada ou recebe a título de transferências financeiras e as metas administrativas traçadas.

A análise acerca da eficiência do setor público pode ser feita no contexto *instrumental*, relacionando-se a insumos e produtos, enquanto, a eficiência *política* é mais difícil e onerosa de se realizar, tendo em conta envolver custos sociais e políticos e seus benefícios derivados (SILVA, M.; BORGES; ARAUJO; SILVA, J., 2010, p. 915).

De tal modo, essa avaliação requer fatores mais subjetivos do que a eficiência instrumental, de parte do *executor*, qual seja, o agente público, e dos *beneficiários*, quais sejam, os cidadãos. Assim, melhor falar-se em eficiência instrumental (SILVA, M.; BORGES; ARAUJO; SILVA, J., 2010, p. 915-916).

Dessa forma, para que se possa aferir a eficiência do Estado no que concerne à sua receita em relação à despesa, notadamente quanto à consecução dos objetivos traçados por cada gestão, faz-se imperioso abstrair questões sociais e políticas, atentando-se a critérios, tanto quanto possível, objetivos.

3.3 A AFERIÇÃO DO DESEMPENHO FINANCEIRO ESTADUAL

Em que pese a centralização característica da história nacional, estabelece-se autonomia financeira e administrativa aos Estados, assim como competências tributárias próprias. Ocorre que é da própria formação constitucional brasileira a dependência financeira dos entes federados em relação à União.

A opção adotada no sentido de promover o ajuste fiscal foi condicionada à dualidade tributária instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina a adoção de regimes distintos aplicados a impostos e contribuições vinculadas ao financiamento da seguridade social (REZENDE, 2009, p. 3).

É imperioso destacar as demandas que se manifestaram no processo de elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil, a influenciar seu resultado. O primeiro era

composto pelas pressões de Estados e Municípios por maiores recursos, a ocasionar o esvaziamento da capacidade financeira do governo federal (REZENDE, 2009, p. 3-4).

Do outro lado encontravam-se as pressões dos movimentos sociais buscando universalizar o acesso a serviços sociais básicos, que levaram à instituição de novas garantias de financiamento de direitos sociais por meio da vinculação de receitas de novas contribuições sociais voltadas a tal fim (REZENDE, 2009, p. 4).

Desse modo, em que pese as desigualdades que caracterizam a federação brasileira, é impossível atribuir ineficiência financeira apenas à União, sendo possível também determinar que os Estados são, sim, responsáveis, em grande parte, por seus próprios déficits orçamentários.

A constatação mais preocupante é quanto aos Estados cujo desempenho é menor e menos eficiente, campo ocupado por entes menos desenvolvidos, situação que causa um ciclo vicioso, no qual precisam usar melhor os recursos para promover o seu crescimento, mas fazem o oposto (ZOGHBI; MATOS; ROCHA; ARVATE, 2009, p. 803).

Além disso, são poucos os Estados com um índice de eficiência máximo, de modo que a maioria não se encontra na fronteira da possibilidade de produção, de modo que não podem obter melhor desempenho usando o mesmo nível ou um menor nível insumos (ZOGHBI; MATOS; ROCHA; ARVATE, 2009, p. 803-804).

Em que pese a constatação de que os entes estaduais têm responsabilidades no que concerne à utilização das verbas públicas de maneira eficiente, ainda se faz imperiosa a perspectiva do equilíbrio fiscal, notadamente no que concerne às modificações a serem potencialmente instituídas pela PEC 84 de 2019.

4. O EQUILÍBRIO FISCAL

No presente tópico, intentou-se trabalhar o conceito de equilíbrio no contexto do federalismo fiscal, a partir da (des)centralização e da (des)vinculação das transferências financeiras. É um estudo necessário para possibilitar o entendimento acerca das intenções das modificações constitucionais intentadas pela PEC 84 de 2019.

4.1 O EQUILÍBRIO FISCAL E FEDERALISMO NO BRASIL

Como visto acima, a federação brasileira vem, historicamente, se aproximando cada vez mais do ideal de um federalismo cooperativo, por meio do alargamento das competências das unidades federadas em detrimento do poder central da União. Ocorre que esse processo de descentralização não conduziu a um equilíbrio fiscal.

A noção de *equilíbrio* em uma federação se refere a medidas e procedimentos voltados a garantir, de um lado, a distribuição adequada de encargos entre os governos, e, de outro, a correspondente distribuição de recursos a permitir serem tais encargos adequadamente executados (UCHÔA FILHO, 2010, p. 231).

Ocorre que mesmo os repasses constitucionais e as transferências vinculadas não foram suficientes para evitar a crise fiscal dos Estados, que voltaram a ter de forçar o aumento de suas respectivas receitas por meio de verbas negociadas, por intermédio do aumento da carga tributária e pela aquisição de empréstimos junto a instituições financeiras oficiais.

Nesse sentido, no final da década de 1990 ocorreu um processo de renegociação das dívidas estaduais, que pode ser interpretado como tentativa do governo central de induzir ajustes aos governos estaduais, que, na realidade não têm incentivo para fazê-lo de forma voluntária (RIGOLON; GIAMBIAGI, 1999, p. 143).

O prometido ajuste, que deveria ser o indutor do equilíbrio fiscal na federação brasileira acabou por ser prejudicado especialmente pela falta de liquidez das receitas estaduais, amplamente comprometidas, especialmente com as folhas de pagamento dos agentes públicos em geral, especialmente com cargos em comissão e funções de confiança.

4.2 EQUILÍBRIO FISCAL E DÍVIDA INTERNA

É notável que, o processo de descentralização em direção a um federalismo cooperativo fez com que, o sistema de repasses negociados fosse substituído pelas transferências constitucionais vinculadas. Ocorre que a ênfase dos repasses passou a ser dos Municípios que, paradoxalmente, dispõem das menores possibilidades de obtenção de receitas tributárias.

A distribuição da receita proposta pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aumentou o peso dos Municípios em detrimento da União, mas a participação dos Estados pouco mudou. As receitas estaduais, contudo, melhoraram qualitativamente com a substituição das transferências negociadas pelas vinculadas pelo aumento da arrecadação própria (PESSOA, 2002, p. 3).

Isso porque aquele sistema fez com que os estados sofressem cortes no fluxo de recursos externos e queda da receita fiscal em decorrência das implicações recessivas do ajuste da economia e da redução das transferências federais, enquanto consequências da maior restrição orçamentária federal (PESSOA, 2002, p. 3).

Esse aprimoramento, todavia, não bastou para conter o acúmulo de despesas dos Estados, que acabou por aumentar ainda mais a dívida interna, situação que levou à necessidade de medidas extremas, voltadas a forçar o equilíbrio financeiro entre os entes federados, especialmente a rolagem constante dessa dívida.

Assim, a dinâmica da dívida estadual repercute sobre variáveis macroeconômicas, bem como tem implicações em relação ao equilíbrio federativo. Ocorre que, apesar da claríssima importância do tema, existem poucos trabalhos dedicados especificamente ao assunto (PESSOA; SANTOS, 2016, p. 49).

Tal equilíbrio demonstra ser extremamente delicado há muito tempo. Apesar disso, é perseguido por ser fundamental, em decorrência de construir bases para a articulação entre os entes federados ao redor de objetivos do governo central, bem como para a coordenação da política macroeconômica (PESSOA; SANTOS, 2016, p. 49).

É notável, portanto, a relação entre o equilíbrio fiscal e a descentralização do federalismo no Brasil. Isso porque a tentativa de implantação do federalismo cooperativo acabou

por resultar no desequilíbrio financeiro, pois os repasses passaram a ocorrer, enfaticamente, aos Municípios.

Ocorreram vários refinanciamentos, em 1989, 1993 e, finalmente, entre 1996 e 1997, bem como a transferência do desequilíbrio para a esfera federal. Em 1996, a dívida superava 16% do PIB, situação que requereu uma solução definitiva, que se daria com o Programa de Reestruturação Fiscal e Financeira (PESSOA; GIAMBIAGI, 2007, p. 493).

O Programa foi além da mera renegociação da dívida, tendo se iniciado a constituição de um aparato institucional voltado ao equilíbrio fiscal intertemporal (PESSOA; GIAMBIAGI, 2007, p. 493). Nenhuma dessas medidas, porém, foi suficiente para atingir esse ideal, que depende da tentativa de equilíbrio entre receita e despesa das Unidades Federadas.

4.3 (DES)CENTRALIZAÇÃO E DÍVIDA INTERNA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe processos de descentralização da federação, dirigidos à construção de um federalismo cooperativo. Apesar disso, não conseguiu atingir o almejado equilíbrio financeiro; pelo contrário, o sistema de transferências constitucionais vinculadas, em detrimento das transferências negociadas de outrora.

A Federação brasileira tem traços avançados acerca da descentralização de recursos e atribuições, o que não equivale a uma situação de equilíbrio. Ocorre que a crítica acerca da natureza desordenada do referido processo não significa defender a recentralização fiscal (AFONSO, 1994, p. 355).

Desse modo, por mais que a repartição de verbas tributárias entre os Entes Federados não tenha conseguido equilibrar as finanças subnacionais, a descentralização do poder estatal é, certamente, uma evolução. Ocorre que o aumento da dívida pública dos Estados aumentou sua dependência da União, comprometendo, assim, o referido processo.

Em decorrência do crédito das agências oficiais e autoridades monetárias e da negociação de verbas por meio de convênios, fundos e programas, dos repasses ao fundo perdido e dos gastos realizados diretamente nos estados, a relação com a esfera federal cresceu (LOPREATO, 2000, p. 3), comprometendo, mais uma vez, o processo de descentralização.

Referido quadro piorou ainda mais com a superveniência da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como se manteve em franco declínio na última década, inclusive, com uma notável queda na arrecadação dos Estados, agravando sua já caótica situação fiscal, bem como impedindo o desenvolvimento.

As despesas com os investimentos públicos sofreram enorme queda, ultrapassando 1,0% do PIB em 2014 e 0,6% do PIB em 2015, ainda que uma queda do PIB de 3,5%, tendência que se manteve em 2016 e 2017 (TINOCO, 2018, p. 311), tornando imperiosa a tomada de medidas voltadas ao equilíbrio financeiro federal.

Nesse sentido é que surgiu a Proposta de Emenda Constitucional de número 84, de 2019, originária do Senado Federal, denominada “PEC do Pacto Federativo”, dirigida, em apertada síntese, a aumentar a arrecadação dos Estados, por meio da exploração de determinados serviços públicos e da retenção de parte da carga tributária federal.

5. A PEC 84 DE 2019 E A SUSTENTABILIDADE FISCAL NO FEDERALISMO

O tópico abaixo se destina a estudar as modificações intentadas pela Proposta de Emenda Constitucional de número 84 de 2019, bem como seus propósitos no que concerne ao equilíbrio financeiro no contexto do federalismo fiscal, a partir de seu texto e de sua mensagem de justificativa.

5.1 OS OBJETIVOS DECLARADOS DA PEC 84 DE 2019

Tendo em vista que nem a repartição constitucional de competências, nem a vinculação das transferências foram capazes de produzir o tão almejado equilíbrio fiscal na federação brasileira, acabou por ser formulada a PEC 84 de 2019, dirigida a modificar alguns dispositivos constitucionais importantes, especialmente aqueles relacionados ao direito financeiro.

Nesse sentido, os Arts. 157 a 162 definem as repartições de receitas tributárias, destinando parcela do produto da arrecadação da União e dos Estados à distribuição entre eles, o Distrito Federal e os Municípios, aos Fundos de Participação aos programas de financiamento para o desenvolvimento regional (ABRAHAM, 2010, p. 43).

A distribuição do que os entes arrecadam é “[...] uma típica ferramenta do federalismo fiscal, a fim de oferecer aos seus integrantes maior equilíbrio participativo”. É receita pública que decorre da transferência financeira entre as unidades da federação (ABRAHAM, 2010, p. 43-70), transferências que se dirigem a suprir os cofres públicos e equilibrar a arrecadação.

O âmbito material da *distribuição de impostos* “[...] deve ser interpretado no sentido amplo do intervencionismo estatal, em consonância com as distintas modalidades distributivas de rendas”, pois o constituinte acabou por retirar do legislador a disponibilidade no concernente a tais receitas (TORRES, 2014, p. 166-231).

Referidas disposições evitariam desvios, tornando essas receitas e despesas totalmente *vinculadas*, sob dependência da destinação dada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (TORRES, 2014, p. 231-236). Ocorre que essa intenção do constituinte acabou por não se concretizar, afirmação demonstrada pelo agigantamento da dívida interna.

O sistema fiscal e financeiro prestigiou a União na atribuição de competências tributárias e na destinação de impostos arrecadados, se voltam a redistribuir riquezas e potencializar economicamente os vários entes federados, mediante a implantação da repartição de parte das receitas entre Estados e Municípios (BRASIL, 2019).

Essa metodologia cumpriu só parcialmente seu objetivo, aumentou os valores repassados a Estados e Municípios. Ao invés de representarem desenvolvimento econômico e redução de desigualdades sociais, contribuem para o aumento das despesas públicas, especialmente suas folhas de pagamento (BRASIL, 2019).

Referido sistema prejudicou os Estados com alto índice demográfico metropolitano, impossibilitando sua reação às várias crises financeiras pelas quais passaram os Estados. Assim, Estados e Municípios sofrem as mazelas das grandes metrópoles, especialmente atreladas à saúde, educação e segurança pública (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, a denominada “PEC do Pacto Federativo” se dirige a promover maior autonomia aos Entes Federados por intermédio da exploração de serviços públicos de competência da União, bem como por meio da retenção do imposto de renda retido na fonte por Estados e Municípios.

5.2 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO

A competência para a prestação de alguns dos serviços públicos pertence, com exclusividade à União, que, todavia, pode delegar sua prestação, até mesmo por intermédio de sua concessão a particulares, dentre os quais se encontram aqueles que constam das alíneas *b)*, *d)* e *f)* do Art. 21 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O dispositivo determina competir à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético de cursos de água, articulando-se com os Estados nos quais situam os potenciais hidroenergéticos, serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham limites de Estado ou Território, bem como portos marítimos, fluviais e lacustres (BRASIL, 1988).

Referem-se, portanto, a serviços públicos diretamente relacionados aos bens que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina como de propriedade da União ou que se encontram sob sua tutela, a exemplo das fronteiras nacionais e interestaduais. São desse modo, serviços de clara relevância.

A competência dada à União pelo inciso XII, *b)* já constava da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, que foi ampliada de modo a explicitar o aproveitamento energético de cursos de água, e prevendo a articulação da União com os Estados nos quais se localizam matrizes energéticas (ALMEIDA, 2013, p. 1039).

A alínea *d)* trata de serviços de deslocamento no território nacional, ficando com a União a exploração do transporte ferroviário e aquaviário. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 determinava que a União seria competente para explorar tais serviços entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transpusessem limites de estaduais ou territoriais (ALMEIDA, 2013, p. 1039).

A alínea *f)* corrobora uma pungente presença da União a comandar o setor de transportes no território nacional. Assim a navegação aérea, a exploração de seus serviços e a infraestrutura aeroportuária, conferiu à União a competência acerca do transporte aquaviário e da exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres (ALMEIDA, 2013, p. 1040).

Tratam-se, portanto, de serviços relevantes para o desenvolvimento nacional, assim como envolvem gigantescas somas para sua execução. Da mesma forma, apresentam altos índices de retorno financeiro e, conseqüentemente, de lucratividade. Por isso é que a PEC 84 de 2019 inclui um Parágrafo no dispositivo.

Referido Parágrafo determina que as competências constantes das alíneas *b)*, *d)* e *f)* do inciso XII do dispositivo podem ser delegadas aos Estados, por intermédio de lei específica,

no que concerne às atividades desenvolvidas dentro dos respectivos limites geográficos (BRASIL, 2019).

É preciso adotar novas e mais eficazes fórmulas para dar aos Estados condições de se desenvolverem autonomamente, sem que necessitem de constante socorro da União. Por isso é que a PEC de que se trata objetiva possibilitar a delegação da União aos Estados para a exploração de portos, aeroportos, ferrovias e energia elétrica (BRASIL, 2019).

A permissão aos Estados para a exploração dos referidos serviços pode representar significativo aprimoramento das finanças, especialmente, para aqueles caracterizados por privilegiadas bacias hidrográficas permitindo que recursos naturais subaproveitados representem aumento de suas receitas.

5.3 A RETENÇÃO TRIBUTÁRIA PELOS ESTADOS

O imposto de renda incide sobre toda quantia, recebida a qualquer título, proventos ou rendas. Assim, tal exação recai sobre os subsídios e vencimentos percebidos pelos agentes públicos estaduais e municipais. Ocorre que esses valores, de maneira a facilitar sua arrecadação e fiscalização, são retidos nas próprias folhas de pagamento.

De maneira a distribuir melhor as rendas tributárias, inclusive de maneira mais célere do que as transferências feitas *a posteriori*, o Art. 157 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina que as referidas quantias, retiradas dos dividendos recebidos pelos agentes públicos e retidas pelas Administrações Públicas estaduais, pertencem aos Estados.

O dispositivo determina pertencerem aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto de renda incidente, na fonte, sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas respectivas autarquias e pelas fundações que instituam e mantiverem (BRASIL, 1988).

Apesar da intenção do dispositivo ser a consecução do equilíbrio fiscal, não bastou para conter o aumento da dívida interna dos Estados, nem mesmo para conter, de maneira suficiente, as despesas com pessoal. Por isso é que a PEC 84 de 2019 inclui um inciso III e um Parágrafo único no dispositivo.

Este passaria a se referir ao total do produto da arrecadação dos impostos da União recolhidos nos respectivos territórios que ultrapassar o valor absoluto corrigido dos impostos federais arrecadados no exercício imediatamente anterior e, no caso de decréscimo na arrecadação de impostos federais recolhidos no contexto de sua competência territorial, as respectivas receitas seriam destinadas à União pelos dois exercícios posteriores (BRASIL, 2019).

Tais modificações, evidentemente, se voltam a aumentar os valores componentes da arrecadação dos Estados ou, ao menos, a amenizar a diminuição de receita com a arrecadação de tributos federais, permitindo a retenção da diferença entre os totais arrecadados entre um exercício financeiro e outro.

Seriam esses os denominados *royalties do desenvolvimento*, por meio dos quais seria destinada aos Estados uma nova parte das receitas tributárias arrecadadas nos territórios, especificamente a parte que for agregada ao produto da arrecadação de impostos federais em comparação ao exercício imediatamente anterior (BRASIL, 2019).

Assim como acontece em relação aos Estados, os Municípios retêm parte dos dividendos pagos aos seus agentes públicos, valores que passam a pertence-los. Essa determinação se encontra expressa no inciso I do Art. 158, ao lado de outras transferências financeiras estaduais e federais.

O dispositivo afirma pertencerem aos Municípios o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza incidente na fonte sobre rendimentos pagos a qualquer título, por eles, suas respectivas autarquias e as fundações que instituírem e mantiverem (BRASIL, 1988).

Ao estabelecer regras de discriminação de receitas tributárias para os Municípios, relaciona-se intimamente ao federalismo fiscal, no qual uma entidade federada arrecada tributos de acordo com sua competência, tendo, contudo, o dever constitucional de repassar parte desse tributo a outro ente da federação (SCAFF, F.; SCAFF, L., 2013, p. 2424).

De maneira a aumentar a arrecadação dos Municípios, bem como dos Estados, especialmente naquilo que toca à retenção do imposto de renda e a outros tributos federais arrecadados em âmbito estadual, a PEC 84 de 2019 incluiu um §2º do Art. 158 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O dispositivo afirma que, para o cálculo da entrega prevista no inciso I, é excluída a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente a Estados, ao Distrito Federal e Municípios, de acordo com os Arts. 157, I, e 158, I, e dos impostos da União destinados aos referidos entes, conforme disposto no art. 157, III (BRASIL, 1988).

O Art. 159 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz uma miríade de repasses do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados a vários entes fiscais, no entanto, por intermédio dos denominados *fundos de participação*.

Além disso, o dispositivo também trata do Federalismo Fiscal dentro do federalismo cooperativo adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Seu objetivo é o de incentivar entes subnacionais a estimular o setor produtivo a exportar cada vez mais produtos industrializados (SCAFF, F.; SCAFF, L., 2013, p. 2429).

Desse modo, seria encerrada a exportação de produtos *in natura*, sem valor acrescido, importante para as regiões nas quais o setor primário tem grande peso econômico. Seria melhor para o país, por exemplo, a exportação da carne enlatada do que de bois em pé (SCAFF, F.; SCAFF, L.; 2013, p. 2429).

Trata-se, de fato, de uma metodologia de transferências que pode contribuir para o equilíbrio financeiro dos Estados. Não foi, todavia, capaz de conter a crise fiscal que se instalou nos Estados e, conseqüentemente, nos Municípios. Por isso é que a PEC 84 de 2019 inseriu um §5º no referido dispositivo.

Este passa a dispor que, Para efeito de cálculo da entrega a ser feita de acordo com inciso I, exclui-se a parte da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios, de acordo com os Arts. 157, I, e 158, I, e dos impostos da União destinados aos referidos entes, conforme Art. 157, III (BRASIL, 2019).

Desse modo, no mesmo sentido no qual se encontra o §2º do Art. 158 proposto pela PEC 84 de 2019, possibilita-se o aumento da arrecadação dos Estados e dos Municípios, em uma

clara tentativa do constituinte reformador de equilibrar as contas das Unidades Federadas, em direção ao equilíbrio fiscal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma federação é formada pela divisão de um Estado em Unidades coordenadas por um poder central. A (des)centralização depende do grau de autonomia que as Unidades têm em relação ao centro. Cada Federação tem um determinado grau de (des)centralização. Se for centralizada, o poder central será mais autônomo que as Unidades Federadas.

A simetria ou a assimetria corresponde à similaridade entre as Unidades Federadas quanto à sua autonomia. Uma simetria absoluta é impossível, especialmente nas federações extensas, por causa das diferenças culturais, históricas e econômicas entre as Unidades. A assimetria se reflete nas *competências* atribuídas a cada um dos entes federados.

A partir dessas atribuições possibilita-se classificar o federalismo em *dual*, *cooperativo* e *de equilíbrio*. Este conjuga o federalismo dual e o cooperativo, amenizando a centralização sem extingui-la, colaborando para o aumento da simetria entre as Unidades, com vistas a aumentar a sua autonomia em relação ao centro de poder.

O *Estado fiscal* se sustenta sob um regime tributário *solidário*, no qual os cidadãos contribuem com parte de seus ganhos e posses, por meio do pagamento de tributos. Apesar da separação entre direito e economia, as finanças estatais dependem do desenvolvimento econômico, pois os impostos representam parcela da produção da iniciativa privada.

Essa produção, todavia, ocorre de maneira diferente entre as Unidades Federadas. Em decorrência da assimetria do federalismo brasileiro, foi preciso redistribuir as finanças estatais por mecanismos determinados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tais procedimentos, contudo, não bastaram para se alcançar o equilíbrio fiscal.

A federalismo fiscal assimétrico é causador de grande parcela do desequilíbrio orçamentário, mas não é o único fator relevante, em decorrência da ineficiência dos Estados quanto às verbas públicas. Além das transferências constitucionais, tais entes detêm competência tributária própria.

Assim, podem delinear receita e despesas para atingir metas administrativas estaduais, regionais e locais, sendo possível mensurar, separadamente quanto à arrecadação da União e aos repasses às unidades da federação, a eficiência dos Estados quanto aos gastos, em comparação ao atingimento de metas administrativas.

No concernente à União em relação aos Estados pode-se observar a arrecadação em paralelo às transferências constitucionais. Quanto aos Estados, é necessário aferir a eficiência quanto aos gastos estaduais em relação às metas. A principal forma de análise a perspectiva da produtividade.

Esta concerne à aferição comparativa entre o que o ente federado arrecada ou recebe como transferências financeiras e as metas administrativas, de modo que é necessário abs-

trair questões sociais e políticas. Apesar da centralização característica da história nacional, há autonomia financeira e administrativa aos Estados e competências tributárias próprias.

Ocorre que é da formação constitucional brasileira a dependência financeira dos entes federados em relação à União, de modo que, apesar das desigualdades da federação brasileira, não se pode atribuir ineficiência financeira apenas à União, por ser também possível determinar que os Estados são responsáveis por seus próprios déficits orçamentários.

Apesar do fato de que os entes estaduais têm responsabilidades concernentes à utilização das verbas públicas de forma eficiente, faz-se necessária a perspectiva do equilíbrio fiscal, especialmente naquilo que se relaciona às modificações a serem potencialmente instituídas pela PEC 84 de 2019.

Mesmo os repasses constitucionais e as transferências vinculadas não bastaram para evitar a crise fiscal dos Estados, que voltaram a ter de forçar o aumento de suas receitas por meio de verbas negociadas, aumento da carga tributária e aquisição de empréstimos junto a instituições financeiras oficiais.

Além disso, as folhas de pagamento dos agentes públicos em geral, especialmente com cargos em comissão e funções de confiança comprometem grandemente os orçamentos das Unidades. Além disso, a ênfase dos repasses passou a ser dos Municípios, que dispõem das menores possibilidades de arrecadação.

Apesar de a repartição de verbas tributárias não ter equilibrado as finanças subnacionais, a descentralização do poder estatal é uma evolução. O quadro, todavia, foi agravado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, mantendo-se em declínio na última década, inclusive, com uma notável queda na arrecadação estadual.

Em decorrência desse quadro, tornou-se, tornando imperiosa a tomada de medidas voltadas ao equilíbrio financeiro. Para tanto, surgiu a Proposta de Emenda Constitucional de número 84, de 2019, originada no Senado Federal, chamada de *PEC do Pacto Federativo*, voltada a aumentar a arrecadação dos Estados.

Tendo em vista que nem a repartição constitucional de competências, nem a vinculação das transferências foram capazes de produzir o tão almejado equilíbrio fiscal na federação brasileira, acabou por ser formulada a PEC 84 de 2019, dirigida a modificar alguns dispositivos constitucionais importantes, especialmente aqueles relacionados ao direito financeiro.

Referida PEC visa promover maior autonomia dos Entes Federados por meio da exploração de serviços públicos de competência da União e da retenção do imposto de renda retido na fonte por Estados e Municípios. Referidos serviços se encontram nas alíneas *b)*, *d)* e *f)* do Art. 21 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

São serviços claramente relevantes, que como envolvem gigantescas somas para sua execução, apresentando, em contrapartida, altos índices de retorno financeiro, que pode representar significativo aprimoramento das finanças, especialmente dos Estados caracterizados por privilegiadas bacias hidrográficas.

No mesmo sentido, a PEC 84 de 2019 inclui um inciso III e um parágrafo único no Art. 157, voltados a aumentar os valores componentes da arrecadação dos Estados ou a amenizar a diminuição de receita com a arrecadação de tributos federais. No mesmo sentido, incluiu um §2º do Art. 158 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e um §5º no Art. 159.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- AFONSO, José Roberto. Descentralização fiscal: revendo ideias. *Ensaio FEE*, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 353-390, 1994.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Art. 21, *caput*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; LEONCY, Léo Ferreira (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1030-1033.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Art. 21, XII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; LEONCY, Léo Ferreira (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1039-1040.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10 jul. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 84*. Autor: Deputado Zequinha Marinho. 2019. Disponível em: www.senado.leg.br. Acesso em: 10 jul. 2019.
- FERRANDO BADIA, Juan. *El Estado unitário, el federal y el regional*. Madrid: Tecnos, 1973.
- GIUBERTI, Ana Carolina. Lei de Responsabilidade Fiscal: efeitos sobre o gasto com pessoal dos municípios brasileiros. In: BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional (org.). *Finanças Públicas: prêmio tesouro nacional 2005*. São Paulo: Ágape, 2006. p. 803-841.
- KANAYAMA, Rodrigo Luís. A ineficiência do orçamento público impositivo. *Revista de Direito Público da Economia*, [S. l.], ano. 7, n. 28, p. 127-144, out./dez. 2009.
- LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *Federalismo e finanças estaduais: algumas reflexões*. Campinas: Instituto de Economia da UNICAMP, 2000.
- NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jul. 2003.
- PESSOA, Monica Mora y Araujo do Couto e Silva. *Federalismo e dívida estadual no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2002.
- PESSOA, Mônica Mora y Araujo de Couto e Silva; GIAMBIAGI, Fábio. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual. *Revista de Economia Política*, [S. l.], v. 27, n. 3, p. 472-494, 2007.
- PESSOA, Mônica Mora y Araujo de Couto e Silva; SANTOS, Francisco Eduardo de Luna e Almeida. *Limites ao endividamento e sustentabilidade fiscal: o caso dos governos estaduais*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação e República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 719-751.
- REZENDE, Fernando. *A reforma orçamentária e a eficiência fiscal*. Brasília: CEPAL, 2009.
- RIGOLON, Francisco José Zagari; GIAMBIAGI, Fabio. A renegociação das dívidas e o regime fiscal dos Estados. In: GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (org.). *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p. 142-144.
- SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Art. 157. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; LEONCY, Léo Ferreira (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2421-2423.
- SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Art. 158. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; LEONCY, Léo Ferreira (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2424-2425.
- SILVA, Maurício Corrêa da; BORGES, Erivan Ferreira; ARAUJO, Aneide Oliveria; SILVA, José Dionísio Gomes da. Avaliação da eficiência da política orçamentária dos estados brasileiros e o distrito federal com a utilização da análise envoltória de dados no ano de 2010. *Governat: boletim de orçamento e finanças*, [S. l.], n. 126, p. 912-926, out. 2015.

TARLTON, Charles. Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speculation. *The Journal of Politics*, [S. l.], v. 27, n. 1, p. 861-874, fev. 1965.

TINOCO, Guilherme. A sustentabilidade fiscal dos estados brasileiros: análise recente e notas para o futuro. *Revista do BNDES*, [S. l.], v. 25, n. 50, p. 299-344, dez. 2018.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. Transferências de recursos e participação na arrecadação tributária: uma abordagem jurídico-econômica a partir do federalismo cooperativo e assimétrico brasileiro. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (org.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 217-242.

ZOGHBI, Ana Carolina Pereira; MATOS, Enlison Henrique Carvalho de; ROCHA, Fabiana Fontes Rocha; ARVATE, Paulo Roberto. Mensurando o desempenho e a eficiência dos gastos estaduais em educação fundamental e média. *Estudos econômicos*, [S. l.], v. 39, n. 4, p. 785-809, out./dez. 2009.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 05/05/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 0/05/2020
- Avaliação 1: 10/06/2020
- Avaliação 2: 03/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2021
- Retorno rodada de correções: 07/09/2021
- Decisão editorial/aprovado: 07/09/2021

Equipe editorial envolvida

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

ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA E AS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA REFLEXÃO EM HABERMAS ACERCA DA REFORMULAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE A SOCIEDADE CIVIL E O ESTADO

DIALOGIC ADMINISTRATION AND NON-
GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS FROM THE
PERSPECTIVE OF ADMINISTRATIVE PARTICIPATION:
A REFLECTION IN HABERMAS ON THE REFORMULATION OF THE
RELATIONSHIP BETWEEN CIVIL SOCIETY AND THE STATE

CINTYA MARTINS MOREIRA¹
EDIMUR FERREIRA DE FARIA²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar sob o ângulo filosófico-teórico as Organizações não Governamentais como espaço público democrático; analisou-se criticamente, por oportuno, os modelos organizacionais de gestão da Administração Pública adotadas no Brasil, para em seguida refletir o conceito de esfera pública à luz da Teoria da Democracia em Habermas, cujo estudo apoiou-se teoricamente. A discussão ora apresentada abordou a seguinte problemática: As ONG's constituem esfera pública democrática? Nesse espaço, há diálogo e autonomia dos atores sociais? A hipótese proposta consiste na ideia de que há necessidade de transição da Administração Pública tradicional, encrustada de unilateralidade e autoritarismo, para o modelo de Administração Pública Dialógica, com gestão aberta e democrática, de modo a garantir a participação administrativa dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública. A adoção da Administração democrática, abrirá espaço para o desenvolvimento das ONG's no âmbito da esfera pública, caracterizada pela participação ativa e autônoma dos atores sociais, desenvolvendo diálogos e legi-

1 Pós-graduada em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2012). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6807-4853>.

2 Doutor e mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Graduação e da Pós-graduação (mestrado de doutorado do PPGD da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-Diretor da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Ex-diretor da Escola de Contas e Capacitação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Ex-Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6494-628X>.

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

MOREIRA, Cintya Martins; FARIA, Edimur Ferreira de. Administração dialógica e as organizações não governamentais sob a perspectiva da participação administrativa: uma reflexão em Habermas acerca da reformulação da relação entre a sociedade civil e o Estado. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 205-222, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8231>.

timando decisões. A metodologia da presente pesquisa, consistiu na revisitação bibliográfica, legislação pertinente e reflexões discursivas interdisciplinares, passando pela análise da história dos modelos organizacionais da Administração Pública, apresentando as características proeminentes de cada modelo de gestão pública, utilizando-se, ainda, do método comparativo. Por fim, conclui-se que a gestão pública dialógica propicia efetiva relação compartilhada do Estado com a Sociedade Civil. Por meio desse modelo de cooperação, espera-se seja possível vislumbrar um horizonte de consequências notáveis e benéficas para o futuro da sociedade.

Palavras-chave: administração dialógica; organizações não governamentais; Jürgen Habermas; democracia; participação do cidadão.

ABSTRACT

This article aims to analyze the non-governmental organizations as a democratic public space from a philosophical-theoretical angle; the organizational models of public administration management adopted in Brazil were critically analyzed, in order to subsequently reflect the concept of the public sphere in the light of the Theory of Democracy in Habermas, whose study was supported theoretically. The discussion presented here addressed the following issue: Are NGOs a democratic public sphere? In this space, is there dialogue and autonomy for social actors? The proposed hypothesis consists in the idea that there is a need to transition from the traditional Public Administration, encrusted with unilateralism and authoritarianism, to the Dialogical Public Administration model, with open and democratic management, in order to guarantee the administrative participation of the citizens in the management of the organs. and entities that make up the Public Administration. The adoption of democratic administration will open space for the development of NGOs in the public sphere, characterized by the active and autonomous participation of social actors, developing dialogues and legitimizing decisions. The methodology of this research, consisted of bibliographic revisiting, pertinent legislation and interdisciplinary discursive reflections, passing through the analysis of the history of the organizational models of Public Administration, presenting the prominent characteristics of each model of public management, using, still, the comparative method. Finally, it is concluded that the dialogical public management provides an effective shared relationship between the State and Civil Society. Through this cooperation model, it is hoped that it will be possible to envision a horizon of notable and beneficial consequences for the future of society.

Keywords: dialogic administration; non-governmental organizations; Jürgen Habermas; democracy; citizen participation.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 consagrou a democracia como princípio basilar e informador do Estado e da sociedade, instituindo o Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma do Estado brasileiro ampliou substancialmente os direitos sociais e fundamentais, com reflexos no âmbito da organização da Administração Pública e dogmática administrativa.

Essa é a tônica central da temática, perspectiva das Organizações não Governamentais (ONG's), orientadas por racionalidade procedimental discursiva, articulada com a Administração Pública dialógica, contribuindo para formação democrática da opinião, construindo "ponte" entre o Estado e a sociedade, cujos interesses, geralmente, encontram-se desarticulados, trazendo, dessa forma, eficácia e legitimidade à gestão pública.

O estudo tem a justificativa no ensejo de atual crise institucional, política, econômica e sanitária do País, razão porque, julga-se necessário compreender o novo papel político das Organizações não Governamentais (ONG's), neste cenário de transição do modelo organiza-

cional tradicional da Administração Pública, encrustado de unilateralidade e autoritarismo, para o modelo de Administração Pública Dialógica, com gestão aberta e democrática, garantindo a participação administrativa dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública.

Questiona-se se as Organizações não Governamentais constituem esfera pública democrática; se nesse espaço, há diálogo e autonomia dos atores sociais, com produção democrática da opinião.

Considerando a concepção da democracia procedimental deliberativa e esfera pública em Jürgen Habermas (1997), que pressupõe o espaço pelo qual os cidadãos expressam vontade coletiva, por meio da opinião pública, sob perspectiva dialógica. Afirma-se que, para que as ONG's sejam campo propício de desenvolvimento e promoção da cidadania, em razão da sua própria natureza social, é imprescindível a mudança de uma Administração Pública tradicional, para uma gestão pública dialógica, capaz de trazer ressignificação da nova cidadania, rompendo com a tradição de distanciamento entre o Poder Público e o cidadão.

O objetivo central da presente pesquisa consiste em analisar criticamente, os modelos organizacionais de gestão da Administração Pública adotadas no Brasil, para em seguida identificar a partir do conceito de esfera pública à luz da Teoria da Democracia em Habermas, os pressupostos para formação de espaço democrático da opinião.

Assim, para melhor compreender a relevância da participação do cidadão na gestão pública, é auspicioso tratar primeiramente, ainda que em linhas gerais, dos modelos da Administração Pública instituídas no Brasil. Em termos de participação administrativa, verifica-se que no decorrer da história, diversas foram as conquistas, como a abertura do Estado para gestão mais aberta e democrática, assim como, o fortalecimento de atores sociais, cujas ações são responsáveis por atribuir novo caráter às políticas públicas atuais.

A fundamentação filosófico-teórica deste estudo, baseia-se, primordialmente, no pensamento de Jürgen Habermas, cujas teorias norteiam o ideal de Democracia contemporânea, atendendo os anseios de uma sociedade multicultural, complexa e globalizada.

A pesquisa revela-se por meio do método exploratório, descritivo e explicativo. Diante da relevância da temática objeto da pesquisa, são enfrentados, com razoável densidade na doutrina, princípios Constitucionais, pesquisas de projetos sociais, a importância da participação administrativa nas Organizações não Governamentais e instrumentos de efetivação desse instituto.

A metodologia da presente pesquisa consiste em revisitar a doutrina, a legislação pertinente, com vistas a realizar reflexões discursivas interdisciplinares, passando pela análise da história dos modelos organizacionais da Administração Pública, apresentando as características proeminentes de cada modelo de gestão pública, utilizando-se, ainda, do método comparativo.

Adotar-se-á, ainda, a vertente jurídica-sociológica que estuda o tema sob o enfoque político e administrativo: das Organizações não Governamentais sob a gestão dialógica à luz do Estado Democrático de Direito, estabelecendo diálogo entre a Sociedade Civil e o Poder Público, garantindo a expressão da cidadania e a legitimidade nas decisões do Estado.

O fio condutor da pesquisa reside em propor relacionamento dialogado com base no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, partindo-se do reconhecimento da participação colaborativa das ONGs na gestão da Administração Pública Dialógica, como pressuposto de legitimação das decisões do Poder Público.

2. EVOLUÇÃO DOS MODELOS ORGANIZACIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A trajetória evolutiva, ao longo dos séculos, dos modelos de Administração Pública brasileira e suas respectivas particularidades, permite uma análise global das características proeminentes de cada modelo de gestão, tornando possível a adoção de determinados trechos proveitosos, assim, como, a extirpação de vestígios arcaicos que não são consentâneos com o Estado Democrático de Direito.

O modelo de Administração Pública patrimonial vigorou desde o período colonial estendendo-se até a década de 1930. O Estado patrimonial representa “coexistência de uma vinculação inquebrantável à tradição, por um lado, e, por outro, de uma substituição do domínio de regras racionais pela ‘justiça de gabinete’ do senhor e de seus funcionários”. (WEBER, 2009, p. 264)

Nos ensinamentos de Max Weber (2009, p. 253-255), a característica central do Patrimonialismo é a não diferenciação entre a esfera pública e a privada pelos governantes e gestores públicos.

Na organização administrativa patrimonialista há confusão entre os bens do Estado e do particular gestor. Diante dessa situação, prevalece uma rede de privilégios do detentor do poder em detrimento da sociedade, na qual consubstanciam as desigualdades econômicas, consolidação de uma ordem social injusta e a manutenção da dominação social, tudo com o devido beneplácito do Estado.

Outro ponto característico desse modelo é o provimento e extensão de cargos que ocorrem com base na relação de pessoalidade, algo que ainda se verifica na atualidade, tendo em vista, os cargos comissionados injustificáveis, reflexo dos ranços de gestão colonialista.

Diante dessa promiscuidade do público, conforme expõe José Matias Pereira, “torna-se necessário o controle rígido dos processos e do ingresso à carreira pública, com regras na admissão, controle nas compras, visando evitar abusos, ineficiência e incapacidade”. (MATIAS-PEREIRA, 2008, p. 111).

O modelo burocrático, atribuído a Max Weber por sintetizar suas principais características, surge a partir da necessidade de limitar o poder do governante, estabelecer racionalidade aos procedimentos administrativos e extirpar as relações de privilégio e apropriação dos meios administrativos pela classe dominadora. Nesse modelo, a norma é o axioma fundamental, derivando-se desse, as suas principais características: a formalidade, a impessoalidade e o profissionalismo. (SECCHI, 2009, p. 351).

Nesse período “o Estado começa a gerir grandes organizações, ocorrendo um crescimento da máquina governamental com vistas a aumentar sua capacidade de intervenção, centralização e controle”. (KEINERT, 1994, p. 44-45). Todavia, embora, a Administração Pública burocrática tenha sido o modelo de gestão do Estado Social, e possibilitado avanços para a sociedade e o Estado, por outro lado mostrou-se, insuficiente para atender às demandas decorrentes do agigantamento da Administração Pública.

A princípio, a rigidez como característica proeminente do modelo burocrático, norteadada pela racionalidade funcional, inicialmente aconselhável, tonou-se incapaz de atingir os níveis de eficiência da Administração Pública, caracterizando-se “como uma instituição que presta serviços de má qualidade e que gasta muito em razão das exigências do sistema burocrático.” (MAIA, 2009, p. 29).

Por ser a Administração burocrática lenta, de alto custo e pouco orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos, somada “a crise fiscal e econômica sem precedentes enfrentada pelo país e a crise de legitimidade do próprio Estado, com o fim da ditadura. Todos esses fatores vão confluir num movimento de transição da administração pública brasileira”. (ANDION, 2012, p. 6)

Superado pelo modelo de gestão gerencial, mais flexível, dinâmico e participativo, compatível com as exigências de uma sociedade complexa e sistema compatível com os interesses da ordem capitalista. Neste modelo, “o Estado tende a tornar-se menor estruturalmente, e sobretudo, mais eficiente, buscando concentrar-se em necessidades vitais da sociedade aberta, em moldes que até mesmo se configuram nos países desenvolvidos”. (TÁCITO, 1998, p. 31)

As Reformas constitucionais ocorridas na última década do século passado, ocorreram tendo em vista a eclosão da crise de endividamento internacional dos países ocidentais, cujo modelo de gestão burocrático apresentou-se lento, caro e ineficiente. Assim, visando reformular a gestão administrativa, atribuindo-lhe melhor eficiência, segue como resposta a Administração Pública Gerencial, que nas palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira:

é orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau real ainda que limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; o instrumento mediante o qual se faz o controle sobre os órgãos descentralizados é o contrato de gestão. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 10,)

Segundo Leonardo Secchi, “a administração pública gerencial ou nova gestão pública (new public management) é um modelo normativo pós-burocrático para a estruturação e a gestão da administração pública baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade”. (SECCHI, 2009, p. 354)

A Administração Pública gerencial busca a primazia do resultado, de acordo com um “[...] rígido controle sobre o desempenho, aferido mediante indicadores acordados e definidos por contrato, além de ser uma forma muito mais eficiente para gerir o Estado[...].” (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 11)

Admite-se que o modelo gerencial possui propósitos desejáveis, revelando nítidos aspectos, como eficiência e controle de resultados, a serem observados, inclusive, nos contratos de gestão.

Todavia, como bem assevera Raimundo Márcio Ribeiro Lima,

[...] não há como legitimar o modelo gerencial, e sua atuação voltada a resultados, sem que encontre na própria cidadania a resposta legitimadora para os seus comandos, haja vista que só o envolvimento político da sociedade é capaz de fazer imperar uma nova ordem na atuação administrativa, daí a razão de prescrever um modelo dialogal, tudo de forma a imperar eficiência, mas com o cotejo do atendimento dos valores da sociedade civil e não apenas dos mentores da reforma administrativa brasileira. (LIMA, 2013, p. 95)

Nesse sentido, o modelo de gestão da Administração Pública correspondente ao Estado Democrático de Direito haverá de ser erigido sob observância da participação do cidadão: “insta observar que a junção da noção de democracia à de Estado de Direito, muito mais do que estabelecer um qualificativo do modo de ser do Estado, é responsável pela atribuição aos cidadãos do *direito de participação nas decisões estatais*”. (OLIVEIRA, 2010, p. 164)

Outrossim, parece necessária a implementação de gestão pública dialógica, que atenda a ressignificação da nova cidadania, que “reside em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a ideia de participação”. (OLIVEIRA, 2010, p. 166)

A partir da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, a participação ativa da Sociedade Civil na gestão pública tornou-se essencial para a legitimação e formação de um Estado Democrático. Esse diálogo entre a Sociedade Civil e Estado constitui base fundamental do modelo de Administração Pública dialógica.

No Estado Democrático de Direito a participação cidadã (GOHN, 2004) rompe com uma tradição de distanciamento entre a esfera onde as decisões são tomadas e os locais onde ocorre a participação da população. Consoante a esta ideia, a Constituição de 1988 incorporou diversos dispositivos que garantem a participação popular (DI PIETRO, 2014) em suas variadas formas, contextos e sujeitos de Direitos, tais como a participação do produtor e trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (art. 187); participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (art. 194); caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade (art. 194, VII), dentre outros elencados no texto constitucional.

Nesse sentido, na Administração Pública dialógica há emancipação do sujeito, que possui a ousadia, a “vontade em fazer parte de procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus, não somente de natureza individual, mas de ordem coletiva ou difusa”. (OLIVEIRA, 2010, p. 166)

A gestão pública dialógica incita nova concepção de participação administrativa, pela qual o Estado em cooperação com a Sociedade Civil, prima pela garantia do Interesse Público e efetividade dos Direitos Fundamentais, tratando-os como complementares e não opostos. “Essas intervenções, no paradigma do Estado Democrático de Direito devem contar com a participação da sociedade na concepção, formulação e execução das políticas públicas, por meio de mecanismos próprios e adequados previstos no ordenamento jurídico”. (FARIA, 2015, p. 44)

Outro fator importante no avanço da atuação conjunta da Administração com a Sociedade Civil, consiste no afastamento a submersão aos valores previamente definidos pelo Poder Público, evitando inclusive decisões arbitrárias.

Assim, sob a perspectiva da Administração Pública dialógica, nas palavras de Raimundo Márcio Ribeiro Lima:

há uma margem de *intervenção comunicativa*, que é permeada por ampla discussão dos atores envolvidos, entre as entidades ou organizações da sociedade civil e os gestores públicos com vista a definir as medidas administrativas a serem encampadas pelo Poder Público, dando-se especial atenção aos entes do terceiro setor, já que atuam na esfera pública não estatal e, assim, possuem uma maior aproximação com a ambiência comunitária que anima a existência das políticas públicas, justamente por necessitar delas. (LIMA, 2013, p. 101)

A descentralização do poder administrativo pelo Estado, atribuindo responsabilidades aos Entes do Terceiro Setor, de forma subsidiária, vem garantindo maior efetividade e eficiência da gestão pública. As Organizações não Governamentais (ONG's) cidadãos, são exemplos de espaços de conscientização, negociação e de diálogo entre o Poder Público e sociedade, promovendo a emergência de novos atores sociais no discurso democrático.

Diante da escassez de suporte, em termos sociais, culturais e fundamentalmente econômicos, de parte da sociedade brasileira, erigir uma Administração Pública, capaz de atender a universalidade de demandas, inaugura nova era de interrelacionamento do cidadão com o Poder Público. A inclusão da Sociedade Civil na participação de decisões estatais permitirá a implementação pontual de direitos pelo poder público, além de dividir a responsabilidade com o cidadão. Essa reciprocidade comunicativa, na gestão dialógica, deverá ser introduzida sempre que possível.

Outro fator relevante para resoluções de conflitos na ambiência administrativa, característica precípua na gestão dialógica, é a fomentação da consensualidade. Odete Medauar imprime a relevância do consensualismo na administração contemporânea:

a atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação. (MEDAUAR, 2003, p. 211)

Na mesma linha de pensamento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que, “pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento”. (MOREIRA NETO, 2000, p. 156)

Destarte, visando nova forma de gestão pública, o consensualismo administrativo, aperfeiçoa o canal de diálogo e transações múltiplas, representando método de administrar com maior eficiência, submetendo-se ao cumprimento do complexo de princípios constitucionais, inclusive o respeito à dignidade da pessoa humana.

Por todas as colocações expostas acima, deduz-se que a Administração Pública dialógica é o modelo que se adequa às aspirações da Constituição de 1988, primeiramente por estabelecer diversos dispositivos destinados a participação do cidadão na seara administrativa por meio do diálogo; segundo por promover a eficiência no âmbito administrativo, respeitando todo complexo de normas constitucionais; terceiro fomenta a consensualidade administrativa e quarto a gestão dialógica consegue atingir uma universalidade de demandas, já que consegue superar os impasses da estratificação social e exploração do mercado.

3. DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL DELIBERATIVA E ESFERA PÚBLICA EM HABERMAS

Jürgen Habermas traz peculiar reflexão sobre a Política e do Direito, assim como, “formula um projeto de institucionalização que se orienta pelo paradigma procedimental de democracia” (LUBENOW, 2010, p. 231). Em sua obra “Democracia e Direito: Facticidade e Validade”, o autor visa resolver a questão de como a formação “discursiva da opinião e da vontade pode ser institucionalizada, [...], de como transformar poder comunicativo em poder administrativo. O pensamento político habermasiano dirige-se a uma teoria da democracia, agora pensada em termos institucionais”. (LUBENOW, 2010, p. 231)

Para Habermas dois modelos de Estado dominaram a modernidade, o Liberal e o Social. “Diante destes, propõe um modelo alternativo, o procedimental. A dimensão política comparativa tomada pelo autor é a formação democrática da opinião e da vontade” (LUBENOW, 2010, p. 232).

No Estado Liberal, observa-se uma sociedade centrada no sistema econômico, que defende a “mão invisível do Estado”, ou seja, isenta de intervenção estatal. Vigora a Declaração formal de direitos, fundamentalmente a liberdade individual, trata-se de um sistema que tem como pilares a propriedade e o individualismo. (HABERMAS, 1997, p. 134)

Diante desse panorama de crise do Estado Liberal, caracterizado precipuamente pela desigualdade social e econômica, surge a necessidade de viabilizar políticas sociais públicas. Muda-se a ideologia de Estado omissor para Estado dirigista e redistribuidor, constitui-se ou institui-se, assim, o Estado Social de Direito, que segundo Habermas,

na linha do pensamento liberal, os sujeitos do direito privado, no quadro de suas liberdades distribuídas de modo igual, só encontravam um limite nas contingências da situação natural da sociedade; agora, porém, eles se chocam com os projetos paternalistas de uma vontade política superior, que domina essas contingências sociais através da regulação e da organização social, a fim de garantir a repartição igual das liberdades de ação subjetivas. (HABERMAS, 1997, p. 144)

Habermas por meio desse diagnóstico, que mostra a redução do Direito ao elemento da facticidade, traz um panorama de reflexão teórico-filosófica, adequada às demandas do paradigma do Estado Democrático de Direito e propõe salto paradigmático para a contemporaneidade.

Assim, diante da dinâmica da vida contemporânea, um tanto induzida, formatada pela lógica capitalista sistêmica, em que as condições já são preestabelecidas, cabendo ao outro, apenas aceitar e no máximo reproduzir, gerou no decorrer da história, ações impositivas e autoritárias.

O que Habermas propõe não é a abolição dos sistemas, esses são relevantes para manter a organização das estruturas governamentais. Todavia, defende a coexistência dos elementos facticidade e validade, a normatividade e a legitimidade do Direito. O elemento da facticidade seria o que tradicionalmente denomina-se de validade formal, conteúdo produzido regularmente pelas autoridades competentes e aplicado pelo Poder Judiciário, caracterizando a coerção Estatal.

Para além de um Ordenamento Jurídico formalmente válido, o autor sustenta que o Direito carece da legitimidade, ou validade. Nesse contexto de Estado Democrático de Direito, Habermas prossegue dizendo que o Direito, em seus poderes e instituições, deve representar a própria sociedade e não ser decorrente da simples imposição do Estado.

A partir da análise desse contexto, o autor traz sua concepção singular, o prognóstico, e desenvolve sua tese sustentando uma racionalidade procedimental discursiva fundamentada na “equiprimordialidade”, formada intersubjetivamente em procedimento dialógico, realizado na base da sociedade.

Destarte, a proposta habermasiana fulcra-se na relação entre “Direitos Fundamentais” e “Soberania Popular” visando tratá-los como complementares e não opostos:

a autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis. Quando é esse o caminho traçado, então uma das idéias só pode ser validada à custa de outra. E a equiprimordialidade de ambas, intuitivamente elucidativa, não segue adiante (HABERMAS, 2004, p. 291).

Conforme escólio de Habermas:

o marco funcional das democracias modernas abarca três elementos: a autonomia privada dos cidadãos, que têm o direito de levar uma vida auto-determinada; a cidadania democrática, isto é, a inclusão dos cidadãos livres e iguais na comunidade política; e uma esfera pública independente que, operando como a esfera da livre formação da opinião e da vontade, vincula entre si o Estado e a sociedade civil (HABERMAS, 2009, p. 138).

Tais fundamentos são estruturados em torno da “Teoria do Agir Comunicativo” que se baseia na racionalidade comunicativa, essa pautada na interlocução entre sujeitos em busca da construção intersubjetiva de consensos. Segundo Habermas, esse discurso racional traz eficácia e legitimidade às ações do Estado, pela qual as decisões advêm do diálogo entre os cidadãos e o poder estatal, produzindo formação democrática da opinião. A respeito dessa proposição, afirma o autor:

na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é reduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formatação de opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo desti-

nado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. (HABERMAS, 1997)

O aparato burocrático legal filtra os consensos sociais e os retorna para a sociedade sob o formato de norma jurídica válida. Cumpre ressaltar que, havendo mudança de entendimento, produz-se novos consensos e provoca-se novamente o sistema.

Para estabelecer um Direito “autoimposto”, formado na base de uma sociedade autônoma, torna-se imprescindível ter espaço público capaz de institucionalizar a pluralidade e complexidade da Sociedade Civil contemporânea.

Cumpre frisar que, o conceito de esfera pública, no entendimento de Habermas, trata-se de arena institucionalizada que não pode ser controlada pelo Estado, nem submetido aos interesses econômicos. Constitui-se, portanto, em espaço pelo qual os cidadãos expressam uma vontade coletiva, por meio da opinião pública, sob uma perspectiva dialógica. Nesse sentido, a esfera pública funciona como espaço mobilizado, a fim de reprimir os impulsos de controle e colonização, advindos dos subsistemas econômico e da atividade estatal.

Sob o prisma da proposta habermasiana de estabelecer um discurso racional formado na base da sociedade para se alcançar consenso, alguns autores, críticos de sua obra, argumentam que sua concepção a respeito da Democracia seria teórica e pouco prática, haja vista as barreiras sociais, econômicas e políticas existentes na contemporaneidade. Dentre esses autores, cita-se William Scheuerman, que aduz veemente crítica à teoria habermasiana, como verifica-se nas palavras de Jorge Adriano Lubenow: “As condições materiais das sociedades globalizadas, com suas dinâmicas complexas, suas condições internas (poder, consumismo, mídia, por exemplo) acabam privando a autêntica participação democrática. (LUBENOW, 2010, p. 232).

No mesmo sentido, José Fernando de Castro Farias (2005, p. 12) apresenta visão crítica à aplicabilidade da teoria habermasiana, sustentando que, no Brasil, a cidadania e a solidariedade são princípios constitucionais meramente simbólicos. Afirma ainda que, o sistema jurídico é palco de um positivismo exegético, cujo dogmatismo distancia-se dos valores do diálogo e da participação da sociedade, resultado histórico da exclusão social, política e econômica da maioria da população.

Contudo, esse entendimento da Teoria da Democracia Deliberativa Habermasiana, como bem explicita Jorge Adriano Lubenow (2010), distorce a compreensão real sobre o mundo da vida racionalizado. O pressuposto para uma esfera pública parte da superação das barreiras da estratificação social e econômica, haverá de estabelecer, além da democracia política (os pressupostos formais, como direitos de cidadania, participação e outros), demandará esforços para a efetivação da democracia social.

Segundo Habermas (1997), a fixação de conceitos formados com ausência de procedimento comunicativo público, precipuamente sem a participação de possíveis afetados pela decisão, gera fragilidade normativa. No modelo deliberativo os participantes são corresponsáveis pela definição e fixação de critérios a serem aplicados pelo sistema jurídico. Com isso, há possibilidade de reconhecimento jurídico de demandas jurídicas peculiares à determinados grupos da sociedade, que apresentarão aos demais suas experiências particulares, convencendo-os da relevância de tratamento jurídico formalmente diferenciado.

Portanto, verifica-se expressa ligação com a Democracia habermasiana, a Administração Pública dialógica, cujo modelo de gestão é permeado por ampla discussão entre os atores sociais envolvidos, com vista a definir as medidas administrativas a serem encampadas pelo Poder Público. Com a aplicação da racionalidade procedimental discursiva na gestão dialógica, há a transformação do poder comunicativo em poder administrativo, por meio da institucionalização da opinião, garantindo autonomia dos cidadãos e efetiva cidadania democrática.

Á seguir, serão expostas as perspectivas em torno das Organizações não Governamentais, na sociedade atual, tendo em vista a relevância do diálogo entre cidadão e Poder Público para efetivação de políticas públicas e promoção do exercício da cidadania.

4. AS ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS: NOVAS PERSPECTIVAS

Neste item será traçado novas perspectivas em torno das Organizações não Estatais sob a gestão dialógica à luz do Estado Democrático de Direito, norteado pela Teoria da Democracia em Habermas. Será exposto a fundamentação jurídica pertinente ao instituto das ONGs, com objetivo de redimensionar o arcabouço legal para conhecimento da sociedade e aplicação pela comunidade jurídica.

4.1 AS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS E SEUS FUNDAMENTOS

As Organizações não governamentais (ONGs) são Entidades que integram o chamado Terceiro Setor. O Primeiro Setor abrange o Estado, fins públicos, e o Segundo Setor o Mercado, com fins de lucro. Por fim, entende-se por Terceiro Setor como sendo o “espaço institucional das organizações privadas, sem fins lucrativos, voltadas para finalidades públicas ou sociais”. (BARBOSA, 2005, p. 489).

Diante de um fenômeno global, as ONGs surgiram no cenário brasileiro nas décadas de 1960 e 70 e desde então sofreram diversas mudanças, precipuamente em seu campo de atuação e objetivos, inclusive depois da promulgação da Constituição de 1988.

Diversos princípios constitucionais consolidaram a necessidade de participação da iniciativa privada em campos de atuação anteriormente sob a guarda privativa do Estado, como as normas constitucionais do art. 1º o qual prevê como fundamento do Estado Democrático de Direito “a Cidadania” e do art. 3º que tem como objetivo fundamental a “Solidariedade”, “I- construir uma sociedade livre, justa e solidária”. (BRASIL, 1988). O texto constitucional legitima a atuação do Terceiro Setor na promoção de direitos de interesse social, assim como, fomenta a participação cidadã na construção Democrática do Estado.

Na legislação infraconstitucional, grande parte das Organizações não Governamentais enquadram-se na Lei federal nº 9.790, de 23 mar. 1999, conhecida como a Lei das Organiza-

ções da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Contudo, há possibilidade de parceria, com Poder Público, por meio de convênio, que por seguinte, “ não se sujeitam aos controles e às exigências de cumprimento de metas e sanções a que se submetem as organizações da sociedade civil de interesse público e as organizações sociais”. (FARIA, 2015, p. 420)

A edição da Lei n. 13.019, de 31.07.2014, disciplina relação do Estado com as ONGs, cujo texto institui normas gerais para as parcerias entre a Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil, sob regime de cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público. “Os fundamentos básicos da Lei n. 13.019/2014 são: a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos”. (FARIA, 2015, p. 422)

Torna-se primordial à luz do Estado Democrático de Direito, a conscientização da comunidade jurídica e da sociedade, a respeito da legislação que regula as Organizações não Governamentais, com vistas a garantir a transparência, seriedade e efetividade dos projetos sociais dessas instituições. Esse diálogo estabelecido entre a Sociedade Civil e o Poder Público garante a expressão da cidadania e prevê como horizonte a construção de um espaço público democrático.

4.2 PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DAS ONGS SOB A PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA

A consagração do princípio de participação da Sociedade Civil na Constituição de 1988 estabeleceu o marco formal de um processo de construção democrática da Administração Pública. Entre as várias formas de participação administrativa, neste estudo, será enfatizado àquela exercida em colaboração com as instituições denominadas de Organizações não Governamentais.

A participação administrativa pode ser definida, segundo Gustavo Justino de Oliveira, “como a intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas”. (OLIVEIRA, 2010, p. 171)

Com efeito, entende-se que a participação administrativa constitui pedra angular na gestão dialógica, cuja característica democrática propicia ao cidadão mecanismos para ampla discussão e interferência nas decisões estatais. Verifica-se, portanto, que em uma gestão pública mais democrática, há a descentralização política-administrativa, atribuindo maior autonomia e poder aos atores políticos locais, como as ONGs, facilitando a participação do cidadão e conseqüentemente permitindo o exercício mais eficiente dos direitos de cidadania. Insta frisar que, a amplitude do significado de cidadania “transborda o quadro estreito fundado num imaginário empobrecido, no qual o cidadão se limita a exercer o direito de voto, a obedecer às leis e a esperar ser amparado por uma “solidariedade administrativa” (LIPIETZ, 1989) oferecida pelo Estado”. (SERVA, 1997, p. 45)

4.3 ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS: ESFERA PÚBLICA DEMOCRÁTICA?

Durante o Regime Militar, as ONGs cidadãs atuavam na frente de apoio aos Movimentos Sociais e populares em face ao autoritarismo da Ditadura, contribuindo para a organização, estruturação e conscientização de grupos populares:

dessa forma, as ONG's tiveram, nesse contexto histórico, um lugar e um papel político determinado. Ao se constituírem como verdadeiros *atores coadjuvantes dos Movimentos Sociais*, elas participaram desse contraditório processo de desenvolvimento, incorporando muitas vezes os interesses e demandas populares, dos movimentos sociais aos quais se articulavam, como suas próprias "missões". (MONTAÑO, 2014, p. 72)

Com a redemocratização do País, o cenário da Sociedade Civil se amplia e diversifica, cujos fundamentos estão agora previstos pela Constituição da República. Na segunda metade dos anos 1990, a conjuntura social e econômica do País redimensionou a pauta das Organizações:

novas pautas foram introduzidas, tais como a de trabalhar com os excluídos sobre questões de gênero, etnia, idades etc. Os novos tempos, de desemprego e aumento da violência urbana, assim como o crescimento de redes de poder paralelo nas regiões pobres, ligadas ao narcotráfico de drogas e outros, também colaboraram, e muito, para desmotivar a população necessitada para participar de reuniões ou outras atividades dos movimentos e aderirem aos programas e projetos das ONGs. (GOHN, 2004, p. 146)

Com essa mudança de cenário, determinadas ONGs passaram a atuar de forma mais propositiva, abandonando aquelas posturas mais críticas de matriz ideológica. Nessa nova fase, as organizações, já formalmente institucionalizadas pelo Estado, pertencentes ao que se denomina "Terceiro Setor", fazem parte de parcerias com o Poder Público, proporcionando o alargamento do espaço público não estatal.

Nesse ponto cumpre mencionar a pesquisa realizada por (ASSUMPÇÃO; CAMPOS, 2011), baseada na avaliação de projetos sociais em cinco ONGs da grande Florianópolis; cada Entidade foi escolhida por conveniência, conforme a divisão de Andion (2007); segundo a autora existem cinco conjuntos de ONGs, diferenciadas de acordo com sua matriz ideológica e natureza do seu foco de atuação, são elas: históricas, novos movimentos, prestação de serviços, fundações e institutos e filantrópicas.

Consoante ao estudo desenvolvido junto as Entidades pelos pesquisadores (ASSUMPÇÃO; CAMPOS, 2011), em virtude do recorte desta pesquisa, não será realizado estudo empírico sobre o campo de atuação dos conjuntos de ONGs. Todavia, será demonstrado os impactos positivos das Organizações não Governamentais cidadãs, denominadas pela autora Andion (2007), de históricas e novos movimentos, cujos discursos expressam "valores mais subjetivos como inserção social, prevenção e luta de apoio aos excluídos, e que se afirmam por meio de múltiplas identidades coletivas e pela pluralidade de ação, as quais tendem a utilizar modelos centrados na participação". (ASSUMPÇÃO; CAMPOS, 2011, p. 238)

O reconhecimento dessa capacidade dos sujeitos sociais (Sociedade Civil) de interferir nas decisões do Poder Público, com opiniões próprias, de modo a contribuir para resolução de problemas ou mesmo redefinir políticas estatais, torna-se primordial para a constituição da Democracia. (HABERMAS, 1997)

Entende-se que há muito que evoluir, precipuamente, em relação ao reconhecimento da autonomia e legitimidade de novos atores sociais. Após 32 anos da promulgação da “Constituição Cidadã”, existe, ainda, sobremaneira a visão pejorativa acerca do social emergente, que “concebe seus atores como sendo marginalizados e/ou dependentes”. (SERVA, 1997, p. 48). A mudança dessa perspectiva acerca do social emergente (SERVA, 1997), de dependentes e receptores passivos, à Sujeitos de direitos e deveres, constituiu uma nova forma de elaboração de políticas públicas: “da tutela à negociação, da regulação à contratualidade, da gestão de programas à lógica de projetos elaborados e geridos conjuntamente”. (SERVA, 1997, p. 49)

Neste sentido, a participação do cidadão na esfera pública não estatal, torna-se fundamental para uma organização política democrática estável, livre de extremismos políticos. Vieira, Horta e Fischer apud Cohen ressaltam que,

neste caráter de emancipação, há uma tendência de que os atores das sociedades políticas, para que se mantenham legítimos, devem promover a construção de instituições democráticas na própria sociedade civil, ainda que isso aparente aumentar o número de demandas sociais, pois quando há em um país uma sociedade civil organizada, há uma garantia de uma organização política democrática estável, ou seja, uma garantia contra o domínio permanente feito por qualquer grupo na perspectiva elitista e contra o surgimento de movimentos fundamentalistas e de ideologias antidemocráticas. (VIEIRA; HORTA; FISCHER, 2020, p. 330)

Na atual conjuntura, de crise institucional, política e sanitária do Estado brasileiro, verifica-se que, diversas ONGs, a partir da redefinição e ampliação de seu campo de atuação, exercem função de arena de negociação e reivindicação de direitos, propiciando um ambiente democrático para a formulação de políticas sociais e desenvolvimento de um espaço público para expressão da cidadania e da solidariedade. Percebe-se que a influência da Sociedade Civil acaba levando à consolidação de direitos que antes não estavam nas pautas dos governantes, e estabelecem um debate diretamente com aqueles que compõem a realidade. Como exemplo, pode-se citar, a Lei da Renda Básica emergencial, aprovada em março pelo Congresso Nacional, mediante forte mobilização popular, juntamente com a união de várias ONGs, dentre elas, a Oxfam Brasil, Rede Brasileira de Renda Básica, Nossas, Coalizão Negra por Direitos, Instituto ETHOS e INESC (RENDA BÁSICA, 2020). Essa medida viabilizou a segurança econômica para as famílias mais pobres do País em meio a pandemia do Coronavírus.

Deve-se destacar ainda que, hodiernamente, as Organizações não Governamentais em cooperação com a sociedade, lançam mão da inovação tecnológica, tais como, as redes sociais e a internet, objetivando expressarem a vontade coletiva, por meio da opinião pública, exercitando o que Habermas denomina de: a teoria do Agir Comunicativo.

Outro aspecto relevante para as ONGs, como espaço democrático, é o fator gestão. Tendo em vista, a parceria ONG/Estado, as Entidades enfrentam grandes dificuldades de adequação de seus projetos à racionalidade instrumental, de natureza utilitarista, herdada de gestão pública burocrática. “Os aspectos considerados relevantes ao se avaliar uma intervenção social devem ir além daqueles considerados importantes sob a lógica da objetividade: economia, eficiência e eficácia”. (VIEIRA; HORTA; FISCHER, 2020, p. 217)

Nas palavras de Maurício Serva:

a propósito da parceria ONG-Estado, a dita gestão racional praticada pelo Estado engendra dificuldades, pois, como vimos, ela se choca com os valores de solidariedade, liberdade e autonomia fortemente presentes nas organizações da economia solidária, onde a razão substantiva tende a predominar. (SERVA, 1997, p. 49)

Dessa forma, tendo em vista, o Estado Democrático de Direito, entende-se que o Poder Público se adequando ao modelo de gestão pública dialógica, cuja racionalidade comunicativa incita ampla discussão dos atores sociais e encoraja a iniciativa de cidadãos organizados, favoreceria, por conseguinte, as negociações necessárias à parceria mais aberta e atribuiria maior autonomia e poder aos atores políticos locais.

Destarte, consoante ao exposto, apesar do caráter intrinsecamente social e democrático das Organizações não Governamentais, verifica-se que, ainda não constituem esfera pública democrática. A instauração de um sistema democrático no Brasil, baseado na Democracia Procedimental Discursiva, será medida pela renovação dos atores e das práticas sociais.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se que o sistema carece de reformulação da relação entre o cidadão e o Poder Público. De um lado, a necessidade de uma Sociedade Civil ativa, como condição para consolidação da Democracia e do outro lado, o Estado, como garante de um espaço público democrático livre de interferências, capaz de assegurar a livre participação dos cidadãos.

“Para instituir um Estado Democrático”, consoante ao descrito no preâmbulo da Constituição Federal, torna-se primordial, dentre outros requisitos, um modelo de gestão pública capaz de assegurar o efetivo exercício da cidadania. A Administração Pública Dialógica atende os anseios democráticos das normas constitucionais, cuja gestão incita a participação ativa do cidadão, fundada em uma parceria mais aberta com a comunidade, que, por conseguinte, favorece uma comunicação mais notável entre o Poder Público e a sociedade civil.

Nesse possível futuro, em que o cenário é o de gestão pública dialógica, identifica-se um campo fértil para o crescimento e desenvolvimento de um espaço público democrático, com renovação dos atores e práticas sociais, participação ativa e autônoma da sociedade civil, que exercerá uma função de uma instância deliberativa e legitimadora do poder político. As Organizações não Governamentais, tornam-se nesta conjectura democrática, a promessa de uma esfera pública, sob perspectiva da Teoria da Democracia de Habermas, capaz de contribuir para esse processo de transição da democracia.

Para tanto, há de superar alguns estorvos que impedem a proficiência das ONG's como esferas públicas institucionalizadas com efetivo poder de decisão. Primeiramente, a elaboração de uma lei específica, que assegure essa nova perspectiva democrática das Organizações não governamentais, pelo Congresso Nacional, a fim de que garanta a transparência, efetividade, autonomia e impeça que seus objetivos genuínos sejam desvirtuados. A segunda perspectiva desafiadora está em criar mecanismos que assegurem, mas, também, incite a ativa participação dos cidadãos, atuando como co-gestores e co-responsáveis de políticas públicas, desde a sua etapa de planejamento. A gestão social corresponde essa terceira pers-

pectiva das ONGs, que deverá ser embasada sob a ótica de uma racionalidade comunicativa, em que por meio de debates, livre da interferência do Estado e do mercado, possa chegar a consensos.

Defende-se, neste trabalho, a intensificação dessa forma de parceria, baseada na institucionalização das ONG's como esfera pública, com efetivo poder de decisão e co-responsabilização dos atores sociais na gestão social, a fim de que, por meio desse modelo de cooperação, seja possível observar em um horizonte consequências notáveis para o futuro da sociedade.

Enfim, é sabido que mudar esta realidade é um desafio, tanto para o Poder Público como para a Sociedade Civil, mas o enfrentamento destas questões, proporciona o engajamento maior dos cidadãos no espaço público democrático.

REFERÊNCIAS

- ANDION, Carolina. Por uma nova interpretação das mudanças de paradigma na administração pública. *Cad. EBAPE. BR*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-19, mar. 2012.
- BARBOSA, Maria Nazaré. A experiência dos Termos de Parceria entre o Poder Público e as OSCIPs. *Parcerias Público-Privado*. Carlos Ari Sunfeld (org). São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 2. ed. Brasília: ENAP, 2001.
- BRESSER-PEREIRA, L. C. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; SPINK, P. (org). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- GOHN, Maria da Glória. Sociedade civil no Brasil: movimentos sociais e ongs. *Nômadias (Col)*, Bogotá, n. 20, p. 140-150, 2004.
- GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e Prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Disponível em: <http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/A-Inclusa%CC%83o-do-Outro-Habermas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler-UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler-UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.
- HABERMAS, Jürgen. *¡Ay, Europa! Pequenos escritos políticos*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Martins Fontes: São Paulo, 2002.
- KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. Os paradigmas da administração pública no Brasil (1900-92). *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 34, n. 3, p. 41-48, maio/jun. 1994.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

LUBENOW, Jorge Adriano. A Esfera Pública 50 Anos Depois: Esfera Pública e Meios de Comunicação em Jürgen Habermas em Homenagem aos 50 Anos de Mudança Estrutural da Esfera Pública. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 35, n. 3, p. 189-220, set./dez. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/trans/v35n3/10.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em habermas: Modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 121, p. 227-258, jun. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/kr/v51n121/12.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. *Por uma administração pública democrática: além da administração pública gerencial, a administração pública societária*. 2009. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2009.

MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de administração pública: foco nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONTAÑO, Carlos. *O Canto da Sereia: crítica à ideologia e aos projetos do "terceiro setor"*. São Paulo: Cortez, 2014.

MOREIRA, Ergon Bockmann. *Processo Administrativo*. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública consensual. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública gerencial. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, n. 2, p. 120, 1999.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

ROCHA, Rogério Lannes. Ficar em casa? *Radis Edição*, n. 212, 2020. Disponível em: https://radis.ensp.fiocruz.br/phocadownload/revista/Radis212_web.pdf. Acesso em: 1 jun. 2020.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. *RAP. Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-69, mar./abr. 2009.

SERVA, Maurício. O Estado e as ONGS: uma parceria complexa. *RAP. Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 6, p. 41-54, 1997.

TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. *R. Dir. Adm*, Rio de Janeiro, n. 214, p. 27-34, out./dez. 1998.

VIEIRA, José Ribas. *A perspectiva do espaço público na compreensão democrática do direito*. Disponível em: www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online. Acesso em: 12 abr. 2020.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. v. I.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. v. II.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 31/08/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 03/09/2020
- Avaliação 1: 08/09/2020
- Avaliação 2: 30/03/2021
- Decisão editorial preliminar: 12/04/2021

Cintya Martins Moreira e Edimur Ferreira de Faria

- Retorno rodada de correções: 03/05/2021
- Decisão editorial/aprovado: 03/05/2021

Equipe editorial envolvida

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

A ADOÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA SOB A VISÃO DA NOVA EMPRESARIALIDADE NA PRESERVAÇÃO EMPRESARIAL EM FACE DE PRÁTICAS CORRUPATIVAS OU DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE ADOPTION OF CORPORATE GOVERNANCE UNDER THE VIEW OF NEW ENTREPRENEURSHIP IN BUSINESS PRESERVATION IN VIEW OF CORRUPTIVE PRACTICES OR ADMINISTRATIVE IMPROBITY

FABIANA DE PAULA LIMA ISAAC MATTARAIA¹

ADALBERTO SIMÃO FILHO²

LUIZ EUGENIO SCARPINO JUNIOR³

RESUMO

A nova empresarialidade, que busca pela responsividade social, representa, até como forma de sobrevivência das organizações, a ideia destas não mais buscarem os lucros de forma imediata, preocupando-se com o meio social em que estão inseridas, no intuito de contribuir para a melhoria dos problemas sociais. Referido ideário também está presente na normativa da Governança Corporativa. A empresa socialmente responsável

1 Doutoranda pelo programa de Direitos Coletivos e Concreção da Cidadania da UNAERP. Mestra pelo programa de Direitos Coletivos e Concreção da Cidadania da UNAERP. Professora do curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto/SP. Adogada atuando na área de improbidade administrativa.

2 Possui graduação em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (1981), mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991), doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (2009-2011). Atualmente é docente titular da Universidade de Ribeirão Preto? UNAERP, no Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania, níveis doutorado e mestrado. Professor do programa de pós graduação em direito comercial da COGEAE/PUC-SP. Diretor do Escritório de Advocacia Simão Filho Advogados. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0001-7441-8715>.

3 Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania (UNAERP). Pós graduado "lato sensu" em Gerente de Cidades (FAAP), Direito Eleitoral e (UNISUL) e Gestão Jurídica de Empresas (UNESP). É Coordenador de Área - Região 10 - da Escola Superior da Advocacia. Professor na Universidade de Ribeirão Preto. Advogado, sócio-fundador da Scarpino Sociedade de Advogados. Temas de estudo: Direito Eleitoral; Gestão Pública; Licitações e Contratos Públicos; Ética pública. ORCID id: <https://orcid.org/0000-0002-0131-1631>.

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

MATTARAIA, Fabiana de Paula Lima Isaac; SIMÃO FILHO, Adalberto; SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. A adoção da governança corporativa sob a visão da nova empresarialidade na preservação empresarial em face de práticas corruptivas ou de improbidade administrativa. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 223-241, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8258>.

busca por sustentabilidade no desenvolvimento de suas atividades. A Lei Anticorrupção trouxe importantes impactos em relação ao resgate de tais valores às empresas, mormente em razão da possibilidade de firmarem acordos de leniência, desde que se comprometam a manter e comprovar seus programas de integridade, *compliance* e, implementação de códigos de ética. Este artigo buscará traçar a importância e a interligação destes institutos, de forma a correlacionar o uso da Governança Corporativa, sob a leitura da nova empresarialidade, para possibilitar o rearranjo sustentável de práticas empresariais, que, mesmo em desajuste, possam ser equacionados mediante a política de “acordo de leniência” ou no acordo de não persecução cível, previsto na Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-chave: nova empresarialidade; governança corporativa; Lei Anticorrupção.

ABSTRACT

The new entrepreneurship, which seeks social responsiveness, represents, even as a way of survival for organizations, the idea that they no longer seek profits immediately, worrying about the social environment in which they operate, in order to contribute for the improvement of social problems. This ideal is also present in the Corporate Governance regulations. The socially responsible company seeks sustainability in the development of its activities. The Anticorruption Law brought important impacts in relation to the redemption of such values to companies, mainly due to the possibility of entering into leniency agreements, as long as they commit to maintaining and proving their integrity, compliance, and implementation of codes of ethics programs. This article will seek to outline the importance and interconnection of these institutes, in order to correlate the use of corporate governance, through the reading of the new entrepreneurship, to enable the sustainable rearrangement of business practices, which, even in mismatch, can be considered through the policy of “Leniency agreement” or civil non-prosecution agreement, provided for in the Administrative Improbability Law.

Keywords: new entrepreneurship; corporate governance; anticorruption law.

1. INTRODUÇÃO

Na primeira metade dos anos 70, em um movimento iniciado principalmente nos Estados Unidos, acionistas despertaram para a necessidade de novas regras que os protegessem dos abusos da diretoria executiva das empresas, da inércia de conselhos de administração inoperantes e das omissões das auditorias externas e buscaram refletir e melhorar o sistema pelo qual eram administradas as sociedades americanas

Segundo Lélío Barbiera (2000, p. 1), além da questão administrativa, a expressão Corporate Governance, contempla também a inteligência de práticas ligadas a um sistema normativo específico e regulamentos governativos que dizem respeito inclusive a *Security Corporations Actas* e as regras (*rules*) da *Security Exchange Commission* – SEC-norte americana que culminam por limitar a liberdade da sociedade mas evitam abusos e danos advindos da prática societária.

Reconhecendo a importância econômica, social jurídica da corporação, a doutrina norte americana, segundo Barbiera (2000, p. 1), reclamava por inovações pelo menos no âmbito das grandes corporações, haja vista que as leis federais e estaduais de até então, não contemplavam práticas específicas relacionadas ao órgão de administração que efetivamente detinha o comando da empresa e a questões ligadas à imparcialidade dos comitês de gestão e vigilância.

Conceitualmente, a Governança Corporativa surgiu para superar o “conflito de agência”, decorrente da separação entre a propriedade e a gestão empresarial. Nesta situação, o proprietário (acionista) delega a um agente especializado (executivo) o poder de decisão sobre sua propriedade. No entanto, os interesses do gestor nem sempre estarão alinhados com os do proprietário, resultando em um conflito de agência ou conflito agente-principal.

Merece destaque as ações empreendidas por Robert A.G. Monks⁴ para que se estabelecesse a prática da Governança Corporativa nos Estados Unidos. Segundo Hilary Rosenberg Monks (2000, p. 5), até então um advogado, envolve-se com negócios da família e torna-se um bem sucedido empresário e executivo.

Verificando as distorções do sistema corporativo norte americano, onde o destino das companhias não era traçado por seus proprietários mas pelos executivos que as dirigiam (fato que ocorria em razão do sistema de comando e volume de ações necessárias para se atingir quórum deliberativo) que, em muitos casos somente se interessavam na manutenção de seus privilégios às custas do comprometimento dos resultados financeiros das corporações, aliado ao fato de que a busca dos acionistas se dissociava desta posição na medida em que estes pretendiam a maximização do valor de suas ações, Monks passa a se tornar um ativista corporativo, defendendo certas posições com fins a obtenção de melhores práticas na condução dos negócios sociais.

A preocupação da Governança Corporativa originou-se, portanto, em criar um conjunto eficiente de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento, a fim de assegurar que o comportamento dos executivos esteja sempre alinhado com o interesse dos acionistas.

No atual contexto histórico, de notórios casos de corrupção envolvendo grandes empresas, como foi exposto pela investigação Lava-Jato, o mecanismo de Governança ganhou especial relevância, no sentido de agregar às empresas credibilidade, idoneidade perante o mercado e os diversos órgãos estatais.

Além disso, em paralelo, destaca-se a “nova empresarialidade”, decorrente da atividade empresarial em movimento constante e sucessivo, exercitada no âmbito de padrões éticos e de valores que se permeiam no inter-relacionamento com os fornecedores, mercado consumidor, agentes econômicos, valores mobiliários, trabalhadores, meio ambiente, sócios e acionistas, gerando sinergia completa e complexa que culmina em vivificar a empresa e agregar valor real (SIMÃO FILHO; PEREIRA, 2015, p. 27).

E o resultado de toda essa mudança de valores é concreto. Prova disso são as companhias que comercializam suas ações no Novo Mercado (B3)⁵, um segmento da Bovespa existente desde 2000 que valora as ações de acordo com o grau de Governança Corporativa. Ainda, a Lei 10.303/2001, que criou a Comissão de Valores Mobiliários, e trouxe à Lei das Sociedades por Ações (6.404/96) concretamente hipóteses pelas quais foram inseridos os princípios da Governança Corporativa. (BRASIL, 2001).

4 Robert A . G.Monks é autor de várias obras relacionadas às práticas de Corporate Governance, entre as quais pode-se citar Power e Accountability- 1991 que trata da necessidade de monitoramento das empresas por seus acionistas inclusive os institucionais; Corporate Governance – 1995 que se resume em um manual para a prática da governança corporativa com análise de casos ocorridos nos Estados Unidos e em outros países. Watching the Watcher`s – 1996, escrito com Nell Minow trata-se de uma obra especialmente dedicada aos Conselhos de Administração, contendo um business plan dedicado ao funcionamento dos Conselhos de Administração do futuro; The Emperor’s Nightingale – 1998 onde se procura analisar a relação entre as várias partes constitutivas de uma empresa e seus acionistas.

5 Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/. Acesso em: 3 set. 2021.

Após a promulgação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), houve uma crescente adesão das empresas em relação aos mecanismos de Governança Corporativa, pois esta Lei permite expressamente a possibilidade de firmar acordo de leniência, desde que a empresa comprove o cumprimento de seu programa de integridade. (BRASIL, 2013).

No mesmo sentido, importante destacar a recente alteração realizada à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/92), pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que, dentre outras disposições, alterou o § 1º do artigo 17, com expressa possibilidade de celebração de acordos de não persecução cível.

Este artigo se utiliza da metodologia analítica, a partir da revisão doutrinária para analisar a correlação da instrumentalização da Governança Corporativa como ferramenta estrutural de gestão, sob a perspectiva da nova empresarialidade, para possibilitar o rearranjo sustentável de práticas empresariais, que, mesmo em desajuste, possam ser equacionados mediante a política de “acordo de leniência” ou no acordo de não persecução cível, previsto na Lei de Improbidade Administrativa.

2. ASPECTOS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA E NOVA EMPRESARIALIDADE NO BRASIL

A governança corporativa concretiza-se através da adesão a um sistema de regras e de práticas estabelecidas em consenso.

Parte da premissa da necessidade de transparência com relação ao mercado e aos fatos internos empresariais que refletem inclusive na elaboração do próprio sistema de informes contábeis.

A totalidade das informações contábeis e de mercado deve ser realizada de tal forma que efetivamente se possa aquilatar o estado atual da companhia em atenção às regras que contenham os deveres de informação, diligência e lealdade.

O Administrador a despeito de seus deveres legais e institucionais, deve observar o necessário sigilo a respeito dos negócios que possuam tal característica.

Enfim, a Governança Corporativa quando implementada, visa não só uma forma mais dinâmica de se atingir o objeto social da empresa como também enfatiza o seu fim social.

Este fato ocorre quando o conjunto de normas e regras em sinergia passa a imprimir e a obrigar respeito a um plano de ação e de atuação dos administradores que reflete totalmente junto aos acionistas, conselheiros, fornecedores, empregados e a comunidade em geral, com resultados práticos e econômicos sensíveis.

Não é novidade que o desenvolvimento real de uma empresa é aquele que se baseia nos valores éticos. O velho pensamento focado somente na lucratividade não possui guarita em empresas que buscam seu desenvolvimento sólido, contumaz e perene.

Rachel Sztajn (1998, p. 34-50), no âmbito do direito societário, analisa a relação dos sócios entre si e destes para com os administradores e conselheiros das sociedades e aspec-

tos de relações externas entre a sociedade com terceiros não sócios, fisco, empregados, fornecedores, consumidores, credores em geral, que a responsabilidade social está ligada a direitos sociais, aos previstos no Capítulo II da Constituição da República de 1988, entre os quais destaca a saúde, o trabalho, a assistência aos desamparados, destacando que, embora nem todos sejam de responsabilidade direta de particulares que exercem as atividades econômicas, tende a crescer, entre empresários privados, a responsabilidade com o bem estar coletivo, segundo modelo de solidariedade empresarial.

As empresas, para exercerem o seu lado de empresas-cidadãs, trabalham com vistas a obter uma responsividade social, operando tanto por meio do exercício de atividades empresariais voltadas para o terceiro setor, como é o caso das franquias sociais, como também, através da cooperação com fundações de institutos e agremiações sem fins lucrativos, gerando uma finalidade social específica que reflete também em retornos financeiros de forma indireta, ou seja, investindo em capacitação social na sociedade em que se inserem (SIMÃO FILHO; PEREIRA, 2015, p. 5).

E para atingir tais objetivos, podem ser utilizados os recursos da Governança Corporativa, instrumentalizados em códigos éticos de melhores práticas, como forma de se aperfeiçoar a relação entre os Acionistas/Quotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal, através da aplicação dos princípios de transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas, basicamente, destacando-se como princípio norteador a responsabilidade Corporativa.⁶

A Lei 10.303/2001 trouxe para a Lei das Sociedades por Ações 6.404/96, algumas noções do princípio da transparência, tendo como exemplo disso o seu artigo 4º, parágrafos 2º, 4º e artigo 254-A, que ao são os únicos dispositivos legais que possuem a característica da transparência, trazendo a disposição de que ninguém terá informações privilegiadas, havendo obrigação de registrar na Comissão de Valores Mobiliários previamente à distribuição pública de valores mobiliários.

Outrossim, em relação ao princípio da equidade, referida Lei, pelo artigo 254-A dispôs sobre a alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

Com relação ao dever de prestação de contas, na Lei 6.404/96, em seu Capítulo XVII de Dissolução, Liquidação e Extinção, Seção II da Liquidação, a Prestação de Contas do Liquidante na sociedade por ações é disposta no artigo 216, caput, pelo qual resta determinando que pago o passivo e rateado o ativo remanescente, o liquidante convocará a assembleia-geral para a prestação final das contas.

Todo agente que tiver sido escolhido pelos acionistas/cotistas para administrar, organizar ou gerir a sociedade tem o dever de prestar contas de seus atos. Este princípio tenta resguardar a transparência das suas ações.

6 "Os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional, etc.) no curto, médio e longo prazos". Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 6 ago. 2020.

Portanto, a Lei mencionada já vinha trazendo de forma concreta às companhias, o dever ao cumprimento de preceitos da Governança Corporativa.

Além disso, os chamados “novos mercados” criados pela BOVESPA, que não são tão novos, surgiram no ano de 2000 como expressão maior da preocupação com a governança corporativa, classificando-se em Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado, este inspirado no Mercado Alemão, conforme níveis de governança praticados e implementados, sendo que a mais valia das suas ações estão diretamente relacionadas com tais implementações. Atualmente, estes segmentos vêm sendo operados pela bolsa B3, após a fusão da BM&FBovespa com a Cetip (desde 2017).

Atualmente têm sido utilizados outros mecanismos de proteção de governança, tais como os Programa de *Compliance*, Canal de Denúncias, Comitê de Auditoria, Conselho Fiscal e Auditoria Interna (XAVIER PEREIRA; DA SILVEIRA; SEGANTINE, 2016, p. 5). Tais recursos de governança vieram com a Lei Anticorrupção em 2013.

Importante destacar que, até a promulgação da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), alguns elementos de governança já eram exercidos e implementados, conforme acima apontado, no entanto, após referida lei Anticorrupção, as companhias aprimoraram seus mecanismos de governança, no sentido de garantir maior transparência, a contribuir com eventuais investigações de corrupção, principalmente pelo nível imposto de responsabilização com referida normativa (XAVIER PEREIRA; DA SILVEIRA; SEGANTINE, 2016, p. 5).

E tal porque, o artigo 7º da referida Lei Anticorrupção dispõe sobre elementos que serão levados em consideração para aplicação das sanções, sendo que o inciso VIII prevê a *existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*.

Desta forma, a referida normativa trouxe, de forma contundente, a obrigação das empresas em aplicar os mecanismos internos que demonstrem sua credibilidade, em concernência com os valores já traçados pela Governança Corporativa, no sentido de levá-los em consideração no momento de aplicação da pena decorrente de atos de corrupção. Importante destacar, ainda, que no parágrafo único do artigo 7º. da Lei Anticorrupção está determinado que os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

A Lei Anticorrupção permite o acordo de leniência, estabelecendo alguns critérios, conforme seu artigo 16⁷, principalmente no tocante à cooperação plena e permanente com eventuais investigações.

Sendo assim, mais do que claro está que as empresas atualmente não poderão nortear-se somente pela lucratividade, mas sim pelo seu engajamento com interesses coletivos

7 Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

referentes aos padrões éticos, demonstrando sua credibilidade pelos mecanismos da Governança Corporativa. Até porque, do contrário à referida tendência, tais empresas não terão quaisquer mecanismos de se refazer, em face de eventuais atos em que haja a incidência de penalidades da Lei Anticorrupção.

Todas essas inclusões legislativas, com relação aos preceitos de Governança Corporativa envolvem a chamada “nova empresarialidade”, que busca pelo desenvolvimento empresarial de forma sustentável, do ponto de vista de valores, ideal de Adalberto Simão Filho (2015, p. 10.). Este mesmo autor descreve o seguinte a respeito da crise de valores morais empresariais:

Em tempos tão rudes onde a crise de valores morais empresariais gera a crise das empresas e onde se denota a construção de sofisticadas máquinas de fraldar governos e sociedades, sob o signo empresarial, tal atividade é exercida de modo a se afastar radicalmente de seu objetivo final e de sua função social.

Conivências espúrias e criminosas entre agentes dos poderes públicos e empresários, objetivando o enriquecimento desmedido e sem causa, que se habilitam a proporcionar entre outros atos estrondosos de manipulação, desvios de dinheiro e menosprezo à população -inclusive causando interferências no processo legislativo do país -, tudo exclusivamente para obterem melhores oportunidades de conseguirem lucrar e comandar uma nação às custas da miséria alheia (DE SOUZA BARBOSA; SIMÃO FILHO, 2018, p. 10).

Adalberto Simão Filho também explorou em seu trabalho (DE SOUZA BARBOSA; SIMÃO FILHO, 2018, p. 10) a empresarialidade conforme previsto na Constituição Federal (princípio do solidarismo) como atributo para uma sociedade justa, evidenciando que a empresa socialmente responsável busca por sustentabilidade no desenvolvimento de suas atividades, estando aí a chamada “nova empresarialidade”.

Portanto, este ideal impõe o exercício pelas empresas de um conjunto de valores que vão além da lucratividade, tornando a empresa exemplo para sociedade em que está inserida, como um dever de resgate ético, que, embora seja um pilar em qualquer cultura civilizada, parecia estar esquecido.

A nova empresarialidade proposta, açambarca quanto a forma de expressão comunitária os conceitos de responsabilidade social e de cidadania empresarial, ou seja, busca-se sim o lucro como uma das atividades fins, porém, como atividade meio há que se fazê-lo observando-se certos princípios de natureza ética e um comprometimento social não como elemento justificador do lucro, mas como elemento de consolidação e destaque de um posicionamento mercadológico específico. Desta forma, o sentido finalista será o da busca de resultados, onde o principal deles será o lucro.

E não somente no Brasil este resgate tem sido realizado. Napoleão Casado Filho (2016, p. 2) destaca que nos Estados Unidos da América os parâmetros estabelecidos pela Governança Corporativa alcançaram o posto de norma legal através da *Sarbanes-Oxley Act*, de 2002, como resposta ao caso Enron, sendo que no Brasil, até recentemente, não havia norma legal impondo tais controles as corporações brasileiras, embora tais normas internas tivessem certo valor normativo.

Para esclarecer, a Enron era considerada um dos maiores grupos atuando no setor de energia, suas ações nos anos 2000 valiam aproximadamente US\$ 90,00. Em 2001 foi descoberto que grande parte das perdas da Enron foi por conta de parcerias formadas pela empresa. O comitê de compensação aprovou para os executivos um bônus de US\$ 750 milhões, pelos serviços prestados no ano anterior e naquele ano como comparação a Enron teve o lucro líquido de US\$ 975 milhões. A má governança da companhia prejudicou muitas esferas, tendo sido o Município de Houston prejudicado porque dependia da empresa, assim como Governo, sindicatos, entre outros (MARQUES DE LIMA JÚNIOR *et al*, 2017, p. 8-9).

Acerca das práticas legislativas anticorrupção, nota-se a previsão robusta da Lei Norte-Americana de Práticas Corruptas no Exterior (FCPA, de 1977), secundada, pela Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996), que, além do peso de *soft law*, gerou um *enforcement* para a entronização em solo brasileiro de uma legislação mais específica.

A respeito da origem da Lei Anticorrupção brasileira, observa-se:

Em 2010, o Brasil parecia se alinhar ao grupo de nações do mundo que sinalizava ao menos pretender cumprir os compromissos assumidos em 9 de dezembro de 2003 em Mérida. Encaminhou ao Congresso um projeto de Lei Anticorrupção empresarial.

Em 2013, quando apenas Argentina, Irlanda do Norte e Brasil ainda não tinham suas leis, logo após os movimentos de rua de junho, a Lei 12.846 foi aprovada, incluindo-se, aos 45 minutos do segundo tempo, sem ampla discussão como era necessário, o acordo de leniência que seria celebrado entre órgão de controle interno e empresa suspeita de corrupção, sem Ministério Público e ninguém fiscalizando (LIVIANU; DE OLIVEIRA MEDIDA, 2016, p. 2).

No Brasil, a Lei Anticorrupção, a qual lançou de forma mais clara tais valores de governança corporativa, somente foi promulgada após forte pressão popular, em virtude dos atos de corrupção relacionados à investigação da Lava-Jato, tendo por objetivo, conforme menciona Patrícia Toledo de Campos (2015, p. 163), sanar a lacuna existente no sistema jurídico brasileiro sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticam atos ilícitos em desfavor da Administração Pública nacional e estrangeira, principalmente, atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos.

A mesma autora conta que a Lei decorreu de fortes movimentos da população brasileira, no sentido de haver melhores mecanismos de combate à corrupção, *reivindicando, de modo especial, ética, moral e integridade por parte dos governantes* (DE CAMPOS, 2015, p. 161).

Desta forma, verifica-se que os valores éticos tiveram que ser impostos pela própria população, em resposta aos escândalos de corrupção havidos. Ou seja, o sistema abordado pela Governança Corporativa, desde meados de 90, bem como timidamente disposto na Lei das S/A, em virtude de atos fraudulentos de empresas brasileiras, com repercussão internacional, levaram, também, à existência da Lei Anticorrupção, evidenciando a importância coletiva do exercício da empresa e seus reflexos.

3. LEI ANTICORRUPÇÃO

3.1 PRINCIPAIS ASPECTOS

A Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, denominada popularmente “Lei Anticorrupção” dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, sendo estas, sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Em que pese o arcabouço legislativo já existente com a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), para tornar pessoas físicas inelegíveis e Lei de Licitações (Lei 8.666/93) que define ilícitos administrativos e crimes, com sanções, em matérias de licitações de contratações, bem como o Código Penal, dentre outras leis esparsas para punição de crimes praticados contra a Administração Pública, a Lei 12.846/2013 ampliou a responsabilização das pessoas jurídicas, alcançando seus dirigentes através da desconsideração da personalidade jurídica.

Importante destacar que, conforme artigo 5º, expressamente constam como atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Patrícia Toledo de Campos (2015, p. 161) destaca que as inovações desta Lei concernem na imputação de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, o *compliance*, o acordo de leniência, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, com severas punições.

Quanto à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, esta independe de dolo ou culpa, nas esferas administrativa e judicial, conforme seus artigos 19 e 20. Porém, para tanto, necessário que haja nexos entre causa e efeito, através de prática de ato lesivo, conforme artigo 5º, a ser praticado pela pessoa jurídica e que cause dano à Administração Pública (nacional e estrangeira).

O seu artigo 8º determina que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

Neste aspecto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1059) menciona que o § 2º do mesmo dispositivo atribuiu igual competência à Controladoria Geral da União (CGU), no âmbito do Poder Executivo, podendo tal órgão avocar processos instaurados por outras autoridades, com vistas a examinar sua regularidade e corrigir seu andamento, sendo este órgão superior àqueles que promovem à instauração do processo administrativo, sendo também o competente para instaurar processo quando os atos ilícitos previstos na Lei sejam praticados em face da Administração Pública estrangeira, fazendo alusão ao disposto no artigo 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº. 3.678/00.

O artigo 19 determina que, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das sanções previstas, quais sejam: a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Destaca-se que as condutas previstas no art. 5º não são exclusivas e originais da Lei Anticorrupção, eis que já eram consideradas ilícitas pelo Código Penal, pela Lei de Licitações ou pela Lei de Improbidade Administrativa.

Livianu e De Oliveira Medida (2016, p. 2), em crítica ferrenha no ano de 2016, que a Medida Provisória 703/2015, hoje com vigência encerrada, conta que esta promovia alterações na Lei de Improbidade Administrativa, bem como, violava o artigo 62, parágrafo 1º, inciso I, alínea 'b' da CF, pois estabelecia que a celebração de acordos de leniência implicariam na extinção de processos de improbidade administrativa em curso e a impossibilidade de futuras ações de improbidade.

Este autor entendeu que tal disposição era totalmente inconstitucional, pois alterava⁸ legislação processual, já que o parágrafo 1º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa vedava transação ou acordo em sede de ação de improbidade. Além disso, através do §11 do artigo 16 da Lei Anticorrupção, a Medida Provisória dispunha que o acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impedia que os entes celebrantes ajuizassem ou prosseguissem com as ações de que tratam o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Além disso, referida Medida limitava a atuação dos Tribunais de Contas, em que pese sua reconhecida função de poder geral de cautela.

Assim, Livianu entende que não cabia à Medida Provisória qualquer limitação de controles externos, outorgadas ao Tribunal de Contas da União diretamente pela Constituição Federal. Além disso, mencionou:

Como se já não fossem bastantes os argumentos já mencionados, a justificativa de apresentação da Medida Provisória 703 para destravar a economia, permitindo que empresas suspeitas de corrupção tenham acesso a financiamentos públicos e fiquem impunes com anulação da multa prevista na Lei 12.846 danifica o princípio da livre concorrência e nega princípios universais esculpidos no pactos internacionais anticorrupção — especialmente da OCDE (1997) e Mérida (2003).

Além disso, não há a urgência exigida no artigo 62 da Constituição Federal, cujo sentido não pode ser banalizado nem vulgarizado, razões que levaram o Instituto Não Aceito Corrupção e Associação Nacional do Ministério Público

8 Art. 2º Ficam revogados:

I - o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - o inciso I do § 1º do art. 16 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

de Contas (AMPCON) a oficiar ao PGR para que propusesse com estes fundamentos Ação Direta de Inconstitucionalidade. (LIVIANU; DE OLIVEIRA MEDIDA, 2016, p. 2).

Em 29 de maio de 2016, a Medida Provisória nº 703/2015, teve seu prazo de vigência encerrado.

Atualmente, o texto da Lei Anticorrupção não faz referências à Lei de Improbidade Administrativa, a qual, por meio de mudança legislativa em 2019, também prevê a possibilidade de acordo de não persecução cível, o qual será explorado em item adiante.

3.2 ACORDO DE LENIÊNCIA

Di Pietro (2019, p. 1060-1061) afirma que o acordo de leniência não é novidade em nosso ordenamento jurídico, porquanto já havia sido previsto no artigo 35-N da Lei nº. 8.884/94, a qual dispunha a respeito da prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, porém, restou revogado pela Lei nº 12.529, de 2011, que passou a definir tais infrações, bem como dispõe em seu artigo 86 a respeito de referida forma de composição, a ser realizado entre o CADE e a pessoa física ou jurídica acusada de infração à ordem econômica.

Na Lei Anticorrupção, o acordo de leniência está disposto como “cooperação da pessoa jurídica para apuração das infrações”, sendo seus benefícios recebidos pela pessoa jurídica que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto.

Conforme previsto no artigo 16 da Lei Anticorrupção, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, desde que essa pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, admitindo sua participação no ilícito e cooperando plenamente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Com a celebração do acordo, haverá a isenção da pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. Porém, este não eximirá a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

E o acordo de leniência leva em consideração os padrões já ensaiados pela Governança Corporativa e o ideal da “nova empresarialidade”. Conforme acima já apontado, o seu artigo 7º da referida Lei Anticorrupção dispõe sobre elementos que serão levados em consideração para aplicação das sanções, sendo que o inciso VIII dispõe acerca dos mecanismos internos que demonstrem a integridade, e incentivo à denúncia de irregularidades, além de auditoria e implementação efetiva de código de ética nos procedimentos internos das pessoas jurídicas.

Grande exemplo a ser mencionado é a construtora Odebrecht, investigada no âmbito da Operação Lava Jato, a qual, realizou acordo de leniência (BRASIL, 2018), tendo como fundamento justamente o art. 16, §5º, da Lei nº 12.846/13, por meio do qual reconheceu os ilícitos cometidos, bem como, comprometeu-se a pagar R\$ 2.727.239.997,64 (dois bilhões, setecen-

tos e vinte e sete milhões, duzentos e trinta e nove mil, novecentos e noventa e sete reais e sessenta e quatro centavos) em 22 (vinte e duas) parcelas anuais. Um dos benefícios concedidos à construtora, conforme item 11.1.1 do acordo, é a não aplicação das sanções previstas no art. 6º, inciso II, e no art. 19, inciso IV, da Lei nº 12.846/2013. (BRASIL, 2013).

Observa-se que, com relação a estes mecanismos, o acordo celebrado pela Odebrecht, em seu item 3.4 assim está disposto:

3.4.O interesse público é atendido com o presente Acordo tendo em vista a necessidade de:

3.4.1.Conferir efetividade ao combate à corrupção;

3.4.2.Obter a reparação aos danos causados ao erário, mediante o pagamento consensual dos valores previstos neste Acordo e a entrega de informações e elementos de prova que viabilizem a responsabilização de terceiros responsáveis, inclusive solidários, conforme o caso;

3.4.3.Preservar a própria existência da empresa e a continuidade de suas atividades, em especial a atividade de engenharia e construção, o que, apesar dos ilícitos confessados, encontra justificativa inclusive na manutenção e ampliação de empregos e em obter os valores necessários à reparação dos ilícitos perpetrados; e

3.4.4.Assegurar a adequação e efetividade das práticas de integridade da empresa, prevenindo a ocorrência de ilícitos e privilegiando em grau máximo a ética e transparência na condução de seus negócios. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Além disso, destaca-se que está, dentre as obrigações assumidas pela empresa mencionada, nas cláusulas 9ª e 10ª, o compromisso de aperfeiçoamento do programa de integridade por parte das responsáveis colaboradoras, reconhecendo a necessidade de aperfeiçoar seu Programa de Integridade, com o objetivo e adaptá-lo a seus riscos e características atuais conforme as disposições previstas nos artigos 41 e 42 do Decreto nº. 8.420/2015, bem como comprometendo-se a enviar relatórios semestrais com informações sobre a implementação e aperfeiçoamento deste à Controladoria Geral da União.

O Decreto nº. 8.420/2015 tem por objeto a regulamentação da Lei Anticorrupção, e seu artigo 41 trata justamente do Programa de Integridade mencionado, sendo este, conforme definido:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, **no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira** (Brasil, Decreto 8.420/2015). (BRASIL, 2015, grifo nosso).

O artigo 42 traz os parâmetros de avaliação deste programa, pautados em padrões de conduta, código de ética, treinamentos, análises de risco, procedimentos de prevenção à fraudes e ilícitos, dentre outros.

Referido programa de integridade é levado em consideração, apresentando a pessoa jurídica em sua defesa informações e documentos referentes à sua existência e comprovação de seu implemento, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas, conforme § 4º do artigo

5º do Decreto 8.420/15. Além disso, no artigo 37 de referido Decreto, está estipulado que uma das cláusulas do acordo de leniência versará exclusivamente da adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Diante disso, empresas que implementem mecanismos de *compliance*, dentro de procedimentos internos de integridade, poderão ser beneficiadas por meio do acordo de leniência.

Observa-se que houve plena influência da necessidade do retorno dos valores básicos éticos empresariais, no sentido de que tais empresas possam se reestruturar, diante de fraudes e atos de improbidade face ao patrimônio público, até porque, não se trata apenas da empresa *per si*, mas de toda a comunidade que desta depende sua subsistência e desenvolvimento.

Neste sentido, Maria Helena Diniz nos ensina a respeito da função social da empresa:

A propriedade empresarial deverá atender à função social, exigida pela Carta Magna (arts. 5º, XXII, 182, §2º, e 186); por isso o empresário exercerá sua atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços no mercado de consumo, de forma a prevalecer a livre concorrência sem que haja abuso de posição mercadológica dominante, procurando proporcionar meios para a efetiva defesa dos interesses do consumidor e a redução de desigualdades sociais, assumir funções assistenciais para seus empregados, p. ex, formando serviços médicos, fundos de previdência, planos de aposentadoria, promovendo ensino básico, creches, transporte, e, ainda, realizar projetos de recuperação do meio ambiente, e do patrimônio histórico-cultural.

(...)

Eis a razão pela qual Adalberto Simão Filho (2002, p. 51, 81-84) afirma, acertadamente, que o empresário deve buscar um ponto de equilíbrio (“ótimo de Pareto”), obtendo o máximo de eficiência social, fazendo com que os custos sociais derivados das atividades mercadológicas sejam iguais aos benefícios sociais alcançados. Atinge-se, continua ele, o máximo de eficiência social pelo “ótimo de Pareto” sempre que o bem-estar do empresário aumente sem diminuir o bem-estar de outros membros da sociedade. (DINIZ, 2018, p. 8-9)

Maria Helena Diniz e Adalberto Simão Filho, em clara intertextualidade, conversam acerca da importância do ponto de equilíbrio que o empresário deve buscar, justamente porque sua atividade alcança importantes reflexos no meio em que está inserida, e, daí, clara a importância de resgate e implementação dos valores éticos, sociais, de integridade desta, os quais, inclusive do ponto de vista da Administração Pública, quando de atos fraudulentos e de improbidade, poderão ser recompostos em acordos, desde que se cumpra a promessa de manter programas de integridade e efetivação de seus códigos de ética.

4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Como já dito acima, a Lei de Improbidade Administrativa também sofreu modificação bastante importante pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que, dentre outras disposições, alterou o § 1º do artigo 17, com expressa possibilidade de celebração de acordos de não persecução cível, revelando a prevalência da consensualidade administrativa sobre a imperatividade da ação (FERRAZ, 2020, p. 1).

Destaca-se que esta modificação legislativa da Lei de Improbidade Administrativa, não se refere a eventual retorno da antiga Medida Provisória 703 acima comentada, que impunha abusividades inconstitucionais em seu texto, mas claramente decorrente de resposta da alteração realizada pela Lei 13.655/2018, que incluiu à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, principalmente no tocante ao seu artigo 26, o qual dispõe expressamente a possibilidade, no sentido de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, de autoridade administrativa, *após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.* (BRASIL, 2018).

E a respeito do acordo de não persecução cível, Araújo comenta:

Apesar da singeleza do dispositivo que prevê o acordo de não persecução cível - já que ele não detalha como se dará nas ações civis públicas de improbidade administrativa a celebração de tal mecanismo consensual, em oposição ao que ocorre com relação ao acordo de leniência - a sua introdução expressa será de extrema utilidade para os operadores do direito (ARAÚJO, 2020, p. 1).

Assim, não se observa, no entanto, sistemática tão sofisticada como a da Lei Anticorrupção, nos acordos de não persecução cível⁹, pois ainda não há regulamento para a elaboração desta composição, porém, já há uma tendência, conforme resoluções estaduais¹⁰, de impor compromisso às empresas acordantes em promover *“alterações em sua governança que mitiguem o risco de ocorrência de novos atos lesivos e o monitoramento eficaz dos compromissos firmados”*.¹¹

Pelos exemplos contidos nas notas de referência, este pode ser realizado por pessoas físicas, além das jurídicas, diferentemente do acordo de leniência.

E não há como negar que os ideais da Governança Corporativa, à luz da nova empresarialidade, também trouxeram inequívoca inspiração para os acordos de não persecução cível admitidos recentemente pela Lei de Improbidade Administrativa.

Carece-se, outrossim, ainda de maior segurança jurídica para adequada pacificação de infração praticada no âmbito empresarial e, que resvala, concomitantemente, em infrações penais (pessoalmente, para os gestores), atos anticoncorrenciais, atos violadores à Lei Anticorrupção e, igualmente, à Lei de Improbidade Administrativa. Em todos eles, é passível, agora, de acerto ou composição. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, reconheceu a

9 Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2659892.PDF; <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/boas-praticas/not2444-acordo.pdf>. Exemplos de acordos disponibilizados ao público.

10 VI - *o compromisso do cumprimento das obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, repute-se necessárias para assegurar o comprometimento da pessoa jurídica em promover alterações em sua governança que mitiguem o risco de ocorrência de novos atos lesivos e o monitoramento eficaz dos compromissos firmados na composição.* (art. 3º da Resolução nº 01/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná). Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civel.pdf. CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - CAODPP, NOTA TÉCNICA Nº 01/2020 SOBRE APLICABILIDADE DE ACORDOS DE NÃO-PERSECUÇÃO CÍVEL EM PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS E PROCESSOS JUDICIAIS CONFORME A LEI 13.964/2019, SUAS FORMALIDADES, OS CUIDADOS ESPECIAIS À LUZ DO INTERESSE PÚBLICO E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. Acesso em: 6 ago. 2020.

11 Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civel.pdf - art 3 inciso VI. Acesso em: 3 set. 2021.

Repercussão Geral sobre a concomitância indenizatória do acordo de leniência com reflexo na esfera de improbidade administrativa, vide fixada a controvérsia no Tema 1043:

A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º). (ARE 1.175.650, Relator Ministro Alexandre de Moraes).¹² (BRASIL, 2019)

Mais a mais, reside-se ainda na classe empresária o temor sobre os atores negociais, ou seja, com quem haveria possibilidade de fixar acordos amplos que abarcasse diversos legitimados, como Tribunal de Contas, órgão público interessado e Ministério Público. De se questionar, pois, a última medida do Governo Federal que não pretende incluir o Ministério Público do rol dos responsáveis por firmar acordos de leniência (FABRINI, 2020, p. 1), o que poderia enfraquecer construções compositivas mais abrangentes e integradas (MENDES, 2020, p. 1), diante da complexidade de consequências que as empresas devem mitigar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como uma empresa desenvolver-se sem considerar seus reflexos tanto para aqueles que são diretamente dependentes da atividade, quanto para os demais *stackholders*¹³ como os consumidores, investidores, fornecedores, além das políticas públicas e reflexos na população no geral, em virtude de sua clara função social e observando a capacidade de gerar riquezas, inclusão e sustentabilidade.

A preocupação originária da Governança Corporativa, no sentido de corrigir problemas advindos de conflitos operacionais, fraudes e consequentes repercussões econômicas negativas, gerando instabilidade e dilemas éticos acompanhados de latentes prejuízos, demonstra a necessidade de aprimoramento com vistas à conduta ética empresarial esperada para que a empresa possa bem cumprir os seus desígnios, sempre na busca do restauro da credibilidade relacionada ao meio em que está inserida.

Esta preocupação foi com bastante força colocada pelo legislador, através do que dispõe a Lei Anticorrupção, impondo responsabilidade objetiva às empresas envolvidas em atos de corrupção, além de sérias punições, as quais, somente poderão ser parametrizadas levando em consideração os mecanismos e instrumentos de proteção como os Programa de *Compliance*, Canal de Denúncias, Comitê de Auditoria, Conselho Fiscal e Auditoria Interna.

Estes mecanismos demonstrados, aliados aos princípios da boa Governança Corporativa, bem como os ideários da nova empresarialidade, podem não só tornar possível e indicada a

12 BRASIL. *Are 1175650 RG / PR – Paraná*. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo. Tribunal Pleno Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 25 de abril de 2019. Publicação: 7 de maio de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral10522/false>. Acesso em: 3 set. 2021.

13 *Stackholders* são grupos que sem seu apoio a organização deixaria de existir. Disponível em: https://blog.softensistemas.com.br/stakeholders/?utm_source=goosof&utm_medium=pmaxremarketing+&utm_campaign=pmaxremarketing&gclid=CjwKCAjwj8eJBhA5EiwAg3z0m_F3k335kuM-hzoyRmR 5841 HW oLhLh7vvSjLcX1XRtA_t0jJPF0fBRoC0vUQAvD_BwE. Acesso em: 3 set. 2021.

prática de acordos de leniência, como contribuir para a pacificação social, considerando-se inclusive, como destacado na Lei de Improbidade, a possibilidade de não persecução cível de conduta, revelando a prevalência da consensualidade administrativa sobre a imperatividade da ação.

O artigo pretendeu demonstrar, partindo de uma breve visão histórico evolutiva, através da análise doutrinária e legalista, a relação da incidência de valores morais à mais valia empresarial, bem como a possibilidade e necessidade de rápida reestruturação de empresas por ventura envolvidas em atos de corrupção e/ou improbidade administrativa, para que possam se obter o realinhamento como fontes produtoras que são e prosseguem na geração de riquezas ao país, independente de eventuais penalizações de seus gestores ou da própria empresa.

Não obstante a prescrição do art. 27 da LINDB, ainda carece de maior segurança jurídica, a integração das esferas compositivas, conquanto o resgate da crise ética empresarial, objetivando sua preservação, deve ser respaldada sobre os meios para os quais se pode (e deve) negociar.

Aponta-se assim, a emergente e urgente necessidade de integração de vários aspectos da competência negocial, tanto com relação ao seu âmbito, se pode incluir diversos tipos de infrações; como conteúdo, como compensação de indenização travada na seara anticorrupção na de improbidade, por exemplo, para objetivar melhores resultados institucionais.

A implantação de sistemas de governança corporativa e/ou de responsabilidade social eficientes, não se trata mais de uma mera opção do empresário, ou até mesmo, de um pensamento utópico e distante a ponto de não se verificar os benefícios que serão incidentes, mas decorre da efetiva aplicação das melhores práticas e opções empresariais, inclusive culminando com a submissão da empresa e de seus gestores a acordos de leniência, quando este for o caso, com reflexos diretos nas sanções a serem impostas.

Estas condutas agregam, valor e acabam por gerar a reestruturação empresarial como base deste mecanismo, tendo como resultante a sua sobrevivência, mesmo em face de eventos corruptivos reprovados pela Administração Pública.

Eis aqui o encontro das searas público e privada, a se correlacionarem diretamente, no sentido de que o consenso possa incidir na preservação da empresa como instituição que é, desde que se demonstre o seu engajamento para além da lucratividade, como um dos resultados empresariais prováveis.

A nova empresarialidade, em atendimento à função social da empresa e busca da manutenção da sua fonte produtora, com seu regramento ético na construção de valores que refletem na conduta empresarial almejada e socialmente aceita, representa firme ideal passível de conquista, considerando-se a sociedade como um todo, por meio da sua demonstrada integridade, proporcionando desenvolvimento inclusivo.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. *Acordo de não Persecução Cível: primeiras impressões*. 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322104/acordo-de-nao-persecucao-civel-primeiras-impressoes>. Acesso em: 7 ago. 2020.
- BARBIERA, Lélío. *Il Corporate Governance in Europa*. Milano: Giuffrè Editore, 2000.
- BRASIL. Acordo de Leniência com a Construtora Odebrecht. *Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU)*, 9 jul. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/odebrecht>. Acesso em: 3 set. 2021.
- BRASIL. *Acordos de não Persecução Cível*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2659892.PDF e <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/boas-praticas/not2444-acordo.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.
- BRASIL. *Art. 3º da Resolução nº 01/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná*. Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – CAODPP. Nota Técnica Nº 01/2020 Sobre Aplicabilidade de Acordos de Não-Persecução Cível em Procedimentos Extrajudiciais e Processos Judiciais Conforme a Lei 13.964/2019, suas Formalidades, os Cuidados Especiais à Luz do Interesse Público e das Garantias Constitucionais. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civel.pdf. Acesso em: 6 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto 8.420/2015*. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 6 ago. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 12.846/2013*. 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/odebrecht>. Acesso em: 3 set. 2021.
- CASADO FILHO, Napoleão. Uma Revolução Silenciosa: lei anticorrupção e a governança empresarial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 72, p. 2, abr./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDBancMecCap_n.72.13.PDF. Acesso em: 6 ago. 2020.
- DE CAMPOS, Patrícia Toledo. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 163, 2015. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEWjS8sSS7YbrAhWSILkGHTvqCiAQFjAJegQICRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frd-da%2Farticle%2Fdownload%2F80943%2F92155%2F&usq=AOvVaw3OQw7jvcWCt6NA9INQV0nu>. Acesso em: 6 ago. 2020.
- DE SOUZA BARBOSA, Kelly; SIMÃO FILHO, Adalberto. A Nova Empresarialidade: o robustecimento dos valores éticos e sociais no exercício empresarial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 9, n. 1, 2018. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/16376/22830>. Acesso em: 6 ago. 2020.
- DINIZ, Maria Helena. Importância da Função Social da Empresa. *Revista Jurídica*, Curitiba v. 2, n. 51, p. 387-412, 2018. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEWjK-qJz9lfrAhWBHrkGHWMWB-wQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Frevista.unicuritiba.edu.br%2Findex.php%2FRevJur%2Farticle%2Fdownload%2F2815%2F371371482&usq=AOvVaw0n9_AQ1HsTKoxqwyQ0Rqh7. Acesso em: 6 ago. 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FABRINI, Fábio. Proposta de Norma para Acordo de Leniência Exclui Ministério Público e Preocupa Procuradores. *Folha de São Paulo*, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/08/proposta-de-norma-para-acordo-de-leniencia-exclui-ministerio-publico-e-preocupa-procuradores.shtml>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- FERRAZ, Luciano. *Lei 13.964/19 e (In)Significância na Improbidade Administrativa*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-23/interesse-publico-lei-1396419-insignificancia-improbidade-administrativa>. Acesso em: 23 jul. 2020.

LIVIANU, Roberto; DE OLIVEIRA MEDIDA, Julio Marcelo. *Provisória 703 é uma verdadeira aberração jurídica afrontosa à CF*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica>. Acesso em: 7 ago. 2020.

MARQUES DE LIMA JÚNIOR, Carlos Alberto et al. *Governança Corporativa como Estratégia de Combate às Fraudes: Estudo de Múltiplos*. 2017. Disponível em: <https://conferencias.unb.br/index.php/ccgunb/ccgunb3/paper/downloadSupFile/6148/1735>. Acesso em: 6 ago. 2020.

MENDES, Marco Aurélio Souza. Diretrizes para bom Manejo do Acordo de não Persecução Cível do 'Pacote Anticrime'. *Jota Info*, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diretrizes-para-bom-manejo-do-acordo-de-nao-persecucao-civel-do-pacote-anticrime-14012020>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MONKS, Robert A. G; MINOW, Nell. *Watching the Watchers*. Cambridge: Blackwell Publishers, 1996.

ROSENBERG, Hilary. *Mudando de Lado – A Luta de Robert A. G. Monks pela Governança Corporativa nos EUA*. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA, Sérgio Luiz. A Contribuição da Nova Empresarialidade para um Mundo Ecoeconômico e Exponencial. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 4., 2015, Ribeirão Preto. *Anais [...]*. Ribeirão Preto: Editotra, 2015.

SZTAJNS, Rachel. Os Custos Provocados pelo Direito. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 112, p. 74, 1998.

XAVIER PEREIRA, Rina; DA SILVEIRA, Marcio Jose; SEGANTINE, Juliano. *Os Impactos da Lei Anticorrupção sobre a Estrutura Degovernança das Companhias Listadas no Novo Mercado da B3*. 2016. Disponível em: http://2018.enanrad.org.br/pdf/2018_ENANGRAD98.pdf. Acesso em: 6 ago. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/10/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/10/2020
- Avaliação 1: 07/11/2020
- Avaliação 2: 29/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/08/2021
- Retorno rodada de correções: 03/09/2021
- Decisão editorial/aprovado: 03/09/2021

Equipe editorial envolvida

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

SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS: LACUNAS DO TEMA 793

SOLIDARITY OF THE FEDERATIVE ENTITIES: GAPS IN THE THEME 793

HOMERO LAMARÃO NETO¹

ELIANA MARIA DE SOUZA FRANCO TEIXEIRA²

MATHEUS COELHO DA SILVA³

RESUMO

Na fixação do Tema 793 do Supremo Tribunal Federal alguns pontos deixaram de ser abordados ou foram desenvolvidos de maneira genérica, deixando lacunas em pontos como a definição de responsabilidade e o ressarcimento entre os entes. O objetivo do artigo é averiguar quais critérios foram indicados para que os magistrados possam determinar as responsabilidades dos entes federativos quanto às demandas em saúde relativas à assistência farmacológica, considerando o SUS e a RENAME. Adotou-se o método hipotético-dedutivo, em que a hipótese é de que será necessária a utilização de completude interpretativa a partir de critérios estabelecidos pela Lei nº 8.080/1990 e na RENAME, a fim de que seja evitada a responsabilização equivocada de ente federativo em demandas de saúde. Os encaminhamentos metodológicos se desenvolveram a partir da pesquisa de jurisprudência, doutrina e textos científicos contemporâneos. Os resultados confirmaram a hipótese, pois restou comprovado que o precedente vinculante apresenta lacunas quanto à responsabilização dos entes federativos em questões de saúde. As conclusões indicam que, enquanto vigorar o referido julgado, os magistrados deverão se apoiar em critérios existentes para determinar a responsabilidade do ente, até que este seja modificado ou aperfeiçoado em novo julgado ou que ocorra alteração legal que responda à questão.

Palavras-chave: assistência farmacêutica; precedente vinculante; Sistema Único de Saúde; solidariedade federative; Tema 793.

ABSTRACT

In the setting of Theme 793 of the Federal Supreme Court, some points were not addressed or were developed in a generic way, leaving gaps in points such as the definition of responsibility and compensation between the entities. The objective of the article is to investigate which criteria were indicated so that magistrates can determine the responsibilities of federative entities regarding health demands related to pharmacological assistance, con-

1 Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3535753064014781>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4674-502X>.

2 Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Professora do Programa de Mestrado em Gestão Pública do NAEA/UFPA. Professora Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento na Amazônia do ICJ/UFPA. Coordenadora de Pesquisa e Extensão do ICJ/UFPA. E-mail: elianafranco@ufpa.br. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5865287894194983>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7979-2404>.

3 Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1344375167337121>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-2221-3408>.

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

LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; SILVA, Matheus Coelho da. Solidariedade dos entes federativos: lacunas do tema 793. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 242-262, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8620>.

sidering the SUS and RENAME. The hypothetical-deductive method was adopted, in which the hypothesis is that it will be necessary to use interpretative completeness based on criteria established by Law No. 8.080/1990 and in RENAME, in order to avoid the mistaken liability of a federative entity in health demands. The methodological approaches were developed from the research of jurisprudence, doctrine and contemporary scientific texts. The results confirmed the hypothesis, as it was proven that the binding precedent has gaps regarding the accountability of federative entities in health matters. The conclusions indicate that, while the aforementioned judgment is in force, the magistrates should rely on existing criteria to determine the entity's responsibility, until this is modified or improved in a new judgment or there is a legal change that answers the question.

Keywords: pharmaceutical assistance; binding precedent; unified health system; federative solidarity; theme 793.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho vislumbra debater a (in) completude de um precedente vinculante com efeitos diretamente ligados à garantia do direito à saúde, concretizado a partir de políticas públicas que sustentam o Sistema Único de Saúde. Serão analisadas as repercussões no âmbito do Poder Judiciário concernentes à temática da saúde e as decorrências advindas a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 (inclusive os embargos de declaração opostos) e a criação do Tema 793, precedente vinculante alusivo ao tema da responsabilidade solidária entre os entes federados que integram o Sistema Único de Saúde.

Por inúmeros motivos, como, por exemplo, a ineficiência na gerência dos recursos públicos, o congelamento de gastos públicos, a judicialização excessiva contrariando a tônica da medicina baseada em evidências científicas e, ainda, os desvios advindos da corrupção, o Sistema Único de Saúde, não raro, não atende adequadamente às demandas da população, momento em que o Poder Judiciário, a partir do fenômeno da judicialização da saúde, torna-se palco de reivindicações, assumindo eventual protagonismo, uma vez que os efetivos responsáveis e legitimados pela gerência dos recursos – Poderes Legislativo e Executivo – deixam de cumprir com suas funções constitucionais.

Nos últimos anos, a judicialização em massa da saúde vem acarretando problemas técnicos, jurídicos e administrativos, no tocante à repartição de poderes e atribuições, além de questões relativas à organização financeira dos entes federativos e à própria efetivação das prestações requeridas.

Ferreira, Lamarão Neto e Teixeira (2020, p. 1335) destacam que a evolução exponencial dessas ações pode ser considerada um desdobramento de uma maior conscientização de direitos por parte dos cidadãos, resultando em uma maior cobrança dos entes estatais. No entanto, também resulta de uma constante falta de recursos e de gestão competente, que acabam repercutindo em um crônico subfinanciamento, aliado aos desvios decorrentes da corrupção, impedindo uma ampliação e otimização da distribuição das políticas públicas de saúde.

Nesse viés, por meio da análise do RE 855.178 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o trabalho em tela tem por finalidade demonstrar os efeitos dessa decisão e as consequências ocasionadas pelas lacunas existentes no tocante à temática, abordando questões processuais confusas, trazidas a partir da análise da responsabilidade solidária dos entes e as

repercussões que essas lacunas e incertezas acarretam para o ordenamento jurídico como um todo, por tratarem de relevante tema de repercussão geral. (MELO, 2020)

Diante do indicado RE e da formação do Tema 793 do STF, a pesquisa busca responder ao seguinte problema: de que maneira o Tema 793 do STF, enquanto precedente vinculante no ordenamento jurídico nacional, apresenta integração e completude suficientes para orientar os órgãos de julgamento do Poder Judiciário a estabelecer responsabilidades quanto à assistência farmacológica em relação ao Sistema Único de Saúde?

Para responder ao problema da pesquisa, o objetivo da investigação perpassará pela análise da tese estabelecida no Tema 793, a fim de averiguar quais critérios foram indicados para que os magistrados possam determinar as responsabilidades dos entes federativos quanto às demandas em saúde relativas à assistência farmacológica, considerando o SUS e a RENAME.

No presente trabalho, foi utilizado o método científico hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas exploratórias, da jurisprudência vigente do tema, da pesquisa sobre o que preceitua a doutrina corrente e de artigos científicos, com o fito de explicitar a problemática e as lacunas deixadas pelo precedente. A hipótese é de que a decisão precisará, enquanto não for modificada ou aperfeiçoada, de completude interpretativa, a fim de precisar a repartição de competências e responsabilidade solidária dos entes federados frente à satisfação do direito à saúde, de modo que os magistrados possam responsabilizar o ente a partir de critérios já existentes e atinentes ao grau de complexidade e de custos, não necessitando confrontar o precedente vinculante, mas aperfeiçoá-lo, evitando a “Judicialização da Judicialização” (AMARAL, 2019) dos casos referentes ao direito à saúde, especialmente aqueles ligados à assistência farmacêutica.

A pesquisa foi desenvolvida em cinco partes: a primeira consiste na introdução do tema; a segunda diz respeito à formação do Tema 793 do Supremo Tribunal Federal; a terceira remete à análise da repartição de competências no Sistema Único de Saúde, regra de solidariedade e concretude do direito à saúde; já a quarta, trata da investigação das lacunas deixadas pela decisão em sede dos embargos de declaração no RE nº 855.178, formatando o Tema 793; e, por fim, a última, aborda as conclusões da pesquisa.

2. A FORMAÇÃO DO TEMA 793 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Tema 793 foi firmado como precedente vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 (com alteração a partir de embargos de declaração), para dirimir um dos maiores problemas do fenômeno da judicialização da saúde, inerente à responsabilidade sobre prestações no âmbito do Sistema Único de Saúde, estipulando-se a qual ente federativo deve a pessoa direcionar a propositura da ação para obter a efetivação do seu direito.

O recurso em questão foi interposto pela União, a fim de que fosse reconhecida a sua ilegitimidade passiva para figurar na relação jurídica processual em ação proposta objetivando a obrigação de fornecimento, pelos entes federativos, do medicamento BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg).

A parte autora ajuizou a ação, pretendendo a dispensação do medicamento BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg), tendo o seu pedido concedido já em sede de tutela de cognição sumária, em relação ao Estado de Sergipe e União. Em sentença de mérito, foi reconhecida a necessidade de cofinanciamento do custeio do medicamento com a União, fixando-se o ressarcimento de cinquenta por cento do que havia sido pago pelo Estado em desfavor da União.

Irresignada com a decisão, a União interpôs recurso de apelação para o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mantendo-se, no entanto, a decisão do juízo de 1º grau, sob o entendimento de que a responsabilidade para fornecimento de medicamentos é solidária entre os entes federativos, gerando o dever de compartilhamento na efetivação do direito à saúde.

A União interpôs Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (RE nº 855.178), pugnando, preliminarmente, pela repercussão geral da lide e, com fulcro em uma possível violação aos artigos 2º e 198, da Constituição Republicana de 1988, pelo juízo *ad quem*, ao reconhecê-la como legítima para compartilhar junto do Estado de Sergipe o dever de conceder o medicamento solicitado pela autora, arguiu que tal pressuposto iria de encontro ao princípio da descentralização propagado pelo Sistema Único de Saúde, devendo os órgãos locais efetivarem a pretensão deduzida na lide, eximindo-se da responsabilidade.

O Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, entendeu que a questão reportada tratava de temática constitucional e de repercussão geral, na medida em que a demanda permeava não só os interesses das partes, como também as atribuições e o funcionamento de normas constitucionais e institucionais vinculadas ao Sistema Único de Saúde.

Quanto ao argumentado pela União acerca da sua ilegitimidade passiva, o relator (voto vencedor pela maioria) salientou que a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região estava de acordo com a jurisprudência vigente da Suprema Corte, enaltecendo-se a responsabilidade solidária entre os entes federativos e a indicação de um ou todos no polo passivo da lide, na medida em que a efetivação ao direito à saúde é dever do Estado (Municípios, Distrito Federal, Estados e União), como promulga o artigo 196 da Constituição Republicana de 1988.

Salientou, ainda, que cuidar da saúde é um dever comum entre os entes federativos, conforme o artigo 23, inciso II da Constituição Brasileira, acrescentando a fixação de que a solidariedade entre os entes deve prevalecer nas decisões judiciais e que, no caso tratado, não haveria equívoco em apontar a União como legítima para ocupar o polo passivo da relação jurídica processual, sendo possível impor o ressarcimento ao Estado de Sergipe.

Em ato contínuo, foram opostos embargos de declaração com notório propósito de modificação do julgado. O Ministro relator, Luiz Fux, considerou, em seu voto, que o fornecimento de medicamentos diretamente à população por parte da União não afasta a regra de solidariedade entre os entes federativos em relação ao dever da efetivação do direito à saúde, ou seja, a teoria da responsabilidade solidária entre os entes não estaria ferindo o princípio da descentralização do Sistema Único de Saúde, na medida em que a promoção do direito à saúde é um dever comum dos entes.

O Ministro Edson Fachin, além de propor o entendimento de que os embargos deveriam ser recebidos e desprovidos, entendeu pela necessidade de elaborar uma tese esclarecedora atinente à solidariedade e à sua aplicabilidade no âmbito processual.

Afirmou que, assim como o Ministro Luiz Fux argumentou em seu voto, por se tratar de responsabilidade entre os entes federativos, a aplicação efetiva do direito à saúde integraria todas as esferas componentes, edificando-se a ideia de que quaisquer dos entes federativos poderiam figurar no polo passivo em processos envolvendo requerimento de medicamentos, o que não infringiria a hierarquização do Sistema Único de Saúde e o seu princípio da descentralização.

Ademais, frisou que, acaso o efetivo responsável pelo custeio dos medicamentos não esteja integrando o polo passivo no decorrer da ação, poderia, o juiz, de ofício, de acordo com as regras de repartição de competência, determinar que o ente responsável deva ressarcir o valor ao ente que assegurou o pagamento do objeto da ação, sem ser o competente para tal.

Destacou também que, em relação às ações que requererem medicamentos que não constem em listas oficiais de políticas públicas do Sistema Único de Saúde, por qualquer hipótese, deverá ser verificada necessariamente a presença da União no polo passivo da relação jurídica processual, ensejando, portanto, a tramitação do processo perante a justiça federal, em franco alinhamento ao que já havia sido fixado no âmbito do Tema 500.

Destarte, ressalta-se que o voto-vista supramencionado do Ministro Fachin (Redator) foi vencedor e declarado acórdão pela maioria dos votos elaborados pelos Ministros da Suprema Corte, tendo sido vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli.

3. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO SUS, REGRA DE SOLIDARIEDADE E CONCRETUDE DO DIREITO À SAÚDE

A repartição de competências constitucionais entre os entes da federação coloca o direito à saúde como direito que deve ser resguardado e garantido por todos os entes porque sua competência é concorrente, conforme estipula o inciso II, do artigo 23 da Constituição Brasileira de 1988.

A repartição de competências entre os entes federados é delimitada pela Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/1990, a qual determina as competências comuns e específicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. As competências comuns definidas pelo artigo 15 da indicada Lei albergam vinte e um incisos, destacando-se: fiscalizar ações e serviços de saúde; administrar recursos orçamentários; divulgar o nível de informações de saúde da população; administrar recursos orçamentários; regular as atividades do serviço privado; elaboração e atualização periódica do plano de saúde, bem como da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde, em conformidade com o referido Plano de Saúde; realizar operações externas financeiras de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal; possibilidade de requisitar bens e serviços para fazer frente à calamidade pública e epidemias, sendo assegurada justa indenização; implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Deriva-

dos; e propor e celebrar convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, ao saneamento e ao meio ambiente.

As competências de cada ente federado em termos de saúde estão definidas nos artigos 16 (União), 17 (Estado) e 18 (Município). À União, foram determinados dezenove incisos, ressaltando-se: definir e coordenar os sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade, de laboratórios de saúde pública e de vigilância epidemiológica e sanitária; formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais; coordenar e participar na execução das ações epidemiológicas; prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização dos serviços e ações de saúde para as Unidades Federadas e para os Municípios; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais; e elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal.

Aos Estados, foram designados quatorze incisos, sendo salientadas as seguintes atribuições na área da saúde: promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde; prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios para executar supletivamente ações e serviços de saúde; coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de vigilância epidemiológica, sanitária, de alimentação, nutrição e saúde do trabalhador; em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde; identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional; e acompanhar, avaliar e divulgar os indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Quanto aos Municípios, as competências na área da saúde consideram a questão local. Destacam-se as seguintes atribuições: planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, e gerir e executar os serviços públicos de saúde; executar serviços de vigilância epidemiológica, sanitária, de alimentação e nutrição, saneamento básico e de saúde do trabalhador; dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde; formar consórcios administrativos intermunicipais; colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde; e normatizar, complementarmente, as ações e os serviços de saúde no seu âmbito de atuação.

Uma vez verificadas as competências dos entes da federação, estipuladas pela Lei Orgânica da Saúde, o momento é de analisar a legitimidade passiva, relacionada com as competências dos entes federativos, que traz grandes repercussões para o viés econômico destes quanto ao planejamento financeiro e à organização orçamentária. Essas competências viabilizam a organização do sistema com o devido respeito aos procedimentos e à forma que se rege a administração.

Caso contrário, com a tese fixada no Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, sem a discriminação do verdadeiro ente responsável que deverá compor o polo passivo da relação jurídica processual, essa organização procedimental poderá ser prejudicada, o que geraria

problemas diversos ligados ao orçamento e, conseqüentemente, à gestão dos recursos públicos. Apesar dos problemas que podem ser gerados em termos administrativos e orçamentários, para Oliveira e Lippi (2020), se a prestação à saúde for emergencial, sem a qual a falta de atendimento poderá implicar no risco de morte, o direito subjetivo à prestação é imperioso, inclusive pelo princípio da dignidade humana.

Como destacado por Lamarão Neto, Teixeira e Ferreira (2021, p. 282), especialmente em um cenário excepcional de privações, como o da pandemia por Covid-19, em que diversas prestações, ações e serviços diretos de saúde foram suspensos, como a realização de cirurgias eletivas, o represamento de demandas é um fato relevante a se considerar no enfrentamento da judicialização da saúde, destacando-se que, nas unidades federativas em que já se registrava alguma deficiência, dificuldade ou atraso na prestação desses serviços, deve ser idealizado um modelo de gestão rigoroso para evitar o colapso do sistema.

Neste aspecto, ainda que deva ser observada a atuação conjunta dos entes federados para superação da crise pandêmica com eficiência e eficácia, mantendo-se a ideia de federalismo cooperativo e solidário (REYMÃO; AGRASSAR; KOURY, 2020, p. 305), como reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a medida cautelar na ADI 6341, ratificando-se a tônica da competência concorrente dos entes federativos integrantes do Sistema Único de Saúde para legislar, tal circunstância não desautoriza a apreciação otimizada, equitativa e incisiva de responsabilidades bem delineadas em políticas públicas, sob pena de se esvaziar o propósito de eficiência no âmbito do serviço público.

Percebe-se que, em relação à discriminação dos critérios objetivos para a identificação, por parte do magistrado, do efetivo responsável pela obrigação, faltou clareza durante o julgamento, ocasionando diversas dúvidas no momento de atribuição dessas competências e a conseqüente responsabilização do ente e ressarcimento em momento futuro e oportuno. Nesse sentido:

Não está claro em que momento o juiz deverá direcionar o cumprimento da obrigação, especialmente se o ente para o qual o cumprimento deverá ser direcionado não integrou o polo passivo da demanda, não foi citado para contestar e não participou de nenhum ato processual até o momento em que lhe será imputado o cumprimento da ordem judicial (AMARAL, 2019, p. 56).

No tocante ao polo passivo das demandas, percebe-se haver conflito em relação ao procedimento a ser adotado pelo magistrado, quando constatar, na petição inicial, indicação equivocada de legitimação passiva para a causa, existindo, entre as decisões judiciais, disparidades de entendimento.

Alguns magistrados consideram que, quando isso acontecer, deverá ser considerado caso de litisconsórcio necessário, intimando-se a parte autora para constar todos os possíveis entes responsáveis no polo passivo; outros, consideram que deverão extinguir a demanda sem resolver o mérito, devido à ilegitimidade passiva, quando esta for configurada, a exemplo dos julgados de nº 0852.844-47.2019.8.15.2001, da 5ª Vara de Fazenda Pública da comarca de Belém, e de nº 5493.365-68.2019.8.09.0000, Mandado de Segurança da 1ª Câmara Cível Tribunal de Justiça de Goiás, respectivamente.

Existem, ainda, decisões que consideram a possibilidade de julgar a improcedência do pedido apenas em relação à indicação equivocada do polo passivo, mas procedente no que a

indicação for correta, tendo como exemplo a decisão proferida no processo de nº 1064.825-44.2018.8.26.0053, da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública – São Paulo.

Pode-se observar, portanto, a incerteza em relação ao procedimento a ser adotado pelo magistrado no momento de apreciação das demandas alusivas à saúde, a partir da compreensão do estipulado no Tema 793. Uma das maneiras de dirimir esses problemas relacionados aos critérios a serem adotados pelos magistrados seria a maior observância das normativas do Sistema Único de Saúde ou, ainda, a possibilidade de haver acordos administrativos que estabeleçam, de forma mais clara, a obrigação e quem são os entes responsáveis para arcar com estas.

Em havendo clareza do efetivo responsável para arcar com a demanda, valorizando, por conseguinte, o constante nas diretrizes do Sistema Único de Saúde e, seguindo seus princípios, seria possível concretizar com maior assertividade a proposição do Tema 793, levando-se em consideração que o magistrado, dispondo de elementos robustos e claros, poderá, de ofício, direcionar a demanda ao ente que deveria, desde o princípio, ter custeado o que é de sua atribuição, devendo este, necessariamente, compor o polo passivo, o que diminuiria, assim, a mora e os custos da demanda (NOGUEIRA, 2019).

Caso contrário, uma das consequências geradas a partir da responsabilização de ente que não seja o efetivo responsável será o profundo desequilíbrio financeiro acarretado pelo elevado impacto no momento de cumprimento de demandas judiciais. Isto é, casos em que se responsabiliza outro ente que não possui recursos financeiros suficientes para arcar com determinadas obrigações.

Assim, parece precário discutir a judicialização da saúde e, sobretudo, solidariedade do SUS, sem discutir o financiamento do Sistema e ignorando a ótica da macrojustiça. Tão frágil quanto ignorar as regras de organização, hierarquização, regionalização e descentralização previstas na Constituição, nas Leis nº 8.080/90 e 8.142/90 e em todo o arcabouço normativo que orienta as políticas públicas de saúde, é ficar o Judiciário autorizado a condenar qualquer um dos entes federativos a prover atendimentos que não são de sua alçada e que, muito frequentemente, sequer lhes seja possível atender na prática. (AMARAL, 2019, p. 52)

Em linhas gerais, os municípios não possuem condições suficientes para arcar com as despesas de um Estado ou da União, pois, em regra, sua arrecadação não se equipara a daqueles. Portanto, ao onerá-lo com carga maior que sua capacidade, o problema relacionado à gestão de recursos cresce, havendo descontrole na organização de políticas públicas devidas, idealizadas e garantidas com certa previsibilidade de orçamento e planejamento para a concretização de suas etapas e ações.

A responsabilização de um ente pelo descumprimento de obrigações que caberiam a outro permite um claro descontrole das contas públicas, o que acaba por prejudicar o sistema como um todo e, à vista disso, a coletividade, que depende dos serviços públicos.

Podemos dar como exemplo um anti-hipertensivo, medicamento integrante do componente básico, cuja responsabilidade de aquisição e distribuição nas unidades básicas de saúde é exclusiva dos municípios, mas, de forma absurda, é postulado contra o estado, ente que não tem em suas políticas orçamentárias, a priori, a previsão de custeio desse medicamento, desordenando por

completo não apenas a previsão orçamentária do ente equivocadamente demandado, como logicamente a aquisição possivelmente sem procedimento licitatório e com custo final maior. (LAMARÃO NETO, 2019, p. 20)

Nesse contexto, além de ser levado em conta os custos gerados a partir da demanda judicial, deve-se observar, também, uma das regras de ouro do Sistema Único de Saúde: a hierarquização na prestação dos serviços, compreendendo o grau de complexidade de cada atendimento e considerando a capacidade de cada ente, para que haja uma relação direta e equivalente entre a arrecadação e as despesas, de maneira equilibrada.

Entrementes, torna-se necessário refletir acerca das consequências práticas em permitir a presença de entes que não sejam os efetivos responsáveis nas demandas judiciais, pois, ainda que se objetive a ampliação da efetividade do direito à saúde, com maior número de possíveis cumpridores da obrigação, acaba-se aumentando o custo da demanda e a mora. De acordo com Nogueira (2019, p. 18), “a definição de qual réu deva integrar o polo passivo deve levar em conta, além da custosa prestação, a manutenção de uma rede hierarquizada que considere o grau de complexidade do atendimento ao paciente.”

Esse contexto demonstra a exigência de uma análise crítica a respeito da efetividade dessas demandas e os efeitos que acarretam para os cofres públicos, compreendendo os custos dos direitos e que estes devem ser arcados com os recursos limitados que o Estado possui, para que se efetivem os direitos sociais e fundamentais. Portanto, demandar o efetivo responsável poderia ser mais categórico, prático e lógico, além de menos custoso, havendo uma judicialização otimizada, responsável e assertiva.

Para tanto, é imprescindível compreender as regras de repartição de competências e solidariedade existentes no Sistema Único de Saúde, havendo uma cooperação entre todos os entes na busca pela efetivação dos direitos. O artigo 198 da Constituição Brasileira de 1988 estabelece a organização do sistema de maneira hierarquizada e regionalizada, considerando a complexidade dos serviços e a realidade de cada ente e local, com sua respectiva arrecadação.

Em relação à repartição de competências, destaca-se a necessidade de compreender a qual ente deve ser imputada a responsabilização pelo financiamento de medicamentos, segundo critérios adotados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), abrangendo o bloco de financiamento e o componente em que determinado medicamento está incluído.

A RENAME constitui a lista de medicamentos propostos a assistir aos anseios primeiros relacionados à saúde dos cidadãos brasileiros, servindo de mecanismo elementar no tocante às ações de assistência farmacêutica em nosso sistema. O artigo 25 do Decreto nº 7.508/2011 estabelece que “a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.” (BRASIL, 2011a)

De acordo com o Conselho Federal de Farmácia (2020), a RENAME configura estratégia da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos, padronizando, assim, a lista de medicamentos previstos, devendo ser “respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores” (BRASIL, 2011a), de acordo com o artigo 27 do Decreto nº 7.508/2011.

Desse modo, essa separação é feita analisando se o medicamento faz parte do componente básico, estratégico ou especializado da assistência farmacêutica, nos moldes do artigo 535, da Portaria de Consolidação nº 6/2017. O componente básico (Cbaf) trata da atenção básica, sendo os medicamentos dispensados pelos municípios, tendo os três entes responsabilidade pelo financiamento destes, de acordo com o exposto no artigo 537, da Portaria supramencionada. O Componente Estratégico (Cesaf) possui como responsável pelo financiamento a União que, através do Ministério da Saúde, transfere aos Estados e estes fornecem aos Municípios.

O Componente Especializado, segundo consta no site do Ministério da Saúde (BRASIL, 2017), possui como principal característica “a garantia da integralidade do tratamento medicamentoso para todas as condições clínicas contempladas no CEAF, por meio das diferentes linhas de cuidado definidas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)”.

Os medicamentos constantes no Componente Especializado são divididos em grupos, de acordo com o artigo 49, da Portaria de Consolidação nº 2/2017, que expõe em seu *caput* que: os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas (BRASIL, 2013).

Dessa forma, a União Federal é responsável pelo financiamento dos medicamentos constantes no Grupo 1, os Estados pelos medicamentos do Grupo 2, enquanto o Grupo 3 é de responsabilidade de todos os entes, com o financiamento tripartite, tendo os Municípios a responsabilidade pela aquisição e dispensação. Conforme molda o parágrafo primeiro do art. 540 da Portaria de Consolidação nº 6/2017: os medicamentos do Grupo 3 são financiados conforme regras do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, definido em ato normativo específico (BRASIL, 2013).

Oportuno frisar que, dentre outros, o critério a ser utilizado para diferenciar as responsabilidades dos grupos mencionados será, principalmente, o nível de complexidade dos tratamentos e seus respectivos valores, sendo o Grupo 1 aquele de medicamentos de maior impacto financeiro e doenças mais complexas (NOGUEIRA, 2019). Tal entendimento encontra-se em conformidade com o que promulgam os artigos 50 e 51 do Anexo XXVIII da Portaria de Consolidação nº 2/2017.

Imprescindível frisar a diferença de critérios de argumentação para tratar de ações que versam sobre medicamentos que estão na RENAME, já previstos e garantidos pelo Sistema Único de Saúde, e ações que tratam sobre medicamentos que não estão, as chamadas demandas “dentro do pacote” e “fora do pacote”, respectivamente, conforme enfatizado por Lamarão Neto (2019).

Nesse sentido, a Suprema Corte vem buscando assentar, em suas decisões, a vinculação de que as ações que postulam medicamentos diante de um ente público devem se ater à regra da responsabilidade solidária entre os entes. Os recursos extraordinários nº 657.718, nº 855.178 e nº 566.471 possuem tal peso normativo vinculante, na medida em que possuem âmbito de repercussão geral sobre o tema e solucionam aspectos práticos, como o que pode ser demandado, contra quem pode ser demandado e em qual condição pode haver tal reivindicação.

Temos o RE nº 657.718 (5), onde se discutia a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos que ainda não foram autorizados pelas autoridades sanitárias; o RE nº 855.178, por intermédio do qual se questionava a aplicação da regra constitucional de solidariedade dos entes federativos para dispensação de medicamentos; e o RE nº 566.471, que avalia a obrigação do Estado de fornecer medicamentos considerados de alto custo [...] (Lamarão Neto, 2019, p. 14).

A regra de solidariedade advém do estabelecimento constitucional de que o direito à saúde deve ser resguardado e garantido de forma comum e concorrente pelos entes da federação. O fato de se tratar de competência comum dos entes os coloca em posição de solidariedade, ou seja, todos respondem conjuntamente pelo referido direito. (OHLAND, 2010)

Além dos ditames constitucionais, a Lei Orgânica da Saúde também estabelece complementação de direito à saúde entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A regra da solidariedade é ratificada pela Constituição Republicana de 1988, pela Lei Orgânica da Saúde e pelas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Desde os primeiros debates sobre a responsabilidade solidária em

[...] Audiências Públicas sobre Saúde, o Supremo tem decidido que os entes públicos possuem responsabilidade solidária pela saúde, tanto do indivíduo como da coletividade, e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é uma prestação à saúde do SUS (seja na esfera municipal, estadual ou federal) [...] (OHLAND, 2010, p. 39).

Observa-se que tais Audiências ocorreram em 2009, ou seja, a questão da solidariedade entre entes já vem sendo discutida de longa data.

Segundo Ohland (2010), na ocasião, o atual Ministro Luís Roberto Barroso já salientava que deixar a regra de solidariedade sem uma definição de responsabilidade, na prática, criaria grande dificuldade administrativa e dispêndio de recursos, porque os três entes passariam a responder em juízo pelas demandas.

Apesar da percepção do significado da regra de solidariedade, faz-se necessário compreender que a regra de solidariedade não é gratuita, havendo custos diversos para que seja efetivada e cumprida. Com isso, os efeitos do RE nº 855.178 devem ser analisados nessa perspectiva e, por conseguinte, as consequências advindas deste.

Colocar os três entes no polo passivo não é nada barato e eficiente, nem mesmo para o autor, que deve aguardar a citação e o pronunciamento de todos eles, com infundáveis apartes, idas e vindas, recursos e incertezas. É, sem dúvida, um efeito ruim da solidariedade sob o ponto de vista do Estado, que deve arcar com os custos do processo nas suas diferentes esferas (NOGUEIRA, 2019, p. 21).

Além da necessidade de indicação, pelo magistrado, de critérios objetivos para a fixação do ente efetivamente responsável pela obrigação, destaca-se a relevância da reflexão a respeito das situações de ressarcimento ao ente que arcou com a despesa da demanda judicial sem ser o efetivo responsável e que, portanto, deverá receber o valor, sendo ressarcido pelo ente que deveria ter composto o polo passivo ou concretamente garantido a prestação judicialmente determinada.

Reflete-se em como cobrar de um ente que sequer compôs a lide e não teve direito à ampla defesa e contraditório. A questão processual é indagada e deverá ser cuidadosamente analisada, sendo necessário haver um controle e uma ordem de procedimentos para a existência de segurança jurídica.

A liberdade plena na atribuição de responsabilidades (e a imposição de obrigação ao ente federativo de forma alheia às diretrizes do Sistema Único de Saúde) tem como consequência direta a perspectiva de que esse ente direcionará a pretensão de ressarcimento, movimentando novamente o sistema judicial, ocasionando mais gastos e procedimentos, em um cenário em que a judicialização em massa já se faz presente e cada vez mais problemática.

A saúde constitui direito fundamental social e deverá ser assegurada pelo Estado, não devendo este se esquivar de suas obrigações. Contudo, o que se discute é de que modo os recursos do Estado podem ser otimizados, a partir do entendimento de que ações judiciais podem gerar gastos e que estes podem interferir no orçamento que seria utilizado para políticas públicas, as quais acabam ficando limitadas.

A judicialização da saúde impacta de forma significativa a gestão pública, na medida em que interfere diretamente nas rotinas administrativas de gestão de recursos humanos e financeiros da secretaria de saúde. Também impõe aos entes federativos o fornecimento de tratamentos fora das suas listas de competência e da legalidade a que se vincula à Administração Pública, desprezando as diretrizes, organização e princípios que orientam o SUS e vulnerando, assim, a sua futura existência (CARLI; NAUNDORF, 2019, p. 119).

Há um planejamento de gastos que deveria seguir os limites orçamentários e as prioridades da população, que são analisados pelos representantes públicos. Esse planejamento é atropelado por uma demanda com pedido individual ao ente que não é o efetivo responsável e que não possui capacidade para arcar com determinadas demandas.

Entrementes, sem a regionalização e hierarquização das funções, subtrai-se do Poder Público o estabelecimento de parâmetros para reger os recursos, finitos por natureza. As competências entre os entes não são iguais por motivos fundamentados e organizacionais, imprescindíveis para a eficiência no momento dos gastos, seja com saúde ou com qualquer outra área de responsabilidade estatal.

A judicialização, sem observância da organização administrativa do SUS, acaba por vulnerar as políticas públicas, na medida em que não observa os princípios de organização e financiamento da saúde, razão pela qual o debate acerca da solidariedade entre os entes federativos ganha mais pertinência e atualidade (CARLI; NAUNDORF, 2019, p. 127).

A estrutura do Sistema Único de Saúde deve ser seguida e respeitada para utilização eficiente e otimizada dos gastos públicos, buscando a máxima garantia das normas sociais e direitos fundamentais. Caso contrário, nota-se nítido desequilíbrio na prestação de serviços referentes à saúde, que constituem um dever do Estado.

Assim, percebe-se a necessidade da eficiência na utilização dos gastos públicos, em busca da maximização da riqueza e da consequente melhora na prestação de serviços públicos, que constituem direito fundamental e dever do Estado.

4. AS LACUNAS DEIXADAS PELO TEMA 793

A aplicação de critérios práticos no âmbito da política de assistência farmacêutica, especialmente em relação às atribuições dos entes federativos para concretização das diretrizes ali estabelecidas, não foi adequadamente tratada no julgamento do RE nº 855.178 e nos embargos de declaração opostos, para fixação do Tema 793, propiciando lacunas, principalmente de cunho processual, e estimulando a massificação desordenada das demandas na área da saúde pública, não raro sem que haja o devido controle e organização destas, razão pela qual Schulze (2018, p. 180) adverte para o necessário combate ao ajuizamento de ações com indicação aleatória de ente federativo para cumprimento da obrigação, sobretudo nos casos em que já há obrigação específica e determinada dentro da política pública, classificando essas demandas como “fórum shopping da saúde”.

Costa e Venturelli (2020) alegam que a exigência da observação consequencialista das decisões dos magistrados, tendo que realizar um exercício de futurologia para efetivar a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, pode impedir o cumprimento de normas e princípios, com o intuito de frear o ativismo judicial. Apesar de se tratar de uma árdua exigência legal, é de fato um dever ao qual os magistrados estão comprometidos, pois suas decisões podem gerar mais embaraços reflexos e menor cumprimento dos direitos constitucionais pela desorganização administrativa e orçamentária que tais decisões podem ocasionar.

Uma dessas lacunas foi sanada no julgamento dos embargos de declaração opostos, no caso do pedido para dispensação de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, hipótese na qual a União necessariamente deveria constar no polo passivo da relação jurídica processual, de acordo com as diretrizes firmadas pelos Temas 6 (ainda sem tese firmada) e 500 do STF, além do teor diretivo do enunciado 78 da III Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça: “Compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS – segundo a regra de responsabilidade” (BRASIL, 2019).

O enunciado 8 da I Jornada da Saúde do Conselho Nacional de Justiça estabelece: “Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados” (BRASIL, 2019). Essa repartição de competências é necessária, inclusive, em relação à própria regência e organização do Sistema Único de Saúde, constituindo sua regra de ouro, com a devida regionalização, hierarquização e repartição das competências, conforme a capacidade financeira de cada ente e a complexidade das demandas.

A indicação de qualquer um dos entes para compor indistintamente o polo passivo nas demandas de saúde apenas agrava a situação atual do enfrentamento da judicialização da saúde, fazendo com que os processos se tornem ainda mais custosos e morosos, além de acarretar a chamada “Judicialização da Judicialização”, tendo em vista que, após a responsabilização de ente que não era efetivamente responsável pela dispensação de determinado medicamento, deverá ser feito o ressarcimento de valores pelo ente que teria essa atribuição originariamente fixada. Neste aspecto:

[...] o STF poderia ratificar em precedente vinculante, a organizada, necessária e oportuna repartição de atribuições na assistência farmacêutica, optando por deixar a critério do julgador a identificação de responsabilidades administrativas e indicar meios de ressarcimento ao ente que, condenado à dispensação, deveria demandar aquele que seria o efetivo responsável pela política pública. (LAMARÃO NETO, 2019, p. 12)

Diferentemente do que se induz a partir da compreensão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal com a elaboração do Tema 793, esse ressarcimento nem sempre ocorre de maneira pacífica e prática. Na realidade, o ente federativo que deveria, em primeiro plano, ter sido responsabilizado para cumprir com suas obrigações, opõe resistência ao ressarcimento ao ente que indevidamente adimpliu a obrigação, alegando não ter possuído direito à ampla defesa e contraditório na demanda que o condenou, muitas vezes não tendo sequer sido citado ou tomado conhecimento sobre aquele determinado assunto, eventualmente possibilitando o questionamento se seria viável a condenação do ente federativo sem que restasse efetivamente demonstrada a resistência a uma pretensão.

Em relação a esses questionamentos que surgem a partir da interpretação da decisão da Suprema Corte, verifica-se nitidamente a presença dessas lacunas que desestabilizam a organização do sistema e geram consequências maléficas, tanto para o Poder Público quanto para os cidadãos, em razão do desequilíbrio causado, afetando diversas áreas que dependem daqueles orçamentos. Sobre o tema:

Enaltece-se, assim, a desordem financeira e estrutural do sistema, em detrimento a um valor abstrato de saúde como direito fundamental e de responsabilidade solidária de todos os entes federativos, como se a previsão infraconstitucional fosse absolutamente desprezível e destituída de qualquer relevância prática, econômica e organizacional, em desacordo ao que preceitua o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (LAMARÃO NETO, 2019, p. 20-21)

Portanto, percebe-se que, com a tese geral e abstrata da solidariedade, o Supremo Tribunal Federal deixou de considerar a distribuição de responsabilidades, atribuições e as devidas peculiaridades de cada caso, permitindo incertezas no âmbito da organização das políticas públicas e uma franca perspectiva de surgimento de outras demandas envolvendo o ressarcimento por políticas públicas inadimplidas.

Um dos problemas oriundos dessa generalização é a desconsideração das desigualdades existentes regionalmente por todo o país, pois, em relação ao princípio da solidariedade de garantia ao direito à saúde, este acaba por impor responsabilidades idênticas, de modo indiscriminado, sem analisar devidamente a existência de significantes diferenças econômicas, estruturais e demográficas.

Quando se tratar de pleito por medicamento já garantido em política pública, o ressarcimento entre os entes deverá seguir a repartição de competências do Sistema Único de Saúde, buscando direcionamento nas listagens da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) e nas Leis nº 8.080/90 e 8.142/90, além de portarias institucionais do próprio SUS, que buscam a organização, a hierarquização, a regionalização e a descentralização entre os entes federativos para garantir concretude quanto à aplicação do direito à saúde. Neste aspecto:

A clareza nas pactuações e competências administrativas do SUS é o que garantirá embasamento ao julgador para que possa direcionar o cumprimento da ação judicial ao ente administrativamente responsável, assim como balizará as eventuais ações de ressarcimento propostas em seguida. (AMARAL, 2019, p. 56)

No entanto, é importante destacar também que, mesmo com tal arcabouço normativo, a repartição de competência não é clara em alguns pontos, estando em gradativo processo de edificação e consolidação, devido à complexidade demasiada do seu processo de regionalização e especificação das atribuições entre os entes. Em meio a essa peculiaridade, o Poder Judiciário se vê diante de “zonas de certeza” e “zonas de incerteza” dentro das normas do Sistema Único de Saúde, como pontua Amaral (2019), para definir e justificar qual ente deva ser realmente responsabilizado pelo objeto de determinada lide.

As “zonas de certeza” são definidas como o espaço instrumental onde as responsabilidades entre os entes, para viabilização, fiscalização e regulamentação perante a população, são delimitadas, como, por exemplo, os medicamentos firmados nos componentes básico, especializado e estratégico (RENAME). Já as chamadas “zonas de incerteza” configuram lacunas normativas, onde não se delimita de forma específica qual ente federativo é responsável pela sua viabilização, como os medicamentos que ainda não foram incorporados pelo SUS ou medicamentos que ainda estão em processo de definição de competências administrativas para o fornecimento. Por consequência, essas zonas são as que mais exigem esforço interpretativo e argumentativo do julgador, na medida em que não há um molde ou especificação normativa para seguir (AMARAL, 2019), gerando dúvidas a respeito da possibilidade de se atribuir a obrigação à União, justamente pela ausência de deliberação da Comissão Intergestores Tripartite (CIT).

Em se tratando de pedido de dispensação de tecnologias ainda não incorporadas no Sistema Único de Saúde, o Supremo Tribunal Federal impõe três requisitos para que seja aferida a necessidade, a organização e possíveis limitações às ações. O primeiro requisito se baseia na necessária comprovação científica da eficácia, acurácia e segurança do medicamento pretendido, além da demonstração de que não há medicamento incorporado nas políticas públicas brasileiras, adequado ao tratamento da patologia do paciente.

Entretanto, o pedido de dispensação de medicamentos já integrantes de políticas públicas do Sistema Único de Saúde, caracterizando “demandas dentro do pacote” (LAMARÃO NETO, 2019), já goza de pressuposto técnico prévio e efetiva comprovação científica, tendo em vista que houve manifestação da CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias) para que um medicamento seja integrado ao Sistema Único de Saúde e incorporado na RENAME.

O segundo requisito se delinea na lógica de que, em se tratando de medicamento ainda não incorporado pelo Sistema Único de Saúde, este deveria ter sido submetido à apreciação da CONITEC, órgão vinculado ao Ministério de Saúde, o que se interpreta no necessário interesse da União sobre a lide. Assim, conforme foi assentado no julgamento do RE nº 657.718, no segundo requisito, estipula-se que para as “demandas fora do pacote” deve haver a integração necessária da União no polo passivo da relação jurídica processual, aferindo, ainda, que tal ação deverá ser proposta perante a Justiça Federal, demonstrando a pertinência do Enunciado 78 da III Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2011).

Ademais, cabe destacar que o Enunciado 78 vai ao encontro do que foi afirmado no Tema 793, na medida em que a competência da justiça federal é fixada para o julgamento de demandas em que se postule tecnologia ainda não incorporada ao Sistema Único de Saúde.

O terceiro requisito é o da aplicabilidade da subsidiariedade, permitindo a compreensão de que o Poder Público deve fornecer o medicamento ou o tratamento requisitado, na impossibilidade de o particular custeá-lo, sem que haja influência negativa deste no custeio do mínimo necessário de sua sobrevivência digna. No entanto, esta não é uma tarefa de simples resolução, pois seria complexo propor uma interpretação geral sobre o tema, tanto pela capacidade financeira do indivíduo quanto pelo custo do medicamento.

A interpretação do magistrado em ações ajuizadas perante a justiça estadual, em que a União deva estar necessariamente no polo passivo da relação jurídica processual, enseja uma perspectiva crítica, tendo em vista que há a possibilidade de um particular ajuizar a demanda perante a justiça estadual e somente contra o Estado ou contra o Município.

A extinção do processo sem resolução de seu mérito (após a oportunidade de eventual emenda da petição inicial) e não de declinação de competência é pertinente, pois não há como, na lide em tramitação perante a Justiça Estadual, ser determinado pelo magistrado estadual a inclusão da União na causa, devendo o julgador atentar ao Enunciado 78 da III Jornada da Saúde. (LAMARÃO NETO, 2019)

Portanto, para que as demandas dentro do pacote possam ser solucionadas de maneira mais efetiva, o magistrado poderia, de ofício, delimitar o ente responsável para compor o polo passivo, seguindo as diretrizes do SUS, assegurando maior presteza ao litígio e contribuindo para uma aplicação satisfatória da solidariedade.

Quando o ente, que tem a política pública definida, falha na sua missão, ele deve obrigatoriamente constar do polo passivo e ser instado a cumprir a obrigação pelo juiz. A *Rename*, juntamente com outros instrumentos de pesquisa [...], orientam a formação do polo passivo, e o juiz deve exigir esse cuidado do litigante ao direcionar seu pedido, com a consequente deslocação da competência, se necessário. (NOGUEIRA, 2019, p. 22)

Em análise de caso concreto, destaca-se a ação de ressarcimento promovida pelo Município de Jundiaí em face do Estado de São Paulo e da União (processo nº 5004.572-08.2018.4.03.6128), em trâmite na 1ª Vara Federal de Jundiaí-SP, onde o município, por força de decisão judicial, custeou e forneceu o medicamento *IMUNOGLOBINA HUMANA*, que consta no componente especializado, para um particular.

No procedimento originário, houve condenação aos outros entes federativos (Estado de São Paulo e União), para que efetuassem o ressarcimento de parte dos gastos feitos pelo Município. Todavia, mesmo em se tratando de responsabilidade especificamente estipulada, os entes federativos ofereceram resistência ao pagamento, atrasando o procedimento, gerando a “Judicialização da Judicialização” e promovendo um gasto desproporcional ao município de Jundiaí, o que corrobora os demais aspectos práticos e processuais já citados, de que o Tema 793 não obteve êxito em esclarecer e especificar.

Vê-se, então, que, mesmo quando a norma abrange as circunstâncias de responsabilidade, quando o Poder Judiciário viabiliza o ressarcimento entre os entes federativos, a providência não se concretiza de maneira simples, tendo em vista que não há qualquer ato

normativo que regulamente de que forma esta reparação será feita, seja em norma administrativa (SUS) ou no ordenamento jurídico brasileiro, ocasionando o aumento das demandas judiciais envolvendo saúde pública.

Ademais, outro ponto que merece exposição é o concernente à lacuna deixada pelo STF em relação ao pagamento de penalidades e condenações em honorários, cabendo apenas ao ente originalmente responsável e competente arcar com o “pagamento de multas, sequestros, bloqueios judiciais e honorários advocatícios, pois foi quem deu causa à demanda por se omitir ou não cumprir com as suas competências administrativas ou com a ordem judicial.” (NOGUEIRA, 2019, p. 21)

A importância do direcionamento dos custos citados para o ente originalmente responsável seria uma das medidas cabíveis para que houvesse um verdadeiro estímulo ao cumprimento da determinação judicial. Desse modo, “diminui-se os custos da judicialização, trazendo mais assertividade ao processo judicial, objetividade em relação às penalidades, e menos abuso nas cobranças de multas, dirigidas indistintamente contra todos os entes da Federação” (NOGUEIRA, 2019, p. 21).

Em síntese, a perspectiva de pacificação de conflitos abrangentes através de um precedente vinculante não foi devidamente atendida pela Suprema Corte, permitindo-se que essas lacunas tornem o fenômeno da judicialização da saúde ainda distante de alcançar resolutividade plena, otimizada, racional e célere.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida abrangeu a temática pertinente à repartição de competências e responsabilidade solidária dos entes federados em matérias relacionadas ao direito fundamental à saúde, com o exame do julgamento dos Embargos de Declaração propostos pela União Federal no Recurso Extraordinário nº 855.178, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2019, fixando-se, então, o Tema 793.

Em resposta ao problema da pesquisa, que buscou averiguar a precisão em termos de orientação clara aos magistrados acerca do estabelecimento das responsabilidades pela assistência farmacológica, por parte dos entes federativos, em relação ao SUS, referente ao Tema 793 do STF, a investigação observou que a *ratio decidendi* do referido Tema não delimitou, tampouco orientou aos magistrados a forma de indicar e responsabilizar o ente federativo encarregado pela assistência farmacológica em demandas relativas à saúde.

Para responder ao problema da pesquisa, o objetivo da investigação perpassou pela análise da tese estabelecida por meio do Recurso Extraordinário nº 855.178 (inclusive os embargos de declaração opostos) e a criação do Tema 793, a fim de averiguar quais critérios foram indicados para que os magistrados possam determinar as responsabilidades dos entes federativos quanto às demandas em saúde relativas à assistência farmacológica, referentes ao SUS.

O objetivo da pesquisa foi alcançado porque foram demonstradas as responsabilidades dos entes da federação no que diz respeito à assistência farmacêutica no âmbito constitucional, da Lei Orgânica de Saúde e da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. A jurisprudência

dência pode criar insegurança e responsabilização inadequada de ente da federação que não tenha a responsabilidade direta quanto à assistência farmacológica demandada.

A pesquisa investigou a formação do Tema 793 do STF, que surge a partir de demanda judicial contra o Estado de Sergipe de medicamento BOSENTANA (TRACLEER 62m5, m/125mg). Ocorre que, em primeira instância, o pedido foi concedido em sede de tutela de cognição sumária, mas, em sentença de mérito, foi reconhecido o cofinanciamento do custeio da medicação pela União, tendo sido fixado o cofinanciamento em cinquenta por cento que deveria ser pago pela União ao Estado. Assim, o RE nº 855.178 foi interposto pela União sob a alegação de que todos os entes federados são solidários na demanda.

A respeito do julgado dos Embargos de Declaração do RE nº 855.178, ponderou-se acerca das lacunas deixadas após o julgamento dos Embargos de Declaração, destacando o impacto que estas produzem sobre o Poder Judiciário, suscitando dúvidas predominantemente de ordem processual que acarretam efeitos lesivos para a organização e a padronização das demandas do judiciário, além de embaraços no planejamento financeiro dos entes federados e da organização do SUS, no que concerne à perspectiva de atendimento efetivo de políticas públicas.

Ao mesmo tempo em que o Tema 793 trouxe avanços significativos na busca pela concretização de direito fundamental, trouxe incertezas que ocasionam um retrocesso para o enfrentamento da judicialização da saúde, frisando-se que essas incertezas permitem imprecisões de ordem processual e material.

A indicação de qualquer um dos entes federativos para compor indistintamente o polo passivo nas demandas de saúde intensifica a massificação das ações neste âmbito, aumentando os gastos dos procedimentos judiciais e desencadeia o que se denominou “Judicialização da Judicialização”, pois, seguindo a regra abstrata de solidariedade, não foram tratadas questões essenciais, majorando os impasses tanto para os pedidos que estão fora como para aqueles já integralizados e regulamentados pelas políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

As consequências das omissões constatadas na formação do Tema 793 são desfavoráveis para o Poder Público, permitindo desorganização orçamentária nas diversas esferas e afetando outras áreas que dependem daqueles recursos. Assim, constata-se prejuízo inquestionável ao cidadão, enquanto destinatário final de todas as políticas públicas, tendo o Poder Público o dever de assegurar os direitos elencados no ordenamento jurídico da forma mais vantajosa possível, priorizando os anseios primeiros da população.

As regras que norteiam o Sistema Único de Saúde são pautadas na regionalização e hierarquização na prestação da assistência médica, princípios que regem o sistema e são necessários para que haja uma efetiva aplicação do constante nas diretrizes que o norteiam. Por via de consequência, a solidariedade precisa estar necessariamente associada às regras de repartição de competências, prioritariamente com a baliza dos Enunciados 8 e 78 das Jornadas de Direito da Saúde.

As lacunas constatadas na formação do Tema 793 demandam aperfeiçoamento da decisão, na via da completude interpretativa por parte dos magistrados, a fim de evitar responsabilização inadequada de ente federativo frente à assistência farmacêutica. De outro modo, o Tema pode ser retomado em nova demanda e ser aperfeiçoado, a fim de esclarecer a responsabilização dos entes, sem violar a regra de solidariedade. Outra solução seria o Poder Legislativo ajustar a norma existente, incluindo critérios mais claros para definir as responsa-

bilidades de cada ente da federação no tocante à prestação do direito à saúde, especialmente da Assistência Farmacológica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Tarsila Costa do. Reflexões sobre a responsabilidade solidária e o ressarcimento no Sistema Único de Saúde a partir da tese fixada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 46-65, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/0IN22>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://bitly.com/VoGrV>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 29 jun. 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF: Presidência da República, 29 abr. 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de setembro de 2017*. Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: MS, 28 set. 2017a. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria de Consolidação nº 6, de 28 de setembro de 2017*. Consolidação das normas sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: MS, 28 set. 2017b. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0006_03_10_2017.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013*. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: MS, 30 jul. 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 566.471-Rio Grande do Norte*. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 657.718-Minas Gerais*. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de setembro de 2011c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 855.178-Sergipe*. Relator: Min. Luiz Fux, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CARLI, Patrícia de; NAUNDORF, Bruno. A aplicação do princípio da solidariedade na judicialização da saúde a partir dos princípios do SUS, da fixação de entendimento pelo STF e da trajetória do Rio Grande do Sul. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 112-130, jul./set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. *Rename*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.cff.org.br/pagina.php?id=140&menu=16&titulo=Rename>. Acesso em: 22 nov. 2020.

COSTA, Ilton Garcia da; VENTURELLI, Antonio Cyro. Direito à saúde e os problemas do discurso consequencialista. *Revista Meritum*, v. 15, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7988>. Acesso em: 30 ago. 2021.

FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. A judicialização pela dispensação de medicamentos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 3, p. 1332-1361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/502>. Acesso em: 28 ago. 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado. *Processo nº 5493365.68. 2019.8.09.0000*. 1ª Câmara Cível. Relator: Maurício Porfírio Rosa, 19 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/236943310/processo-n-54933656820198090000-do-tjgo>. Acesso em: 21 nov. 2020.

LAMARÃO NETO, Homero. A regra de solidariedade dos entes federados na área da saúde e sua atual interpretação pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 10-26, jul./set. 2019.

LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. Políticas Públicas, judicialização da saúde e o período pós pandemia. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, v. 9, n. 1, p. 265-294, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/883>. Acesso em: 28 ago. 2021.

MELO, Felipe Barreto de. O Tema 793 do STF e o dissenso jurídico. Aqui tem SUS? *Direito em comprimidos*, [S. l.], 10 out. 2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-stf-dissenso-juridico/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

NOGUEIRA, Marcia Coli. O Tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 4, p. 8-26, out./dez. 2019.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Borota de; LIPPI, Maria Clara. Judicialização e ativismo judicial sobre as demandas de saúde pública no Brasil. *Revista Derecho del Estado*, n. 45, p. 245-274, 2020. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/3376/337662821009/html/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

OHLAND, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 29-44, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/8857/6313>. Acesso em: 27 mar. 2021.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neyrão; AGRASSAR, Hugo José de Oliveira; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A competência constitucional legislativa concorrente em meio às crises causadas pela Covid-19 e a interpretação dada pelo STF no julgamento da medida cautelar na ADI 6341. *Revista Meritum*, v. 15, n. 02, p. 292-307, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7942>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. **O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência e os precedentes judiciais**. 2015. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

SÃO PAULO. Fazenda Pública. *Processo nº 1064825-44.2018.8.26.0053*. 2ª Vara. Juiz: José Mário Estevam da Silva, 14 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://bityli.com/xBGpt>. Acesso em: 25 nov. 2020.

SCHULZE, Clenio Jair. *Judicialização da saúde no século XXI*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

STÉDILE, Luís Otávio. Há saída para a judicialização da assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 4, p. 78-102, out./dez. 2019.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/07/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/07/2021
- Avaliação 1: 18/08/2021
- Avaliação 2: 21/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 22/08/2021
- Retorno rodada de correções: 30/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 06/09/2021

Equipe editorial envolvida

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

PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS PELO PARLAMENTO: UMA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO APLICADA AO CASO DE GOIÁS

PROCESSING AND JUDGMENT OF PUBLIC
ACCOUNTABILITY BY PARLIAMENT: A PERFORMANCE
EVALUATION APPLIED TO THE CASE OF GOIÁS

ROBERT BONIFÁCIO DA SILVA¹
VICTOR HUGO GOMES LOPES²
LUCAS CAVALCANTI VELASCO³

RESUMO

Investiga-se, no contexto goiano, os resultados do processamento do julgamento das contas públicas pelo parlamento sob uma perspectiva quantitativa. A principal hipótese é a de que, embora os relatórios sejam ratificados do ponto de vista técnico, a Assembleia Legislativa do Estado de Goiás não adota medidas políticas mais consistentes para efetivar o cumprimento das determinações e recomendações da Corte de Contas. Estudos acadêmicos de avaliação de desempenho fundamentam a abordagem teórica da pesquisa. Se para a literatura especializada as funções legislativa e fiscalizatória são equivalentes, o parlamento relegaria a atividade jurisdicional de controle externo ao segundo plano. Na discussão, essa possibilidade é apontada como enfraquecimento institucional e político do parlamento a partir dos resultados de indicadores construídos para este estudo.

Palavras-chave: poder legislativo; assembleia legislativa; Tribunal de Contas do Estado; função fiscalizadora; contas públicas.

- 1 Doutor em ciência política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É professor adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atua como membro permanente dos Programas de Pós-Graduação em Ciência Política e em Direito e Políticas Públicas. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3071-2378>.
- 2 Mestre em Sociologia e mestrando em Direito e Políticas Públicas, ambos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). É analista legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1684-2945>.
- 3 Mestrando em Direito e Políticas Públicas, ambos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). É advogado e atua como assessor parlamentar da Câmara Municipal de Goiânia/GO. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6709-5073>.

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

SILVA, Robert Bonifácio da; LOPES, Victor Hugo Gomes; VELASCO, Lucas Cavalcanti. Processamento e julgamento da prestação de contas públicas pelo parlamento: uma avaliação de desempenho aplicada ao caso de Goiás. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 263-283, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8295>.

ABSTRACT

In the context of Goiás, the results of the processing of the judgment of public accounts by the parliament under a quantitative perspective are investigated. The main hypothesis is that, although the reports are technically ratified, the Legislative Assembly of the State of Goiás does not adopt more consistent political measures to enforce the determinations and recommendations of the Court of Auditors. Academic performance evaluation studies underpin the theoretical approach of research. If for specialized literature the legislative and supervisory functions are equivalent, parliament would relegate the jurisdictional activity of external control to the background. In the discussion, this possibility is pointed out as an institutional and political weakening of the parliament based on the results of indicators constructed for this study.

Keywords: legislative power; legislative assembly; state court of auditors; supervisory function; public accounts.

1. INTRODUÇÃO

O julgamento das contas públicas pelo parlamento unifica a atividade típica de fiscalização, atribuída constitucionalmente, e a atividade atípica jurisdicional. O processamento da prestação das contas dos órgãos de Estado tem grande relevância no controle da aplicação dos recursos públicos do ponto de vista da economicidade, eficácia, efetividade, eficiência e legalidade.

Investiga-se aqui o processamento e o julgamento das contas públicas dos órgãos estaduais a partir da coleta de dados empíricos contidos nos autos que tramitaram na Assembleia Legislativa do Estado de Goiás (ALEGO). A partir da análise documental dos acórdãos encaminhados pelo Tribunal de Contas do Estado de Goiás (TCE/GO) e do processo legislativo que resultou no julgamento político da prestação de contas, foi realizada uma avaliação de desempenho da atuação do parlamento.

A partir de estudos de avaliação de desempenho, foram construídos indicadores para referenciar a análise do parlamento no processamento das contas públicas. Do ponto de vista teórico, buscou-se conciliar a atribuição constitucional típica de fiscalização do Poder Legislativo, manifesta na atividade de controle externo dos gastos públicos, e a atribuição constitucional atípica de julgamento, expressa na apreciação parlamentar das contas apresentadas pelos órgãos públicos.

Parte-se da hipótese de que o julgamento das contas públicas tem natureza meramente ratificadora, embora seja representado como uma decisão fundamentalmente técnica. Também se vale da premissa de que, ao não adotar medidas coercitivas mais evidentes em relação às recomendações, determinações e ressalvas do TCE/GO, o parlamento torna-se deficitário no exercício de suas funções. Nesse sentido, a discussão procura identificar um possível enfraquecimento institucional e político das casas legislativas estaduais a partir do caso goiano.

O artigo é estruturado na discussão teórica das funções do parlamento no contexto do Estado Constitucional de Direito, com foco nas atividades fiscalizadora e jurisdicional. Em seguida, discute-se modelos de avaliação de desempenho do parlamento, como estratégia para a construção de indicadores próprios, para, então, proceder à análise dos dados empí-

ricos encontrados por meio da construção de indicadores relativos ao julgamento de contas dos órgãos estatais.

Como principais resultados, destacam-se a discrepância no tempo de tramitação dos processos de julgamento de contas públicas e a mera ratificação da Assembleia Legislativa em relação ao acórdão encaminhado pelo Tribunal de Contas do Estado. Nota-se que a confirmação pelo parlamento do posicionamento de seu órgão auxiliar reforça a percepção de que a atuação jurisdicional é relegada a segundo plano e, também, indicativo da dificuldade de consenso político entre os deputados para a tomada de decisão.

2. O PARLAMENTO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Etimologicamente, o termo parlamento sugere a percepção de um ambiente público de manifestação por meio da palavra, o que pressupõe sua natureza coletiva. Em sua origem, o parlamento pode ser definido como “uma assembleia ou um sistema de assembleias baseadas num ‘princípio representativo’, que é diversamente especificado, mas determina os critérios de sua composição” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2016, p. 879).

Pode-se, assim, reconhecê-lo como órgão colegiado, com paridade entre seus membros e detentor de natureza representativa, que objetiva a deliberação de uma maioria na formulação e concretização das opções políticas, aponta Bobbio, Matteucci e Pasquino (2016). Nesse sentido, o parlamento reflete um órgão de natureza representativa, o que, de certo modo, evidencia sua competência funcional dentro do sistema político. Porém, órgão não passou ileso à passagem dos séculos.

Schioppa (2014) reconhece que as inovações absorvidas pelas constituições no século XX, em relação ao século XIX, expressam elementos de crise sistêmica. Assim o leque de direitos fundamentais foi ampliado, houve o fortalecimento das autonomias locais, a pluralidade de níveis normativos se tornou constante nos sistemas jurídicos e ocorreu o fortalecimento da Constituição em relação à lei. Barroso (2019) reforça a ideia de que a constitucionalização ganhou força na Europa no pós-guerra – no Brasil, esse processo ocorreu com o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição Federal, em 1988.

Miranda (2019) indica que a expansão máxima do Estado ocorre simultaneamente à estruturação de organizações internacionais, diversas quanto à finalidade, ao âmbito, ao acesso ou aos poderes. Essa comunidade internacional, que surge em meados do século XX, visa a tutela de direitos e garantias fundamentais a partir da promoção de mecanismos jurídicos-institucionais. Posicionamento similar é adotado por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019), interligando e se reforçando mutuamente os Direitos Humanos, o Estado de Direito e a democracia como “princípios e valores universais e indivisíveis e nucleares das Nações Unidas”.

Para Cavalcante Filho (2020), Mendes e Branco (2015) e Silva (2015), há consenso de que, contemporaneamente, o Estado se fundamenta na Constituição, a partir da qual todo o ordenamento jurídico-normativo é estabelecido. A consolidação do constitucionalismo no Estado de Direito esvaziou o sentido de supremacia do Poder Legislativo enquanto órgão capaz de reconhecer a “vontade geral” ao estabelecer um sofisticado sistema de freios e contrapesos entre os poderes estatais, como observam Martín (2000), Bonavides (2005), Burdeau (2005), Miranda (2019), Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019), Schioppa (2014) e Silva (2015).

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019) sugere que esse processo evolutivo se deu de forma progressiva e cumulativa, de tal modo que o Estado de Direito e o Estado Democrático se tornaram a mesma coisa. Ocorre, portanto, uma “viragem paradigmática” em direção ao Estado Constitucional de Direito, na qual o legislador não é mais onipotente, conforme observa Tavares (2019). Nesse sentido, surgem níveis de normatividade que articulam aspectos constitucionais e legislativos no interior do Estado, unificando o plano geral com o plano regional, segundo Schioppa (2014).

A dicotomia entre Estado (unidade) e Sociedade (pluralidade) desapareceu no Estado democrático e social contemporâneo, no qual a coletividade seria inviável sem organização responsável, organizadora e planejadora, como observa Hesse (2009). Miranda (2019) indica que após os anos 2000, o panorama político-constitucional continua marcado por transformações e instabilidades. Segundo o autor, as contradições e indefinições do Estado de Direito ainda não foram totalmente superadas, especialmente quanto ao funcionamento do sistema partidário e sua relação com o sistema econômico. Há, também, o problema da falta de autenticidade em numerosos países.

Paralelamente à complexificação das atribuições do Estado de Direito no contexto de globalização, a Brasil através turbulências institucionais significativas nos últimos dez anos. Para Vieira (2018), a integridade da democracia está relacionada ao funcionamento robusto do sistema freios e contrapesos de lideranças institucionais e políticas na defesa da democracia constitucional. Por outro lado, evidencia-se limitações no modelo brasileiro em razão do presidencialismo de coalisção, cuja principal causa apontada por Victor (2015) é o quadro multipartidário.

O receio de que a vontade da maioria tenha força erosiva na democracia não é preocupação nova. Martín (2000) e Otero (2003) esboçam esse receio e o identificam na ascensão de novos atores na arena jurídica concomitantemente ao esvaziamento do poder do Legislativo ante o empoderamento do Executivo. Vieira (2018) sugere que a resposta do constitucionalismo para defender a democracia foi a dispersão do poder via sistema de freios e contrapesos.

Apesar dos desafios evidentes, a literatura especializada reconhece que o sistema de freios e contrapesos tem funcionado no Brasil. Embora o processo de constitucionalização tenha tornado o arcabouço normativo mais robusto, as deficiências da divisão funcional do poder foram evidenciadas pelo presidencialismo de coalisção que predomina no país, como observa Victor (2015). A seguir, examina-se como essa divisão de poderes ocorre no Estado de Direito contemporâneo.

3. DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER POLÍTICO NO ESTADO DE DIREITO

A literatura tradicionalmente reconhece o poder como uno, indivisível e indelegável. A identificação de funções elementares estimulou a repartição funcional do poder em órgãos independentes, mediante um sistema de freios e contrapesos. Essa solução se cristalizou como um dogma nas constituições como fundamento primordial do Estado de Direito, conforme observado por Barroso (2019), Canotilho *et al.* (2013), Ferreira Filho (2015), Mendes e Branco (2015), Miranda (2019), Moraes (2017), Tavares (2019), Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019) e Silva (2015).

Não há, portanto, uma separação do poder político, mas o reconhecimento de funções atribuídas a órgãos distintos. Silva (2015) indica que o poder se desdobra em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Miranda (2019) sugere que a Constituição Brasileira manteve a consideração clássica dos três poderes, mas apenas incidentalmente se refere à função.

A filosofia política já esboçava, desde Aristóteles, a necessidade de não se concentrar o poder político. Em Locke, essa orientação ganha contornos mais evidentes, segundo Ferreira Filho (2015), porém ainda incipientes, segundo Tavares (2019). Montesquieu propôs de forma sistemática essa segmentação do poder, que não é absoluta, mas relativizada no contexto do Estado Constitucional de Direito. Dallari (2019) indica que não se trata apenas de mera separação de poderes, mas da instituição de sistema de pesos e contrapesos em que um órgão não prevaleça sobre o outro.

A Carta Magna brasileira reservou funções predominantes para cada um dos poderes, de modo que o órgão estatal poderia ser imediatamente associado à sua principal função típica, como observa Silva (2015). Já Otero (2003) aponta que própria tripartição dos poderes o Estado é consequência prática do princípio da legalidade e condição de defesa da liberdade. A cooperação mútua entre os órgãos visa impedir que um prevaleça sobre o outro, por meio do sistema de freios e contrapesos. Para Ferreira Filho (2015), uma das consequências da separação de poderes foi servir como critério para identificar sistemas de governo.

Loewenstein, citado por Ferreira Filho (2015) e por Tavares (2019), já reconhecia essa distinção “obsoleta” e deveria ser compreendida figurativamente. Silva (2015) afirma que, atualmente, é preferível falar em colaboração de poderes. Já para Carvalho (2020), é preferível falar em “(...) interpenetração ou interdependência de Poderes, ao invés de separação ou independência de Poderes, pois o princípio da separação não nega a harmonia, coordenação e colaboração dos Poderes” (CARVALHO, 2020, p. 19).

Miranda reforça a percepção de divisão tricotômica das funções do Estado, caracterizadas “(...) em razão dos fins ou do objeto dos atos por que se desenvolvem, em razão dos seus modos e formas de manifestação e em razão dos órgãos e das instituições através dos quais são praticados esses atos” (MIRANDA, 2019, p. 478-479). Neste sentido, Cavalcante Filho (2020) argumenta que Montesquieu já indicava que o poder de produção legislativa não poderia ser atribuído à mesma pessoa que a executasse ou que tivesse competência jurisdicional.

Essa percepção é reforçada pela noção de que “cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma função, e, secundariamente, as outras duas” (TEMER, 2017, p. 122). Já Silva

(2015) é cauteloso ao tratar do assunto, indicando que não se pode confundir a divisão de funções com a separação de poderes, embora estejam relacionadas.

O art. 2º da CF/1988 estabeleceu os poderes independentes e harmônicos entre si como fundamento da República Federativa do Brasil, como reproduz Silva (2015). A distinção de funções não pode ser suprimida da Constituição brasileira por se configurar verdadeira cláusula pétrea, segundo Mendes e Branco (2015).

A evolução do Estado de Direito, de sua origem liberal ao modelo constitucional atual, desmitificou necessidade da independência absoluta de poderes ou sua rígida divisão funcional tripartite. Não se trata de uma realidade perfeita e definitiva, mas indica uma dimensão de teor utópico, que está em busca constante de realização, conforme sugere Gaspardo (2010). Essa observação não é isolada, “Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários (justamente aquilo que se pretende coibir)” (TAVARES, 2019, p. 959).

4. FUNÇÕES FISCALIZADORA E JURISDICIONAL DO PARLAMENTO

O contexto democrático brasileiro após a promulgação da CF/1988 resgatou prerrogativas do Poder Legislativo – e até mesmo ampliou-as. Apesar disso, Amorim Neto (2004) indica que o Chefe do Poder Executivo brasileiro é um dos mais fortes do mundo em prerrogativas legislativas. Embora seja reconhecida uma maior interferência do Poder Executivo na atividade legiferante, como observa Figueiredo e Limongi (2007), houve um desdobramento das responsabilidades constitucionais do parlamento.

Para Barroso (2019, p. 400), “é certo, contudo, que, como contrapartida, expandiram-se suas competências de natureza fiscalizatória e investigativa”. Moraes (2017, p. 449) argumenta que “as funções típicas do Poder Legislativo são *legislar* e *fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento”.

A função fiscalizadora, portanto, caracteriza-se como uma atribuição constitucional do parlamento. O art. 70 da CF/1988 determina que:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (BRASIL, 1988)

Após 1988, o julgamento das contas do governo e a fiscalização da administração pública pelo Poder Legislativo ganharam novo peso a partir de sua constitucionalização. Mendes e Branco (2015) indicam que o Congresso conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU) para exercer a atividade fiscalizadora. Fernandes (2016) argumenta que o controle externo da administração pública por meio da prestação anual de contas do presidente da República expressa a *juris dictio* do Poder Legislativo – uma exceção ao monopólio do Judiciário sobre a atividade jurisdicional.

Fernandes (2016) afirma que o exercício do controle externo pelo Poder Legislativo sobre os atos do Poder Executivo não caracteriza interferência de um poder no outro, mas expressão do sistema de freios e contrapesos. Para o autor, esse controle externo seria dividido em político, financeiro e jurisdicional. O parlamento exerce essa atividade mediante apoio do Tribunal de Contas, órgão jurisdicional auxiliar, que, por exemplo, remete à deliberação parlamentar o acórdão e o relatório de prestação de contas do Estado – também caracterizada como função julgadora atípica.

Moraes (2017, p. 447) argumenta que o exercício da função típica pelo parlamento “consistente no controle parlamentar, por meio da fiscalização, pode ser classificado em político-administrativo e financeiro orçamentário”. No primeiro caso, trata-se do controle da gestão pública por meio do acesso ao seu funcionamento; no segundo, corresponde à atividade fiscalizatória prevista nos arts. 70 a 75 da CF/1988.

Neste sentido, embora o julgamento das contas do presidente possa ser inicialmente associado como uma função atípica do parlamento, não se pode negar que, ao apreciá-las, o Legislativo fiscaliza a atuação da administração pública. Simões (2014), ao se referir a Carvalho Filho, argumenta que esse controle da administração pública engloba o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos pelos quais ocorre o exercício do poder de fiscalização e revisão da atividade administrativa em qualquer esfera de poder. Segundo o autor, a fiscalização visa verificar se a finalidade pública foi cumprida, como recurso para correção de condutas administrativas não desejadas.

Moraes (2017) diz que o controle externo expresso nos arts. 70 a 75 da CF/1988 é uma função típica do Congresso Nacional, logo, do parlamento. De acordo com o autor, será exercida a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” quanto à “legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, além dos sistemas internos de cada Poder” (MORAES, 2017, p. 449).

Fernandes (2016, p. 110) afirma que o “modelo federativo foi estendido simetricamente para o julgamento das contas dos estados e dos municípios, preservando, desse modo, sempre a competência do Poder Legislativo para julgar as contas do chefe do Poder Executivo”. Neste sentido, é possível reconhecer que o julgamento da prestação de contas do presidente, por meio do exercício do controle externo, não pode ser desvinculado da atividade fiscalizadora do parlamento.

A legislação relativa à prestação de contas do chefe do Poder Executivo pode ter variações em todo o país, considerando as normas internas dos Tribunais de Contas e os regimentos internos das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais. Tais diferenças podem se dar em relação aos prazos de tramitação, órgãos envolvidos, o rito processual e a forma de apresentação do parecer prévio da corte de contas, remetido ao parlamento, que emite parecer a ser referendado em plenário. Em linhas gerais, essa tramitação segue o rito semelhante ao adotado pelo TCU, segundo Lima (2018).

Para Fernandes (2016), o julgamento das contas pelo Poder Legislativo encerra a última fase do ciclo orçamentário, que se inicia na elaboração da proposta orçamentária para o exercício seguinte; pela discussão e aprovação no parlamento; a execução da lei orçamentária e seu o controle mediante parecer final pelo tribunal de contas correspondente; e o julgamento das contas pela respectiva casa legislativa. A responsabilidade pela elaboração e encaminha-

mento da prestação de contas geral, que envolve os demais órgãos de Estado, é feito pelo Executivo, que remete à corte de contas.

A prestação de contas não é de contas de responsabilidade do Poder Executivo, mas do governo, indica Costa (1997). O parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas não vincula a decisão do Poder Legislativo no julgamento das contas públicas. O mencionado parecer serve para subsidiar o julgamento do parlamento quando aprecia as contas do Chefe do Poder Executivo, como observa Quintal, Cunha, Alves e Santos (2012). Já as contas dos demais poderes são julgadas pelo próprio TCE.

A prestação de contas é encaminhada pelo chefe do Poder Executivo ao Tribunal de Contas correspondente. A corte de contas avalia a regularidade ou não das informações prestadas, que são relatadas por um conselheiro, que submete seu parecer à apreciação do colegiado. O Tribunal de Contas, portanto, emite o parecer prévio, que é encaminhado ao Poder Legislativo para julgamento, conforme apontam Simões (2014), Fernandes (2016) e Lima (2018).

O Tribunal de Contas pode julgar as contas como regulares, regulares ou ressalvas ou irregularidades, indica Lima (2018). Por outro lado, é importante destacar que o Poder Legislativo não julga, a rigor, as contas dos demais poderes, “mas a atuação dos administradores públicos, com relevo para o ordenador de despesas de cada órgão autônomo ou relativamente autônomo”, registra Fernandes (2016, p. 113).

Lima (2018, p. 251) argumenta que as contas consideradas regulares são “as que expressem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável”. Por sua vez, as contas consideradas regulares com ressalvas são aquelas que “evidenciarem impropriedades ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário”, ainda que apresentadas em desacordo com as normas legais, desde que comprovada “a boa e regular aplicação dos recursos” (LIMA, 2018, p. 251-252).

Para Lima (2018) as contas irregulares são aquelas nas quais identificam-se ocorrências: a) como omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou infração à normal legal ou regulamentar; c) dano ao Erário resultante de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; e d) desfalque ou desvio de recursos, bens ou valores públicos. Esse autor observa que as contas podem ser julgadas irregulares no caso de reincidência ou descumprimento de determinações do processo de tomada ou prestação de contas pelo gestor – desde que devidamente cientificado.

A irregularidade das contas pode resultar em consequências ao gestor público, quando o relator ou o tribunal poderão definir a responsabilidade individual ou isolado pelo ato praticado; a citação do responsável quando houver débito para que apresente defesa e recolha a quantia devida; caso não tenha débito, a audiência do gestor para apresentar sua justificativa; ou adotar outras medidas possíveis, diz Lima (2018). Por outro lado, o parecer prévio do Tribunal de Contas não é vinculativo ao julgamento pelo Poder Legislativo.

Neste sentido, Fernandes (2016) indica que a rejeição das contas não implica consequência ou sanção direta, pois o julgamento pelo Poder Legislativo é ato político – mesmo que amparada em parecer técnico. Para esse autor, o que pode ocorrer é o desencadeamento de processo de *impeachment*, com a rejeição das contas, a partir dos fatos imputados ao Chefe do Poder Executivo.

Quanto aos indícios de irregularidade na execução financeira pelos demais poderes, em relevância menos expressiva e com menor repercussão na sociedade, Fernandes (2016) aponta que podem ser destacados como objeto de tomada de contas especial, no desempenho da função de julgamento, pelo Tribunal de Contas.

Por fim, importa diferenciar no parecer prévio o que são recomendações, ressalvas, determinações, impropriedades e irregularidades no parecer prévio da prestação de contas do chefe do Poder Executivo encaminhado pelo Tribunal de Contas ao julgamento político do Parlamento. A casa legislativa pode tanto ratificar o teor do parecer prévio do Tribunal de Contas, quanto votá-lo em sentido contrário. Por exemplo, é possível que a corte de contas recomende a rejeição da prestação anual e o Legislativo a aprove mesmo assim.

As recomendações para os Tribunais de Contas na apreciação da prestação de contas têm relação com o aperfeiçoamento dos procedimentos de apresentação das contas pelo Poder Executivo. Neste sentido, implicam na “adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho” (LIMA, 2018, p. 273). Para Quintal, Cunha, Alves e Santos (2012), a ressalva ocorre quando “há a baixa na responsabilidade dos agentes, as contas são julgadas regulares, mas são realizadas ressalvas e aplicadas as penalidades correspondentes às falhas evidenciadas”.

A determinação tem peso de sanção, de modo que o gestor precisa adotar medidas corretivas, quando forem identificadas falhas de natureza forma ou outras impropriedades das quais não caibam multa ou indícios de débito, conforme Lima (2018). Segundo esse autor, as impropriedades caracterizam atos que precisam ser corrigidos e sanados, de natureza formal, aos quais o Tribunal de Contas pode emitir uma determinação ao gestor público.

Por fim, irregularidades consistem na “prática de ato de gestão ilegal, ilegítima, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira orçamentária, operacional ou patrimonial”, conforme aponta Lima (2018, p. 272-273). Esse autor indica também pode significar dano ao erário causado por ato de festão ilegítimo ou antieconômico; desfalque ou desvio de recursos públicos; fraudes, omissão no dever de prestar contas, atos de ilegalidade e violação aos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal.

Ao receber o parecer prévio, sob a forma de acórdão do Tribunal de Contas, o parlamento encaminha os documentos para um deputado ou vereador relator para que manifesta posicionamento favorável ou contrário à aprovação da prestação de contas do chefe do governador ou prefeito, considerando a esfera analisada. O relatório é encaminhado ao plenário, onde, submetido à votação única, torna-se decreto legislativo, encerrando, assim, o ciclo orçamentário anual. A seguir será discutida a possibilidade de criação de um indicador relacionado ao processo de julgamento da prestação de contas pelo parlamento.

5. AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO PARLAMENTO: ANÁLISE DA LITERATURA ESPECIALIZADA

A Ciência Política há tempos procura compreender a atuação do parlamento através de suas funções. Esses estudos tenderam a relacionar as atribuições do órgão com sua concretização fática. Determinar com clareza quais são essas responsabilidades permitem reconhecer com maior precisão possíveis papéis do parlamento no contexto do Estado. Entre as possibilidades analíticas, o estudo da produção legislativa provavelmente resultou em mais evidências empíricas.

Ricci (2003), Tomio e Ricci (2012) identificaram diferenças nas agendas legislativas entre Executivo e Legislativo, o alcance limitado da produção de leis como resultado de barganha intraparlamentar e a organização do sistema partidário em nível estadual. Paula (2016) e Salinas (2008) desenvolveram abordagens de avaliação legislativa no Brasil, com enfoque, respectivamente, nos limites e possibilidades dessa análise e no estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor.

Limongi e Figueiredo (2007) estudaram governabilidade mediante apoio parlamentar e os primeiros esboços de uma avaliação de desempenho do Poder Legislativo e a influência do Executivo na formação da agenda legislativa. Dantas (2013) também desenvolveu procurou desenvolver um método para monitorar os mandatos parlamentares. Marcon (2020) também propôs a utilização de indicadores para avaliar as Casas Legislativas sob a perspectiva da transparência.

Meneguim e Inácio (2014) também propuseram um método de avaliação de desempenho do Legislativo a partir de indicadores. A abordagem dessa proposta está concentrada na atividade legiferante, mas não leva em consideração um contexto mais amplo de atribuições associadas ao parlamento como um todo.

Uma das primeiras tentativas de se construir um modelo mais amplo e geral de avaliação de desempenho do parlamento no Brasil foi o desenvolvido por Dantas e Yeung (2013), que elaborou um método baseado em indicadores, associados a quatro grandes conjuntos de variáveis. Dois desses grupos são identificados com a atividade legislativa e outros dois com função fiscalizadora e a transparência.

A proposta de Dantas e Yeung (2013) foi inicialmente descrita sob a forma de artigo. Posteriormente, Dantas, Yeung e Lazzarini (2013) aplicaram a proposta na Câmara Municipal de São Paulo. Já recentemente, durante a elaboração desta dissertação, foram publicados dois novos estudos sobre avaliação de desempenho. Marcon (2020) discutiu a instrumentalização das formas propostas desse método e Dantas e Yeung atualizaram algumas preocupações na abordagem.

Dantas, Yeung e Lazzarini (2013) expressam sua preocupação em não avaliar individualmente e nominalmente os parlamentares, mas toda a instituição. Segundo o trio, a elaboração do índice revelou-se um desafio, pois deveria permitir sua replicação em diferentes realidades. Por isso, argumentam que “é importante avaliar o que exatamente esses indicadores se propõem a mostrar, e em que contexto e condições eles são válidos” (DANTAS; YEUNG; LAZZARINI, 2013).

A complexidade desses indicadores poderia ser alta ou mais simples. O desafio, segundo os autores, era escolher um caminho de equilíbrio. Por isso, foi feita a opção por método quantitativo que, se por vezes simplifica a análise, por outro facilita sua replicação. Dantas, Yeung e Lazzarini (2013) dizem que a qualificação da informação do indicador poderia demandar muito tempo para coleta e tratamento dos dados, tornando o detalhamento e complexidade da análise tamanha que traria pouca contribuição.

A elaboração do método faz uma escolha consciente dos indicadores através dos pressupostos constitucionais que estabelecem funções para o parlamento, a partir do qual foram construídos quatro grupos de variáveis, cada qual com o mesmo peso, que serviram para formar quatro índices, também com peso idêntico. Dessa forma, argumenta o trio, o indicador poderia ser divulgado e compreendido pela sociedade.

Espera-se que os dados indiquem que o julgamento das contas do governo pelo parlamento seja mera ratificação do teor do acórdão encaminhado pelo TCE/GO. Outra hipótese levantada é a não priorização da função jurisdicional pela Assembleia Legislativa, cuja decisão, de natureza política, não expressa necessariamente o teor técnico no qual se embasa. Essa divergência seria observada a partir da votação favorável ou contrária no julgamento de contas em relação ao tempo gasto em sua tramitação.

6. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para a construção de um indicador relativo ao julgamento de contas públicas pelo parlamento, serão analisados os processos que tramitaram na Assembleia Legislativa do Estado de Goiás no período compreendido entre 2007 e 2017. As informações foram obtidas a partir dos relatórios elaborados pelo TCE/GO a partir da prestação de contas do governador de Goiás; o parecer do conselheiro relator e o acórdão da Corte de Contas; o parecer do deputado relator na Comissão de Tributação, Finanças e Orçamento da ALEGO; e o resultado final do julgamento pelo parlamento.

Os documentos foram coletados por meio do *site* do TCE-GO, da ferramenta Opine Cidadão da Alego, do Portal de Transparência da Alego e do Sistema de Gerenciamento de Processos e Documentos (SGPD) do Poder Legislativo entre abril de 2019 e julho de 2020. Fez-se a opção por identificar categorias dentro dos processos para que, a partir delas, fosse possível apresentar dados quantitativos.

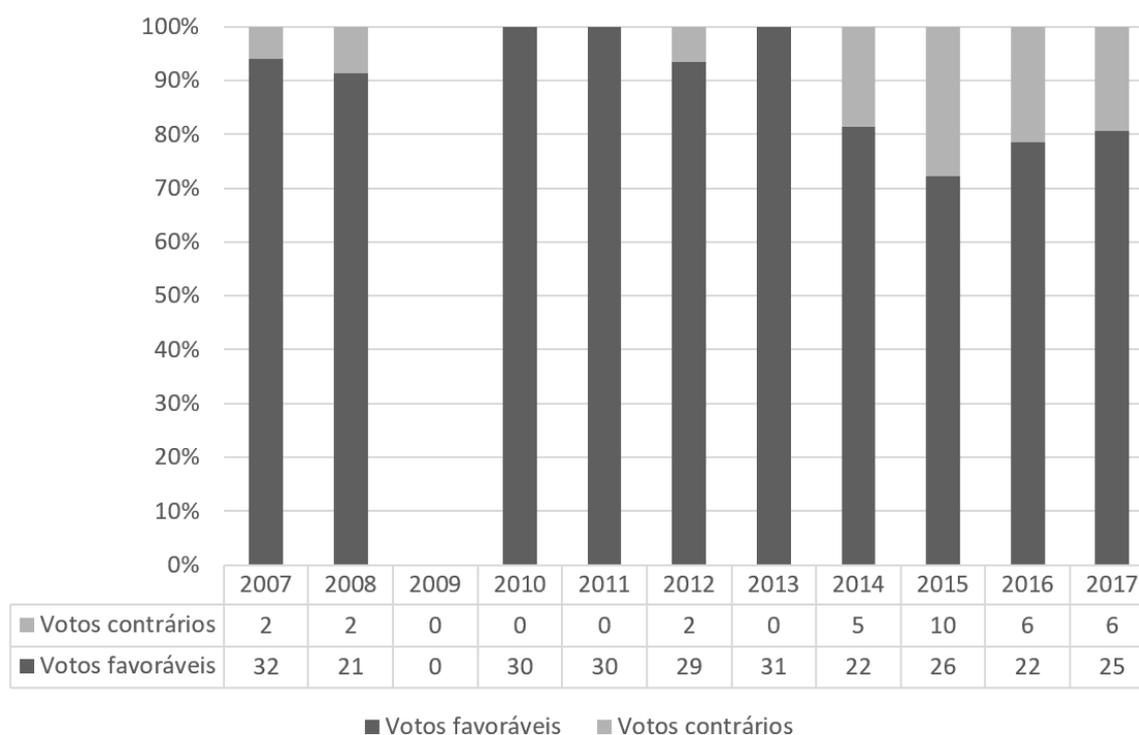
6.1 ANÁLISE DO TEMPO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS DE JULGAMENTO DE CONTAS

No caso de Goiás, o julgamento das contas pelo parlamento é determinado pelo Art. 11, VII, da Constituição Estadual. O tempo médio de tramitação do processo de julgamento da prestação de contas do governador do Estado de Goiás equivale a aproximadamente 337 dias. Neste sentido, entende-se aqui o tempo de tramitação contado a partir da data de autua-

ção do processo no Parlamento até a publicação do resultado do julgamento no Diário Oficial da ALEGO.

Há uma discrepância em relação aos processos ao longo da série histórica analisada. Todas as tabelas e gráficos a seguir foram elaborados pelos autores deste artigo. Em 2008, 2015 e 2017 foram os anos em que a prestação de contas do governador se deu de modo mais célere, respectivamente, em 8, 15 e 21 dias. Por outro lado, as contas referentes ao ano de 2010 consumiram mais de três anos e meio para serem finalizadas. Em média, o parlamento goiano consome 337 dias para julgar uma conta anual do governo. O Gráfico 1 torna essa visualização mais pertinente:

Gráfico 1 - Tempo de tramitação dos processos relativos às contas do governador



Fonte: Elaboração própria

Considerando que o julgamento das contas do governador tem, no âmbito do Parlamento, natureza política, o exercício de 2010 teve o parecer prévio do TCE-GO pela rejeição das contas, no que foi acompanhado pelo deputado relator da época na Comissão de Tributação, Finanças e Orçamento, José de Lima. Todavia, o parecer parlamentar viria a ser derrubado em plenário por unanimidade, aprovando, assim, as contas referentes àquele ano.

O caso de 2010 é simbólico⁴: foi o primeiro parecer pela rejeição das contas emitido pelo TCE-GO desde a promulgação da Constituição de 1988, conforme observado por Simões (2014). A Resolução nº 1.218, de 3 de julho de 2007, que institui o Regimento Interno da ALEGO, determina, no § 2º do art. 159, que “o processo de julgamento das contas do Governador tramitará com prioridade sobre os demais”.

4 O Diário Oficial da ALEGO nº 12.032, de 19 de novembro de 2014, publicou a transcrição da sessão ordinária que resultou na rejeição do parecer do relator e a consequente aprovação das contas de Alcides Rodrigues.

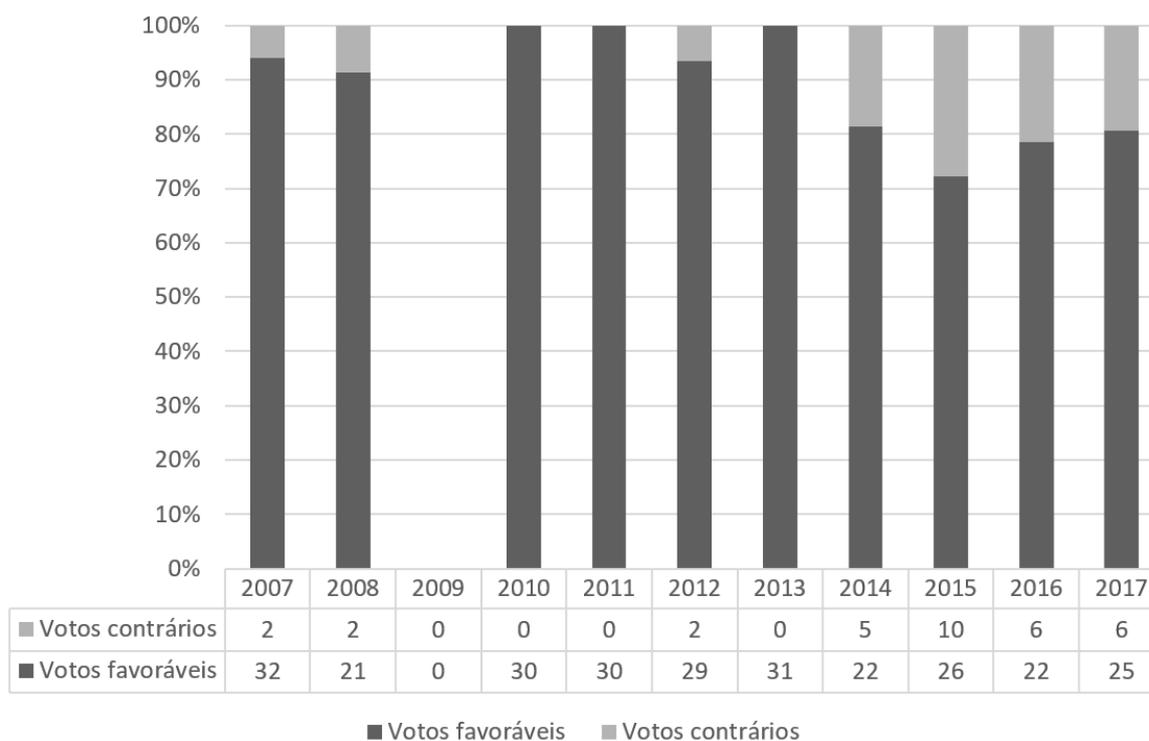
A irregularidade no tempo de tramitação na série histórica não parece estar diretamente conectada com a realização das eleições, mas pode estar relacionada ao resultado eleitoral. Entre 2007 e 2010, Alcides Rodrigues foi governador de Goiás. Embora estivessem no mesmo grupo político, houve dissidência em 2010, ano eleitoral, que resultou na eleição de Marconi Perillo. O julgamento das contas de 2010, 2011 e 2012 foram as mais demoradas, consumindo, respectivamente, 1280, 896 e 520 dias cada.

Há de se considerar outro ponto relevante: as contas de 2010, 2012 e 2013 foram julgadas em plenário da Assembleia Legislativa na mesma sessão e publicadas no Diário Oficial da ALEGO com data de 19 de novembro de 2014. Não é possível propor explicações consistentes, por meio de dados quantitativos, para a demora no julgamento nos referidos anos, mas uma análise na votação pode sugerir algumas possibilidades.

6.2 ANÁLISE DA VOTAÇÃO DOS DEPUTADOS NO JULGAMENTO DE CONTAS

A competência para colocar a prestação de contas do governo em votação é do presidente da Assembleia Legislativa, que determina a pauta das sessões. O julgamento das contas é realizado em votação única. Vota-se, portanto, o parecer do deputado relator pela rejeição ou aprovação. O gráfico 2 relaciona a totalização da votação do julgamento de contas a partir da proporção de votos favoráveis e contrários, por ano. Os dados relativos a 2009 não foram localizados.

Gráfico 2 - Percentual de votos favoráveis e contrários no julgamento de contas



Fonte: Elaboração própria

A visualização gráfica evidencia a unanimidade entre os parlamentares na aprovação das contas de 2010, 2011 e 2013, que ocorreram na mesma sessão ordinária, conforme mencionado. Esse posicionamento uniforme coincide com o julgamento das contas de dois dos três anos com maior tempo de tramitação. Uma explicação talvez seja a necessidade indicar entre os parlamentares de indicarem relativa imparcialidade na decisão, pois uma das contas (2010) teve relatório contrário à aprovação, que foi derrubado, na mesma sessão que aprovou duas contas do então atual mandatário – adversário político do gestor cujas contas tiveram recomendação pela rejeição.

Também é relevante considerar que os quatro últimos anos da série histórica, entre 2014 e 2017, o julgamento das contas revela crescimento nos votos contrários à aprovação – provavelmente de deputados opositores ao governo do período. Uma hipótese possível para explicar esse cenário seria uma maior articulação dos deputados de oposição, mas tal assertiva depende de estudo específico. Essa relação entre demora na tramitação e resultado da votação demanda a análise do parecer prévio do TCE/GO.

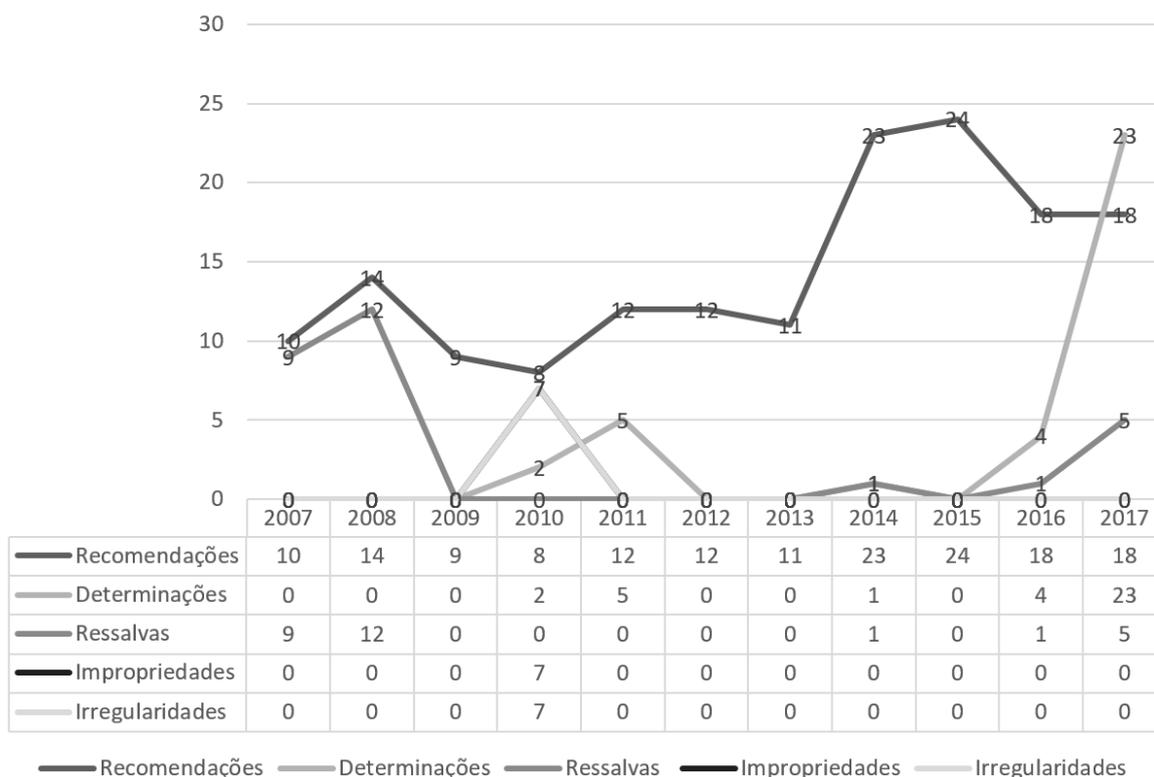
6.3 ANÁLISE DO PARECER PRÉVIO DO TCE/GO ENCAMINHADO À ALEGO

Em relação ao teor do parecer prévio aprovado pelo TCE/GO e remetido à ALEGO, sob a forma de acórdão, foram consideradas as recomendações, determinações, ressalvas, impropriedades e irregularidades nas contas do governador, tal como manifestado no parecer do conselheiro do ano em análise. As recomendações, as ressalvas, as determinações, as irregularidades e as impropriedades poderiam conter subtópicos, mas foi contabilizada apenas o item para elaboração do Gráfico 3.

Neste sentido, por exemplo, o Processo Legislativo nº 2011002011, referente à prestação de contas do exercício de 2010, trazia no parecer prévio elaborado pelo TCE-GO um total de cinco itens referentes às irregularidades e três relativos às impropriedades. Só que os itens relacionados às irregularidades poderiam ser subdivididos em itens menores. Como se trata de escolha do conselheiro-relator, optou-se por referenciar apenas o item principal, que dá o eixo temático do problema.

Outros processos legislativos relativos ao julgamento da prestação de contas também trazem essas subdivisões por itens. Optou-se por condensar o cálculo a partir do quesito apontado e não indicar, uma a uma, as subdivisões de cada item. Assim, o Gráfico 3 resultando pode ser conferido a seguir.

Gráfico 3 - Tipos de manifestações no parecer prévio do TCE/GO



Fonte: Elaboração própria

Assim, o Gráfico 3 expressa a evolução da quantidade de recomendações, determinações, ressalvas, impropriedades e irregulares na análise do conselheiro-relator da prestação de contas do governador de Goiás por ano. Percebe-se que há um gradual aumento na série histórica relacionada às recomendações, cujo ápice se deu em 2015. Os dois últimos anos analisados (2016 e 2017) também expressam aumento no número de determinações expedidas pela corte de contas.

Todavia, o gráfico indica apenas 2010 como ano onde há expressa menção às irregularidades e às impropriedades. Tudo indica tratar-se de opção do conselheiro-relator, vez que impropriedades poderiam, no limite, serem enquadradas como ressalvas. O mesmo não ocorre com as irregularidades, que ensejam a adoção de posicionamento mais duro, no sentido de rejeitar as contas.

6.4 ANÁLISE DO JULGAMENTO NO PARLAMENTO EM RELAÇÃO AO PARECER PRÉVIO DO TRIBUNAL DE CONTAS

O deputado relator pode tanto se manifestar por acompanhar o parecer prévio do TCE-GO quanto adotar outro posicionamento. Nem todo parecer do relator diz com clareza se mantém ou não as recomendações, determinações e ressalvas contidas no parecer prévio encaminhado pelo TCE-GO. Por isso, torna-se complexa a atividade de mensurar quantitativamente

se houve ou não endosso legislativo aos posicionamentos do Tribunal de Contas. Quando muito, o deputado relator adota termos como “aprovado sem ressalvas”, ainda que existam ressalvas na manifestação da corte de contas.

A Tabela 1 traz o resultado final do julgamento da prestação anual de contas do Governador por exercício, considerando o parecer prévio do TCE-GO enviado ao parlamento e o decreto legislativo resultante da aprovação ou não das contas.

Tabela 1 - Relação entre a orientação do parecer prévio do TCE/GO e o resultado final do julgamento pela ALEGO quanto à aprovação ou não da prestação de contas

ANO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
TCE-GO	Sim	Sim	Sim	Não	Sim						
Alego	Sim										

Fonte: Elaboração própria

Percebe-se que há uma correlação quase absoluta na série histórica que praticamente sugere dizer que o julgamento político da Alego tende a ser muito semelhante ao julgamento orçamentário-financeiro do TCE-GO. A exceção, novamente, se dá em relação ao exercício de 2010, no qual parecer prévio do TCE-GO e o parecer do deputado relator foram pela rejeição das contas, mas acabaram derrubados na votação do decreto legislativo.

6.5 ANÁLISE DO ÍNDICE DE CORRELAÇÃO ENTRE O PARECER PRÉVIO DO TRIBUNAL DE CONTAS E O JULGAMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PELO PARLAMENTO

Os dados discutidos apontam para a possibilidade de se elaborar um indicador referente à função fiscalizadora do parlamento no tocante à correlação entre o julgamento da prestação de contas do chefe do Poder Executivo a partir do parecer prévio do Tribunal de Contas e a manifestação final do Parlamento por meio da publicação do decreto legislativo. Para tanto, sugere-se a criação do índice de correlação entre o parecer prévio do Tribunal de Contas e o julgamento da prestação de contas do chefe do Poder Executivo pelo parlamento (ICTCP):

$$\text{ICTCP} = \frac{\text{N}^\circ \text{ de ressalvas} + \text{n}^\circ \text{ recomendações} + \text{n}^\circ \text{ determinações mantidas pela Alego}}{\text{N}^\circ \text{ de ressalvas} + \text{n}^\circ \text{ recomendações} + \text{n}^\circ \text{ determinações apontadas pelo TCE-GO}}$$

Neste sentido, considerando a dificuldade em identificar o posicionamento do deputado relator, sugere-se que a omissão expressa relativa às recomendações e determinações implica em seu acolhimento, tendo em vista que são atos privativos do Tribunal de Contas. Por sua vez, a existência de ressalvas costuma ser indicada pelo deputado relator, razão pela qual também pode ser computada.

Tabela 2 - O ICTCP aplicado à Assembleia Legislativa de Goiás

VARIÁVEIS	2007	2008	2009	2010 ⁵	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Ressalvas do TCE-GO	9	12	0	0	0	0	0	1	0	1	5
Determinações do TCE-GO	0	0	0	2	5	0	0	1	0	4	23
Recomendações do TCE-GO	10	14	9	8	12	12	11	23	24	18	18
Ressalvas mantidas pela ALEGO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Determinações mantidas pela ALEGO	0	0	0	2	5	0	0	1	0	4	23
Recomendações mantidas pela ALEGO	10	14	9	8	12	12	11	23	24	18	18
ICTCP	52,6%	53,8%	100%	100%	100%	100%	100%	96%	100%	95,6%	89,1%

Fonte: Elaboração própria

A Tabela 2 demonstra que é possível aplicar concretamente o índice de correlação entre o parecer prévio do Tribunal de Contas e o julgamento da prestação de contas do chefe do Poder Executivo pelo parlamento (ICTCP). Apenas os exercícios de 2007 e 2008 tiveram índice mediano, com seis exercício alcançando um índice de 100%. Todavia, há um problema ocasionado pelo exercício de 2010, cujo acréscimo das irregularidades e impropriedades prolatadas pelo TCE-GO teriam reduzindo o ICTPC desse ano para 41,66%.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos processos legislativos de julgamento de contas do governador de Goiás no período entre 2007 e 2017 sugerem que o parlamento não prioriza sua atividade jurisdicional,

5 Em relação ao exercício de 2010, convém ressaltar que o parecer do deputado relator manteve todas as observações do parecer prévio do TCE-GO, mas foi derrubado em votação no plenário, razão pela qual foram mantidas apenas as determinações e recomendações.

constitucionalmente atípica, como deveria. Há indícios de deliberada demora na tramitação dos processos de prestação de contas do governo. Nos casos analisados, foi identificada o julgamento de três prestações de contas em uma única sessão.

Nota-se também que a demora na tramitação não seria justificável em razão da alta ratificação pelo parlamento do parecer prévio encaminhado pelo TCE/GO. É evidente que o julgamento tem natureza política e não precisa, necessariamente, ser técnico. Por outro lado, a majoritária correlação entre o posicionamento da Corte de Contas e dos deputados, em tese, poderia tornar o processo de julgamento menos demorado. Por outro lado, julgamento excessivamente céleres – como ocorridos em 2008, 2015 e 2017 sugerem relativo despreço pela atividade jurisdicional. Não há, também, nenhuma evidência na análise dos processos de que tenha ocorrido audiência pública aberta à sociedade civil.

O resultado dos julgamentos das contas do governo indica um percentual baixo de votos contrários ao parecer pela aprovação. Talvez seja um indicativo da significativa composição entre os deputados que foram uma base de apoio do governador. Essa avaliação não significa omissão da oposição, evidentemente, pois há manifestação percentual contrária significativa nas votações.

Quanto ao teor dos pareceres prévios do TCE/GO, percebe-se predominância das recomendações na série histórica. Por outro lado, as impropriedades, irregularidades e ressalvas indicam um pico quantitativo no ano em que o órgão recomendou a rejeição da prestação de contas do governo. As determinações, por sua vez, atingem o pico em 2017. Isso pode significar que a Corte de Contas tende a oferecer mais soluções aos gestores enquanto órgão de controle externo do que atuar coercitivamente.

O indicador construído não está, entretanto, livre de ressalvas. Deve ser mais bem aprimorado no que tange à capacidade de reconhecimento no decreto legislativo resultado do julgamento das contas quanto à manutenção das recomendações, determinações, ressalvas, impropriedades e irregularidades identificadas pelo Tribunal de Contas. As variáveis precisam ser mais bem ajustadas de modo a tornar o indicador mais preciso.

O acompanhamento do parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas pelo Parlamento não caracteriza submissão ao órgão auxiliar nem mera ratificação. Por se tratar de julgamento político da prestação de contas do chefe do Poder Executivo, não pode ser confundido com as atribuições de controle externo relativas ao teor orçamentário-financeiro das contas prestadas.

REFERÊNCIAS

AMORIM NETO, Octavio. O Executivo Federal, Centro de Gravidade do Sistema Político Brasileiro. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (org.). *Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BERNARDI, Jorge. *O processo legislativo brasileiro*. Curitiba: Intersaberes, 2012.

- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2016. v. 2.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.
- BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito Constitucional*. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.
- CANOTILHO, J.J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa: legística formal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2020.
- CAVALCANTE FILHO, João. *Processo Legislativo Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- COSTA, José Rubens. Prestação de contas dos Governos Estaduais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 208, p. 83-110, abr. 1997. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v208.1997.46989>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46989>. Acesso em: 22 jul. 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- DANTAS, Humberto. Atores fundamentais e funcionamento da democracia em nível local. In: CARNEIRO, J. M.; DANTAS, H. (org.). *Parceria social público-privada – textos de referência*. São Paulo: Oficina Municipal e Fundação Vale, 2012.
- DANTAS, Humberto (org.). *De olho no Legislativo: um método para o acompanhamento de mandatos parlamentares*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer e Movimento Voto Consciente, 2013. Disponível em: www.deolhonolegislativo.org.br. Acesso em: 23 abr. 2019.
- DANTAS, Humberto; YEUNG, Luciana. Indicadores de desempenho para parlamentos: o desafio de aferir práticas políticas. *Cadernos da Escola do Legislativo*, [S. l.], v. 15, n. 24, p. 45-67, fev. 2013. Disponível em: <https://cadernos-dolegislativo.almg.gov.br/ojs/index.php/cadernos-ele/article/view/149>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- DANTAS, Humberto; YEUNG, Luciana; LAZZARINI, Sérgio. *Medindo o desempenho de um parlamento brasileiro: o caso da Câmara Municipal de São Paulo*. São Paulo: Insper papers, 2013. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/2013_wpe306.pdf. Acesso em: 25 mai. 2019.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. atual. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manuel. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). *A Democracia Brasileira: balanço e perspectivas para o Século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. v. 1, p. 147-198.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Mudança constitucional, desempenho do Legislativo e consolidação institucional. In: FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001. *E-book*.
- FIGUEIREDO, M. F.; FIGUEIREDO, A. C. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. *Análise e Conjuntura*, [S. l.], v. 1, n. 3, 1986.
- GASPARDO, Murilo. O parlamento e o controle democrático do poder político. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 769-825, jan./dez. 2010.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. *E-book*.
- JAMPAULO JÚNIOR, João. *O processo legislativo: sanção e vício de iniciativa*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MARCON, André. A instrumentalização das formas como desafio à avaliação de desempenho do Poder legislativo. In: BARBOSA, Maria Nazaré Lins; CAJAIBA, Camila Moraes; MARTINS, Garcez; PIRES, Ieda Maria Ferreira (coord.). *Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moraes*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

MARTÍN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

MELO, Carlos Ranulfo; SAEZ, Manuel Alcantara. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEGUIN, F. B.; INÁCIO, M. *Desempenho do Poder Legislativo: como avaliar?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2014. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 26 de jun. 2020.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PAULA, Felipe de. *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo USP, 2016.

PRAÇA, S; DANTAS, H. *A fiscalização de parlamentares por organizações nacionais e internacionais*. Disponível em: <http://www.votoconsciente.org.br/wp-content/uploads/2012/11/TEXTO-2-Projeto-MVC-Acompanhamento-Internacional-e-Academico1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

QUINTAL, Renato Santiago; CUNHA, Ricardo Bernardes da; ALVES, Francisco José dos Santos; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. A Atuação dos Tribunais de Contas Estaduais Brasileiros na Correção das Demonstrações Contábeis dos Processos de Prestação de Contas dos Governadores. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, [S. l.], v. 17, n. 60, jan. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/cgpc.v17n60.3946>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3946/2850>. Acesso em: 1 ago. 2020.

RICCI, Paolo. O conteúdo da produção legislativa brasileira: leis nacionais ou políticas paroquiais? *Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 699-734, 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/cgpc.v17n60.3946>.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582003000400003-&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 mai. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582003000400003>.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*. 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Acesso em: 26 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; RICCI, Paolo. O governo estadual na experiência política brasileira: os desempenhos legislativos das assembleias estaduais. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 20, n. 41, p. 193-217, fev. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782012000100012>.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000100012-&lng=en&nrm-iso. Acesso em: 29 jul. 2020.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VOLDEN, C.; WISEMAN, A. E. Legislative Effectiveness in Congress. *Working paper, Vanderbilt University*, [S. l.], 2009. Disponível em: https://my.vanderbilt.edu/alanwiseman/files/2011/08/LEP_webpage_090710.pdf.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 03/11/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/11/2020
- Avaliação 1: 30/03/2021
- Avaliação 2: 13/04/2021
- Decisão editorial preliminar: 24/04/2021
- Retorno rodada de correções: 13/05/2021
- Decisão editorial/aprovado: 17/05/2021

Equipe editorial envolvida

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

AS PRINCIPAIS QUESTÕES DA REFORMA TRABALHISTA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

MAIN ISSUES OF LABOR REFORM AND PERSONALITY RIGHTS IN EMPLOYMENT RELATIONS

MARCELA SANDRI PIRES¹
LEDA MARIA MESSIAS DA SILVA²

RESUMO

O estudo analisa as principais questões da Reforma Trabalhista envolvendo lesões aos direitos da personalidade, objetivando o exame da tutela da dignidade da pessoa humana na nova legislação, em busca da manutenção da finalidade do Direito do Trabalho, que é a tutela do trabalhador. Para tanto, aborda-se brevemente a história do Direito do Trabalho, contextualizando-a com o atual panorama do Direito do Trabalho no Brasil, a Reforma Trabalhista e os direitos da personalidade, com base em pesquisa teórica e descritiva, utilizando o método indutivo, pois o estudo parte da análise dos principais aspectos da Lei nº 13.467/17, à luz dos direitos da personalidade, apresentando como conclusão a imprescindibilidade de garantia destes direitos na Reforma Trabalhista por meio do Poder Judiciário.

Palavras-chave: direito do trabalho; direitos da personalidade; Lei nº 13.467/2017; reforma trabalhista.

ABSTRACT

The study analyzes the main questions of the Labor Reform involving lesions to the personality rights, aiming to examine the protection of human dignity in the new legislation, seeking to maintain the purpose of labor law: worker protection. To this use a brief history of Labor Law is briefly approached, contextualizing it with the current panorama of Labor Law in Brazil, labor reform and personality rights, based on theoretical and descriptive research, using the inductive method, because the study starts analysing the main aspects of the Law 13.467/17, based on the personality rights, presenting as a conclusion the necessity to guarantee these rights to the Labor Reform by means of the Judiciary Power.

Keywords: labor law; personality rights; Law nº 13.467/2014; labor reform.

- 1 Mestranda em Ciências Jurídicas pelo UNICESUMAR; Pós Graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; Graduada pela Universidade Estadual de Maringá; Integrante de grupo de pesquisa do CNPJ; Advogada.
- 2 Pós-doutora em Direito do Trabalho, pela Universidade de Lisboa-Portugal; Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professora do Programa em Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Unicesumar e da graduação e pós-graduação da Universidade Estadual de Maringá-PR; pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação, bolsista de produtividade em pesquisa do ICETI e integrante de grupo de pesquisa junto ao CNPQ; advogada.

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

PIRES, Marcela Sandri; SILVA, Leda Maria Messias da. As principais questões da reforma trabalhista e os direitos da personalidade nas relações de emprego. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 284-301, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8124>.

1. INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho pode ser considerado um instrumento indispensável às relações trabalhistas atuais, principalmente diante da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que mais parece uma “deforma” da legislação laboral. Diante do retrocesso social, mais do que nunca, será importante o equilíbrio destas relações, de modo que os direitos da personalidade desempenharão um papel fundamental.

Com a promulgação de leis protecionistas quanto à parte hipossuficiente da relação empregatícia, o Estado passou a tutelar a dignidade do trabalhador, interferindo no contrato de trabalho ao exigir condições mínimas de trabalho, proporcionando igualdade jurídica, em tese, àquele que é inferior economicamente.

Diante da revolução tecnológica, que transformou significativamente o mercado de trabalho em nível mundial, o Direito do Trabalho ingressou numa fase de transição e foi duramente atacado sob o falso argumento de que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estaria ultrapassada.

No Brasil, a Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, realizou consideráveis alterações na CLT em caráter “emergencial”, sob a alegação de tentativa de “adequar” o texto legal à realidade vivenciada no país, ajustando alguns posicionamentos jurisprudenciais e inovando ao “adequar” situações que tentaram romper com as garantias atribuídas ao ser humano trabalhador (BRASIL, 2017).

Não se nega a necessidade de sistematização da legislação e certos ajustes para atender aos clamores do mercado laboral. No entanto, o “ajuste” não pode significar retrocesso social e rompimento com os avanços dos direitos da personalidade, sendo necessário garantir a dignidade da pessoa humana, a valoração do trabalho e os demais direitos mínimos garantidos aos trabalhadores, ajustando o atual Direito do Trabalho em certa medida, mas sem afrontar os direitos fundamentais.

Com a finalidade de analisar o impacto da Lei nº 13.467/2017 sob a ótica dos direitos da personalidade, o presente estudo foi realizado por meio de pesquisa descritiva em livros, artigos, dissertações e na legislação, analisando de forma sucinta a história do Direito do Trabalho e a sua importância na tutela do trabalhador, a atual situação do Direito do Trabalho no Brasil e os direitos da personalidade na Reforma Trabalhista, concluindo pela necessidade de análise judicial da constitucionalidade da Lei nº 13.467/2017, a fim de evitar que a atualização do direito laboral afete os direitos da personalidade do trabalhador e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2017).

2. BREVE HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

Desde os primórdios da humanidade, o ser humano sempre utilizou a sua energia, seja ela física ou intelectual, para a finalidade produtiva, exercendo, assim, uma forma de trabalho, primeiramente para garantir seu alimento e sua proteção. Após a existência das primeiras tribos, iniciaram as disputas por domínio e poder, sendo o trabalho explorado pelas tribos ven-

cedoras, que submetiam os perdedores/prisioneiros ao regime de escravidão, com absoluta relação de domínio (SÜSSEKIND, 2002, p. 7).

Concomitantemente à escravidão, no sistema feudal aplicava-se o regime de servidão, pelo qual os senhores feudais garantiam proteção militar e política aos servos em troca de trabalho em suas terras, o que não pode, contudo, ser considerado trabalho livre, uma vez que os camponeses permaneciam vinculados aos seus senhores, com a obrigação de cultivar as glebas e entregar parte da produção como forma de pagamento (NASCIMENTO, 1999, p. 41). No entanto, devido à ausência de liberdade no trabalho desenvolvido nos referidos sistemas e à sujeição pessoal do trabalhador, sem a subordinação, não havia uma típica relação empregatícia ou desenvolvimento do Direito do Trabalho naquele período.

Segundo Delgado:

o pressuposto histórico-material (isto é, trabalho livre) do elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surge, na história ocidental, como elemento relevante, a contar da Idade Moderna. De fato, apenas a partir de fins da Idade Média e alvorecer da Idade Moderna verificam-se processos crescentes de expulsão do servo da gleba, rompendo-se as formas servis de utilização da força de trabalho (DELGADO, 2013, p. 82-83).

Com a queda do sistema feudal, o deslocamento da sociedade medieval para as cidades e a ascensão do mercantilismo, os antigos camponeses se transformaram em trabalhadores livres, passando a refugiar-se ao lado de artesãos e operários, constituindo, pouco a pouco, “ponderáveis instrumentos de produção econômica local” (SÜSSEKIND, 2002, p. 8), originando as Corporações de Arte e Ofício, nas quais artesãos de idêntica atividade profissional se agrupavam e criavam seus estatutos, disciplinando as relações trabalhistas.

As corporações de ofício possuíam três categorias de membros: os mestres (proprietários), os companheiros (trabalhadores livres) e os aprendizes, sendo os mestres/proprietários os únicos responsáveis pela elaboração dos estatutos de cada corporação.

Esclarece Süsssekind que:

as corporações de ofício constituíram, na verdade, típicas empresas dirigidas pelos respectivos mestres, que cuidavam da formação profissional para assegurar a mão-de-obra necessária à execução da atividade econômica para a qual desfrutavam de autêntico monopólio [...]. Não obstante, valorizavam o trabalho humano, sob a decisiva influência da Igreja Católica, que propagava o valor moral do trabalho (SÜSSEKIND, 2002, p. 9).

Aos poucos, diante da dificuldade dos aprendizes e companheiros se tornarem mestres, bem como o desvio da finalidade inicial das corporações de ofício, houve divergência entre as classes empregadora e empregada (mestres e companheiros), nascendo as primeiras associações para a defesa dos interesses dos companheiros, a *campagnonnage*, sistema reconhecido como o precursor do atual paralelismo sindical (CASSAR, 2018, p. 14).

Assegura Nascimento (1999, p. 41) que nesse sistema “as características das relações de trabalho ainda não permitiam a existência de uma ordem jurídica nos moldes com que mais tarde surgiria o Direito do Trabalho”, pois ainda não existia uma relação empregatícia como categoria socioeconômica e jurídica.

Com a Revolução Industrial, a criação e o desenvolvimento das máquinas a vapor, de fiar e tear, responsáveis pela expansão das antigas manufaturas, que deram lugar às fabricas e,

mais tarde, às linhas de produção, aumentou-se a produção e a necessidade de contratação de operadores de máquinas, substituindo-se o trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado, formalmente livre, mas com regras ditadas pelo empregador, sem qualquer interferência estatal.

Devido à plena liberdade contratual e à proibição de associação de operários para a defesa dos interesses comuns decorrentes do Estado Liberal, o trabalho passou a ser severamente explorado pelas empresas, substituindo-se o trabalho dos homens por uma mão de obra mais barata e dócil, ou seja, pelo labor de mulheres e menores, estendendo a jornada de trabalho para 16 horas diárias, reduzindo os salários, majorando o desemprego, desprotegendo o trabalhador de acidentes do trabalho e explorando ao máximo o trabalhador para a maior obtenção de lucro (SÜSSEKIND, 2002).

Considerando tal exploração, passaram a ser criadas leis de caráter protecionista para tutelar a parte hipossuficiente da relação de trabalho, com o intuito de reduzir a exploração desumana do trabalhador, nascendo, assim, o Direito do Trabalho.

Na primeira fase do direito laboral, denominada por Delgado (2013, p. 91) como fase de “manifestações incipientes ou esparsas”, as leis tinham caráter humanitário, visando reduzir a violência decorrente do excesso da exploração de mulheres e menores, tendo como marco inicial a publicação do *Peel’s Act*, na Inglaterra, em 1802. Esta foi a primeira lei de proteção ao trabalhador e fixou a jornada de trabalho em 12 horas, dispondo sobre sua aprendizagem e regras de higiene nas fábricas, não tendo, contudo, muita eficácia naquele período.

Na prática, os primeiros traços da evolução trabalhista passaram a ser observados na fábrica de tecidos New Lamark, na Escócia, onde o empresário Robert Owen³ implantou medidas de proteção ao trabalho, “como a supressão dos castigos e prêmios, não admissão de menor de 10 anos; jornada de dez horas e meia de trabalho, medidas de higiene no trabalho, caixa de previdência para a velhice e assistência médica” (CASSAR, 2018, p. 15), sendo, também, o responsável pela criação do *Trade Union*, correspondente ao atual sindicato.

A partir de 1848, tendo como marcos o Manifesto Comunista; o movimento *artista*, na Inglaterra; e a Revolução de 1948, na França, teve início a segunda fase do Direito do Trabalho, caracterizada “pela sistematização e a consolidação desse ramo jurídico especializado” (DELGADO, 2013, p. 91), sendo deste período o reconhecimento do direito de associação e de greve, a fixação da jornada de 10 horas, bem como o surgimento da Encíclica *Rerum Novarum*, editada pela Igreja Católica, manifestando uma postura mais compreensiva por parte do Estado e das classes dirigentes a respeito da regulação das relações trabalhistas.

Após a Primeira Guerra Mundial, o Direito do Trabalho teve seu “instante histórico” (DELGADO, 2013, p. 93), ganhando “absoluta cidadania nos países de economia central”, com a formação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a constitucionalização do Direito do Trabalho (Constituição de Weimar), razão pela qual denominou-se a fase da institucionalização do Direito do Trabalho, “incorporando-se à matriz das ordens jurídicas dos países desenvolvidos democráticos”, atingindo seu apogeu décadas após a Segunda Guerra Mundial, com a hegemonia do chamado Estado de Bem-Estar Social, fixando princípios constitucionais

3 Devido às medidas de proteção ao trabalhador aplicadas em sua fábrica, Robert Owen é considerado o pai da legislação trabalhista (CASSAR, 2018).

de extrema importância ao meio ambiente laboral, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da justiça social (DELGADO, 2013).

Para Cassar (2018, p. 21-22) a “publicização do direito privado”⁴ e o Direito do Trabalho foram responsáveis pela implantação do sentimento de justiça decorrente da compensação da parte hipossuficiente da relação jurídica (empregado x empregador).

Nesse período, desenvolveu-se o “Direito do Trabalho Clássico”, regulador das relações trabalhistas típicas, decorrentes de contratos de trabalho celebrados por “sujeitos de direito postos em uma espécie de “pé de igualdade”, sendo a debilidade econômico-social do trabalhador compensada por uma superioridade jurídica emergente de uma rede de proteção legislativa” (SANVITO, 2011, p. 47).

No final do século XX, o Direito do Trabalho entra em uma fase de crise e transição, tratada por Delgado (2013) como a quarta fase do direito laboral, decorrente de uma conjugação de fatores econômicos, tecnológicos, organizacionais e políticos, resultado da crise do petróleo, da renovação tecnológica e da globalização, bem como da consolidação nos principais países capitalistas da presidência de dirigentes com pensamento desregulatório do Estado de Bem-Estar Social, como Margaret Thatcher, na Inglaterra; Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e Helmut Kohl, na Alemanha.

Tais transformações são apontadas por Sanvito como uma “nova revolução industrial”, responsável pela transformação das relações clássicas de trabalho, como as aposentadorias antecipadas, os contratos de substituição e, atualmente, o teletrabalho e o trabalho a distância, exigindo-se a “criação de um novo conceito de direito, destinado a reger essas novas relações jurídicas laborais” (SANVITO, 2011, p. 48).

Em razão deste contexto, a desregulamentação das regras do Direito do Trabalho ou a crescente flexibilização “passou a compor o foco destacado na matriz cultural que se generalizou no Ocidente no último quartel do século XX” (DELGADO, 2013, p. 95).

Para Delgado:

houve, sem dúvida, uma acentuada desregulação, informatização e desorganização do mercado de trabalho, especialmente nos países semiperiféricos ao capitalismo central (Brasil, incluído, especialmente na década de 1990), porém, sem que se criassem alternativas minimamente civilizadas da gestão trabalhista, em contraponto com o padrão juslaborativo clássico (DELGADO, 2013 p. 95).

É fato que o Direito do Trabalho é uma importante fonte de tutela dos direitos dos trabalhadores, correspondendo a uma arma de renovação social, que, por meio da intervenção estatal, garante as necessidades concretas deste grupo hipossuficiente, compensando a superioridade econômica da empresa com uma superioridade jurídica ao trabalhador (NASCI-MENTO, 1999, p. 71).

Importante a análise, igualmente, da evolução do Direito do Trabalho no Brasil, para que se entenda em que contexto surge a denominada “Reforma Trabalhista” (Lei nº 13.467/17), ora em comento, bem como as principais questões atuais que lesam os direitos da personalidade do trabalhador.

4 Nome atribuído à prática do Estado de tomar para si a gestão das principais regras que até então eram delegadas aos particulares (CASSAR, 2018).

2.1 O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

No Brasil, a proteção legal dos trabalhadores não eclodiu na mesma velocidade que nos países de capitalismo central, pois enquanto internacionalmente a Revolução Industrial requirava mão de obra livre, sua economia predominantemente agrícola se baseava no trabalho escravo, existindo uma pequena demanda de trabalho livre e legislação protecionista⁵ até a abolição da escravatura, em 1888, inexistindo, portanto, “espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justralhista” (DELGADO, 2013, p. 102).

Para Delgado (2013) a evolução do Direito do Trabalho no Brasil eclodiu após a abolição da escravatura, com uma “fase de manifestações incipientes ou esparsas” entre 1888 e 1930, período em que a relação empregatícia estava presente no setor cafeeiro paulista, na emergente industrialização de São Paulo e do Rio de Janeiro e no setor de serviços desses dois centros urbanos, predominando no país uma concepção legal não intervencionista, que resultou em pouca edição de normas justralhistas, inclusive tipificando a greve como ilícito penal (Decreto nº 1.162/1890).

A segunda fase de desenvolvimento do direito trabalhista no Brasil, denominada por Delgado (2013, p. 105) como fase da institucionalização, teve seu marco inicial em 1930, perdurando até o final da ditadura getulista, em 1945, mantendo plenos efeitos até atualidade.

Nesse período, o Estado assumiu papel intervencionista, atuando ativamente na questão social, de um lado reprimendo qualquer manifestação autonomista do movimento operário e, de outro, editando “minuciosa legislação e instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema justralhista, estreitamente controlado pelo Estado” (DELGADO, 2013, p. 105), responsável pela criação do Ministério do Trabalho e da Justiça do Trabalho, pela normatização da estrutura sindical e de diversa legislação profissional e protetiva (dentre as quais a regulação do trabalho feminino, a fixação de jornada de oito horas para comerciários e industriários, a criação das carteiras profissionais, dentre outros direitos), bem como a reunião e a ampliação de todo o modelo justralhista estruturado em um único diploma normativo: a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

De acordo com Delgado (2013, p. 108), em uma análise comparativa do Direito do Trabalho brasileiro com o europeu, no Brasil não ocorreu a “essencial maturação político-jurídica propiciada pela fase da sistematização e consolidação”, havendo um salto da fase de manifestações incipientes para a institucionalização/oficialização, em um período intensamente autoritário, responsável pela criação de “um modelo fechado, centralizado, compacto, caracterizado ainda por incomparável capacidade de resistência e duração ao longo do tempo”.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as linhas centrais do antigo modelo autoritário foram democratizadas, iniciando-se uma fase de transição democrática do direito laboral no Brasil⁶, a qual afastou o controle do Estado sobre a estrutura sindical, reconhecendo e incentivando o processo negocial coletivo autônomo, mas mantendo a antiga estrutura sindical corporativista.

5 No Brasil, durante o Império, com a vigência do Código Comercial, em 1850, as primeiras regras trabalhistas fizeram menção ao armador e seus tripulantes, tratando da possibilidade de aviso prévio, justa causa, garantia de salário em caso de acidente de trabalho etc. (DELGADO, 2013).

6 Delgado (2013, p. 109) afirma que o Brasil ainda vive uma “fase de transição democrática do Direito do Trabalho”, apesar da previsão constitucional, bem como da instauração e consolidação de práticas e instituições estritamente democráticas no país.

Logo após a promulgação da Constituição Cidadã, como um reflexo tardio da crise do Direito do Trabalho na Europa Ocidental na década de 1970, iniciou-se no Brasil o fortalecimento da opinião pública contrária às normas estatais trabalhistas, centrada num pensamento direcionado à redução dos direitos e das garantias laborais, tornando “dramática a fase brasileira de crise e transição do Direito do Trabalho” (DELGADO, 2013, p. 111).

Vinte e cinco anos após o surgimento da Constituição, Delgado (2017, p. 129) conclui que o padrão normativo do direito individual do trabalho previsto na Constituição não poderia ter ocorrido de forma diversa, superando a insegurança existente na década de 1990. Quanto ao Direito Coletivo do Trabalho, expõe que este ainda não superou os impasses percebidos na década de 1990, resultando no não fortalecimento do sindicalismo brasileiro e, restando, ainda hoje, desafios a serem enfrentados e resolvidos.

Independentemente da crise vivenciada, assegura Delgado que:

Evidenciou-se inquestionável, em suma, que a existência de um sistema desigual de criação, circulação e apropriação de bens e riquezas, com um meio social fundado na diferenciação econômica ante seus componentes (como o capitalismo), mas que convive com a liberdade formal dos indivíduos e com o reconhecimento jurídico-cultural de um patamar mínimo para a convivência na realidade social (aspectos acentuados com a democracia), não pode desprezar um ramo jurídico tão incrustado no âmago das relações sociais, como o *justralhista* (DELGADO, 2017, p. 105).

Em um mundo constantemente em evolução, é inegável que a legislação trabalhista deve se atualizar frente à realidade vivenciada em cada país, no entanto, o legislador desde 1943 vem fazendo isso, haja vista as inúmeras leis esparsas existentes nesta área.

Não é crível, portanto, que havia descompasso entre o fato e a norma. Diante da disparidade econômica existente na sociedade capitalista atual, a parte hipossuficiente da relação empregatícia ainda deve ser tutelada como forma de controle das relações sociais e para a garantia da dignidade dos trabalhadores e, conseqüentemente, de seus direitos da personalidade.

3. ATUAL PANORAMA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E A LEI Nº 13.467/2017

Quase trinta anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida pela consolidação do Estado Democrático de Direito e por preconizar diversos direitos sociais, trazendo o ser humano como foco de direito e tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, ainda não foi superada a crise iniciada na década de 1990. Na verdade, desde o início da globalização, com a forte volatilidade do mercado e com o aumento da concorrência, a margem de lucro empresarial reduziu consideravelmente, transformando significativamente o mercado de trabalho, que passou a buscar a redução de custos e maior produtividade. Contudo, verifica-se que não é precarizando as relações trabalhistas que a economia se recuperará.

Frente as transformações decorrentes da globalização, implicações sociais, políticas e culturais surgiram, dentre as quais, a desnacionalização de nações, agora subordinadas aos países mais ricos, inclusive com a transferência de empresas para locais em que as regras

trabalhistas quase não existem ou não são fiscalizadas, decrescendo o número de empregos nos países 'sociais' e crescendo o número de subempregos nas nações menos burocráticas.

Roberta Laís Machado Martins Andrade e Fernando Franco Morais explanam que:

o processo da globalização, como processo de desenvolvimento do capitalismo mundial, quebra barreiras alfandegárias, rompe limites territoriais entre Estados, agiliza o trânsito de pessoas, de serviços, de capitais, de bens, e instaura um novo tempo econômico. Distingue-se pela nova lógica de mundialização da economia, pela incontida globalização de um capitalismo contemporâneo, e que demanda maior flexibilização das relações de trabalho, como maneira de manter-se competitivo perante um quadro de marcante concorrência, evento este que gera profunda decepção no âmbito social, e declínio no âmbito de proteção aos direitos trabalhistas (ANDRADE; MORAIS, 2017, p. 188-189).

Como fruto da globalização e da crise econômica, os direitos sociais passam a ser questionados e a proteção ao trabalhador tornou-se alvo de dúvidas, já que os neoliberais pretendem uma revisão das garantias mínimas. Confunde-se excesso de proteção com proteção mínima para a garantia da dignidade e chama-se de "flexibilização" o que, na realidade, é "precarização". Portanto, a "minimização do Estado"⁷, em um país onde "as promessas de modernidade e de reintegração da atividade econômica na vida social nunca foram cumpridas" (CASSAR, 2018, p. 23), não oferece os mesmos benefícios onde o *welfare* foi de fato aplicado.

O afastamento do Estado da relação privada de trabalho em um país onde ainda há trabalho escravo, ou em condições análogas, bem como situações sub-humanas de labor, exploração do menor e outros desrespeitos à legislação laboral, gera o retrocesso de direitos conquistados arduamente na história do trabalho, retomando, possivelmente, as consequências nefastas ocorridas no século XIX e ignorando os direitos da personalidade destes trabalhadores com legislações eivadas de inconstitucionalidade, como é caso da Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017).

É certo que o Direito do Trabalho deve se atualizar, se adequando às constantes alterações do mercado de trabalho, à globalização, à crise econômica e ao desemprego estrutural, porém, "deve-se manter à vista sua função principal, qual seja: TUTELAR" (VASCONCELLOS, 2017, p. 196), devendo encontrar o equilíbrio para enfrentar a crise econômica mantendo a dignidade do trabalhador. Não se pode ignorar que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não se manteve intocável desde 1943.

Neste aspecto, ressalta-se que a CLT, apesar de possuir setenta e cinco anos de vigor, vem sofrendo alterações ano a ano, sendo necessária uma sistematização da legislação esparsa, com a garantia dos direitos conquistados no decorrer desses anos, bem como a realização de debates com as partes envolvidas, estudos de impactos e demais análises necessárias à modernização da legislação. Logo, não poderia ter sido realizada uma mudança tão radical em menos de quatro meses e com pouco debate.

De acordo com Cassar (2018, p. 31) a tendência dos doutrinadores para a superação da crise vivenciada no Brasil dependente da flexibilização, que deverá ser aplicada "sempre de forma responsável, sem abusos e desde que a empresa comprovadamente esteja atravessando grave crise econômica", de forma a manter a saúde empresarial, sem fundamentar a

7 Termo utilizado em referência à redução das garantias mínimas pelo Estado (CASSAR, 2018, p. 23).

majoração de lucros ou o enriquecimento. A flexibilização citada, diga-se de passagem, já está bem consubstanciada nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, os quais preceituam até a redução de salários, o que há de mais sagrado na relação de emprego (BRASIL, 1988).

Enaltecendo a diferenciação entre desregulamentação e flexibilização, sustenta Cassar (2018, p. 40-41) ser o primeiro termo pressuposto de um Estado mínimo, com a revogação da legislação protetiva, autorizando a autonomia privada para a regulação do trabalho, ao passo que na flexibilização o Estado permanece intervencionista, com a manutenção de normas de ordem pública, garantindo a vida com dignidade e a manutenção do Estado Social.

Sob o argumento de reduzir os efeitos da crise enfrentada no país e “adequar a legislação às novas relações de trabalho”, foi aprovada, em 13 de julho de 2017, a Lei nº 13.467/2017, denominada “Reforma Trabalhista” (BRASIL, 2017), tendo o poder legislativo trazido consideráveis modificações no Direito do Trabalho brasileiro, sem a realização de debates ou estudo prévio dos impactos a serem causados pelas alterações, modificando-se o direito individual, coletivo e processual do trabalho repentinamente.

Dentre as alegadas “adequações” trazidas pela Reforma, houve “flexibilização” (?) das relações de trabalho quanto à descaracterização da jornada de trabalho e intervalo como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, à prestação de serviços terceirizados na atividade-fim das empresas, ao teletrabalho, à possibilidade de sobrejornada em locais insalubres, ao trabalho das gestantes e lactantes em ambientes insalubres, à extinção da obrigatoriedade de contribuição sindical etc., de modo que a maioria das alterações representam risco à saúde do trabalhador e pouco versam sobre a proteção deste (TEIXEIRA, 2018, p. 51). Isso caracteriza não só, em grande parte, inconstitucionalidade, como ofensa aos direitos da personalidade. Tome-se, por exemplo, o teletrabalho, que sequer admite o pagamento de horas extras, o que pode levar ao excesso de trabalho, sem direito à desconexão, e à lesão do direito à saúde, um dos mais sagrados direitos da personalidade do trabalhador.

A respeito das alterações, Delgado, M. e Delgado, G. (2018, p. 38-39) tecem severas críticas à Reforma trazida pela Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017), afirmando que a legislação “desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais”. Para os autores, a Reforma caminha na contramão das ideias da Constituição de 1988, da concepção de Estado Democrático de Direito, do conceito de direitos fundamentais da pessoa humana e da “compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização”.

Tais críticas decorrem da desregulamentação ou mecanização de regras imperativas sobre os contratos trabalhistas, com desrespeito à Constituição Federal diante da prevalência do poder econômico sobre a relação de emprego (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2018). De fato, assiste razão aos aludidos autores, pois o que certamente ocorreu foi uma (de)forma trabalhista, já que o legislador mais parece legislar pelos interesses de uma classe em detrimento de outra.

Conforme preconiza o artigo 8º, §3º, da Lei nº 13.467/2017, com a Reforma Trabalhista, o exame de Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de trabalho balizará uma atuação estatal “pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, querendo o legislador fazer crer esta autonomia somente no papel, como um ato democrático, em uma socie-

dade imatura quanto aos direitos sociais; retrocedendo, assim, a séculos remotos, onde o poder econômico se sobrepunha à dignidade dos trabalhadores (BRASIL, 2017). Ademais, apesar dos Sindicatos, face ao seu modelo de unicidade, aplicarem o efeito *erga omnes* da Convenções e Acordos Coletivos mesmo aos não associados (que nada pagam para que o Sindicato contrate assistência jurídica no momento da negociação coletiva), tal fato não fortalece a negociação coletiva, o que acaba por prejudicar ainda mais o trabalhador no momento da negociação, eis que a tendência é que o sindicato enfraquecido aceite as condições impostas pelos sindicatos patronais.

Em uma sociedade em que o desemprego é estrutural, na qual profissionais de grande escalão aceitam salários ínfimos para terem rendimentos e ainda há notícias de trabalho escravo, exploração infantil e outros abusos patronais, a autonomia da vontade é balela e não acarretará avanços sociais, restando o socorro aos dispositivos constitucionais para a garantia da dignidade da pessoa humana, a valoração do trabalho e demais direitos mínimos garantidos aos trabalhadores, para evitar que os direitos da personalidade sejam extirpados do ambiente laboral.

4. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A REFORMA TRABALHISTA

À medida que o Direito do Trabalho foi se tornado uma ferramenta necessária para regulamentação da sociedade moderna, contendo a autonomia da vontade voltada apenas para as coisas e não para o trabalhador, os direitos da personalidade se tornaram essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana, sendo amplamente utilizados para a tutela do ser humano frente aos abusos de poder, bem como para proteger do trabalhador no meio ambiente do trabalho. Destaca-se que nenhuma legislação trabalhista, nova ou não, deveria deixar de contemplar em suas regras os direitos à vida, à saúde, à intimidade e vida privada, à imagem, à liberdade de pensamento, dentre outros direitos da personalidade.

A origem histórica dos direitos da personalidade apresenta grande divergência doutrinária. Considerando o surgimento da proteção da dignidade humana, pode-se dizer que teve início na Idade Média, com o cristianismo, por meio da proclamação da existência do homem à imagem e semelhança de Deus, sendo este o primeiro degrau do desenvolvimento da noção de pessoa e dos direitos da personalidade (SILVA; PEREIRA, 2013).

Nos séculos XVI e XVII, momento em que houve a transição do sistema feudal para os centros urbanos, desenvolveu-se o iluminismo, o humanismo e o antropocentrismo, que trouxeram à tona reflexões sobre o ser humano, o governo e o ideal de justiça, tendo como pilares a liberdade, a igualdade, a propriedade privada, a tolerância e as liberdades filosóficas e religiosas, sendo um ponto de partida aos direitos da personalidade, os quais apontaram resquícios de proteção da pessoa humana no final do século XVII na Inglaterra, com a publicação da Petição de Direitos (1628), a Lei do Habeas Corpus (1679) e a Declaração de Direitos (1689) (FACHIN; SAMPAR, 2013, p. 213-220).

Destaca-se, de igual modo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), responsável por positivizar os hoje denominados “direitos de primeira geração”, utilizados nas primeiras Constituições; e o grande marco dos direitos da personalidade: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1949), promulgada após o término da Segunda Guerra Mundial e da conscientização acerca da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico (SILVA; PEREIRA, 2013, p. 33-34).

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos passaram a ser introduzidos nas sociedades modernas, sendo positivados constitucionalmente e assumindo caráter de direitos fundamentais, de modo a tutelar a liberdade e os direitos políticos e sociais do ser humano, “ligados essencialmente aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, decorrentes da sua própria existência, com fundamento na dignidade da pessoa humana” (SANVITO, 2011, p. 7).

No Brasil, os direitos da personalidade foram positivados em 1988, assumindo âmbito constitucional por meio da tutela da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III da CF), bem como de demais direitos fundamentais, tais como: vida, igualdade, integridade, intimidade, honra, imagem etc. (BRASIL, 1988).

Dentre os direitos fundamentais, os direitos da personalidade são os decorrentes das condições do ser humano e de sua personalidade e se referem aos seus atributos essenciais, sendo considerados direitos mínimos a serem garantidos a todos, com o desígnio de tutelar e garantir a dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade, com fundamento na dignidade da pessoa humana, resguardam direitos físicos, psíquicos e morais do ser humano, tutelando o ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual, sua posição perante outros na sociedade, seu modo de ser e suas projeções na coletividade, garantindo a todos uma vida digna, com respeito aos atributos essenciais do ser humano.

Orlando Gomes afirma que “sob a denominação de direitos de personalidade compreendem-se os direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preciza e disciplina, a fim de resguardar a dignidade” (GOMES, 2001, p. 148).

Os direitos da personalidade são também direitos fundamentais e imprescindíveis para a garantia de “um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na vida jurídica” (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2018, p. 33).

O direito trabalhista possui íntima relação com os direitos da personalidade, sendo por meio das previsões legais e constitucionais que a dignidade do trabalhador é garantida no meio ambiente do trabalho. Conforme bem pontuado por Silva e Wolowski:

A dignidade da pessoa humana não se encontra isolada somente no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, tampouco se limita ao rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º ao art. 17, presentes no Título II do Dispositivo Constitucional, mas percebe-se nitidamente em outros artigos do Texto Constitucional a busca pela dignidade da pessoa humana como o direito ao meio ambiente equilibrado, art. 225 e no art. 170 quando o poder constituinte originário tratou a ordem econômica e salientou, mais uma vez, a importância de se acastelar a vida digna, inclusive sobre os interesses econômicos (SILVA; WOLOWSKI, 2019, p. 71).

Defende Sanvito (2011, p. 89) que a constitucionalização do Direito do Trabalho visou atribuir ao trabalhador sua personificação, “destacando a ‘pessoa’, o ‘homem’ que trabalha, dando-lhe o mesmo tratamento constitucional que recebem os demais sujeitos, não apenas como um trabalhador, mas como cidadão”, evitando sua “coisificação” e a restrição dos direitos fundamentais.

Discorre Andrade e Morais que:

a dignidade da pessoa humana é o princípio de maior importância axiológica na ordem jurídica contemporânea nacional e internacional, devendo nortear a interpretação e aplicação das normas, em especial do Direito do Trabalho. Somente com a valorização do ser humano, enquanto ser que sobrevive, trabalha e interage com os outros e com o respeito de suas diferenças pelo Direito, pela Sociedade e pelo próprio Estado, será possível apreender a dignidade do trabalhador (ANDRADE; MORAIS, 2017, p. 189).

Conforme analisado no início do presente estudo, em tempos remotos, o trabalhador era visto como objeto, sendo explorado incessantemente com a finalidade de exigir-lhe maior produção, desconsiderando sua existência como pessoa e sujeito de direitos, de modo que foi necessário o desenvolvimento das noções de dignidade humana e da intervenção estatal por meio do Direito do Trabalho para conter a exploração do trabalhador, havendo ainda hoje no Brasil episódios de trabalho desumano e degradante.

Arrazoam Silva e Pereira que:

os direitos da personalidade amparados pelos direitos fundamentais existem justamente para a proteção do trabalhador no que tange à sua vida privada, imagem, honra integridade física e psíquica, sendo este apenas um rol exemplificativo, visto que são inúmeras as hipóteses que poderão aparecer, tendo sempre como base o princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente tutelado (SILVA; PEREIRA, 2013, p. 45).

Resguardando a personalidade do trabalhador diante das práticas adotadas no mercado de trabalho, afastam-se os riscos e perigos existentes neste ambiente, protegendo não apenas a integridade física, psíquica, moral e o bem-estar durante o labor, mas também a qualidade de vida amplamente considerada, mantendo, assim, pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (CF, art. 1º, incisos III e IV) (BRASIL, 1988).

A Reforma Trabalhista, adotada por meio da Lei nº 3.467/2017, traz à tona indagações quanto à concepção do Estado Democrático de Direito e ao retrocesso social, precarizando e fragilizando as relações de trabalho com a ruptura das noções já fixadas dos direitos da personalidade, com a descaracterização de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho e a precarização, estabelecendo, inclusive, a possibilidade de intervalo de 30 minutos para descanso e refeições, com o princípio da intervenção mínima e da autonomia da vontade coletiva, ferindo, portanto, princípios de Direito do Trabalho constitucionalizados (BRASIL, 2017).

O princípio de proteção, por exemplo, fundamentado no *caput* do artigo 7º, da Constituição, preconiza os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da sua condição social, portanto, não autoriza negociar “outros” para reduzir as condições de trabalho, a não ser diante de crises, como foi o caso da pandemia da COVID-19 e, mesmo assim, deveria ter sido por meio de acordo e/ou convenção coletiva, como excepcio-

nam os incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal⁸. A possibilidade de o negociado se sobrepor ao legislado, para beneficiar o trabalhador, já existia mesmo antes da Lei nº 13.467/17, a novidade aqui é que esta lei permite que o seja para prejudicar o trabalhador, contrariando toda a lógica descrita no histórico deste artigo, tendo em vista que os direitos trabalhistas não podem sofrer retrocesso social (SILVA, 2018).

Com expressa afronta ao desenvolvimento dos direitos da personalidade, a inclusão do Título II-A na CLT, referente ao “dano extrapatrimonial”, descaracterizou o avanço cultural e jurídico do tema, restringindo a aplicação da Constituição e do Código Civil na reparação dos danos causados na relação de emprego, com a seguinte disposição: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título” (BRASIL, 2017).

Sobre o referido dispositivo, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2018) expõem a tentativa do legislador de isolar o direito laboral do conjunto jurídico global que envolve os direitos da personalidade, advertindo que:

a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do preceito legal demonstra, às escancaras, que há um conjunto normativo geral mais forte, superior, dado pela Constituição de 1988 e pelas normas internacionais de direitos humanos vigorantes no Brasil, que incide, sem dúvida, na regulação da matéria abrangida por esse título especial agora componente da Consolidação (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2018, p. 148).

No mesmo contexto, Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 65) afirma enfaticamente que “o legislador pretendeu, absurda e abusivamente, afastar a incidência de normas da Constituição Federal e do Código Civil pertinentes ao tema (responsabilidade objetiva ou decorrente de atividade de risco, por exemplo) ”.

O afastamento da norma suprema do Estado em âmbito laboral, por meio de lei ordinária, é inegavelmente inconstitucional, acima de tudo tratando-se de assunto correlato à dignidade da pessoa humana, tendo o tema sido objeto de estudos da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada nos dias 9 e 10 de outubro de 2017, que resultaram nos Enunciados 18 e 19, abaixo transcritos:

Enunciado 18. 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 discrimi-

8 “Art.7º.São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI. Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII. Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convecção coletiva de trabalho; XIV. Jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva” (BRASIL, 1988).

natório 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 (ANAMATRA, 2017).

Enunciado 19. danos extrapatrimoniais: limites. É de natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores constante do novo artigo 223-C da CLT, considerando a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, como assegurada pela constituição federal (artigos 1º, III; 3º, IV, 5º, *caput*, e §2º) (ANAMATRA, 2017).

Concomitantemente à grotesca tentativa, o legislador demonstrou interesse em firmar um rol exaustivo de “bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física” (BRASIL, 2017), apontando os direitos da personalidade passíveis de indenização, prevendo-os no artigo 223-C, sem mencionar atributos essenciais à prevalência da dignidade da pessoa humana, dentre os quais: cor, etnia, idade, estética, privacidade, qualidade de vida e a própria vida. No entanto, tendo em vista a importância da interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica tão enfatizada por DELGADO, M. e DELGADO, G. (2018, p. 146-50), considera-se o elenco exposto no artigo 223-C meramente exemplificativo, sendo necessária a manutenção da responsabilidade objetiva do empregador.

Com relação ao valor indenizatório, contrariando o disposto na Constituição, a Reforma Trabalhista trouxe novamente à tona a questão da parametrização do dano, dispondo no artigo 223-G, §1º, os parâmetros a serem seguidos pelo juízo para a fixação de indenizações, utilizando como base o último salário contratual do ofendido (BRASIL, 2017).

Com tal parametrização, além de afastar o julgamento por equidade e a ponderação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o texto legal estabelece nítida discriminação entre os trabalhadores, dando um valor maior aos atributos da personalidade daqueles que possuem um salário maior.

Sobre o tema, Leite expõe que o dispositivo legal:

estabelece odiosa discriminação entre os trabalhadores pelos salários percebidos no tocante aos valores que devem ser fixados a título de danos morais, o que também revela a sua inconstitucionalidade por violação aos princípios da igualdade, inexistindo qualquer justificativa movida pelo interesse público para tal discriminação (LEITE, 2018, p. 67).

De fato, a possível intenção de equilíbrio no arbitramento das indenizações trouxe consequências danosas, já que discrimina empregados e fere os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Nesta ótica, o Título II-A, acrescentado pela Lei nº 13.467/2017 à Consolidação da Leis do Trabalho, incute no trabalhador o desprezo ao ser humano, transmitindo a ideia de limitação da tutela dos direitos da personalidade no meio ambiente laboral e de maior valoração dos rendimentos do que do próprio ser, retrocedendo a paulatina caminhada dos direitos da personalidade.

No entendimento de Delgado, M. e Delgado, G. (2018, p. 41) com a Reforma Trabalhista, o legislador desprezou a centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social, pois:

os princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana na vida real e no Direito, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, da igualdade em sentido mate-

rial e da subordinação da propriedade privada à função socioambiental são repetidamente negligenciados ou diretamente afrontados por diversas regras jurídicas expostas na nova lei (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2018, p. 41).

Segundo os autores, com a Reforma, a saúde do trabalhador foi colocada em risco, reduzindo-se a incidência de normas redutoras de risco à saúde, como, por exemplo, por meio do artigo 611-B, parágrafo único, que desvinculou expressamente as regras sobre a duração do trabalho e os intervalos do rol das normas consideradas de saúde, higiene e segurança do trabalho, possibilitando, com isso, a flexibilização por meio de Convenção ou Acordo Coletivo (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2018, p. 41).

Tal descaracterização retroage as conquistas trabalhistas ao remoto tempo da Revolução Industrial, momento em que, por determinação dos empregadores e diante da necessidade de manutenção do labor, os trabalhadores realizavam jornadas demasiadamente longas, ficando reféns do trabalho, sem convívio social e familiar, saúde e dignidade.

No âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, a Reforma Trabalhista buscou enfraquecer as entidades sindicais e caminha para torná-lo um meio de “redução do patamar civilizatório mínimo trabalhista garantido pela ordem jurídica” (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2018, p. 45).

No mesmo diapasão, Andrade e Morais (2017, p. 199) concluem que a Reforma, “mesmo que embrionária, parece não ser a melhor solução para a crise econômica do Brasil, podendo até ser um retrocesso para o desenvolvimento social, destruindo direitos e garantias fundamentais”. Infelizmente, hoje, não mais “embrionária”.

A manutenção da saúde econômica do país não pode afetar a saúde do trabalhador, sendo preciso que o Estado permaneça intervencionista, com a manutenção de normas de ordem pública que garantam a vida do trabalhador, sua dignidade e a manutenção do Estado Social (CASSAR, 2018, p. 42). Duvidosa é a ideia de que basta retirar direitos para restabelecer a economia, tanto que é notório que o desemprego aumentou, mesmo antes da pandemia.

A flexibilização jamais pode ser sinônimo de precarização, não sendo necessária a desestabilização dos direitos trabalhistas e a ofensa à dignidade da pessoa humana para o progresso econômico.

Referindo-se à fase de transição vivida atualmente pelo Direito do Trabalho brasileiro, mas sem mencionar expressamente a Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017), Cassar exprime sua opinião ao dispor que:

Na era em que o direito comum (civil) caminha para a visão social, a publicização de seus institutos, a humanização e a centralização do homem como figura principal a se proteger, resgatando a moral e a ética; na era em que a Constituição de um país prioriza os direitos fundamentais do homem, sua dignidade e seus valores, garantindo um mínimo existencial e abandonando o ideal do supercapitalismo, da propriedade sobre a pessoa e seus valores, o Direito do Trabalho tende a um retrocesso. O neoliberalismo é, na verdade, um caminho isolado na contramão da socialização dos direitos e da efetivação dos direitos fundamentais do homem (CASSAR, 2018, p. 27).

Com a constitucionalização dos direitos fundamentais e a força hierárquica da Constituição Federal, a interpretação legislativa infraconstitucional deve ocorrer em conformidade com os ditames constitucionais, prevalecendo, portanto, os direitos fundamentais do trabalhador sobre qualquer legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei nº 13.467/2017.

Defende Sanvito que:

a efetividade do pleno gozo dos direitos fundamentais pelo trabalhador depende, de forma incontestada, do reconhecimento de sua vinculação nas relações de trabalho [...] sendo necessário agregar a lógica do interesse público de um Estado Social, representada pelos direitos fundamentais, à lógica do poder e do mercado (SANVITO, 2011, p. 141).

Havendo na Reforma Trabalhista aspectos contrários aos direitos da personalidade, cabe ao Estado, seja em sua atividade legislativa ou na jurisdicional, observar os limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a relação laboral não pode “se transformar em um instrumento legitimador de violações ao exercício de qualquer espécie dos direitos fundamentais do trabalhador assegurando, principalmente, em razão de sua qualidade como ser humano, ainda que no ambiente de trabalho” (SANVITO, 2011, p. 142).

Tendo o trabalho o condão de dignificar o ser humano, não se pode permitir que interesses econômicos desvirtuem uma relação tão importante e necessária como a relação empregatícia.

5. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do capitalismo sempre exigiu o trabalho humano livre e subordinado em larga escala, independentemente da mecanização e do desenvolvimento tecnológico, estando o labor, portanto, diretamente vinculado à obtenção de resultados.

Enquanto o liberalismo imperou e as relações empregatícias foram reguladas pela falaciosa autonomia da vontade nas relações de trabalho, prevaleceu a exploração humana e o total desrespeito à dignidade do trabalhador, em prol da majoração dos resultados e do incremento do lucro, havendo notícias, desde a Revolução Industrial, da desumanização do trabalho, cenário que exigiu longas e exaustivas jornadas em condições precárias e o trabalho de menores e mulheres com o objetivo de redução de salários, de forma a tratar o ser humano como objeto, sem qualquer valor pessoal.

Com o advento do Direito do Trabalho e a “publicização” do contrato de trabalho, a tutela estatal humanizou a relação empregatícia, estabelecendo limites concretos aos empregadores ao regularizar as relações típicas de trabalho.

As alterações do mercado de trabalho, decorrentes da revolução tecnológica e da globalização interferiram nas típicas relações de emprego, trazendo à tona novas modalidades de contratação, modificando as empresas e exigindo uma nova forma de trabalho e a redução dos custos, demonstrando, assim, a necessidade de adequação da legislação trabalhista à realidade social, que deveria, contudo, buscar um equilíbrio entre o novo mercado e a tutela da parte hipossuficiente da relação empregatícia. Aos poucos, a legislação brasileira foi se firmando e protegendo a parte hipossuficiente. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) nunca se manteve inerte, pois desde a sua criação, em 1943, vem sendo alterada paulatinamente, mas com certo equilíbrio e respeitando a inferioridade econômica do empregado.

Após este período, crises políticas e econômicas levaram o Brasil à chamada “adequação” da legislação trabalhista, realizada em caráter emergencial, mediante negociações parlamen-

tares visando uma suposta recuperação econômica, sem diálogo com a classe trabalhadora ou realização de estudos prévios, alterando a legislação com o advento da Lei nº 13467/2017, denominada “Reforma Trabalhista”. Esta nova legislação precariza as relações trabalhistas sob a expectativa de redução de custos e o esperado fomento econômico, rompendo com conquistas árduas do ser humano trabalhador e aniquilando o amparo legal da parte hipossuficiente da relação empregatícia, com a redução de normas protetivas e a criação de um “direito extrapatrimonial”, independente dos avanços globais dos direitos da personalidade, de modo a limitar os atributos da personalidade passíveis de indenização, parametrizando o dano moral com base na renda do ser humano e não em seu valor como ser, em inexplicável tentativa de afastamento da Constituição Federal, do Código Civil e dos diversos diplomas legais nacionais e internacionais de tutela da dignidade do ser humano.

De fato, a rapidez com que foi aprovada a Reforma Trabalhista não considerou aspectos históricos fundamentais, pautando a atual legislação no princípio da intervenção mínima e na falácia da autonomia da vontade coletiva, desprezando as consequências históricas decorrentes de tal liberalidade, dentre as quais, a desumanização do trabalho, ainda presente na sociedade brasileira durante a vigência da lei mais protetiva do trabalhador.

Apesar da tutela protetiva, ainda há no Brasil afrontas aos direitos da personalidade do trabalhador e muitos casos de trabalho escravo, assédio moral, condições insalubres de labor, dentre tantos outros problemas diariamente noticiados, de modo que as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017, assombram ao tentar aniquilar os direitos da personalidade e imprimir o desrespeito, especialmente, à saúde, à segurança e à integridade física e psíquica do trabalhador, pois permitem sobrepor o negociado ao legislado, reduzir intervalos intrajornada a 30 minutos, não protegem o trabalhador em relação ao teletrabalho, não concedendo o direito às horas extras e à desconexão, parametrizando também o dano moral.

Por tal razão, entende-se que a Reforma Trabalhista deve ser profundamente analisada pelo Poder Judiciário, especialmente quanto à constitucionalidade de seus dispositivos, para que sejam tutelados os direitos da personalidade do trabalhador, cabendo ao Judiciário a análise dos casos concretos e a aplicação da Constituição na tutela dos direitos fundamentais, bem como o afastamento da livre estipulação coletiva e a possível lesão à personalidade do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Roberta Laís Machado Martins; MORAIS, Fernando Franco. A reforma trabalhista em meio à crise econômica no Brasil. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 10, n. 1, p. 185-201, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/13468/9142>. Acesso em: 3 jun. 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). Enunciados aprovados na 2ª Jornada. In: JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2., 2017, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF, 2017. Tema: Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017). Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio

de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2018.

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. Construção histórica dos direitos fundamentais. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Novos rumos dos direitos especiais da personalidade e seus aspectos controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 213-225.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SANVITO, Paulo Celso. *Os direitos fundamentais da personalidade como instrumento para atingir a dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho*. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5692/1/Paulo%20Celso%20Sanvito.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SILVA, Leda Maria Messias; PEREIRA, Marice Taques. *Docência (in)digna*: o meio ambiente laboral do professor e as consequências em seus direitos da personalidade. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Leda Maria Messias. Inconstitucionalidade da sobreposição do negociado em relação ao legislado na Lei 13.467 e a dignidade trabalhador. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TRABALHO, 58., 2018, São Paulo. *Anais* [...]. São Paulo: LTr, 2018. p. 50-52. Disponível em: <https://docplayer.com.br/123130428-Jornal-58o-congresso-brasileiro-de-direito-do-trabalho.html>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, Maria Alaíde Bruno. *Saúde do trabalhador na reforma trabalhista*: proteção e produtividade: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2018.

VASCONCELLOS, Andréa de Campos. Considerações acerca da tutela empregatícia diante da reforma trabalhista – Lei 13.467/17. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, Edição Especial, p. 195-201, nov. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/127092/2017_vasconcellos_andrea_consideracoes_tutela.pdf?sequence=1. Acesso em: 3 jun. 2019.

WOLOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira; SILVA, Leda Maria Messias da. O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade nas relações de trabalho. *Direito Público*, v. 15, n. 85, abr. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2707>. Acesso em: 24 set. 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/07/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/07/2021
- Avaliação 1: 18/09/2020
- Avaliação 2: 12/10/2020
- Decisão editorial preliminar: 13/02/2021
- Retorno rodada de correções: 24/09/2021
- Decisão editorial/aprovado: 21/11/2021

Equipe editorial envolvida

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

DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA, PROFILING E GEOLOCALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS JURÍDICOS DO GEO-PRICING E GEO-BLOCKING

ALGORIMIC DISCRIMINATION, PROFILING
AND GEOLOCATION: AN ANALYSIS OF THE LEGAL
IMPACTS OF GEO-PRICING AND GEO-BLOCKING

JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR¹

ARTHUR PINHEIRO BASAN²

RESUMO

O presente trabalho visa verificar os impactos jurídicos da utilização, por empresas que exploram atividades de comércio eletrônico, das práticas de *geo-pricing* e *geo-blocking*. A partir da geolocalização do usuário, essas práticas de mercado propiciam informações diversas para potenciais consumidores que estejam em localidades mais ou menos propensas à formalização da contratação. A partir do tratamento de dados, são criados perfis (*profiling*) e, efetivamente, pratica-se discriminação baseada em algoritmos, violando os direitos dos consumidores e o princípio da neutralidade da rede. No presente estudo, será analisado o caso concreto em que o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão do Ministério da Justiça, condenou a empresa “Decolar.com” ao pagamento de multa por diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas, de acordo com a localização geográfica do consumidor que utilizava a plataforma para a busca desses serviços. A hipótese de pesquisa está fundamentada na violação ao artigo 9º da Lei nº 12.965/2014 e aos artigos 12, §2º, 20 e 46 da Lei nº 13.709/2018, sendo de rigor a adoção de parametrizações que permitam a adequada solução de práticas discriminatórias dessa estirpe, inclusive a partir da imposição de deveres de prevenção. A pesquisa utilizará o método de abordagem indutivo, revisitando o caso da empresa “Decolar.com” para evidenciar o contexto de incidência da hipótese. Além disso, o trabalho promoverá a análise bibliográfico-doutrinária para, logo em seguida, apresentar as considerações finais.

Palavras-chave: *geo-pricing*; *geo-blocking*; *profiling*; neutralidade da rede; dados pessoais.

1 Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e *Compliance* pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Participou de curso de extensão em direito digital da University of Chicago. Professor de cursos preparatórios para a prática advocatícia. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Digital da Universidade Federal de Uberlândia –UFU. Autor de obras e artigos dedicados ao estudo do direito e às suas interações com a tecnologia. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil – IBERC. Membro Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Advogado. Contato eletrônico: juniorfaleiros@outlook.com ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0192-2336>

2 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Associado Titular do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil – IBERC. Professor adjunto na Universidade de Rio Verde – UniRV. E-mail: arthurbasan@hotmail.com ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0359-2625>.

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

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. Discriminação algorítmica, *profiling* e geolocalização: uma análise dos impactos jurídicos do *geo-pricing* e *geo-blocking*. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 302-320, 2021. DOI: ???

ABSTRACT

This paper aims to verify the legal impacts of the use, by companies that explore electronic commerce activities, of geo-pricing and geo-blocking techniques. Based on the user's geolocation, these market practices provide diverse information for potential consumers who are in locations more or less prone to formalizing the contract. Profiles are created based on data processing and, in effect, discrimination based on algorithms is put forth, violating consumer rights and the principle of net neutrality. In this study, we will analyze the specific case in which the Department of Consumer Protection and Defense (DPDC), an organ of the Brazilian Ministry of Justice, ordered the company "Decolar.com" to pay a fine for differentiating the price of accommodation and denying offer of vacancies, according to the geographic location of the consumer who used the platform to search for these services. The research hypothesis is based on the violation of article 9 of Law No. 12,965/2014 and articles 12, §2, 20 and 46 of Law No. 13,709/2018, showcasing the need of rigorous parameters that allow for the adequate solution of discriminatory practices of this strain, including the imposition of prevention duties. The research will use the method of inductive approach, revisiting the case of the company "Decolar.com" to evidence the context of incidence of the hypothesis. In addition, the work will promote the bibliographic-doctrinal analysis to, soon after, present the final considerations.

Keywords. *geo-pricing; geo-blocking; profiling; net neutrality; personal data.*

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar as práticas denominadas *geo-pricing* e *geo-blocking*, que consistem na coleta e no tratamento de dados que indiquem a geolocalização do usuário de modo a ofertar-lhe condições de contratação diversas das usuais, ou mesmo negar-lhe acesso ao produto ou serviço desejado.

No Brasil, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão do Ministério da Justiça, condenou a empresa "Decolar.com" ao pagamento de multa por diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas em serviços de hotelaria, baseando-se na localização geográfica do potencial consumidor. O caso trouxe à tona grande preocupação com os impactos jurídicos do *geo-pricing* e do *geo-blocking*, instigando reflexões sobre seus limites e a necessidade de regulação específica.

Essencialmente, o problema ora investigado decorre da inegável violação ao princípio da neutralidade da rede, constante do artigo 9º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) (BRASIL, 2014), e aos preceitos contidos nos artigos 12, §2º, e 20 (*profiling*) e 46 e seguintes (segurança de dados), da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) (BRASIL, 2018c). Assim, o presente trabalho busca, inicialmente, demonstrar as nuances particulares do caso envolvendo a empresa "Decolar.com", para, em seguida, investigar se o ocorrido pode servir de parâmetro para a tutela dos direitos dos consumidores no comércio eletrônico em situações análogas. E, a partir disso, partindo para análise mais ampla, o trabalho também almeja aferir a suficiência dos parâmetros regulatórios existentes no ordenamento, tendo em vista o total repúdio a tais práticas discriminatórias.

No intuito de desenvolver raciocínio mais específico sobre a imperiosidade da proteção e do combate às práticas abusivas no meio virtual, trabalhar-se-á com a hipótese de que a incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em vigência desde setembro de 2020, em especial com relação aos metaparâmetros dos arts 46 a 51, será ferramenta efetiva para a prevenção de ilícitos dessa natureza. (BRASIL, 2018c)

A pesquisa utilizará o método de abordagem indutivo, revisitando o caso da empresa “Decolar.com” para evidenciar o contexto de incidência da hipótese. Ao fim, partindo para considerações finais, apresentar-se-á uma síntese conclusiva do tema.

2. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA A PARTIR DA GEOLOCALIZAÇÃO: AS PRÁTICAS DENOMINADAS *GEO-PRICING* E *GEO-BLOCKING*

O rastreamento georreferencial pode ser realizado de várias formas, tais como: (a) a primeira é através dos dados da rede móvel de equipamento diretamente conectado a um provedor de conexão (*Internet Service Provider*, ou ISP), sem acurácia suficiente (a precisão é de cinquenta metros ou mais) para que se tenha a certeza de que houve interação entre duas pessoas; (b) a segunda funciona através de aplicativos instalados no dispositivo, que acessam, de forma mais precisa, dados de localização e interação, via *Bluetooth* ou *Wi-Fi*, por exemplo, de modo que tais aplicativos possam, diretamente, ter a função de rastreamento e alerta sobre interações especificamente mapeadas, ou estar vinculados a outros aplicativos que o usuário já tenha no seu celular (ISRAVEL; SILAS; RAJSINGH, 2020, p. 6-13); (c) a partir da coleta do número IP (*Internet Protocol*) e de outros dados de navegação (*cookies*), que permitam o processamento algorítmico das interações recentes do usuário para viabilizar a estruturação de seu ‘perfil’³.

A utilização de redes móveis para o rastreamento georreferencial não permite, isoladamente, saber se duas pessoas apontadas como estando no mesmo prédio, de fato, estão numa mesma sala ou não, pois podem estar em andares diferentes. Em simples termos, a localização via *app* possibilita uma análise muito mais realista e eficiente, apontando se duas pessoas realmente estiveram no mesmo ambiente de um edifício e por quanto tempo, com exatidão. Por esse motivo, o rastreamento que usualmente se faz é baseado em grandes acervos de dados coletados do usuário⁴, no modelo tradicionalmente descrito pela doutrina como *profiling* (ou perfilização, em tradução para o português). (ZANATTA, 2019)

Na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) brasileira, dispositivo bastante tímido, inserido em um único parágrafo do artigo que cuida da anonimização de dados (artigo 12, §2º), conceitua a referida prática: “Poderão ser igualmente considerados como dados

3 Conferir, sobre o tema, a análise de Steven Englehardt e Arvind Narayanan de cerca de 1 milhão de sítios virtuais e suas práticas relacionadas à coleta de *cookies* de navegação dos usuários: ENGLEHARDT; NARAYANAN, 2016.

4 A tecnologia HTML5 propicia vantagens específicas para o atingimento desse tipo de mapeamento, como informa Anthony Holdener III (2011, p. 79): “There is no doubt that geolocation will continue to grow for years to come—just look at the ever-increasing trends among the popular location-based services for mobile phones to see why. While Foursquare, Gowalla, Twitter, Glympe, and all the rest continue impressive growth (and will continue to do so for quite some time), the W3C Geolocation API will also continue to open ever more doors for native browser applications in this market. Consider some of the following: • Geolocation applications have gone from niche and novelty pieces of software to cultural and trendy “must-haves” in today’s mobile world. • Phones are becoming increasingly “smart,” with more and more people switching from basic cell phones to smart devices, and the smartphone market is growing around the world and tapping into new markets. • More smartphones equals more GPS-enabled devices to utilize geolocation technology. • Companies now recognize the huge earnings potential with advertising on the popular location-based services, particularly as advertisements can be directed to individuals and specific locals. • HTML5 and the W3C Geolocation API will allow for websites to add geolocation to their functionality, removing the native application-only nature geolocation software shared in the past.”

peçoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.” (BRASIL, 2018c) Trata-se, basicamente, da coleta do maior número possível de informações que possam ser processadas para a produção de uma decisão automatizada que categorize as preferências do usuário⁵.

O artigo 20 da LGPD prevê o direito à revisão das decisões automatizadas. Na redação original da lei, essa revisão deveria ser realizada por um humano (pessoa natural), mas veto presidencial culminou em reforma posterior, levada a efeito pela Medida Provisória nº 869/2018, posteriormente convertida na Lei nº 13.853/2019, que retirou essa exigência específica. (BRASIL, 2019) Basicamente, pode-se dizer que decisões automatizadas são aquelas realizadas exclusivamente por algoritmos.

Já se caminha, entretanto, para um ambiente no qual a ruptura das limitações técnicas de máquinas, que trabalham com base puramente nas estruturas matemáticas da predição estatística e da análise combinatória, permitirá avanços formidáveis.

Em tempos nos quais tanto se questiona a discriminação algorítmica tão bem suscitada por O’Neil (2016), sempre pareceu uma realidade distante e distópica imaginar que abusos poderiam ser cometidos com absoluta precisão, maculando a proteção almejada às relações de consumo.

Entretanto, em junho de 2018, divulgou-se a condeção da empresa “Decolar.com” por violação a direitos de seus consumidores. O caso teve início com a instauração de inquérito civil, pela 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. (RIBEIRO, 2018)⁶

Logo que o caso veio a público, em decisão inédita no Brasil, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) condenou a fornecedora supracitada, na esfera administrativa, ao pagamento de multa no valor de R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) por diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas em hotéis, quando existentes, de acordo com a localização geográfica do consumidor.⁷ O caso envolvia a utilização das técnicas conhecidas como *geo-pricing* e *geo-blocking*, respectivamente.

Desse modo, logo após a supracitada condenação, a notícia foi amplamente divulgada pelos meios de comunicação, forçando a empresa a se pronunciar publicamente. Em nota, defendeu-se alegando que opera em cada país por meio de *sites* locais e que estes não fazem

5 Comenta a doutrina: “Algorithmic predictions about health risks, based on information that individuals share with mobile apps about their caloric intake, may soon result in higher insurance premiums.’ Sites soliciting feedback on ‘bad drivers’ may aggregate the information, and could possibly share it with insurance companies who score the risk potential of insured individuals. The scoring trend is often touted as good news. Advocates applaud the removal of human beings and their flaws from the assessment process. Automated systems are claimed to rate all individuals in the same way, thus averting discrimination. But this account is misleading.” (CITRON; PASQUALE, 2014, p. 4)

6 Nos dizeres de Pedro Fortes e Guilherme Martins, “o algoritmo estrutura as informações do problema a ser resolvido com base em instruções (aspecto estático) e possíveis execuções (aspecto dinâmico). Ao longo das últimas décadas, a revolução da tecnologia da informação tem sido pautada pelo desenvolvimento de inúmeros modelos de algoritmos – simbolistas, conectados, evolucionários, bayesianos e analógicos – e de variados desenhos adaptados para diferentes funcionalidades – interrupção ótima (*optimal stopping*), explorar/aproveitar (*explore/exploit*) e classificação (*sorting*), dentre outras. Todavia, nem só de progresso é feita a experiência do desenvolvimento tecnológico e do comércio eletrônico, existindo um lado obscuro que reduz a própria autonomia individual, a liberdade do consumidor e a igualdade de condições de compra em uma experiência de consumo.” (FORTES; MARTINS, 2019, p. 237)

7 Consta da decisão o seguinte: “[A empresa foi] sancionada por conta da prática aqui apontada, qual seja, a diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas, quando existentes, de acordo com a localização geográfica do consumidor, sendo considerada uma prática abusiva e discriminatória, a empresa deve cessar imediatamente a prática, sob pena de suspensão da atividade, bem como a retirada do site do ar [...]” (BRASIL, 2018b)

nenhuma discriminação de preços com relação a consumidores nacionais ou estrangeiros. (VENTURA, 2018; MIOZZO, 2018)

Em relação aos preços desiguais evidenciados por usuários distintos, a empresa alegou que foram comparados mercados diferentes (no caso, da Argentina e do Brasil), sujeitos a legislações e regulamentos também diversos. (RIBEIRO, 2018) A fornecedora ainda alegou que atua como mera intermediadora entre os fornecedores e consumidores no que diz respeito à hospedagem, sendo esses fornecedores os reais responsáveis pela inclusão dos preços e disponibilidade de acomodações, insistindo, portanto, que não pratica o denominado *geo-pricing*.

No relatório que acompanha a decisão que impôs sanção administrativa à “Decolar.com”, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) considerou que, ao precificar (ou mesmo permitir que se precifique) o serviço de acomodação de acordo com a localização geográfica do consumidor, a fornecedora viola as práticas legais do mercado.

Noutros termos, de acordo com o relatório, nada justificaria a apresentação de preços diferentes para serviços que são prestados no mesmo local e nas mesmas condições. Em verdade, nesta situação, qualquer consumidor que esteja disposto a pagar por esses serviços deveria ser cobrado na mesma quantia. Embora o Código de Defesa do Consumidor não tenha regras específicas relacionadas às práticas de *geo-pricing* e *geo-blocking*, é constituído de cláusulas gerais e princípios abrangentes que possibilitam a averiguação da ilicitude de tais condutas. (MORASSUTTI, 2019, p. 216-219)

Ainda assim, no que se refere à não exibição da disponibilidade total de acomodações, a infração à ordem jurídica, conforme destacado na decisão administrativa, é ainda mais evidente. (MARTINS, 2019, p. 635-647) Segundo consta, a empresa não ofertava o serviço que não queria vender a determinado consumidor – no caso, um consumidor brasileiro –, enquanto o oferecia a outro – um consumidor argentino. Concluiu-se que o favorecimento (ou desfavorecimento), bem como a discriminação em razão da localização geográfica, ou devido a qualquer outra característica extrínseca ao ato comercial, causa desequilíbrio no mercado e nas relações de consumo, violando o sistema jurídico pátrio. (BRASIL, 2018a) O caso da “Decolar.com” representa um dos maiores temores no que se refere à utilização indevida de dados pessoais, especialmente para fins de discriminação de consumidores a partir de implementos algorítmicos desprovidos do devido consentimento esclarecido e prévio.

E mais: é violação que fere frontalmente o princípio da neutralidade da rede, pois, a partir de algoritmos sofisticados, o usuário-internauta é exposto a estruturas informacionais que podem adaptar os termos contratuais para melhorar ou piorar as condições apresentadas, maculando a transparência da transação. (ABERNATHY, 2017)

O que ocorre é verdadeira reconfiguração dos elementos que conduzem à formalização do contrato, pois ocorre verdadeira manipulação na apresentação do contrato eletrônico de consumo. Ocorre a ‘quebra’ do dever de informação, corolário do princípio da transparência⁸ e da boa-fé objetiva. Pratica-se, ao fim e ao cabo, violação fatal ao princípio da neutralidade da rede (art. 9º do Marco Civil da Internet⁹), que impõe justamente a não-discriminação. (PAREN-

8 Sobre o tema, confira-se: BARROS, 2017, v. 5, p. 509-512.

9 “Art. 9º. O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.”

TONI, 2017, p. 195-243; BELLI, 2016, p. 11-12) A partir desse importantíssimo princípio, tem-se por completamente abusiva e descabida qualquer iniciativa voltada ao desvirtuamento da relação de lisura que deve preponderar entre as partes.

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A VEDAÇÃO ÀS PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS

Não há dúvidas de que, “se o fenômeno informático é recente, a problemática dos direitos fundamentais é pensada há muito tempo” (LIMBERGER, 2007, p. 197) e, com o advento da Constituição da República de 1988, todo o sistema jurídico brasileiro foi submetido a uma verdadeira reformulação, visando à atribuição de coerência ao modelo de Estado democrático estabelecido. Adotou-se a defesa do consumidor como princípio fundamental, consagrando passo essencial para a consolidação do chamado “direito privado solidário”. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 27)

Um universo de dados, *Big Data*¹⁰, tem sido a motivação da pujante busca por algoritmos sofisticados, cada vez mais detalhistas e capazes de processar grandes volumes informacionais.¹¹ Em verdade, analisando a lógica do mercado, que opera pela busca de lucro, a proteção do consumidor se apresenta como forma de superar as falhas estruturais que expõem pessoas a potenciais danos. (SANDEL, 2012, p. 11) Dito de outro modo, é a lei que exerce a função de ordenar o mercado visando à proteção das pessoas das práticas comerciais abusivas, garantindo o cumprimento efetivo do fundamento de tutela da pessoa humana, expresso na carta constitucional, e que gera efeitos sobre as relações privadas em razão de sua eficácia horizontal. (DUQUE, 2013, p. 50)

O Código de Defesa do Consumidor ocupa o vértice desse ecossistema. Não por outra razão, logo em seu artigo inaugural, estebelece que sua finalidade é a proteção e defesa do consumidor, matéria de ordem pública e interesse social, ressaltada em razão do que prevê o artigo 170, inciso V, da Constituição da República.

Tal dispositivo impõe ao legislador infraconstitucional a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica, mas que também cumpre função promocional dos direitos humanos. (SARLET, 2010, p. 79) Noutras palavras, no sistema jurídico brasileiro, só se admite a prática comercial e financeira que, além de outros princípios, respeite a dignidade da pessoa humana. Esta, em seu sentido mais amplo, congloba os direitos dos consumidores.

Significa dizer que a norma constitucional procura compatibilizar a livre iniciativa com a tutela das pessoas vulneráveis expostas às práticas do mercado, utilizando, dentre outras fontes, o CDC para a instrumentalização dessa tutela. (GARCIA, 2019, p. 25) Nesse sentido, conforme exposto, o artigo 1º do CDC prevê o interesse social de suas disposições, ou seja,

10 Em simples termos, eis o conceito: “Big Data is all about seeing and understanding the relations within and among pieces of information that, until very recently, we struggled to fully grasp.” (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2014, p. 19)

11 Comentando essa tendência: “Today, we can still think of information as the intangible enabler of communications, media, and software. But as technology advances in this century, our present intuition about the nature of information will be remembered as narrow and shortsighted. We can think of information narrowly only because sectors like manufacturing, energy, health care, and transportation aren’t yet particularly automated or ‘net-centric.’” (LANIER, 2013, p. 22)

trata-se de legislação que ultrapassa a relação entre as partes (consumidor/fornecedor), pois também deve ser interpretado no interesse de toda a sociedade, de modo que o fornecedor que age contrariando suas disposições não apenas viola o direito do consumidor diretamente envolvido no caso, como também prejudica a livre concorrência e, em última análise, pode colocar terceiros em situação de vilipêndio.¹²

Como ‘coluna vertebral’ da Política Nacional das Relações de Consumo, o artigo 4º do CDC prevê os princípios de regência das relações consumeristas no intuito de cumprir essa função social supracitada. (GRAU, 1993, p. 166) O inciso I expressamente reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, razão pela qual se tem um microsistema norteado por um ‘código’, ao invés de simplesmente ‘lei’ (DE LUCCA, 1995, p. 35-36), que exerce função protetiva, buscando, por meio de seus instrumentos, promover o equilíbrio contratual a partir de soluções justas e harmônicas.

Diante do exposto, para os fins do presente trabalho, é importante destacar a previsão do artigo 6º, inciso II, no qual consta como direito básico do consumidor a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.¹³ Significa dizer que, se determinado produto ou serviço é oferecido ao mercado, deve sê-lo a todo consumidor potencialmente interessado em adquiri-lo, sem discriminações de qualquer tipo, desde que esteja disposto a pagar o preço.

A própria norma consumerista somente permite a recusa nos casos excepcionais¹⁴ de intermediação regulados em leis especiais, como no caso de uma farmácia que nega a venda de um medicamento sem a apresentação da necessária prescrição médica. E tal proibição de discriminação é de tamanha importância jurídica que a recusa de venda de bens e produtos oferecidos no mercado configura crime contra as relações de consumo (art. 7º, I e IV, da Lei 8.137/90) (BRASIL, 1990b)

Privilegia-se a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, que devem ser respeitadas nas relações jurídicas de consumo, visando, evidentemente, consagrar uma sociedade plural e igualitária no que se refere ao exercício de direitos no mercado de consumo, com amplo respeito à transparência. (KRETMANN, 2019) E, no que diz respeito à Internet, tem-se um novo ambiente, no qual novas modalidades de proteção normativa impõem o reconhecimento de proteção adequada às contratações que, nesse novo ambiente, são levadas a efeito.

12 Para ilustrar, destaca-se o consumidor por equiparação, vítima do evento, previsto no art. 17 do CDC. Neste caso, a pessoa protegida pelo código sequer possui relação jurídica com o fornecedor, sendo, mesmo assim, protegida pela lei. É o exemplo do celular defeituoso que explode e atinge pessoas que estavam próximas ao aparelho.

13 Como se nota, visando evitar qualquer tipo de discriminação e como cumprimento dos objetivos fundamentais da Constituição, em especial o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o CDC consagrou como direitos básicos do consumidor a liberdade de escolha e a igualdade na aquisição de bens e serviços. Nesse sentido, vale lembrar, inclusive, o artigo 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

14 Em razão disso, a lei proíbe que o fornecedor faça distinção de valores ou que realize ofertas contendo qualquer forma de discriminação, conforme expressamente prevê o CDC: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; (...) IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais.”

(MARQUES, 2004, p. 94) Os consumidores são praticamente ‘de vidro’/‘transparentes’, como sugere Susanne Lacey¹⁵, tamanha a exposição a que estão submetidos no e-commerce.

Em que pese o CDC não tenha regras específicas para a tutela de práticas como as mal-fadadas discriminações georreferenciais (*geo-pricing* e *geo-blocking*), seu arcabouço principiológico é constituído por cláusulas gerais e princípios abrangentes que possibilitam a averiguação da ilicitude de tais condutas no mundo fático. Com efeito, tais fenômenos exigem maior atenção e cuidado do sistema jurídico visando à concretização dos direitos dos ciberconsumidores¹⁶, que se tornaram mais frágeis ao serem expostos à sociedade informatizada.

4. O PROFILING COMPREENDIDO A PARTIR DO DIÁLOGO DE FONTES ENTRE O CDC, O MCI E A LGPD

A utilização indiscriminada de algoritmos de Inteligência Artificial faz surgir uma necessidade premente de revisitação dos valores que norteiam o desenvolvimento tecnológico no século XXI. A doutrina sinaliza a necessidade de atuação proativa quanto ao estabelecimento de parâmetros éticos para algoritmos.¹⁷ Como arrematam Eduardo Tomasevicius Filho e Angelo Viglianisi Ferraro (2020, p. 412), “chegou o momento de o problema da Inteligência Artificial ser seriamente abordado no nível político-regulatório”¹⁸. E, de fato, os impactos sobre direitos atinentes à privacidade, à liberdade e à autonomia, por exemplo, foram relativizados diante do poder de comunicação, de coleta e de processamento de dados proporcionado pelas tecnologias virtuais.

Nesse contexto, segundo Jorge Pereira da Silva (2015, p. 354):

O desiderato a se atingir é o de que o poder de intervenção estatal e a liberdade dos cidadãos se equilibrem de modo a garantir ao indivíduo tanta protecção quanto a necessária, mas também tanta liberdade pessoal quanto seja possível. Por isso, segundo a denominada concepção pessoal do bem jurídico, tem-se entendido que integram este conceito aquelas “realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura, que garantam os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, assim como para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal objectivo. Não que, com esta referência, se pretenda induzir à importação acrítica para o

15 A autora apresenta os principais riscos disso: “The following five points summarize risks discussed throughout this book: *Injustice* – this includes using inaccurate or out-of-date information, making unjust inferences, function creep (when information is used for a different purpose from that for which it was collected) and the reversal of the presumption of innocence. *Lack of control of information* – such as the inability to find out what is held or where data are collected from, unjustified surveillance and data collected without consent. *Loss of dignity and autonomy* – this may result from the absence of transparency, the absence of anonymity or unjustified disclosure. *Inconvenience* – such as making a substantial effort to find out what information has been collected, how it has been used or to secure the correction of data. *Risks to life chances* – as the private sector concentrates on people and areas that present the best risks.” (LACE, 2005, p. 211)

16 A despeito da multiplicidade de nomenclaturas, é fato que grande parte dos usuários da Internet está exposta à publicidade irrefreável, que dá origem à figura do ‘turboconsumidor’ descrito por Gilles Lipovetsky e Jean Serroy, na exata medida em que “o universo do consumo vê dissolver-se as antigas culturas de classe que enquadravam os comportamentos dos diferentes meios sociais por pressões e outras intimidações”. (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 57)

17 Com efeito: “Perhaps unsurprisingly, AI ethics policy faces numerous challenges. We have seen that some policy proposals endorse a vision of AI ethics that is *proactive*: we need to take ethics into account at the early stage of development of AI technology.” (COECKELBERGH, 2020, p. 167)

18 No original: “Sono maturi i tempi perché il problema dell’Intelligenza artificiale venga affrontato seriamente a livello politico-normativo.”

direito constitucional dos resultados (nem sempre pacíficos) atingidos pela doutrina penalista sobre a teoria do bem jurídico – até porque a protecção penal é apenas uma modalidade, entre várias outras, de protecção de direitos fundamentais –, mas é importante reconhecer que a multifuncionalidade dos direitos fundamentais implica uma atenção redobrada ao conceito de bem jusfundamental e a sua colocação no centro do processo construtivo dos *conglomerados jurídicos* usualmente designados por direitos fundamentais.

A Inteligência Artificial afeta exatamente esse contexto, pois distorce os tradicionais *standards* de protecção historicamente construídos. (GREENE; PARK; COLARESI, 2019) Altera-se, essencialmente, a própria acepção que se tem do que é considerado “humano”. (COLEMAN, 2019) Tudo se reduz à matemática, à heurística, à predição e ao mapeamento dos interesses como condicionantes funcionais de estruturas de mercado, pois não se atingiu a já descrita singularidade tecnológica. As máquinas não são capazes de agir ou tomar decisões imbuídas de concepções morais.

Em verdade, o uso da tecnologia (cada vez mais consideradas em perspectiva nanotecnológica¹⁹) abre novas dimensões para a exploração de práticas abusivas; porém, os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor já são capazes de tutelá-las, ainda que se trate de uma lei datada de 1990. (BRASIL, 1990a) Significa que “a Internet configura um novo meio, permitindo a conexão de pessoas nas mais diversas situações, com os mais diversos propósitos.

A inter-relação é de tal modo facilitada que se costuma falar em desterritorialização das relações celebradas por meio eletrônico. (KLEE, 2014, p. 227) Noutros dizeres, a protecção do consumidor poderá ser dividida em “antes/depois” da aparição do comércio eletrônico, tornando necessárias novas soluções para esses novos problemas que surgem. (LORENZETTI, 2004, p. 354; RODOTÀ, 2008, p. 59)

No Brasil, o que guiou a promulgação da Lei Geral de Protecção de Dados Pessoais foi justamente esse “núcleo duro” de parâmetros extraídos de uma compreensão mais ampla do direito à privacidade²⁰, previstos no texto legal como fundamentos, em seu artigo 2º, e que atuam como vetores axiológicos para os direitos (e deveres) descritos noutras passagens da lei e, também, para a atuação posterior do Estado, no exercício de seu poder regulatório. Destaca-se a redação do inciso VII do artigo 2º da LGPD: “A disciplina da protecção de dados pessoais tem como fundamentos: (...) VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.” (BRASIL, 2018c)

Embora a vigência da LGPD seja recente (desde setembro de 2020), é possível afirmar que já existe, no Brasil, um arcabouço principiológico reconhecido e aprovado pelo legislador e que está em plena harmonia com outros textos legais vigentes, que formam um microsistema de protecção ao titular de dados. Nesse âmbito, podem ser citados, dentre outros, o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei de Acesso à Informação, além da Constituição da República.²¹ Além disso, em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito fundamental à autodeterminação informativa (e a corolária protecção

19 Sobre o tema, ver, por todos, Borges e Martins (2017, p. 417-438).

20 Sobre o tema, anota a doutrina: “The right to privacy functions as a ‘window’ to the constitutional rights, which protects the private and personal sphere of an individual, e.g., dignity, free development of personality, religious freedom, privacy and data protection.” (TRSTENJAK, 2016, p. 48)

21 Bruno Miragem (2019, p 174) aponta que há na LGPD a “adoção expressa da interpretação sistemática segundo a técnica do diálogo das fontes, ademais desenvolvida no próprio direito do consumidor”.

de dados pessoais) ao suspender a Medida Provisória n.º 954, que determinava o compartilhamento dos dados pessoais dos usuários de telefonia pelas empresas telefônicas ao IBGE.²²

O tema é de tamanha relevância que, além desta sinalização da Excelsa Corte, também a doutrina já sinaliza a consagração da proteção de dados pessoais como direito fundamental. (DONEDA, 2020) Ainda que reconhecido como direito implícito, o tema já provocou movimentações no Legislativo, uma vez que tramita perante o Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição 17/2019, que visa incluí-lo entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, inserindo o inciso XII-A ao rol do artigo 5º da Constituição.

A PEC ainda define como de competência exclusiva da União o poder para legislar sobre o assunto. Entretanto, por todo o exposto, é de fácil constatação que esse mencionado direito já existe, ainda que implicitamente, e é protegido pelo ordenamento.

É importante deixar claro que os dados de localização geográfica da população podem ser considerados dados sensíveis²³ se, analisados em conjunto com outros dados, for possível identificar outros elementos. (KONDER, 2019, p. 455)

É neste contexto que se enquadram as práticas abusivas exercidas no mercado, como aquelas denominadas de *geo-blocking* e *geo-pricing*. A primeira é evidenciada pela manipulação da disponibilidade das ofertas. Em simples termos, a empresa promove o bloqueio de uma oferta a determinado grupo de consumidores, enquanto a disponibiliza para outros em razão da sua localização de conexão. Tal prática é viabilizada pelo uso da tecnologia na coleta (muitas vezes realizada por singles *clicks*) e interpretação dos dados, os quais permitem, por sua vez, a identificação da posição geográfica do consumidor/usuário.

Na segunda prática, denominada *geo-pricing*, o fornecedor, levando em consideração novamente a posição geográfica do consumidor, permitida também pela interpretação dos dados coletados, promove a diferenciação de preços. Dito de outro modo, por meio do *geo-pricing* a empresa pode apresentar, para o mesmo produto ou serviço, diversos preços, condicionando o valor à localização em que se encontra o usuário.

Desse modo, através do *geo-blocking* e do *geo-pricing*, os fornecedores podem praticar total ou parcialmente a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços, indicando tal discriminação a determinado grupo de consumidores geograficamente posicionados. Isto coloca em perspectiva o real valor da proteção de dados (WINEGAR; SUNSTEIN, 2019, p. 3-5), propiciando uma nova compreensão dos impactos que um mercado rico em dados (*data-rich market*)²⁴ pode vir a ter sobre a própria estrutura econômica de um país. Tais medidas, naturalmente, configuram práticas abusivas, vedadas pelo CDC na esteira da dicção do artigo 39 do diploma.²⁵

22 STF. ADIs n.º 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgado em 7 de maio de 2020.

23 “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.”

24 Segundo a doutrina, “[t]he key difference between conventional markets and data-rich ones is the role of information flowing through them, and how it gets translated into decisions. In data-rich markets we no longer have to condense our preferences into price and can abandon the oversimplification that was necessary because of communicative and cognitive limits. This makes it possible to pair decentralized decision-making, with its valuable qualities of robustness and resilience, with much-improved transactional efficiency.” (MAYER-SCHÖNBERGER; RAMGE, 2018, p. 7)

25 No contexto do citado dispositivo do CDC, prevalece o entendimento de que “essas práticas abusivas levadas a efeito por fornecedores de produtos e serviços ao redor do mundo partem da discriminação entre consumidores em razão de sua

Como já se anotou, o consumidor é exposto a um algoritmo complexo, que é capaz de adaptar os termos contratuais para melhorar ou piorar as condições apresentadas, maculando a transparência da transação. (VAN OOIJEN; VRABEC) O potencial de discriminação de preços, nesses casos, depende de variáveis dinâmicas e dos substratos valorados (com maior ou menor 'peso') nos algoritmos que operacionalizam a mineração de *cookies* e o processamento de dados do consumidor. Antes mesmo da ocorrência da discriminação, outra grande ilicitude dessas práticas consiste no tratamento oculto, porquanto não informado, não consentido e não lastreado noutra base legal, dos dados do consumidor para a prática do *geo-pricing* ou do *geo-blocking*. (DIAS; NOGUEIRA; QUIRINO, 2019, p. 76) Em observância ao direito básico do consumidor à informação, a empresa precisaria informar qual(is) tipo(s) de dado(s) estaria(m) sendo tratado(s) durante a navegação, visando ao cumprimento do dever de transparência.

Por meio do *profiling*, leciona Danilo Doneda, empresas que possuem muitos dados os tratam com técnicas que se dedicam a obter “uma ‘metainformação’, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa”, sendo que “o resultado pode ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destino de uma pessoa ou grupo”. (DONEDA, 2019, p. 151)

O §2º do artigo 12 da LGPD trata dessa prática, estabelecendo que “poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada”. Trata-se de dispositivo tímido, mas especificamente dedicado à regulação de um tema ainda peculiar e muito desafiador no que concerne à vigilância de dados (*dataveillance*²⁶).

Apesar de o dispositivo acima se referir à pessoa natural “se identificada”, Bruno Bioni está correto ao defender que o foco da Lei está nas consequências que determinado tratamento de dados pode ter sobre uma pessoa, e, por tal razão, dados anonimizados podem ser considerados como dados pessoais quando formam perfis comportamentais. (BIONI, 2020, p. 78-81)

A doutrina destaca que o processo de perfilização envolve, pelo menos, as etapas de (a) registro dos dados, (b) agregação e monitoramento de dados, (c) identificação de padrões nos dados, (d) interpretação de resultados, (e) monitoramento dos dados para checar resultados e (f) aplicação de perfis. (ZANATTA, 2019, p. 6) Desse modo, é certo que o cerne da discussão quanto ao uso da localização geográfica pelos fornecedores está baseado em uma aferição da razoabilidade da diferenciação. Com efeito, destaca-se a possibilidade de os dados pessoais localizadores justificarem o tratamento distinto, de maneira legalmente tolerada. Se a diferenciação dos valores ocorrer, por exemplo, em razão do frete, não há que se falar em geodiscriminação e, conseqüentemente, não se configura nenhuma prática abusiva. Todavia, quando a geodiscriminação é utilizada no intuito de maximizar lucros, sem a devida ‘justa

origem (geodiscriminação), e acabam por gerar limitação ao livre trânsito de pessoas, com repercussão em outros direitos e garantias fundamentais, como o direito ao lazer e à cultura, sem falar do fortalecimento de preconceitos como resultado indireto, já que o convívio com diferentes indivíduos, grupos e culturas ainda se mostra a sua melhor forma de combate.” (BARBOSA, 2019, p. 213)

26 Trata-se de um acrônimo para “*data surveillance*” (vigilância de dados), a indicar uma nova espécie ou técnica de vigilância em razão do surgimento de novos métodos de monitoramento, como a vigilância de dados pessoais e a vigilância de dados em massa, que exigem salvaguardas mais eficazes e uma estrutura política formal. Sobre o tema, cf. CLARKE, 1988.

causa', permitida pelo CDC, configurar-se-á evidente prática abusiva repudiável, que deve ser combatida pelo sistema jurídico.

Vale lembrar que, "para que uma pessoa seja obrigada a reparar um dano injusto, é fundamental que ela tenha a autonomia de atuação, isto é, tenha a capacidade de reconhecer a licitude ou ilicitude de sua conduta e, ao mesmo tempo, a habitualidade de identificar e prever a potencialidade danosa desta." (MULHOLLAND, 2019, p. 332)

A LGPD consagrou um dever geral em seu artigo 46, que trata do imperativo da segurança da informação. Em simples termos, o referido dispositivo estabeleceu a tutela da responsabilidade civil em razão de danos decorrentes da violação aos deveres de proteção da segurança dos dados, delimitando um critério geral de imputação lastreado na verificação e demonstração do defeito na prestação de serviços por parte dos provedores, com emanação lastreada na ruptura de uma expectativa legítima quanto à segurança dos processos de coleta, tratamento e armazenagem de dados. Segundo Rafael de Freitas Valle Dresch (2009, p. 138), "a responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço no Código de Defesa do Consumidor é especial, fundada no defeito, o que, tecnicamente, determina a análise da culpa levíssima presumida".

Trata-se de previsão com equivalência ao que dispõe o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (CASTRO, 2005, p. 229) em seu artigo 2.º, que elenca como fundamentos o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o desenvolvimento econômico e tecnológico, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Na lei brasileira, quando se transcende a própria legislação para impor parâmetros preventivos (ou exigências de *compliance*), vê-se surgir vasto rol de novas nuances que somente quem está diretamente atrelado ao tratamento de dados poderá antever e evitar, o que atribui previsibilidade a certos riscos e demanda atuação 'em conformidade' para o controle da responsabilização erigida pelo novo marco regulatório.²⁷

Ao se considerar a privacidade e todos os seus contornos e características, inúmeras ações podem (e devem) ser implementadas por quem detém o poder sobre os sistemas, a fim de se salvaguardar os riscos relacionados à proteção de dados dos usuários que se valem de um serviço específico para que haja lisura nas operações de tratamento.²⁸ Práticas como a minimização do volume de processamento de dados pessoais (*privacy by design*) (NARAYANAN; SHMATIKOV, 2010, p. 24), a anonimização (CAVOUKIAN; CASTRO, 2014, p. 1), a permissibilidade ao monitoramento do tratamento pelo titular dos dados e até mesmo a

27 A doutrina destaca que "[h]á grande semelhança quando se compara os direitos europeu e brasileiro sob esse ponto de vista. Afinal, a grande inovação que a LGPD operou no ordenamento jurídico brasileiro pode ser compreendida exatamente na instituição de um modelo *ex-ante* de proteção de dados. Fundamenta-se esse conceito no fato de que não existem mais dados irrelevantes diante do processamento eletrônico e ubíquo de dados na sociedade da informação. Considerando que os dados pessoais são projeções diretas da personalidade, qualquer tratamento de dados acaba por influenciar a representação da pessoa na sociedade, podendo afetar sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais." (BIONI; MENDES, 2019, p. 810-811)

28 Com efeito: "We have a right to privacy, but it is neither a right to control personal information nor a right to have access to this information restricted. Instead, it is a right to live in a world in which our expectations about the flow of personal information are, for the most part, met; expectations that are shaped not only by force of habit and convention but a general confidence in the mutual support these flows accord to key organizing principles of social life, including moral and political ones. This is the right I have called contextual integrity, achieved through the harmonious balance of social rules, or norms, with both local and general values, ends, and purposes. This is never a static harmony, however, because over time, conditions change and contexts and norms evolve along with them." (NISSENBAUM, 2010, p. 231)

realização de treinamentos regulares com as equipes são exemplos de ações que fomentam uma cultura de prevenção.

Nessa linha, é fundamental que se tenha em conta que toda política ou boa prática de governança de dados envolverá a articulação de algum objetivo independente e igualmente desejável por controladores e operadores de dados. Como consequência disso, a responsabilização por tratamento inadequado de dados pressuporá o equacionamento do enfrentamento das ações cabíveis e regularmente esperadas do respectivo agente para que seja possível promover o reequilíbrio das tensões causadas durante tais operações e que culminem na perda da autodeterminação informativa (ou, noutros dizeres, em verdadeira manipulação do controle exercido pelo consumidor sobre sua decisão). Segundo Jorge Werthein, “a perda do sentimento de controle sobre a própria vida e a perda da identidade são temas que continuam preocupantes e que estão ainda por merecer estratégias eficientes de intervenção.” (WERTHEIN, 2000, p. 76)

Na esfera pré-contratual, a lisura e a transparência são esperadas como desdobramentos da boa-fé objetiva que rege as relações de consumo e pela qual se permite integrar a norma jurídica para a junção do dever de proteção de dados emanado da LGPD aos deveres de respeito à boa-fé objetiva e à proteção das relações de consumo já delimitados como *standards* normativo-comportamentais no Código de Defesa do Consumidor. (MARQUES, 2007, p. 176-200) Isso porque “os fornecedores que conduzem negócios por meio eletrônico na Internet devem esclarecer como coletam e usam os dados dos consumidores, em face do direito de informação por estes titularizado (art. 6º, III, da Lei 8.078/1990)”. (MARTINS, 2014, p. 334)

Considerando-se que a proteção da privacidade demanda a implementação de vasto rol de boas práticas que se traduzem, ao fim e ao cabo, no imperativo da prevenção, impositivo às corporações que exploram atividades voltadas aos mercados ricos em dados e que, tradicionalmente, por serem detentoras do controle de arquitetura e programação das plataformas onde se operam tais transações, acabam por se sobrepujar ao *animus* regulatório e fiscalizatório de um Estado, o resguardo à não discriminação²⁹ – e à efetivação do princípio da neutralidade da rede – passam a demandar investigação sobre os próprios limites da liberdade econômica.

Trata-se de debate complexo e sem respostas definitivas sobre um contexto “no qual a sedução exercida pela publicidade e pelo *marketing* agressivo ultrapassa os limites do inverossímil (...)”. (DE LUCCA, 2014, p. 97) E, para combater essa situação, não se pode admitir a adoção abusiva de práticas discriminatórias na Internet, que impedem até mesmo a concretização de direitos humanos já consolidados. (MOYN, 2018, p. 220)

Os potenciais e limites da concretização de deveres de prevenção para a tutela das relações jurídicas de consumo na Internet perpassa, enfim, por virtuoso diálogo de fontes, que

29 É o que salienta Mandana Zarrehparvar (2006, p. 233): “No other human rights can be claimed if the nondiscrimination principle is not applied. Nondiscrimination is the principle that makes the other rights operational and, in a sense, makes human rights universal, not only in judicial discourse but also, to a great degree, in political and moral discourse. The WSIS Declaration of Principles and the Action Plan for the development of a global information society, although only political documents that state parties have committed themselves to, serve as platforms from which the development of the global information society should occur. The documents signal the importance of the information society, and such a society cannot exist as a democratic one if the principle of nondiscrimination is not applied. The documents ought to remind the states of their obligations to combat discrimination and to recommend implementation and mainstreaming of the non-discrimination principle in national legislation and policies to protect individuals from violations of human rights and secure their rights to access ICT. The information society can become a reality only when all human beings can claim their rights without prejudice and discrimination.”

seja capaz de conectar os diversos marcos normativos que consolidam o microssistema de proteção ao titular de dados que consome na *web* – o ciberconsumidor –, impondo-se a governança como resposta às dificuldades de tutela dessa nova realidade (PÉREZ LUÑO, 1996, p. 10), que ultrapassa a ideia de segurança da informação como mera utilização de bloqueios que evitem a invasão e o vazamento de dados, pois o que se almeja é chegar a um contexto de completa e verdadeira delimitação de métodos preventivos capazes de propagar uma cultura de integridade (*compliance*), transparência (*disclosure*) e responsabilidade (*accountability*).

5. CONCLUSÃO

Por todo o mencionado, a conclusão inexorável a que se chega é a de que existe agudo descompasso entre inovação e regulação, vetores antagônicos, o que conduz à formação de espaços desregulados nos quais a atuação fervorosa de agentes de tratamento dados que disputam os melhores e mais eficazes algoritmos e buscam, a todo custo, ocupar mercados, podendo praticar, ainda que inadvertidamente, a malfadada discriminação algorítmica.

Mesmo considerando que muitas questões relevantes sobre o tema ultrapassam o contexto do presente trabalho, certamente a decisão envolvendo a “Decolar.com” serve como um alerta de que a ocorrência de práticas abusivas no comércio eletrônico brasileiro não configura um universo de impunidade inacessível e intutelável pelo labor estatal, uma vez que se encaixa como um importante referencial para a ampliação dos debates sobre práticas como *geo-pricing* e *geo-blocking*. Nesse contexto, a investigação deflagrada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro desencadeou apurações que já resultaram em sanção administrativa e, eventualmente, podem resultar em responsabilização civil da empresa em questão.

Para além disso, obtempera-se a existência de um conjunto de normas aplicável a esses casos e a outros assemelhados, mesmo antes da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Tem-se, no Brasil, verdadeiro microssistema de proteção do titular de dados na Internet, que é composto por normas como o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor, e todas devem ser aplicadas transversalmente, em festejável diálogo de fontes.

Merece realce o papel do Código de Defesa do Consumidor como eixo desse microssistema que ultrapassa as lindes das tradicionais relações de consumo e irradia seus efeitos sobre as relações virtuais. Impõe-se, nesse contexto, a distinção conceitual entre os perigos e os riscos para que se possa lançar propostas regulatórias baseadas na identificação de parâmetros extranormativos para o preenchimento de verdadeiras ‘zonas cinzentas’, pois a predição comportamental a partir de algoritmos desafia o *jus imperii* estatal, uma vez que o controle sobre as plataformas resta, ao fim e ao cabo, sob o poder das corporações que delas se valem para impor métricas dedicadas à otimização de seus resultados comerciais.

Nessa linha, a proliferação de uma cultura de *compliance*, baseada em função revigorante da responsabilidade civil catalisada por instrumentais *ex ante*, aparece como saudável novo filtro para a imposição de deveres que fazem ressurgir a teoria do risco, sob viés aprimorado e adequado à sociedade da informação.

Confirma-se a hipótese dessumida na introdução, na medida em que o papel da conceitualização atribuída aos dados pessoais sensíveis pela legislação de regência propicia manancial exemplificativo de direitos que ostentam essa característica e que devem receber maior proteção do ordenamento, não se esgotando, portanto, no rol do artigo 5º, II, da LGPD. Ademais, a própria instituição da proteção aos direitos humanos como fundamento da referida lei (art. 2º, VII) denota a preocupação do legislador com a construção de uma estrutura de postulados que ultrapassa a lei individualmente considerada e inspira todo o ordenamento, conectando fontes e definindo freios ao desenvolvimento desregulado.

REFERÊNCIAS

- ABERNATHY, David Ray. *Using geodata and geolocation in the social sciences: mapping our connected world*. Londres: Sage Publications, 2017.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. O dano informativo do consumidor na era digital: uma abordagem a partir do reconhecimento do direito do consumidor como direito humano. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 122, p. 203-232, mar./abr. 2019.
- BARROS, João Pedro Leite. Os contratos de consumo celebrados pela Internet. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. In: ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas; BARATA, Carlos Lacerda (Coord.). *Estudos de direito do consumo*. Lisboa: AAFDL, 2017. v. 5.
- BELLI, Luca; DE FILIPPI, Primavera. General introduction: towards a multistakeholder approach to network neutrality. In: BELLI, Luca; DE FILIPPI, Primavera (Ed.). *Net neutrality compendium: human rights, free competition and the future of the Internet*. Cham: Springer, 2016.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BIONI, Bruno Ricardo; MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BORGES, Gustavo Silveira; MARTINS, Patricia Santos. As nanotecnologias, os riscos incertos e a hipervulnerabilidade do nanoconsumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 113, ano 26, p. 417-438, set./out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 2 set. 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 28 dez. 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 2 set. 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 2 set. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. *Diário Oficial da União*, 15 ago. 2018c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 2 set. 2021.

- BRASIL. Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 15 ago. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm Acesso em: 2 set. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Decolar.com é multada por prática de geo pricing e geo blocking*. 2018a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor. Despacho nº 299/2018. Decisão de Aplicação de Sanção Administrativa. Processo nº 08012.002116/2016-21. Representada: Decolar.com Ltda. *Diário Oficial da União*, 18 jun. 2018b.
- CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- CAVOUKIAN, Ann; CASTRO, Daniel. Big Data and innovation, setting the record straight: de-identification does work. *The Information Technology & Innovation Foundation*, Ontario, p. 1-18, jun. 2014.
- CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank. The scored society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, Seattle, v. 89, p. 1-33, 2014.
- CLARKE, Roger A. Information technology and dataveillance. *Communications of the ACM*, Nova York, v. 31, n. 5, p. 498-512, maio 1988.
- COECKELBERGH, Mark. *AI Ethics*. Cambridge: The MIT Press, 2020.
- COLEMAN, Flynn. *A human algorithm: how Artificial Intelligence is redefining who we are*. Berkeley: Counterpoint, 2019.
- DE LUCCA, Newton. A proteção dos consumidores no âmbito da internet. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). *Estudos avançados de direito digital*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos – perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DIAS, Daniel; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Vedação à discriminação de preços sem justa causa: uma interpretação constitucional e útil do art. 39, X, do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 121, p. 51-97, jan./fev. 2019.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.
- DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ENGLEHARDT, Steven; NARAYANAN, Arvind. Online tracking: a 1-million-site measurement and analysis. *Proceedings of the 2016 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications*, Nova York, p. 1388-1401, out. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/2976749.2978313>. Acesso em: 30 nov. 2020.
- FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 124, p. 235-260, jul./ago. 2019.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, jan./mar. 1993.

GREENE, Kevin T.; PARK, Baekwan; COLARESI, Michael. Machine learning human rights and wrongs: how the successes and failures of supervised learning algorithms can inform the debate about information effects. *Political Analysis*, Cambridge, v. 27, n. 2, p. 223-230, abr. 2019.

HOLDENER III, Anthony. *HTML5 Geolocation*. Sebastopol: O'Reilly, 2011.

ISRAVEL, Deva Priya; SILAS, Salaja; RAJSINGH, Elijah. Reliable surveillance tracking system based on software defined Internet of Things. In: PETER, J. Dinesh; ALAVI, Amir H.; JAVADI, Bahman; FERNANDES, Steven L. *The cognitive approach in Cloud Computing and Internet of Things technologies for surveillance tracking systems*. Londres: Academic Press/Elsevier, 2020.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei nº 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LACE, Susanne. The new personal information agenda. In: LACE, Susanne (Ed.). *The glass consumer: life in a surveillance society*. Bristol: The Policy Press, 2005.

LANIER, Jaron. *Who owns the future?* Nova York: Simon & Schuster, 2013.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O geopricing e geoblocking e seus efeitos nas relações de consumo. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big Data: a revolution that will transform how we live, work, and think*. Nova York: Houghton Mifflin Harcourt, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of Big Data*. Nova York: Basic Books, 2018.

MIOZZO, Júlia. Decolar é multada em R\$ 7,5 milhões por práticas abusivas contra consumidor. *InfoMoney*, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/turismo/noticia/7479979/decolar-multada-milhoes-por-praticas-abusivas-contra-consumidor>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1009, p. 173-222, nov. 2019.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In:

- MORASSUTTI, Bruno Schimitt. Responsabilidade civil, discriminação ilícita e algoritmos computacionais: breve estudo sobre as práticas de geoblocking e geoprizing. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 124, p. 213-234, jul./ago. 2019.
- MOYN, Samuel. *Not enough: human rights in an unequal world*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.
- MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil e processos decisórios autônomos em sistemas de Inteligência Artificial (IA): autonomia, imputabilidade e responsabilidade. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Myths and fallacies of personally identifiable information. *Communications of the ACM*, Austin, v. 53, n. 6, p. 24-26, jun. 2010.
- NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life*. Stanford: Stanford University Press, 2010.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how Big Data increases inequality and threatens democracy*. Nova York: Crown, 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- PARENTONI, Leonardo. Network neutrality: what is internet made of, how is it changing and how does it affect your life? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº Especial, p. 195-243, 2017.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Manual de informática e derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- RIBEIRO, Luci. Decolar é multada em R\$ 7,5 milhões por práticas abusivas. *Estadão*. 18 jun. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,decolar-e-multada-em-r-7-5-milhoes-por-praticas-abusivas,70002354803>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo; FERRARO, Angelo Vigliani. Le nuove sfide dell'umanità e del diritto nell'era dell'Intelligenza Artificiale. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 15, n. 37, p. 401-413, 2020.
- TRSTENJAK, Verica. General report: The influence of human rights and basic rights in private law. In: TRSTENJAK, Verica; WEINGERL, Petra (Eds.). *The influence of human rights in private law*. Cham: Springer, 2016.
- VAN OOIJEN, Iris; VRABEC, Helena U. Does the GDPR enhance consumers' control over personal data? An analysis from a behavioural perspective. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 42, p. 91-107, 2019.
- VENTURA, Ivan. Decolar.com é multada em R\$ 7,5 milhões por desrespeito ao consumidor. *Consumidor Moderno*, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2018/06/18/decolar-multada-milhoes-desrespeito-consumidor/>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, mai./ago. 2000.
- WINEGAR, Angela G.; SUNSTEIN, Cass R. How much is data privacy worth? A preliminary investigation. *Journal of Consumer Policy*, [S. l.], v. 42, p. 1-16, 2019.
- ZANATTA, Rafael. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Protecção de Dados. *ResearchGate*, fev. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3hQe5wM>. Acesso em: 1 dez. 2020.

José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Arthur Pinheiro Basan

ZARREHPARVAR, Mandana. A nondiscriminatory information society. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (Ed.). *Human rights in the global information society*. Cambridge: The MIT Press, 2006.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/05/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 22/05/2020
- Avaliação 1: 31/10/2020
- Avaliação 2: 04/11/2020
- Decisão editorial preliminar: 09/11/2020
- Retorno rodada de correções: 07/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 03/09/2021

Equipe editorial envolvida

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

REAVALIANDO O ABUSO DE PODER ECONÔMICO EM MERCADOS DIGITAIS: A DECISÃO DO CADE NO CASO GOOGLE SHOPPING

REASSESSING THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN DIGITAL MARKETS: CADE'S DECISION IN THE GOOGLE SHOPPING CASE

GABRIEL FELIPE NAMI INÁCIO¹
GUSTAVO FERREIRA RIBEIRO²

RESUMO

Com a revolução da internet, as relações econômicas foram profundamente alteradas a partir do desenvolvimento de novas tecnologias e práticas comerciais. Este artigo investiga como os mercados envolvidos nessa realidade podem facilitar condutas anticompetitivas. Tem-se como hipótese que a estrutura desses mercados pode viabilizar novas manifestações de práticas anticoncorrenciais, desafiando-se premissas tradicionais do direito da concorrência. A metodologia do trabalho, quanto ao procedimento, consiste em revisão bibliográfica concorrencial e o estudo do caso *Google Shopping*, decidido pelo Conselho de Defesa Econômica (CADE), em 2019. Ao se abordar, tecnicamente, as características de preço zero, múltiplos lados e atenção desses mercados, visualiza-se a forma pela qual o abuso de posição dominante pode se revelar em mercados digitais, por meio do manejo do *big data* e consequente consolidação de poder econômico. Ao se explorarem as diferentes visões no estudo de caso, ainda que com visões divergentes dos decisores, aponta-se para a necessidade de se repensar conceitos na análise de condutas anticompetitivas em mercados digitais.

Palavras-chave: mercados digitais; economia digital; abuso de posição dominante; Google shopping; big data.

ABSTRACT

The internet revolution profoundly altered economic relations, with the developing of new technologies and commercial practices. This article scrutinizes how markets involved in this reality can facilitate anti-competitive behavior. It posits that the structure of these markets can enable new manifestations of anti-competitive practices, challenging traditional premises of competition law. The methodology, regarding the procedure, consists of the literature review of competition and the Google Shopping case study, decided by the Brazilian Economic Defense Council (CADE), in 2019. While technically approaching the characteristics of these markets - such as

- 1 Advogado. Mestrando em Direito Comercial na Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.
- 2 Doutor em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), (revalidado UFSC, 2010). Mestre em Direito (UFSC, 2004). Bacharel em Direito (UFMG, 2002) e Ciência da Computação (UFMG, 1996). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0171839374618903>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9452-9981>.

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

INÁCIO, Gabriel Felipe Nami; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. Reavaliando o abuso de poder econômico em mercados digitais: a decisão do CADE no caso Google Shopping. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 321-342, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8542>.

zero price, multiple sides and attention -,one can visualize the way in which the abuse of a dominant position can be revealed in digital markets, through the handling of big data and the consequent consolidation of economic power. When exploring the different views of the case study, even with divergent views of the decision makers, it is pointed out the need to rethink concepts in the analysis of anti-competitive behavior in digital markets.

Keywords: digital markets; digital economy; abuse of dominant position; Google shopping; big data.

1. INTRODUÇÃO

As relações econômicas vêm sendo profundamente alteradas a partir do desenvolvimento de novas tecnologias digitais. Provocou-se não só o surgimento de mercados digitais específicos, mas também a proliferação de novas práticas comerciais e a potencial eclosão de condutas anticoncorrenciais.

Nesse contexto, o principal problema investigado por esse artigo é como a estrutura dos mercados digitais (não se explorando o controle de estruturas), pode facilitar práticas que reduzam a concorrência. Tem-se, como hipótese preliminar, que a estrutura dos mercados digitais viabiliza novas manifestações de consolidação de poder de mercado. Por essa razão, a análise antitruste pode não ser capaz de identificar algumas condutas abusivas nesses mercados, seja em razão de algumas premissas do direito da concorrência ou em razão do instrumental de análise³.

Em termos de estrutura, o artigo aborda as características dos mercados digitais e, em seguida, discute o abuso de posição dominante, que se manifesta no âmbito digital essencialmente em razão, e por meio, do controle de dados. Na sequência, faz-se análise crítica de relevante processo administrativo decidido no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2019) em face da Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (doravante “Google”), com o objetivo de se demonstrar sua atualidade e potenciais obstáculos a serem enfrentados pelas autoridades da concorrência em face de novas formas de exercício de poder de mercado.

Do ponto de vista metodológico, o artigo se baseia em pesquisa bibliográfica da literatura de concorrência e tecnologia, além da análise do caso específico, visando-se demonstrar a nova roupagem dada pelos mercados digitais ao abuso de poder econômico e se identificar alguns problemas a serem trabalhados pelas autoridades antitrustes.

2. MERCADOS DIGITAIS

O mercado é um sistema de trocas particular, um sistema de compra e venda de bens e serviços. É particular, pois pode possuir distintas características, a depender da forma pela qual as relações de concorrência se estabelecem. A identificação das singularidades de cada mercado é essencial ao direito concorrencial, porque a análise de uma conduta ou demanda deve levar em consideração o funcionamento e a organização de cada mercado.

3 Para uma avaliação preliminar e expandida, de um dos autores deste artigo, veja-se Inácio (2020).

O presente artigo tem como contexto a chamada “revolução da Internet”, iniciada nos anos 1960s e impulsionada a partir da década de 1990. A partir daí, as inovações e os avanços tecnológicos se aceleraram, sendo que o corolário social dessas transformações foi a alteração do mecanismo e do fluxo de informações, em três dimensões: técnica, cultura e da sociedade (WOLTON, 2001).

Evidentemente, essa profusão de relações se tornou rapidamente objeto de trocas e de inovações no mercado. Verifica-se a existência de um processo cada vez mais presente e frequente de relações de mercado na esfera digital, cujas peculiaridades envolvem mercados de preço zero, múltiplos lados e de atenção, a seguir explorados.

2.1 MERCADOS DE PREÇO ZERO

Observa-se uma variedade e quantidade dos mercados de *preço zero*, caracterizados pela oferta de produtos e serviços sem contrapartida financeira direta por parte do usuário. Enquadram-se nesses mercados, por exemplo, as plataformas de busca e pesquisa, as mídias sociais e uma inúmera variedade de aplicativos e softwares, apesar desse tipo de mercado não ser uma novidade da era da Internet (MANDRESCU, 2018; EVANS, 2011).

Em termos estruturais, esses mercados podem ser subdivididos em modelos sustentáveis e não sustentáveis. Os modelos sustentáveis, objeto deste artigo,⁴ se caracterizam como estratégias de lucratividade implementadas em mercados de preço zero, de modo que se existem empresas que buscam eminentemente o lucro competindo em mercados de preço zero é porque essas corporações estão obtendo receita de alguma forma (NEWMAN, 2015).⁵

Estes mercados de preço zero produzem alguns efeitos relevantes sob o comportamento dos consumidores. O primeiro deles seria o *zero price effect* ou “efeito preço zero”. Nele, a demanda tende a ser maior se o preço de um produto for zero (NEWMAN, 2016).⁶ Outro efeito relevante é o denominado paradoxo da privacidade. Muito embora os consumidores expressem preocupações com a privacidade de seus dados, no momento de tomada de decisões aparentemente essa privacidade não parece ter tanta influência sob o processo de escolha (SILVEIRA; SANTOS, 2019).

Tais considerações levam à conclusão de que ferramentas básicas, como o teste do monopolista hipotético (TMH), podem nem sempre ser capazes de possibilitar caminhos à identificação de condutas anticompetitivas em mercados digitais, uma vez que essas condu-

4 Modelos não-sustentáveis são utilizados por aquelas instituições que não dependem de lucro a longo prazo, tais como organizações não-governamentais ou indivíduos sem motivação financeira. Exemplos de modelos não-sustentáveis são as estratégias de recuperação, por meio das quais as empresas oferecem produtos ou serviços a preço zero de forma temporária, geralmente com a finalidade de consolidar clientela e de se estabelecer no mercado. Assim, são estratégias que costumam ser adotadas por novos concorrentes em determinado mercado com objetivo de fazer com que as perdas iniciais compensem os ganhos futuros (WILLIAMSON, 1977). Outro exemplo é o sistema operacional Linux, uma ferramenta livre de qualquer cobrança e mantida pelo trabalho de uma comunidade de voluntários (NEWMAN, 2015).

5 Prova disso é o valor de mercado de empresas que atuam nesses mercados de preço zero: em fevereiro de 2021, o valor capitalizado de mercado do Facebook foi equivalente a 733,6 bilhões de dólares. Veja-se: STATISTA. *Market capitalization of the largest U.S. internet companies as of September 2019*. 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/209331/largest-us-internet-companies-by-market-cap/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

6 Em outras palavras, o efeito de preço zero desencadeia uma supervalorização das vantagens a serem obtidas por um produto ou serviço, a ponto de o consumidor desconsiderar uma análise racional de custos e benefícios de determinada transação. Para estudos deste tipo, veja-se: SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. Zero as a special price: The true value of free products. *Marketing science*, [S. l.], v. 26, n. 6, p. 742-757, 2007.

tas assumem facetas diversas das tradicionalmente conhecidas. Desse modo, uma análise concorrencial a partir do preço pode não ser a mais adequada para identificação de condutas anticompetitivas na economia digital.

Esse mesmo problema ocorre em análises de mercados de múltiplos lados (EVANS; SCHMALENSSEE, 2013), que, em geral, são integrados pelos mercados de estrutura de preço zero e são analisados a seguir.

2.2 MERCADOS DE MÚLTIPLOS LADOS

São inúmeras as definições concebidas pela literatura sobre os mercados de múltiplos (ou de dois) lados. De maneira geral, são caracterizados por serem plataformas que permitem a interação entre dois ou mais agentes econômicos, de sorte que o faturamento da empresa-plataforma é distribuído de maneira desigual entre os usuários (WRIGHT, 2004; SHELANSKI; KNOX; DHILLA, 2018)⁷.

A primeira característica, e a mais proeminente, é a interação viabilizada por esses mercados entre grupos ou agentes econômicos distintos. Essa interação, por sua vez, deve reduzir os custos de transação de determinada interação para os agentes envolvidos (EVANS; SCHMALENSSEE, 2013). A segunda característica são os chamados efeitos ou externalidade de rede, quando custos ou benefícios não estariam, necessariamente, sendo levados em conta nos preços cobrados por esses produtos ou serviços.⁸

Portanto, em termos conceituais um mercado de múltiplos lados conecta agentes econômicos de grupos distintos, criando valor por meio de uma distribuição assimétrica de preços. Nesse sentido, os mercados de múltiplos lados, assim como os mercados de preço zero, apresentam características que podem não se adequar à análise concorrencial tradicional.

De acordo com Evans (2003b), em plataformas de múltiplos lados, é necessário considerar a lógica econômica desses negócios e todos os lados envolvidos para que se obtenha uma definição mais precisa de mercado relevante e do poder de mercado dessas empresas, que se revela de formas distintas das tradicionalmente conhecidas.

7 Shelanski, Knox e Dhilla (2018) subdividem essas plataformas de múltiplos lados em dois grupos distintos de acordo com a sua estrutura: (i) baseadas em serviços; e (ii) baseadas em subsídios. As primeiras produziram um serviço ou ofereciam um produto para os usuários da plataforma, como é o caso do Airbnb, do Uber e do OpenTable. Já as baseadas em subsídios são as relações por meio das quais um dos lados indiretamente financia os custos de outro lado, mas não oferece nenhum serviço adicional que atraia diretamente os usuários, os quais seriam atraídos diretamente pela plataforma. Em plataformas subsidiadas geralmente há pelo menos três lados: os financiadores, os fornecedores e os usuários. As mídias mais recentes, como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*, apresentam essa estrutura subsidiada de funcionamento.

8 De acordo com o glossário de termos estatísticos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), externalidades são situações nas quais a produção ou consumo de determinado bem ou serviço impõe custos ou benefícios a outros grupos que não participam diretamente de uma transação. Veja-se: OCDE. *Externalities. Glossary of Statistical Terms*. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3215>. Acesso em: 21 jun. 2020. Para externalidades, ou efeito de rede, direta ou indireta, veja-se EVANS; SCHMALENSSEE, 2013. Para Rochet e Tirole (2006), ressalta-se, essas externalidades devem ser indiretas e positivas. Já Evans (2003a) considera que as externalidades devem estar associadas à coordenação entre os grupos por meio, necessariamente, de uma plataforma intermediadora.

2.3 MERCADOS DE ATENÇÃO

Mercados de atenção são aqueles que tem como objeto das relações concorrenciais um recurso humano limitado: a atenção dos consumidores.⁹

Os mercados de atenção, em sua forma pura, são integrados por negócios que ganham dinheiro exclusivamente a partir da revenda de atenção e cujos agentes econômicos são os “*Attention Brokers*”. Como exemplos, podem-se citar televisão, jornais e revistas gratuitas e diversas plataformas que prestam serviços online, como a Google e o Facebook. São mercados que poderiam ser enquadrados como mercados de múltiplos lados e, em algumas situações, mercado com estruturas de “preço zero” (WU, 2017; EVANS, 2013).

Em um modelo mais avançado desses mercados, segundo Wu (2017) a atenção dos consumidores seria revendida de modo customizado. Essa dinâmica depende, em grande medida, do controle e processamento de dados dos usuários da plataforma, por vezes utilizados como estratégias de consolidação de poder econômico.

O exemplo mais natural dos mercados de atenção são os mercados de propaganda online, cada vez mais personalizados de acordo com os interesses específicos dos usuários, os quais, ainda, são identificados a partir dos algoritmos e do processamento dados.¹⁰

Além disso, considerando que as empresas de alta tecnologia competem por atenção, os mecanismos de análise de atos de concentração ou potenciais condutas abusivas não seriam capazes avaliar apropriadamente o poder de atenção dessas plataformas. Isso porque a doutrina concorrencial é fundada no poder de mercado, que geralmente pressupõe transações que envolvem compra e venda de produtos e serviços por determinado preço. Nas plataformas online a atenção dos usuários pode assumir maior relevância.

Delineadas, assim, as características dos mercados de preço zero, múltiplos lados e atenção, avança-se para a caracterização do abuso de poder econômico relacionado a controle de dados.

3. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CONTROLE DE DADOS

As peculiaridades previamente apontadas no funcionamento dos mercados digitais têm por corolário não só novas estratégias de atuação empresarial, mas também novas possibilidades de consolidação de poder e abuso econômico.

9 Conforme aponta Wu (2017), alguns estudos indicam que os seres humanos estão sempre prestando atenção em algo, que a atenção humana é escassa e limitada pelo processo cerebral, bem como que os seres humanos optam por prestar atenção em algo ou ignorar. Esses três fatores sugeririam que a atenção humana é um recurso limitado.

10 Um estudo realizado pela *Competition and Markets Authority* (2020) sobre mercados dessa natureza indica que as duas variáveis que influenciam esses mercados são, precisamente, a captura pela atenção dos consumidores e a possibilidade de personalização da publicidade.

Levando isso em consideração, passa-se a realizar uma delimitação analítica do poder econômico e demonstrar a relação entre a exploração do chamado *big data* e possíveis manifestações de abuso de poder econômico¹¹.

3.1 A VISÃO TRADICIONAL DESAFIADA: PODER ECONÔMICO E BIG DATA

A consolidação de poder econômico em plataformas digitais ocorre essencialmente por meio da exploração do *big data*. Esta expressão representa a capacidade de algumas empresas de coletar, processar e analisar uma imensa quantidade de dados e informações dos indivíduos para criar estratégias de negócios¹².

Nesse sentido, invariavelmente, o *big data* possui valor e escopo econômicos, considerando que essa velocidade e valor extraído da aquisição e exploração de dados ajuda as empresas a obterem significativo poder de mercado (STUCKE; GRUNES, 2016)

O efeito de se aprender com os dados (*learning effect*) corresponde às funções dos algoritmos dos mecanismos de buscas responsáveis por aprender quais seriam os melhores resultados de acordo com cada clique. Os resultados de uma busca seriam refinados pelos algoritmos a partir dos cliques de cada usuário. Assim, no caso das plataformas de busca, que oferecem como serviço resultados de pesquisas, a aprendizagem automatizada mediante coleta e processamento de informações dos usuários é capaz de aperfeiçoar e filtrar os resultados, de forma customizada.

Daí decorre perceptível função econômica dos dados: proporcionar aos agentes econômicos uma oferta de produtos e serviços mais direcionada em relação a cada consumidor. De acordo com relatório produzido pelo “*Stigler Committee on Digital Platforms*” (2019), as plataformas que analisam o comportamento dos consumidores por meio da coleta de dados podem explorar seus padrões de consumo e desenhar uma oferta mais personalizada, aumentando seus lucros por meio da exploração de padrões e vícios de consumo.

Os agentes econômicos podem não só oferecer produtos e serviços direcionados, como também direcionar a publicidade ao público real de consumidores de determinado produto ou serviço. Isso também abre margem para que os agentes econômicos cobrem preços distintos dos usuários com fundamento nos dados pessoais (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2016).

Nesse sentido, cumpre mencionar decisão proferida no processo nº. 08012.002116/2016-21, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que multou a empresa Decolar em mais de 7 milhões de reais pelas práticas de *geo pricing* e *geo blocking*¹³. Vê-se para logo que,

11 As expressões “exercício de poder de mercado”, “abuso de poder econômico” e “abuso de posição dominante” foram tratadas como sinônimas. Isso porque a doutrina, em geral, utiliza as expressões “poder econômico” e “poder de mercado” como unívocas.

12 Conforme aponta Bagnoli (2016), o *big data* pode ser caracterizado a partir de um modelo de 6Vs: (i) volume, que representa a captura em massa de dados; (ii) velocidade, que indica a agilidade com que se processa e captura dados; (iii) variedade, que aponta para os vários tipos de informações suscetíveis de captura; (iv) valor, que representa a possibilidade de extração de algum valor dos dados processados; (v) veracidade, que corresponde à precisão e confiabilidade das informações; e, por fim (vi) validação, que significa a possibilidade de extrair algum sentido e coerência dos dados. Em termos de caracterização, o volume, a veracidade, a variedade e o valor permitem distinguir o Big Data de uma capacidade comum de coleta, processamento e análise de dados

13 Geo pricing é uma conduta abusiva de discriminação de preços de acordo com a localização do consumidor, ou seja, um mesmo produto ou serviço é oferecido a preços distintos de acordo com a localização do usuário. Já a prática de geo

a despeito das relevantes discussões que surgem na esfera de direitos consumeristas, as informações pessoais dos consumidores, *in casu*, os dados de localização, podem aumentar o poder de manipulação e a especificidade de oferta de produtos e serviços.

Essa coleta de dados também permite a antecipação das escolhas dos consumidores. Assim, plataformas como *Amazon* e *Google* podem ingressar em mercados adjacentes, nos quais terão evidente vantagem competitiva mediante obtenção de informação dos usuários que dependem de suas infraestruturas, consolidando seu poder de mercado (KHAN, 2016). Nesse sentido, um estudo da *Competition and Markets Authority* (2020, p. 18) revela que:

[p]latforms with market power can leverage their position into downstream or adjacent markets, giving themselves an advantage over potential competitors and undermining competition in those markets. We have heard numerous complaints about this form of activity, for example, that Facebook is using its position in social media to leverage into adjacent markets, or that **Google is using its position in general search to undermine competition in different forms of specialized search, including online travel agents and shopping comparison.**

Essa é precisamente a denominada teoria da alavancagem. As informações pessoais dos usuários são capturadas de um mercado para beneficiar outra linha de negócio do mesmo agente econômico. O controle de dados funciona como instrumento de aumento de poder de mercado e como uma barreira à entrada de novos concorrentes.

Confira-se, nesse sentido, documento elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE:

Isso gera um ciclo positivo em que maior escala e acesso a dados fortalecem a empresa, que passa a ter ainda maior escala e mais dados. Esta seria uma importante barreira à entrada, em particular quando a natureza singular e acesso exclusivo às bases de dados faz com que elas percam sua característica de bem público no sentido econômico do termo (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE, 2020, p. 23).

Entretanto, os consumidores dificilmente têm consciência do valor de seus próprios dados e da forma pela qual as empresas de alta tecnologia conseguem se beneficiar dessas informações pessoais. Isso se dá, em grande medida, porque os consumidores não sabem quais dados podem ser coletados e os termos de privacidade geralmente são extensos, apresentados em linguagem complexa ou pouco compreensíveis (OCDE, 2016).

Portanto, não só os dados servem à aquisição de consolidação de poder econômico das empresas, como também são a base de todo o sistema econômico digital contemporâneo, tornando-se particularmente desafiador distinguir um uso de dados concorrencialmente ilícito de uma mera vantagem competitiva. Com efeito, as grandes empresas de tecnologia, que são dotadas de maior capacidade de coleta, processamento e análise de dados em massa, tendem a possuir maior poder de mercado nessa esfera digital. É uma espécie de ciclo vicioso de poder econômico movido à base de dados pessoais.

3.2 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA PREMISSE DA “COMPETIÇÃO A UM CLIQUE DE DISTÂNCIA” NA AVALIAÇÃO DE POTENCIAIS ABUSOS DE PODER ECONÔMICO

Avança-se, a partir deste ponto, para as especificidades de projeto da Google, que culminou com a decisão do CADE analisada na seção posterior.

Em 2009, a *Google* iniciou um projeto de digitalização e disponibilização de diversos livros na rede, o que acarretou inúmeras críticas ao seu poder econômico.¹⁴ Em 2010, a Comissão Europeia (“Comissão”) iniciou um inquérito preliminar em face da *Google*, acusada de preterir nos resultados de busca de seus buscadores os produtos e serviços que concorriam com os seus próprios, sobretudo o *Google Shopping*. Essas investigações originaram e intensificaram as discussões sobre o abuso e a posição dominante da empresa.¹⁵

Daí surgiu a lógica de que “*competition is one click away*” ou da “competição a um clique de distância”, que se tornou o principal argumento da *Google* e foi, até mesmo, incorporado aos seus princípios: “*Google’s six principles of competition and openness: (...) Competition is just one click away*”.¹⁶

De acordo com essa tese, calcada na Escola de Chicago, o consumidor pode facilmente acessar os produtos e serviços oferecidos por empresas concorrentes, porquanto os custos de troca de buscadores gratuitos seriam inexistentes, assim como o seriam as barreiras à entrada nesses mercados de “preço zero”¹⁷. De acordo com esse discurso, as práticas da *Google*, especialmente relacionadas ao *Google Search*, seriam estratégias comerciais lícitas e dificilmente abusivas. Nesse sentido, veja-se:

A troca de motores de busca não requer nenhum download ou instalação de software, nem é necessário para os usuários devem se inscrever ou treinar novamente, já que todos os mecanismos de pesquisa funcionam com base no mesmo princípio simples. Todos os motores de busca são portanto, verdadeiramente apenas “apenas um clique de distância”. Na verdade, muitos usuários da Internet hoje usam vários mecanismos de pesquisa em paralelo (ou seja, *multi-home*). Além disso, não há efeitos de rede que possam tornar mais difícil alternar a pesquisa motores (KERSTING; DWORSCHAK, 2014, p. 4-5, tradução livre).

Bork e Sidak (2012), analisando o mercado de pesquisa online e o caso da *Google*, corroboram a ideia de que a arquitetura aberta da internet permite aos consumidores uma navegação direta, sem que seja necessário acessar o *Google*. Inexistiria qualquer custo de troca ou obstáculo técnico imposto pela *Google* que inviabilize a substituição de seus serviços. Em outras palavras, de acordo com o raciocínio da “*competition is one click away*”, dificilmente existem barreiras à entrada e troca em mercados digitais.

14 Além de discussões relacionadas a direitos de propriedade intelectual, neste artigo não exploradas.

15 Confira-se: CATAN, Thomas; VASCELLARO, Jessica E.; FORELLE, Charles. EU Opens Google Antitrust Inquiry. *The Wall Street Journal*, [S. l.], 2010. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704188104575084062149453280>. Acesso em: 7 set. 2020.

16 Confira-se: Google’s Approach to Competition. Google Public Policy Blog. 8 maio 2009. Disponível em: <https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html>. Acesso em: 7 set. 2020.

17 Para uma visão contrária, reconhecendo que mercados digitais podem não ser tão livres de barreiras como parecem ser, veja-se JANSEN; ZHANG, M.; ZHANG, Y., 2007.

A despeito dessas considerações, não parece razoável ignorar, segundo autoridades de concorrência, que embora essas plataformas produzam, de fato, diversas externalidades positivas aos consumidores, tende-se a corroborar o aumento do poder econômico das empresas e o aumento da concentração de determinados mercados, até mesmo pela criação de algumas barreiras (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2016).

Trata-se do denominado “*the winner takes all*”, que se torna muito evidente em plataformas digitais, de forma mais acentuada que em mercados físicos. Isso porque esses efeitos de rede, inerentes às plataformas de múltiplos lados, podem se desenvolver sem muitas limitações, como as enfrentadas pelos mercados físicos (finitude de espaço, por exemplo, que limita o número de consumidores). Paradoxalmente, os efeitos de rede positivos, notadamente produzidos pelas plataformas de múltiplos lados, têm por corolário uma tendência à concentração mais acentuada em mercados digitais (HOPNER, 2015; WHISH; BAILEY, 2015).

Esse efeito de rede do *big data* é chamado de *feedback loop*. Confira-se:

[...] quando uma forte externalidade de rede através da plataforma existe em mais de um lado do mercado, isso cria feedback loops. Nesses loops, uma ação pode disparar uma espiral de reações, que, como em um efeito multiplicador, aumenta a magnitude das consequências da ação. Como exemplo, aumentar o preço que usuários pagam pode reduzir o número de usuários, mas isso também pode reduzir o valor da plataforma para anunciantes e, por isso, reduzir a quantidade de anunciantes dispostos a pagar. Por sua vez, isso pode reduzir o retorno que os fornecedores de conteúdo recebem quando seu conteúdo é visto na plataforma, reduzindo, portanto, a quantidade ou qualidade do conteúdo, o que pode reduzir o número de usuários. Novamente, isso pode então reduzir o número de anunciantes que estão dispostos a pagar, e assim por diante. Cada ação tomada pela plataforma pode criar uma série de reações (um ripple effect). Se esses efeitos se estenderem suficientemente, eles podem levar a empresa à falência, de um lado, ou ao monopólio, de outro” (OCDE, 2018, p. 11)

Entretanto, importa esclarecer que o acesso e o controle de dados, por si só, não são suficientes para configurar uma espécie de barreira à entrada. É importante analisar se a exploração do *big data* por uma empresa é capaz de dificultar ou até impedir a entrada de novos concorrentes em uma plataforma digital. O desafio consiste em identificar se essa exploração é uma mera vantagem competitiva lícita ou se ela contribui para o abuso de poder econômico.

No caso específico, um fator que pode dificultar a entrada de novos concorrentes e que vai de encontro ao raciocínio da “*competition is one click away*” é o fato de que nas plataformas online podem funcionar portas de entrada para outras empresas que queiram prestar serviços e oferecer seus produtos online, mas sob condições. As plataformas ditam as condições aos usuários e demais negócios que dependem de suas infraestruturas para funcionar (KHAN, 2016).

O argumento de que a competição estaria a um clique de distância também não convenceu a Comissão, que condenou a Google por abusar de sua posição dominante ao pagamento de uma multa equivalente a 2,42 bilhões de euros. Dentre vários elementos considerados na decisão, vale destacar que a Comissão decidiu que a Google exerce, de fato, posição dominante no mercado relevante de pesquisas gerais (a delimitação geográfica foi o espaço econômico europeu), por possuir participação de mercado em torno de 90%.

Considerou a Comissão, além disso, que o abuso dessa posição ocorreu porque o Google Search priorizava o Google Shopping e rebaixava os concorrentes na SERP (*Search Engine Results Page*). Essa conclusão foi fundamentada no fato de que a prática teria tido como consequência (i) o aumento de tráfego no Google Shopping: o tráfego foi 45 vezes maior no Reino Unido, 35 vezes maior na Alemanha e 19 vezes maior na França, entre outros; e (ii) a redução significativa do tráfego em serviços rivais desde a prática da conduta abusiva: queda específica de tráfego em rivais de 85% no Reino Unido, de até 92% na Alemanha e 80% na França. A Comissária Europeia da Concorrência esclareceu que

A Google criou muitos produtos e serviços inovadores que fizeram a diferença em nossas vidas. Isso é bom. Mas a estratégia da Google para seu serviço de comparação de preços não era apenas atrair clientes, tornando seu produto melhor do que o de seus rivais. Ao invés disso, a Google abusou de seu domínio de mercado como mecanismo de pesquisa, promovendo seu próprio serviço de comparação de preços em seus resultados de pesquisa e rebaixando os dos concorrentes. O que a Google fez é ilegal de acordo com as regras antitruste da UE. Negou a outras empresas a chance de competir pelos méritos e inovar. E o mais importante, negou aos consumidores europeus uma escolha genuína de serviços e todos os benefícios da inovação (2017, tradução livre).¹⁸

Portanto, de acordo com essa visão, que reconhece inclusive os benefícios dos mecanismos de comparação de preços da Google, verificou-se que a competição não estava necessariamente a um clique de distância. Afinal, tratava-se de plataforma que explorava o big data e o utilizava para consolidar seu poder de mercado, não podendo se ignorar as novas formas de barreiras à entrada por ela colocadas.

Na próxima seção, como forma de submeter a problemática e as considerações teóricas trazidas até o momento para a realidade brasileira, analisa-se, o caso Google Shopping no âmbito do CADE.

4. A DECISÃO DO CADE NO CASO DO “GOOGLE SHOPPING” E OS DESAFIOS À ANÁLISE ANTITRUSTE

A escolha do presente caso ocorreu em razão da relevância dos debates travados nos votos acerca da concorrência em mercados digitais. Além disso, não se pretende abordar e explorar detalhadamente todos os fundamentos utilizados nas decisões, tampouco posições pessoais dos decisores. O objetivo da presente seção é apenas o de se identificar pontos de reflexão, e inflexão, da análise concorrencial.

Feita as ressalvas devidas, observa-se que o procedimento foi instaurado em outubro de 2013, mediante representação da empresa E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., que detém os sites de comparação de preços Buscapé e Bondfaro, o objetivo do processo foi a apuração de supostas condutas abusivas praticadas pela Google Inc. e pela

18 Para mais detalhes sobre a decisão da Comissão Europeia, vale conferir: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740

Google Brasil Internet Ltda., tipificadas no art. 36, incisos I, II e IV, e § 3º, incisos III, IV, X e XI, da Lei nº 12.529/2011.

As condutas imputadas à Google foram divididas de acordo com o lapso temporal de utilização do Product Universal¹⁹ e do *Product Listing Ads* (PLAs)²⁰. O Conselheiro Relator (CADE, 2019, p. 21) classificou as condutas a serem avaliadas de acordo com essas técnicas e seus períodos de vigência, subdividindo-as em três espécies.

A primeira englobaria as condutas exclusionárias, que se configurariam mediante a imposição aos comparadores de preços de condições que tornem impossíveis a compra de uma PLAs, privilegiando os varejistas e *market places*. A segunda encamparia a inovação predatória, configurada pelas alterações de *layout* realizadas pela Google em sua página de resultados. Por fim, a terceira corresponderia ao posicionamento privilegiado, por meio do qual a Google estaria se aproveitando de sua posição dominante no mercado de buscas para impulsionar o próprio serviço de comparação de preços (Google Shopping).

Tanto o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) quanto a SG (Superintendência-Geral do CADE) sugeriram o arquivamento do processo administrativo. O primeiro por entender que não haveria indícios econômicos suficientes para caracterizar a suposta infração. O segundo, pela ausência de indícios de condenação e por ter entendido que a Google permitia serviços de comparação de preços nos “PLAs”.

O Conselheiro Relator, uma Conselheira e o Conselheiro Presidente, que fez uso de seu voto de qualidade, optaram pelo arquivamento do processo. Os demais apresentaram votos favoráveis à condenação da Google. O processo foi arquivado nos termos do voto do Conselheiro Relator e transitou em julgado (2.7.2019).

Passa-se, a seguir, à análise dos fundamentos para o arquivamento do processo e para a condenação da Google, nessa ordem.

4.1 FUNDAMENTOS PARA O ARQUIVAMENTO DO PROCESSO

Inicialmente, cabe apontar algumas características importantes à delimitação do mercado relevante destacadas pelo Relator (CADE, 2019, p. 1-59). A primeira delas se refere aos bens distintos desses mercados, tanto do ponto de vista do consumidor quanto do ponto de vista dos varejistas e fornecedores. Os mercados de buscas genéricas e de comparação de preços seriam mercados de múltiplos lados.

Além disso, destacou-se que o Google seria uma plataforma de *matching* não transacional. Plataforma de *matching*, pois teria por objetivo conectar dois grupos distintos de usuá-

19 O *Product Universal* corresponde a uma técnica lançada pela Google nos Estados Unidos, em 2007, que permitia a comparação de resultados das buscas de acordo com a relevância entre resultados orgânicos e os resultados verticais. Essa técnica ranqueava os resultados de acordo com a qualidade e relevância, sem qualquer distinção entre os resultados orgânicos e verticais. Resultados orgânicos são aqueles resultados relevantes não pagos, ao passo que resultados verticais são os ofertados de acordo com filtros específicos e não genéricos.

20 *Product Listing Ads* (PLAs) consiste em uma técnica de cobrança de anúncios de produtos de outros varejistas em uma posição privilegiada. A cobrança se dá por clique (“custo por clique”). De acordo com a Google, os resultados temáticos exibidos na página seriam definidos por dois algoritmos, um para determinar os resultados temáticos relevantes de acordo com os termos de busca do usuário e outro para classificar os resultados mais necessários em relação aos demais. Em 2012 essa técnica foi implementada no Brasil em substituição à *Product Universal*.

rios. E não transacional pois não habilitaria transações entre os grupos distintos, ou seja, não monitoraria ou serveria de suporte a essas transações (CADE, 2019).

Diante disso, foram dois os mercados relevantes delimitados na dimensão produto: (i) de buscadores genéricos e (ii) de comparadores de preço. Embora o Relator tenha considerado dois mercados relevantes distintos entre os mercados de busca geral e de buscas temáticas, destacou que, pessoalmente, acreditava não haver segmentação entre os mercados, porquanto não haveria “intenção de busca temática ou geral” por parte do usuário, mas mera pesquisa por um termo. Os demais votos pelo arquivamento do processo, também concluíram pela existência desses dois mercados relevantes.

Em relação ao poder de mercado, verifica-se que o Relator considerou que o *market share* não seria a melhor ferramenta para verificar a existência de poder de mercado da Google pois as plataformas de busca não transacionam bens físicos, mas sim informação (CADE, 2019).

Nesse sentido, ressaltou que em plataformas de múltiplos lados é necessário que todos os lados detenham poder de mercado. Isso porque o lado dos anunciantes é o que permite a monetização, sendo que o lado das buscas é gratuito e gera uma externalidade indireta que afeta o valor e o lado dos anunciantes. Ou seja, quanto mais usuários do serviço gratuito de busca do google, maior o valor gerado para os anunciantes. O efeito de rede indireto teria o condão de reforçar o poder de mercado da Google. Assim, concluiu que a Google detém posição dominante no mercado de buscas gerais não só em decorrência do elevado *market share* (em torno de 90%), como também de outras características, como popularidade, que afastariam a facilidade e propensão à substitutibilidade dos serviços prestados pela plataforma.

O Relator também afirmou que os dados não seriam barreiras à entrada e nem seriam capazes de caracterizar o Google como um insumo essencial. Isso porque os dados não seriam essenciais ao mercado de comparação de preços e, ainda que o fossem, são insumos não rivais e não exclusivos, de sorte que mesmo que os dados possam ensejar barreiras à entrada ao permitirem a oferta de serviços mais especializados, constituem um insumo de fácil acesso por qualquer agente econômico.

Desse modo, o que distingue o sucesso de uma empresa seria a forma pela qual ela explora o *big data* e não necessariamente o volume de dados disponíveis. Em segundo lugar, na visão do Relator, os dados geram mais eficiências positivas aos consumidores, que são beneficiados pela especialização dos serviços utilizados.

Ao final, após a análise de outros fatores que não serão analisados no presente artigo, o Relator concluiu pelo arquivamento do processo, primordialmente em razão da verificação de eficiências produzidas pelos serviços prestados pela empresa e da ausência de comprovação de efeitos das condutas.

Da mesma forma, o Conselheiro Presidente optou pelo arquivamento do processo por insuficiência de indícios que comprovassem danos aos sites de comparação de preços e ausência de provas que demonstrassem queda de visibilidade dos sites de comparação de preços. Ressaltou também que a mudança no design do produto não foi introduzida com a finalidade específica de prejudicar a concorrência e que inexistem danos efetivos ao consumidor.

Igualmente, uma terceira Conselheira concluiu pelo arquivamento por ausência de provas para demonstrar os efeitos anticompetitivos e para demonstrar relação de causalidade entre

as condutas da Google e os efeitos no mercado, como a diminuição do tráfego nos comparadores de preços.

4.2 FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO DA GOOGLE POR ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Entre os Conselheiros que proferiram votos favoráveis à condenação, uma Conselheira (CADE, 2019, p. 1-22) acolheu a delimitação de mercado relevante realizada pela SG, considerando a existência de dois mercados relevantes, um de buscas genéricas e outro de comparadores de preços. Em relação ao mercado de buscas, destacou que a concorrência entre comparadores de preço e de buscas genéricas seria limitada, ou sejam, aqueles não concorrem com estes últimos no mercado de buscas genéricas quando a pesquisa realizada não for temática. Igualmente, considerou limitada a substitutibilidade da demanda entre comparadores de preço e *marketplaces*.

Nesse sentido, fazendo referência ao relatório produzido pela Comissão acerca da “*Competition Policy for the Digital Era*”, considerou que a análise concorrencial em mercados digitais não deve se preocupar tanto com a definição de mercado relevante, já que as fronteiras entre os mercados seriam pouco claras em relação à economia não digital. A análise concorrência dever-se-ia concentrar em teorias do dano e na identificação de estratégias anticompetitivas.

Outro Conselheiro favorável à condenação considerou, entretanto, que a delimitação de mercado relevante é essencial à distinção entre uma vantagem lícita e uma vantagem ilícita. Isso porque uma análise somente a partir dos efeitos pode inviabilizar a identificação dessa distinção, sobretudo em se tratando de mercados com fronteiras tão tênues como os digitais. Para o Conselheiro, assim como para a Comissão na investigação de abuso de posição dominante da Google, os mercados relevantes a serem considerados seriam três: (i) mercado de busca orgânica (ou horizontal); (ii) mercado de busca temática (ou vertical); e (iii) mercado de compras online.²¹

No que concerne ao poder de mercado da plataforma, a Conselheira entendeu que haveria poder de mercado no mercado de buscas, com fundamento no *marketshare* detido pela empresa. Já em relação ao mercado de buscas temáticas, considerou despicienda a sua avaliação em função da teoria da alavancagem e dos dados, uma vez que o Google Shopping lidera os acessos desde meados de 2015.

O Conselheiro, a seu turno, considerou que haveria poder de mercado por três razões. Primeiramente, porque a Google processa mais de 95% das buscas orgânicas no país, de acordo com estudo elaborado pelo DEE. Em segundo lugar, pois a Google funciona como porta de entrada para outros domínios na internet. Por fim, porque a Google teria o poder de catapultar o seu próprio comparador de preços. O Conselheiro destacou, ainda, que uma das motiva-

21 Merecem destaque algumas considerações do Conselheiro sobre o mercado de busca orgânica, que basicamente seria integrado por um prestador de serviços que realiza um *matching*. Esse mercado seria notadamente um mercado de dois lados com notórias externalidades de rede. Além disso, a qualidade do serviço nesses mercados estaria diretamente correlacionada à neutralidade financeira da busca (ou seja, o serviço mais eficiente é o que conecta o usuário ao melhor resultado, e não aquele que conecta o usuário “com aquele que pagou mais para aparecer na plataforma” (2019, p. 2). Esse mercado de buscas orgânicas se distinguiria do de buscas temáticas pois seria “um serviço de biblioteca, [já] o outro [de buscas temáticas] um serviço de propaganda” (p. 2). Nesse contexto, o Conselheiro pontuou que haveria certa relação de hierarquia entre ambos os mercados pois os comparadores de preço pagam ao Google para aparecer em seus resultados de busca.

ções da Google para dominar o mercado de comparadores de preço e, com isso, reduzir a concorrência, seriam não só os potenciais lucros financeiros, mas também a possibilidade de capturar informações dos usuários (CADE, 2019, p. 4).

Já um quarto Conselheiro, igualmente concluindo pela configuração de conduta anticompetitiva, abordou dois aspectos em seu voto para analisar a ilegalidade da conduta: (i) a teoria do dano; e (ii) a desnecessidade de comprovação dos efeitos para configuração de violação à ordem econômica, bastando a mera potencialidade.

Em relação à teoria do dano, o Conselheiro salientou a teoria da alavancagem de poder de mercado na Era Digital, compreendendo que a Google funcionaria como *internet gateway*. Assim, a empresa estaria se aproveitando de sua dominância no mercado de buscas orgânicas para alavancar e estabelecer dominância também no mercado adjacente de comparadores de preços. Nesse cenário, haveria risco de aumento de poder de mercado sem que houvesse concorrência no mérito. Os consumidores teriam menos alternativas no mercado de buscadores de preços e se tornariam cada vez mais dependentes do ecossistema digital da Google.

Em relação aos efeitos da conduta, com fundamento da ilicitude *per se* ou por objeto, constatou que seria possível presumir os efeitos negativos, de sorte que a punição da conduta prescinde a análise sobre os efeitos produzidos. Além disso, entendeu que caberia à Representada comprovar que a inovação pró-competitiva compensa os efeitos exclusionários de sua conduta, bem como que a inovação na forma de apresentação de um produto não é suficiente para sopesar os potenciais efeitos negativos sobre o mercado. Concluiu, assim, pela existência de conduta anticompetitiva decorrente dos efeitos exclusionários, que podem “aumentar o custo de rivais no mercado de comparadores de preço” (p.1) e possuem potencial fechamento de mercado.

Por fim, cumpre apontar que a Conselheira entendeu pela abusividade da conduta de restringir acesso aos PLAs e da prática de posicionamento privilegiado do próprio produto (“*self-preferencing*”). Já um Conselheiro entendeu que a Google havia abusado de sua posição dominante apenas em relação à alteração do *layout* da SERP. Por fim, outro Conselheiro, com fundamento na alavancagem, entendeu que a Google teria se aproveitado de sua posição dominante no mercado de buscas para estabelecer igual dominância no mercado de comparadores de preços.

5. DESAFIOS À ANÁLISE CONCORRENCIAL EM MERCADOS DIGITAIS

Realizado o cotejo do caso Google trazido ao CADE e as considerações teóricas anteriores, são várias as questões que podem ser endereçadas e levam a uma reflexão sobre o ambiente competitivo digital.

De início, é possível mencionar os desafios que despontam da delimitação do mercado relevante. O mapeamento do mercado relevante é de extrema relevância à análise concorrencial, pois permite uma análise mais acurada de provável exercício de poder de mercado.

O primeiro obstáculo à definição de mercados relevantes em mercados digitais é constatado na dimensão do produto. A tecnologia não só molda a estrutura de mercado, como também cria distintas formas de concatenação entre segmentos de mercado distintos. Igualmente, a tecnologia altera as relações de mercado, conferindo mais dinamicidade à troca, criando estruturas com formatos singulares (FRAZÃO, 2019).

Considerando a ausência de delimitações claras, a dinamicidade e a interconexão dessa economia digital, questiona-se acerca da consideração ou não de todos os lados do mercado para definição do mercado relevante. Igualmente, não se pode ignorar a inadequação do TMH,²² também denominado “*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*”(SSNIP), em mercados de “preço zero”, os quais geralmente são apenas um dos lados de um mercado de múltiplos lados e apresentam unidades de custos diversas do preço.

Assim, vê-se para logo que não é possível aplicar um teste centrado no preço à definição de mercado relevante em uma estrutura de preço zero. O TMH simula um aumento de preços, sendo matematicamente impossível definir um mercado relevante em estruturas de preço zero. Além disso, tais mercados de preço zero, por vezes consubstanciados em plataformas de múltiplos lados, constituem, por si só, mais um desafio à definição de mercados relevantes a partir do arcabouço tradicional, sobretudo considerando a racionalidade econômica descrita *supra*, que envolve outros tipos de custos.

Ademais, sobre a análise de mercado relevante em mercados de múltiplos lados, parece não haver consenso se a aplicação TMH deveria considerar a estrutura do mercado de forma ampla ou se o teste deveria ser aplicado a cada lado de forma isolada. Sob a ótica da oferta de vários serviços ou produtos por uma plataforma online, ainda, mais acentuada se torna a dificuldade de aplicação do teste, tendo em vista que a interação entre os grupos distintos dificulta a definição do conjunto de produtos que irão integrar o mercado relevante e sob os quais deve ser aplicado o TMH. Essa reflexão se revela significativa sob pena de uma análise demasiadamente limitada e distante da realidade dos negócios de tecnologia ou, ainda, de análise extremamente abrangente.²³

No caso do Google Shopping, entretanto, é possível identificar que alguns desses pontos foram abordados de maneira condizente com parcela da literatura sobre concorrência em mercados digitais. A autoridade da concorrência foi capaz de extrair e analisar a substitutibilidade, sugerindo a delimitação de mais de um mercado relevante, mediante a identificação dos efeitos de rede e características que, de fato, influenciam a dinâmica concorrencial no ambiente digital.^{<?>}

No entanto, como esclarece Frazão (2017), é importante que se compreenda um mercado de múltiplos lados a partir de suas relações e conexões funcionais, ao invés de realizar uma pura e simples segmentação. Isso porque a substitutibilidade entre os produtos e serviços no âmbito da economia digital se torna mais fluida, de modo que produtos distintos podem ter funcionalidades semelhantes, criando zonas de sobreposição no mercado digital.

22 Nesse sentido, veja-se o item 2.3.4 do Guia para Atos de Concentração Horizontal.

23 É importante mencionar que algumas propostas sugerem a substituição do fator preço pela qualidade, no teste do monopolista hipotético. Nesse sentido, Mandrescu (2018) propõe que a única alternativa à identificação de eventual elasticidade de mercados digitais é orientar a análise para a qualidade, de sorte que o “*small but significant non transitory decrease in quality* (SSNDQ)” em estruturas de preço zero teria por objetivo a avaliação qualitativa das funcionalidades dessas plataformas.

Wu (2017), nesse sentido, sugere a substituição do THM pelo “*attentional SSNIP test*”, que seria uma tentativa mensurar o preço da atenção do usuário. A proposta seria uma tentativa de definir como o consumidor ou usuário de uma plataforma reagiria a um aumento pequeno, mas significativo e não transitório do volume de publicidade de algum produto. O propósito seria verificar se o aumento de publicidade seria capaz de fazer com que os consumidores investissem seu tempo em outro produto ou plataforma.

Apesar disso, há que se mencionar um dos posicionamentos de uma Conselheira no caso trazido ao CADE, no sentido de que a análise concorrencial em mercados digitais deve dar mais importância à análise de efeitos e à identificação de condutas anticompetitivas. De acordo com esse entendimento, em razão da fluidez e dinamicidade dos mercados digitais, o escrutínio concorrencial seria mais eficaz se enfatizasse os efeitos da prática e à identificação de condutas anticompetitivas. Já outro Conselheiro considerou fundamental a delimitação do mercado relevante, como visto.

Ainda que se entenda que a delimitação do mercado relevante não é imprescindível, não é razoável ignorar os obstáculos que despontam de uma abordagem mais tradicional. A despeito disso, consideram-se mais relevantes as dificuldades de abordar e mensurar o poder econômico nas plataformas digitais.

Nesse sentido, é inegável o impacto do uso de dados pelas plataformas, sobretudo em relação à criação de uma nova dinâmica competitiva que deu origem, inclusive, ao termo “*data driven economy*”, ou economia movida a dados. Não obstante, a exploração do *big data* foi pouco explorada na decisão do CADE, que optou por uma abordagem diversa, mas não necessariamente incorreta.

Vale ressaltar que, conforme abordado, são diversas as preocupações decorrentes da exploração do *big data*. No caso do Google Shopping, seria fundamental compreender como o mecanismo de buscas da Google se beneficia dessa exploração. Em primeiro lugar, seria possível mencionar as vantagens que a plataforma de busca adquire a partir da escala de dados coletados e processados pelo próprio mecanismo de busca. Dito de outra forma, a Google se beneficiaria do escopo de coleta e análise de dados através da plataforma. Isso viabilizaria a capacidade de aprendizagem dos algoritmos mediante a coleta de dados e aperfeiçoaria os resultados obtidos, estratégia mencionada na seção anterior. Assim, a Google poderia aprender, por exemplo, os planos de viagem de uma pessoa a partir de um e-mail a um amigo, uma busca geral no Google Search, um vídeo visualizado no Youtube, um site visitado pelo browser da Google (o Google Chrome) ou até mesmo a partir da informação extraída do calendário de uma pessoa (EZRACHI; STUCKE, 2016).

Nesse contexto, surgem as dificuldades de mensuração e compreensão do poder econômico nas plataformas digitais. Frazão (2017), ao comentar algumas possíveis abordagens, menciona que o volume de dados à disposição da empresa seria uma métrica objetiva, embora não necessariamente precisa, porquanto os dados considerados em si mesmos não têm valor se não forem processados e tratados adequadamente para fornecer informação aos agentes econômicos. Nesse sentido, comenta que uma outra possível métrica seria a capacidade do processamento de dados, igualmente complicada em termos de mensuração, sobretudo considerando a relevância de definir se a participação de mercado decorre da preferência dos consumidores ou de uma dependência entre os usuários e anunciantes e as plataformas.

O grau de dependência dos usuários e anunciantes para com a plataforma seria outra forma de mensurar o poder de mercado de um agente econômico. Nesse sentido, um possível indicativo desse grau de dependência pode ser o grau de atenção dos usuários à plataforma. Wu (2017), ao tratar dos mercados de atenção, sugere que uma das formas relativamente simples de medir o poder de mercado em mercados de atenção, como o Google e outras plataformas, seria o tempo, que pode servir como um *proxy* de atenção, indicando a quantidade de tempo investida pelos usuários na plataforma. Entende-se que, quanto mais tempo o usuário gasta na plataforma, mais suscetível à coleta e processamento de dados fica, ou seja, maior o grau de influência da plataforma sob o usuário (FRAZÃO, 2017).

Outro fator que merece destaque e pode auxiliar nessa compreensão mais holística do poder econômico em mercados digitais é o efeito de rede orientado por dados nesses mecanismos de busca. Considerando que esses mecanismos geralmente não cobram pelas pesquisas realizadas, a concorrência costuma ocorrer por meio da qualidade das buscas. Uma dessas dimensões qualitativas é a rapidez ou agilidade com que o mecanismo retorna os resultados.

Além disso, o modelo de negócios dos mecanismos de busca é baseado na interconexão entre usuários, anunciantes e provedores de conteúdo. Dessa maneira, para que ao menos essas duas características das plataformas de busca sejam satisfeitas, são necessários investimentos altíssimos em tecnologia e infraestrutura para que o algoritmo seja capaz de aprender e retornar resultados de modo eficiente. A Microsoft, por exemplo, reportou mais de 4.5 bilhões de dólares para desenvolver a infraestrutura necessária para operar o Bing, seu buscador (EZRACHI; STUCKE, 2016). O alto investimento em infraestrutura poderia, então, ser considerado como uma barreira à entrada.

Igualmente, outra possível barreira à entrada a ser considerada pode ser o próprio “efeito de aprendizagem” ou *“learning effect”* dos algoritmos. Em verdade, a barreira não seria a capacidade de aprendizagem em si do algoritmo, mas o impacto dessa capacidade no aumento de poder de mercado da empresa. O Google é o próprio exemplo desse mecanismo e ciclo de consolidação de poder: apesar dos investimentos da Microsoft, a Google permanece exercendo sua dominância.

Há que se considerar que as fontes de dados da Google são múltiplas e diversas, o que inevitavelmente afeta seu poder de mercado. Isso quer dizer que outros mecanismos de busca que não detém plataformas tão amplas de captura de tamanha variedade de dados podem não conseguir utilizar os dados da mesma forma que a Google, nem personalizar anúncios e resultados de buscas orgânicas ou pagas. A presença da Google em smartphones e tablets aumenta ainda mais a sua participação de multiplataforma no mercado de buscas (EZRACHI; STUCKE, 2016).

Nesse sentido, Newman (2013) destaca que o sucesso da Google parece ter correlação com o controle monopolista de dados, especialmente em razão da possibilidade de direcionamento dos produtos ofertados pelos anunciantes de acordo com os interesses do usuário, o que aumenta a probabilidade de compra do produto ofertado. Co isso, qualquer concorrente da Google teria que pagar os custos fixos de manutenção da plataforma, mas com menos usuários iniciais e com menos cliques por anúncios (e, conseqüentemente, menos anunciantes interessados da plataforma).

Newman (2014) ainda alerta para os riscos ao bem-estar do consumidor que podem surgir dessa coleta e processamento de dados, mencionando, inclusive, a possibilidade de perdas financeiras para o consumidor mediante eventuais discriminações de preços. Nesse sentido, esclarece que a violação da privacidade aliada à ampla mineração dos dados dos usuários realizada pela Google pode ter por corolário a discriminação de preços pelos anunciantes, argumentando que a dimensão do controle e uso de dados pelos agentes econômicos deveria ser uma das questões centrais de investigação regulatória e concorrencial.

A partir o caso do Google shopping é possível perceber que a autoridade já havia começado a repensar algumas premissas. No voto de um dos Conselheiros, por exemplo, a questão dos dados foi brevemente abordada e tratada como um dos incentivos que a Google teria para tentar dominar o mercado. Nos termos do voto do Conselheiro, “[a]o direcionar o usuário para um site próprio de compra e não para um comparador (...), o Google é capaz de observar o que o consumidor faz, colher suas informações e mapear seu comportamento” (CADE, 2019, p. 4).

Outro argumento compreendido como um dos possíveis incentivos para que a Google adotasse condutas monopolistas seria a redução dos custos de transação, sobretudo em relação ao desenho contratual, relacionados à tentativa de evitar que um agente econômico concorrente pudesse representar uma ameaça. Nesse sentido, cabe destacar o voto de um Conselheiro, segundo o qual faz-se necessário um novo olhar sob teorias tradicionais do dano, tais como as teorias acerca da ambiguidade dos efeitos de condutas discriminatórias e a *essential facility*.²⁴

De acordo com o Conselheiro, a plataforma Google não seria “*indispensável*” no sentido tradicional utilizado pela teoria de *essential facilities*, mas funcionaria como uma espécie de *internet gateway*. Esse cenário aumenta ainda mais o grau de dependência de novos entrantes em mercados adjacentes ao da plataforma principal. Isso é precisamente o que se depreende da análise do caso do Google Shopping.

Nota-se que, muito embora o Google não seja indispensável no sentido de inviabilizar completamente a concorrência, é possível verificar que a plataforma enfrenta pouca competição, apresentando, por isso, indícios monopolísticos. Em verdade, a concorrência nos mercados de busca não se demonstra necessariamente viável, principalmente em razão da coleta e processamento de dados provenientes de diversas fontes e do próprio mercado. Assim, não se pode ignorar que a conduta praticada pela Google exerce correlação com as estruturas e a própria dinâmica do mercado digital, que podem funcionar como facilitadoras de abusos de poder.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tinha por objetivo primordial demonstrar a correlação entre as estruturas de mercados digitais e seus impactos na prática de condutas anticompetitivas e na análise

24 “In general, a facility is “essential” if competitors cannot compete without access to it. The second element, that duplication be impractical or unreasonable, cannot be satisfied merely by showing that access to the defendant’s facility is more economical than alternatives. ‘As the word’ essential indicates, a plaintiff must show more than inconvenience, or even some economic loss; he must show that an alternative to the facility is not feasible’. The third element, denial of access, may be an outright denial or a constructive denial, such as unreasonable rates or changes in service. The fourth element is fact-intensive and there do not appear to be general standards for evaluating it” (OCDE, 2007, p. 33).

concorrencial. Em um primeiro momento, verificadas as características desses mercados, foi possível perceber que deve ser uma preocupação central do antitruste a constante compreensão do mercado para uma correta manutenção de um ambiente concorrencialmente viável.

Isso é especialmente importante em mercados de estruturas de preço zero, que comportam certa racionalidade econômica. Nessas estruturas, o preço que se paga pelos serviços gratuitos são os dados dos usuários, que, mediante o processamento se transformam em informação suscetível de monetização. Igualmente importante é a compreensão de que a capacidade de exploração do *big data* pode constituir, a um só tempo, verdadeira vantagem competitiva e barreira à entrada de outras empresas.

Diante disso, muito embora as abordagens trazidas à baila nos votos do caso do Google Shopping, levado ao CADE, representem significativa evolução jurisprudencial acerca da concorrência em mercados digitais, verifica-se que ainda há muito a se explorar. Em específico, a tendência à concentração de mercados digitais e os impactos do *big data* na análise concorrencial do poder econômico dessas plataformas parecem ser elementos fulcrais na análise de concorrência no mundo digital.

REFERÊNCIAS

- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Bundeskartellamt. *Competition Law and Data*. 2016. Disponível em: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 2 set. 2020.
- BAGNOLI, Vicente. The big data relevant market. *Concorrenza e mercato*, [S. l.], v. 23, 2016.
- BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1978.
- BORK, Robert H.; SIDAK, J. Gregory. What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google? *Journal of Competition Law and Economics*, [S. l.], v. 8, n. 4, p. 663-700, 2012.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso Acesso em: 27 ago. 2020.
- CARR, David. How Good (or Not Evil) Is Google? *The Wall Street Journal*: [S. l.], 2009. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2009/06/22/business/media/22carr.html?pagewanted=2&r=1&ref=technology>. Acesso em: 7 set. 2020.
- CATAN, Thomas; VASCELLARO, Jessica E.; FORELLE, Charles. EU Opens Google Antitrust Inquiry. *The Wall Street Journal*, [S. l.], 2010. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704188104575084062149453280>. Acesso em: 7 set. 2020.
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Online platforms and digital advertising: Market study final report*. [S. l.], 1 jul. 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. *Cartilha do CADE*. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf/view>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. *Guia de Análise para Atos de Concentração Horizontal*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em: 17 ago. 2020.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Processo Administrativo nº. 08012.010483/2011-94. Interessados: Google Inc e

- Google Brasil Internet Ltda. *Diário Oficial da União*, 2 jul. 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6ZL-wydI0IhRNSr2Q22IByVKByYDYwsa13_JxqldakEIsAfM400_nlair2nInoNzF4h6tAzo-cc8tTVt. Acesso em: 19 set. 2020.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no Cade relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884/94 (Revogada parcialmente pela Resolução nº 45). *Diário Oficial da União*, 28 ago. 1998.
- DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE. *Documento de Trabalho nº. 005/2020*. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. [S. l.], ago. 2020.
- DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. *Despacho nº. 299/2018*. Decisão de Aplicação de Sanção Administrativa, 18 jun. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZ-C2Mb/content/id/26176368/do1-2018-06-18-despacho-n-299-2018-26176301. Acesso em: 3 set. 2020.
- EUROPEAN COMMISSION. Case AT.39740, Google Search (Shopping). *Decision 27/06/2017*. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740. Acesso em: 12 set. 2020.
- EVANS, David S. Attention rivalry among online platforms. *Journal of Competition Law & Economics*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 313-357, 2013.
- EVANS, David S. Antitrust economics of free. *Competition Policy Internationa*, [S. l.], Spring, 2011.
- EVANS, David S. Some empirical aspects of multi-sided platform industries. *Review of Network Economics*, [S. l.], v. 2, n. 3, 2003a.
- EVANS, David S. The antitrust economics of multi-sided platform markets. *Yale Journal on Regulation*, [S. l.], v. 20, p. 325, 2003b.
- EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. London: Harvard University Press, 2016.
- FRAZÃO, Ana. Big data e impactos sobre a análise concorrencial: Direito da Concorrência é um dos mais afetadas pela importância dos dados – Parte 1. *JOTA info*, [S. l.], 28 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-28112017#:~:text=Como%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20dados,impossibilita%20ou%20torna%20consideravelmente%20dif%C3%ADcil>. Acesso em: 10 set. 2020.
- FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.
- GOOGLE'S Approach to Competition. Google Public Policy Blog. 8 maio 2009. Disponível em: <https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html>. Acesso em: 7 set. 2020.
- HOPPNER, Thomas, Defining Markets for Multi-Sided Platforms: The Case of Search Engines. *38 World Competition*, [S. l.], n. 3, p. 349-366, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040557. Acesso em: 6 set. 2020.
- INÁCIO, Gabriel Felipe Nami. *Abuso de poder econômico em mercados digitais: a decisão do CADE no caso do Google Shopping*. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.
- JANSEN, Bernard J.; ZHANG, Mimi; ZHANG, Ying. The effect of brand awareness on the evaluation of search engine results. *CHI'07 Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems*, [S. l.], p. 2471-2476, 2007.
- KERSTING, Christian; DWORSCHAK, Sebastian. Does Google Hold a Dominant Market Position?—Addressing the (Minor) Significance of High Online User Shares. *Ifo Schnelldienst*, [S. l.], v. 16, 2014.
- KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *Yale Law Journal*, [S. l.], v. 126, 2016.
- LICKLIDER, J.c.r. *Memorandum For Members and Affiliates of the Intergalactic Computer Network*, 2001. Disponível em: <https://www.kurzweilai.net/memorandum-for-members-and-affiliates-of-the-intergalactic-computer-network>. Acesso em: 1 jun. 2020.

- MANDRESCU, Daniel. The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies. *Eur. Competition & Reg. L. Rev.*, [S. I.], v. 2, p. 244, 2018.
- NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: applications. *Washington University Law Review*, [S. I.], v. 94, p. 49, 2016.
- NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, [S. I.], p. 149-206, 2015.
- NEWMAN, Nathan. The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google (September 24, 2013). *William Mitchell Law Review*, [S. I.], v. 40, issue 2, 2014. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2310146> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2310146>. Acesso em: 9 set. 2020.
- OCDE. Externalities. *Glossary of Statistical Terms*. 2002. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3215>. Acesso em: 21 jun. 2020.
- OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background note by the Secretariat*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 6 set. 2020.
- OCDE. *Exploring the Economics of Personal Data: a survey of methodologies for measuring monetary value*. 2013. Disponível em: http://edshare.soton.ac.uk/15267/3/OECD_2013.pdf Acesso em: 10 set. 2020.
- OCDE. *Policy Roundtables: Refusals to Deal*. 2007. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- OCDE. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.
- PRESS, Gil. 12 Big Data Definitions: What's Yours? *Forbes*, [S. I.], 3 set. 2014. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/gilpress/2014/09/03/12-big-data-definitions-whats-yours/#16fd76b113ae>. Acesso em: 2 set. 2020.
- ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *Rand Journal of Economics*, [S. I.], v. 37, n. 3, p. 645-667, 2006.
- SEARCH Engine Market Share United States Of America. 1 ago. 2020. Gráfico. Disponível em: <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/united-states-of-america>. Acesso em: 5 set. 2020.
- SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. Zero as a special price: The true value of free products. *Marketing science*, [S. I.], v. 26, n. 6, p. 742-757, 2007.
- SHELANSKI, Howard; KNOX, Samantha; DHILLA, Arif. Network effects and efficiencies in multi-sided markets. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, p. 189-198, 2018.
- STATISTA. *Market capitalization of the largest U.S. internet companies as of September 2019*. 2020. Disponível em: <http://https://www.statista.com/statistics/209331/largest-us-internet-companies-by-market-cap/>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. Os efeitos do preço zero sobre o consumidor de plataformas digitais. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. *Direito do Consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Singular, 2019. p. 159-184.
- STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, [S. I.], set. 2019. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big Data and Competition Policy*. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308970973_Big_Data_and_Competition_Policy. Acesso em: 19 ago. 2020.
- WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- WILLIAMSON, Oliver E. Predatory pricing: A strategic and welfare analysis. *The Yale Law Journal*, [S. I.], v. 87, n. 2, p. 284-340, 1977.

WOLTON, Dominique. Pensar a internet. *Revista Famecos*, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 24-28, 2001.

WRIGHT, Julian. One-sided logic in two-sided markets. *Review of Network Economics*, [S. l.], v. 3, n. 1, 2004.

WU, Tim. Blind spot: The attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, [S. l.], v. 82, 2017.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 31/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 31/05/2021
- Avaliação 1: 08/09/2021
- Avaliação 2: 22/10/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/10/2021
- Retorno rodada de correções: 03/11/2021
- Decisão editorial/aprovado: 21/11/2021

Equipe editorial envolvida

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

AGRICULTURA FAMILIAR, METAMORFOSES DA VIDA SOCIOECONÔMICA E ACESSO A DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

FAMILY AGRICULTURE, METAMORPHOSES OF SOCIO-
ECONOMIC LIFE AND ACCESS TO PENSION RIGHTS

ELIZIÁRIO TOLEDO¹

JANE LUCIA WILHELM BERWANGER²

RESUMO

O artigo visa a problematizar as relações entre os processos de transformação do mundo rural brasileiro contemporâneo e os entraves enfrentados pelos agricultores familiares, sejam eles burocráticos ou socio-culturais, encontrados no acesso aos direitos previdenciários, assegurados pelas cláusulas constitucionais do Estado Democrático de Direito. O recorte teórico-metodológico adotado foi de natureza exploratória, utilizando a literatura sobre a temática. Foi possível concluir que, ainda que haja um vasto aparato legal-normativo que busca se moldar às transformações e demandas sociais dos agricultores familiares, estes enfrentam dificuldades de acesso aos benefícios previdenciários, ocasionadas por regras extralegais realizadas por uma parcela de servidores previdenciários, refletindo na busca dos direitos por meio da via judicial.

Palavras-chave: mundo rural; agricultores familiares; direitos previdenciários.

ABSTRACT

The article aims to discuss the relationship between the transformation processes of the contemporary Brazilian rural world and the obstacles faced by family farmers, whether bureaucratic or sociocultural, found in the access to social security rights, guaranteed by the constitutional clauses of the Democratic State of Law. The theoretical-methodological approach was of an exploratory aspect, based on the study of the related literature. It was possible to conclude that, although there is a vast legal-normative apparatus that seeks to mold itself to the transformations and social demands of family farmers, they face difficulties in accessing social security benefits, due to extralegal rules carried out by a portion of social security workers, reflecting on the search for rights through the judicial system.

Keywords: rural world; family farmers; social security rights.

1 Doutor em Desenvolvimento Sustentável (2013-2017, Universidade de Brasília (CDS-UnB, CAPES 6). Mestre em Desenvolvimento Rural (2007-2009, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PGDR-UFRGS, CAPES 6). Mestre em Ciência e Tecnologia Ambiental (2018-2019, Universidade Federal da Fronteira Sul, PPGCTA-UFFS, CAPES 4). Bacharel em Ciências Sociais (2000-2005, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS). E-mail: enbtoledo@gmail.com

2 Advogada. Doutora em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Ex-Presidente e atual Diretora Científica do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Professora do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional em Direito da Faculdade CERS. Professora de Pós-Graduação *lato sensu* em várias instituições. Atua com ênfase na área do Direito Previdenciário, na qual tem várias obras publicadas.

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

TOLEDO, Eliziário; BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. Agricultura familiar, metamorfoses da vida socioeconômica e acesso a direitos previdenciários. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 343-364, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8679>.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o rural tradicionalmente foi tomado como o lugar de roça e atraso. Via de regra, o viés utilizado pela sociedade para interpretá-lo enfatiza-o como o substrato anacrônico, servil, iletrado, caricato, desnutrido, supersticioso, subserviente, escravagista, latifundiário, dividido, racista, improdutivo e desigual, e apesar de tudo, ainda se julga alegre (BUARQUE, 2017). Entretanto, mesmo com essas adjetivações negativas, o “mundo rural” e os subsídios dele oriundos, se tornaram parte fundante das contradições que emergiram na formação da sociedade brasileira. Contudo, apesar de influente, o longo passado agrário está ficando para trás, na medida em que a sociedade se torna majoritariamente urbana, fator concretizado desde a década de 1960, quando o rural brasileiro perde a primazia demográfica, ensejando o início de uma grande transformação na economia agropecuária (NAVARRO, 2020).

Pode-se dizer, por outro lado, que o rural ainda permanece muito forte na sociedade brasileira: quando o passado ainda é invocado como referência para justificar e situar as origens históricas, políticas e culturais do permanente e irritante estágio de um país entendido e interpretado como subdesenvolvido para uns, em desenvolvimento para outros, ou mesmo emergente para outros tantos.

Nos tempos do varguismo, mais de 70% da população brasileira foi rural. O Estado, influenciado pelo pensamento modernizante, iniciou a implantação da infraestrutura a fim de transformar a economia agrícola em economia industrial – o rural agropecuário ficou quase sempre em segundo plano. O objetivo foi inserir um país latino-americano e periférico à moderna e emergente economia mundial do pós-guerra, defendida pela ideologia modernizante do progresso. Latour (1994) acredita que o cerne da modernidade diz respeito ao conjunto articulado de entendimento e de práticas que, cada vez mais, produzem “híbridos” – os tipos mistos de natureza e cultura, que se manifestam em tempos cada vez mais exíguos. Assim sendo, é necessário focar a análise na capacidade dos indivíduos e das organizações da sociedade em capturar, assimilar e entender os mundos e prepará-los para a ação. As teias relacionais marcadas pelo tempo e espaço foram encurtadas, se tornaram complexas e se estenderam aos mundos da vida, mas não fornecem nenhuma garantia em indicar os rumos do futuro com alguma certeza.

Todavia, ao se referir ao rural – e ainda que possa parecer repetitivo –, é alentador ressaltar o trabalho inovador de Antônio Cândido em *‘Os parceiros do Rio Bonito: estudo sobre o caipira paulista e a transformação dos seus meios de vida’*, realizado na década de 1950. Esse autor capturou as metamorfoses sociais daquele tempo e percebeu as influências, persistências e as mudanças incorporadas, marcadas por relações pré-capitalistas de acumulação, e que introduziram transformações nos modos de vida do meio rural. Além disso, nos estudos realizados por Celso Furtado, se referindo ao Nordeste rural, encontra-se o registro sobre a ausência de condições socioeconômicas que afetavam os destinos do ‘mundo rural’. Sublinhou a inexistência de uma ‘agricultura moderna’, tendo por base a inserção no modo de produção capitalista, a fim de aumentar a renda dos agricultores, ao ‘fornecer mais racionalidade’, segundo as palavras do autor, fundado e concebido para o mercado doméstico, tomado pelo autor, como um dos responsáveis pelos desequilíbrios do país (FURTADO, 2013).

Portanto, ainda há uma perspectiva carregada de referências ao passado que se expressa na extraordinária carga simbólica e cultural da sociedade brasileira, repercutindo na recusa e

demora nas esferas políticas do Estado em estudar, compreender e incorporar o mundo rural como parte integrante e necessária de uma estratégia de desenvolvimento para o país (VEIGA, 2001) – tarefa, em grande parte, ainda inconclusa. Nesse aspecto, Navarro (2019) destaca que, apesar da longa história agrária e agrícola do Brasil, é somente a partir da década de 1970, que os assuntos rurais passaram a ser temas de interesse das Ciências Sociais (exceção feita à disciplina da Economia) com a alocação de fundos para a realização de pesquisas nos cursos de graduação e pós-graduação nas universidades federais. Além disso, há temas rurais que ainda são recorrentes, como, por exemplo, a expressão insistente e permanente sobre a questão da distribuição e ocupação de terra, um assunto mal-entendido e mal resolvido. No Brasil rural, a terra é tomada como condição primeira para a produção agrícola e morada para a maioria empobrecida de agricultores, quase sempre vagueia indulgente e precária na busca do sustento (PALMEIRA, 1977). Atualmente, contudo, para a maioria dos agricultores, a terra foi transformada em elemento de avaliação, reserva, racionalidade econômica e meio de produção.

Entretanto, apenas a concretização do sustento familiar não é mais suficiente, na medida em que a ideia de cidadania ampliou fortemente os desejos e as necessidades. E, nos longínquos grotões brasileiros, foram inexistentes, nulos ou mesmo tardios, os estímulos às condições para a emergência e exercício de uma vida cidadã. A presença política do Estado, quando existiu, foi na maioria das vezes, conduzida de forma severa pelo mandonismo, coronelismo e clientelismo (CARVALHO, 1995; LEAL, 1997; NUNES, 2003), avessos a quaisquer referências de reconhecimento social ou ao direito positivado. Dessa forma, é razoável admitir que o isolamento social, a precariedade socioeconômica, a expressão diuturna da violência física simbólica e a constância da vida familiar comunitária embutiram nas populações rurais mentalidades de subordinação e de submissão. E parte dessas influências históricas, foram traduzidas em uma postura complacente, nutridas pela desinformação, pobreza e brutalidade, combinadas com a justificação religiosa da fé católica (NAVARRO, 2017). No entanto, talvez a postura subserviente significasse uma das únicas formas de subsistir e existir à permanente selvageria dos tormentos habituais da chibata, empunhada a ferro e fogo pelos feitores e senhores da terra.

Frente o exposto, emerge o objetivo do artigo ao estabelecer relações entre os processos transformadores dos trabalhadores rurais familiares e com as dificuldades burocráticas e socioculturais encontradas no acesso aos direitos previdenciários fundamentais previstos pela Constituição de 1988. O recorte teórico-metodológico adotado percorre itinerário exploratório do conteúdo da literatura que trata sobre os processos de transformações das regiões rurais, da agropecuária brasileira e da legislação previdenciária rural, buscando identificar os entraves legais e supralegais ao acesso aos direitos sociais, especialmente, aqueles conectados com o acesso aos direitos previdenciários.

O texto está organizado em quatro seções, além desta introdução. A primeira seção trata sobre o contexto histórico e a realidade do campo brasileiro. A segunda seção reflete sobre as diferenças regionais. A terceira se atém à tentativa de responder se o rural ainda é “atrasado”. A quarta seção busca interpretar se a previdência rural pode ser tomada como um fator de reconhecimento social dos trabalhadores rurais. Por fim, são tecidas as considerações finais.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO CAMPO BRASILEIRO, A EMERGÊNCIA DA AGRICULTURA FAMILIAR

Historicamente, os vulneráveis do campo foram nominados de forma difusa, como trabalhadores rurais ou produtores rurais, em qualquer modalidade que fosse: proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário, entre outros. A partir da década de 1990, todas essas figuras foram agrupadas e representadas na noção englobante de 'agricultura familiar' que, emerge no cenário do agro brasileiro. Schneider, Cazella e Mattei (2004) enfatizam que a situação econômica dos trabalhadores rurais/agricultores familiares estava sendo negligenciada nas negociações para a concretização da integração econômica entre os países do Mercosul (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai). As históricas fragilidades econômicas do segmento induziram os movimentos sociais e do sindicalismo rural, representados pela Confederação Nacional de Trabalhadores Rurais (CONTAG) e pelo Departamento Nacional de Trabalhadores Rurais da Central Única dos Trabalhadores (DNTR/CUT), a se unirem pela via das Jornadas Nacionais de Luta, eventualmente transformando-se no 'Grito da Terra Brasil', realizados desde 1995 até 2018 sob a tutela da Contag.

Outro elemento que contribuiu na luta para a emergência e aceitação social e política da agricultura familiar foi a realização de pesquisas por parte de organismos nacionais e internacionais, atuando como ferramentas teóricas e analíticas, enfatizando a agricultura familiar como um novo ator político e categoria socioproductiva no cenário do agro brasileiro (SCHNEIDER, 1999). Agregado a esse fator, buscava-se melhorias, especialmente, por meio de apoio financeiro e políticas de proteção aos agricultores familiares brasileiros da concorrência 'desleal' dos agricultores dos países do bloco (Argentina, Uruguai e Paraguai). O fato é que se produziu entre as diversas organizações da agricultura familiar, um raro e receptivo ambiente político que inaugurou e fortaleceu a disputa de recursos públicos para a criação de um inédito programa de crédito rural para o segmento, o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), em 1995. Após 25 anos de implantação do programa, foram mais de R\$ 258 bilhões contratados (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2020).

As operações de crédito do Pronaf são disciplinadas pelo Manual de Crédito Rural (MCR, 10-2-1), (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021), que caracteriza os possíveis beneficiários do programa: agricultores que compõem as unidades familiares de produção rural e que atendam aos requisitos necessários para a obtenção da Declaração de Aptidão ao Pronaf (DAP) – necessária para se credenciar as operações junto aos agentes financeiros.

O Pronaf é, portanto, destinado àqueles que exercem atividades agropecuárias indispensáveis à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar, exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes (BRASIL, 2008). São, de igual modo, beneficiários do Pronaf os pescadores artesanais, os aquicultores, os extrativistas, os integrantes de comunidades quilombolas rurais, os povos indígenas e demais povos e comunidades tradicionais, desde que atendam os critérios para a emissão da Declaração de Aptidão ao Pronaf (DAP):

- a) explorem parcela de terra na condição de proprietário, posseiro, arrendatário, comodatário, parceiro, concessionário do Programa Nacional de Reforma Agrária (PNRA) ou permissionário de áreas públicas;

- b) residam no estabelecimento ou em local próximo, considerando as características geográficas regionais; (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021)

O local de residência infere, subentendendo a direção e gestão do estabelecimento rural. Nesse caso, Navarro e Pedroso (2011) admitem ser uma hipótese empírica razoável, contudo, para o caso brasileiro, supor que também entre nós, praticamente todos os estabelecimentos serão familiares, registrando-se como muito raros os imóveis rurais que tem direção não familiar (empresas). Sugerem que na agricultura a atividade é amplamente dominada por famílias rurais que administram, elas mesmas, os estabelecimentos e suas operações produtivas.

- c) não detenham, a qualquer título, área superior a quatro módulos fiscais, contíguos ou não, quantificados conforme a legislação em vigor; (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021)

O Módulo Fiscal (MF) é uma grandeza conceitual que estabelece a área mínima necessária para que o estabelecimento seja considerado economicamente viável. É o parâmetro utilizados para classificação do imóvel rural quanto ao tamanho em área, descrito no artigo 4º da Lei 8.629/1993 (BRASIL, 1993), que define: a) minifúndio, inferior a um MF; b) pequena propriedade, de um até quatro MFs; c) média propriedade de quatro a 15 MFs; e d) grande, maior que 15 MFs. Dessa forma, os estabelecimentos da agricultura familiar variam até 440 ha. No entanto, o tamanho da propriedade, quando não relacionado com a renda produzida, é informação insuficiente para elaborar critérios para definir e caracterizar adequadamente a agricultura familiar. Um estabelecimento pode ser pequeno – como, por exemplo, aqueles identificados com a produção de hortifrutigranjeiro – mas gerar altas rendas, enquanto outro estabelecimento com maior área e dedicado a culturas extensivas pode gerar baixas rendas ao não gerar produção em escala. A busca de um conceito mais preciso se encontra preso na disputa por recursos públicos, cujo parâmetro é o recorte de enquadramento em políticas públicas, especialmente nas de crédito rural.

- d) no mínimo, 50% da renda bruta familiar seja originada da exploração agropecuária e não agropecuária do estabelecimento; (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021)

Quando o Pronaf foi instituído em 1996, o percentual de renda do estabelecimento era de 80%. A redução permitiu a inclusão de outras atividades (pluriatividade), obtidas fora da agricultura e fora do estabelecimento, considerando quando há um mercado local de trabalho compatível com capacidade de absorver a mão de obra familiar disponível.

- e) tenham o trabalho familiar como predominante na exploração do estabelecimento, utilizando mão de obra de terceiros de acordo com as exigências sazonais da atividade agropecuária, podendo manter empregados permanentes em número menor ou igual ao número de pessoas da família ocupadas com o empreendimento familiar; (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021)

Quanto a esse critério, cabe fazer a ressalva de que a legislação previdenciária é mais restritiva: para que o seguro especial seja assim considerado, a contratação de mão de obra assalariada deve estar condicionada a épocas de safra, e deve ser de no máximo cento e vinte dias/pessoa dentro do ano civil, excluindo-se o uso de empregados permanentes (BRASIL, 2008). Navarro e Pedroso (2011) acreditam que essa limitação na contratação de empregados permanentes tem relação com um sentimento anticapitalista, imbuído de uma leitura

marxista que é deslocada da realidade, posto que não assimila as recentes transformações da vida social das regiões rurais, em que a mão de obra familiar se torna cada vez mais escassa.

- f) tenham obtido renda bruta familiar, nos últimos doze meses de produção normal que antecedem a solicitação da DAP, de até R\$ 415.000,00, considerando nesse limite a soma de 100% do Valor Bruto de Produção (VBP), 100% do valor da receita recebida de entidade integradora e das demais rendas provenientes de atividades desenvolvidas no estabelecimento e fora dele, recebida por qualquer componente familiar, excluídos aos benefícios sociais e os proventos previdenciários decorrentes de atividades rurais. Sendo o único critério de enquadramento nitidamente econômico. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021)

Os critérios para o acesso ao Pronaf, em especial no que se refere ao limite de módulos fiscais, tornaram-se parâmetros legais para a tipificação e enquadramento em operações de outros programas tais como: Programa Nacional de Crédito Fundiário (PNCF), Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (PNATER), Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR), entre outros, tendo por base a Lei 11.326/2006 (BRASIL, 2006), a Lei da Agricultura Familiar e a Lei 11.718/2008 (BRASIL, 2008). O acesso a esses programas governamentais, bem como à previdência rural em si, vincula os trabalhadores rurais, ainda que de forma indireta, a uma limitada ideia de cidadania e de reconhecimento social.

Conforme abordagem adotada por Navarro e Pedroso (2011), a noção de agricultura familiar foi fortemente influenciada por critérios sindicais e político-ideológicos que permearam, inclusive, a construção do conceito de trabalhador rural na legislação. No entanto, os autores afirmam, que as transformações econômicas, tecnológicas e sociais ocorridas nas regiões rurais brasileiras nos últimos anos foram desconsideradas na construção da ideia de agricultura familiar. O foco inicial foi em tipificar os agricultores (familiares) a fim de acessar uma fatia de fundos públicos destinados ao desenvolvimento desse setor.

Os autores citados ainda destacam que, em termos acadêmicos, a corrente teórica predominante utilizada para capturar a realidade do mundo rural brasileiro, possui sobretudo, um recorte europeu (especialmente, o modelo do camponês francês). Esta opção, no entanto, tende a relativizar a dimensão econômica das atividades agropecuárias, induzindo a pensar o rural e os agricultores familiares, em que prospera a predominância de um modo de vida diferenciado, em que os aspectos econômicos parecem indicar ser secundários. E esse foi o viés adotado que influenciou os atores políticos e sindicais brasileiros, pressionado pelas contingências do Mercosul, resultado da confusão entre a ação governamental e teoria social.

3. AS DIFERENÇAS REGIONAIS

O Brasil é um país continental com grandes diferenças socioculturais entre as regiões. Naturalmente, essas características são reproduzidas entre os agricultores familiares, o que pode tornar complexo e difícil em definir ou estabelecer um 'conceito' único e abrangente. Mas, a mesma diversidade compõe também os processos adaptativos dos agricultores, traduzidos e acionados como respostas às condições econômicas e socioculturais regionais:

dentro do escopo conhecido e defendido como noção de 'agricultura familiar'. Dessa forma, cabem aqueles que vivem no limiar da subsistência, composta por expressiva maioria, e outra parcela reduzida, que obteve mais condições socioeconômicas para empreender.

O trabalho dessa minoria bem-sucedida, de agricultores familiares, por sua vez foi sendo capitalizada e integrada ao processo produtivo nos moldes capitalistas (TOLEDO *et al.*, 2018). São os agricultores inovadores e que efetivamente podem 'viver da agricultura' aqueles cuja estrutura produtiva e econômica permite ascender socialmente. Nesse aspecto, Martins (2014b), defende que a inovação por si só, não se sustenta e nem se legitima socialmente pelos inúmeros impactos, reflexos negativos e penosos que causam e desorganizam a vida social. Ainda que haja consequências deletérias, entretanto, a corrida concorrencial transforma os comportamentos sociais, no sentido de alinharem-se à estratégia de reprodução social e material. Guattari (1977) afirma que as artimanhas expressas pelo capitalismo se mantêm e se viabilizam por meio da ostensiva miniaturização dos meios, indo bem além dos mecanismos puramente técnicos, que de igual modo, apodera os indivíduos por dentro.

Dessa forma, é possível verificar que a inovação não necessariamente se traduz em melhores condições para a maioria da população. Essa configuração se verifica no cenário de transformação dos vários aspectos das regiões rurais com a crescente irrigação financeira, no qual, mesmo com a crise sanitária trazida pela COVID-19 originada pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2), os números do Valor Bruto da Produção (VBP) da agropecuária brasileira em 2021 tendem a transpor a marca de R\$ 1 trilhão (NAVARRO, 2021). Toda essa riqueza não significa necessariamente abundância indiscriminada a todos. Os mecanismos de produção e acumulação das riquezas quase sempre representa a escolha política de quem governa o país, e no caso brasileiro, via de regra, a prática mais comum tem sido condescendente com os mais abastados, por vezes, os mais protegidos.

Um exemplo antigo, vem desde a regulamentação das terras pela Lei de Terras, (BRASIL, 1850) consistiu na opção em privilegiar a grande propriedade e a formação de uma elite agrária. Além disso, soma-se o contínuo abandono do Estado em financiar as demandas das 'funções agricultura e agrária', que se verifica em termos percentuais: em 1987 foram disponibilizados 11,9% dos recursos do orçamento federal, enquanto em 2020, foi alocada somente a fração de 0,41% (SANTANA; GASQUES, 2020). Além disso, o grosso do volume de recursos financia os tomadores de crédito que apresentam as melhores condições financeiras (TOLEDO; ZONIN, 2020), fator que consolida a diferenciação social entre os agricultores.

Por vezes, algumas iniciativas dos diferentes governos, independentemente da clivagem ideológica, consideram a pressão política factual das organizações da sociedade civil, cedendo às demandas dos excluídos por meio de medidas populistas, pontuais ou mesmo, compensatórias de transferência de renda em curto prazo. Essa opção acena com a igualdade jurídica, mas comporta de igual modo, a desigualdade econômica (MARTINS, 2014b), mantendo intactas as estruturas geradoras e mantenedoras da desigualdade.

O espectro da desigualdade econômica se torna evidente quando a análise repousa sobre os estratos com recortes socioprodutivos dos agricultores (vulneráveis, resilientes, empreendedores, extensivos e a elite produtiva) e se traduzem na notável concentração produtiva da agropecuária brasileira. O Grupo de Políticas Públicas da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz da Universidade de São Paulo (ESALQ/USP), ao estudar os dados do Censo Agropecuário de 2017, ofereceu uma proposta, inclusive, de nomeação dos estabelecimentos

rurais, apresentados no Quadro 1, distribuídos em grupos, número de estabelecimentos, área total, percentual do Valor Bruto da Produção (VBP), área ocupada e critérios de segmentação considerando o VBP.

O Quadro mostra a evidente heterogeneidade da agropecuária em termos de desigualdade produtiva. O grupo mais numeroso, nominado como os *vulneráveis* do campo brasileiro, somaram 3,2 milhões de estabelecimentos rurais (69%), ocuparam 12% da área total, com 44 milhões de hectares, mas registraram apenas 4% do VBP, os valores nominais são inferiores a R\$ 25.000,00 anuais (ESALQ, 2020). Desse valor deve-se considerar o desconto das rubricas oriundas do Consumo Intermediário (CI), ou seja, os custos das mercadorias que entram na produção do estabelecimento rural, indicando que os rendimentos líquidos são ainda menores. Dessa forma, os *vulneráveis* representam a grande parte da pobreza rural brasileira, e tomando as informações disponibilizados pelo Cadastro Único registraram 17.173.910 inscrições rurais, das quais 10.365.100 (60,4%) pertencentes às regiões Nordeste e Semiárido (42,5%) ao restante do país (BRASIL, 2021).

Quadro 1 – Nomenclatura dos Grupos de Estabelecimentos Rurais proposto pela ESALQ/USP

Grupos de estabelecimentos	Número de estabelecimentos	% Área total	% VBP	Área ocupada (milhões de ha)	Critério de segmentação
I – Agropecuária de larga escala					
Elite produtiva	43 mil (1%)	49	33	117	VBP<500 mil
Extensivos	54 mil (1%)	1,7	24	83	VBP <50 mil a <500 mil
II – Agropecuária – demais grupos					
Empreendedores	350 mil (7%)	33	6	22	VBP anual>500 mil ou VBP>50 mil+VBP/ha>10 mil
Resilientes	1 milhão (21%)	25	13	85	Área total>100ha +VBP/ha<500 mil ou área total<100ha+VBP 25 a 100 mil+VBP<10 mil
Vulneráveis	3,2 milhões (69%)	12	4	44	VBP anual < R\$ 25 mil+área total <100ha

Fonte: Grupo de Políticas Públicas da ESALQ/USP (2020). Encomenda SAF/MAPA (Texto não publicado).

Além disso, os estabelecimentos rurais representados pelos médios e pequenos estabelecimentos rurais em que os proprietários possuem baixa escolaridade. O envelhecimento, a migração seletiva dos mais jovens, a perda de mercados, as mudanças demográficas, as diferenças tecnológicas e a produtividade menor ou a crescente complexidade das atividades agropecuárias, além da precariedade geral da vida social nas regiões rurais, se tornam incentivo à migração e à desistência em permanecer no campo (NAVARRO, 2021).

Em mesmo sentido, Toledo (2019), ao estudar os agricultores familiares dos municípios de Barão do Cotegipe, Sertão e Viadutos, localizados na região do Alto Uruguai do Rio Grande do Sul, mostrou que 83,3% dos estabelecimentos rurais declararam o ingresso de recursos monetários pela via das aposentadorias e pensões. Com base nos dados, estendendo ao patamar de renda bruta anual dos estabelecimentos de até R\$ 50.000,00, os valores oriundos dessas rubricas assumem importância significativa, em torno de 50% da renda bruta anual, e garantem o suprimento das necessidades elementares dos agricultores familiares estudados.

Os estabelecimentos caracterizados como *resilientes* representaram um milhão (21%) do total, abarcam 25% da área e representaram 13% do VBP: são caracterizados como médias e pequenas propriedades em que predomina a produção leiteira e de hortifrutigranjeiros e são localizados em parte das regiões mais antigas dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Sul de Goiás. O grupo dos *empreendedores* corresponde a 350 mil estabelecimentos rurais (7%), 6% da área, 33% do VBP e está concentrado nas regiões Sul e Sudeste e parte do Estado de Goiás, sendo comumente associado às cadeias produtoras de carne (frango e suínos).

Os estabelecimentos *extensivos* são os produtores das grandes propriedades e da produção de larga escala: consistem em 54 mil estabelecimentos (1%), 24% da área, com apenas 1,7% do VBP, constituídos na maioria por pecuaristas tradicionais e de uma fração de agricultura rentista de baixa produtividade em processos de transformação produtiva. Estão localizados nas regiões do Semiárido, parte da região Norte, periferia das regiões Sudeste e Centro-Oeste.

O grupo seletivo da *elite produtiva* é representado por 43 mil estabelecimentos (1%), com 33% da área, gerando 49% do VBP: operam especialmente com lavouras temporárias de grãos (soja, milho e algodão) localizados no Centro Sul, Centro-Oeste e região do MATOPIBA (Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia). Juntos, os grupos da *elite produtiva* e dos estabelecimentos *extensivos* representam 2% dos estabelecimentos rurais brasileiros, 66% da área ocupada, mas juntos produziram 71% do VBP total (ESALQ, 2020). No Censo Agropecuário de 2006, o percentual desses produtores foi de 63% (IBGE, 2009).

Os dados citados denotam, por si, uma tendência perturbadora. A consolidação das desigualdades produtivas, segundo parte emergente dos estudos rurais, faz coro ao conjunto recente de transformações estruturais da agropecuária brasileira, identificadas como um 'novo período'. Se alude tratar-se de uma nova fase, não é um simples e nem momentâneo fato cronológico; é um ponto de viragem e corte estrutural no desenvolvimento agrário brasileiro, cujo epicentro identifica a natureza distinta no processo de acumulação de capital e que determina o novo padrão agrícola e agrário (NAVARRO, 2016).

O fator da desigualdade produtiva pode ser tomado como um dos reflexos tardios da modernização conservadora³ da agricultura brasileira, que, apoiada fortemente pelo Estado, introduziu uma gama de mudanças técnicas, como uso de agroquímicos e melhoramento genético e uso de mecanização, aumentaram expressivamente a produtividade da terra e do trabalho agrícola. Foi uma das causas e consequências da ampliação da distância socioeconômica entre os agricultores e entre as regiões rurais. Esse fator denota um intenso processo

3 Conceito elaborado pelo historiador e sociólogo Barrington Moore Jr. utilizado entender o caso de desenvolvimento capitalista na Alemanha e no Japão realizado por meio de acordos entre a burguesia e as cúpulas do Estado a fim de evitar rupturas violentas (MOORE JÚNIOR, 1975). O conceito é utilizado para compreender os processos de modernização da agricultura brasileira.

de marcantes transformações da agropecuária brasileira, em que pese as expressões do contínuo esvaziamento demográfico, a crescente 'des-agrarianização' da vida social, mesmo com a expansão sem precedentes da produção agrícola nacional (NAVARRO, 2016). O trabalho de Hoffmann e Jesus (2020) confirma essa acelerada tendência, por meio da análise da queda da população ocupada na agricultura em relação à população total, de 16,3% em 1995 para 8,2% em 2019. Ademais, 49% da população ocupada, segundo os autores residem em áreas rurais, mas não exerce nenhuma atividade relacionada com o trabalho agrícola.

A modernização sistemática da agropecuária liberou braços dos trabalhadores rurais aos centros urbanos. No entanto, o conjunto de transformações a ela relacionadas afetou profundamente a sociedade brasileira. A partir da década de 1960, mais de cinquenta milhões de habitantes das regiões rurais (IBGE, 2020) deslocaram-se para as cidades industrializadas.

O desenraizamento sistêmico foi antecipado por Lewis (1954), ao afirmar que a mão de obra excedente, precária ou desempregada do setor rural e de outros segmentos em regime de subsistência seria atraída pela oferta de trabalho urbano menos penoso e com renda mais elevada. Os rendimentos, apesar de restritos, cobriam o mínimo à subsistência e a reprodução social, e por um período, segundo os argumentos de Lewis, foi sustentado pelo crescimento econômico do desenvolvimento expansionista da indústria, considerada a parte mais produtiva da economia capitalista. A realidade atual demonstra, contudo, que a abundância de mão de obra rural é uma estratégia que pertence ao passado.

Grande parte do trabalho penoso das atividades agropecuárias está sendo realizado por ferramentas tecnológicas e máquinas cada vez mais sofisticadas, cujo uso e manejo exige outros níveis de escolaridade da mão de obra utilizada. Se produz muito mais com menos trabalhadores contratados, confirmando uma tendência para o futuro. Nesse sentido, Martins (2014) adverte da visão enviesada daquilo que é moderno e atual e até mesmo daquilo que seja o futuro.

4. O RURAL AINDA MERECE A ALCUNHA DE “ATRASADO”?

O passado rural, apesar de influente, vai desaparecendo nas brumas do tempo. A agricultura familiar, qualquer que seja ela, antes esboçada como um modo de vida para garantir a sobrevivência, se transformou quase totalmente em modalidade de atividade econômica – embora se admita que alguns agricultores ainda se pautam por valores socioeconômicos que se distanciam da instrumental lógica capitalista, mas são exceções. O tecido social, antes regido pelo isolamento, laços de parentesco, vida simples, comunitária e religiosa, deu lugar à competição, à disputa e à racionalidade da profissão. O uso de tecnologia de produção agropecuária tornou obsoletas práticas e ferramentas do ofício utilizadas no passado. A ampliação dos canais de comunicação acelerou as transformações dos agricultores e dos locais em que viviam, na medida em que foram se rururbanizando⁴ (GRAZIANO DA SILVA, 1997, 1999) – o

4 Sobre esse tema, Andrade (1995, p. 10), admite que existe é “[...] um processo de ruralidade urbana e, em contrapartida, de uma urbanização rural”. A visão de Graziano da Silva (1997), por outro lado, utiliza a teoria do *continuum* rural-urbano, argumentando que os mundos rural e urbano não são opostos, mas complementares. Assim, existe entre eles uma relação de

mundo rural se tornou mais dinâmico e complexo. Essa conjuntura, por vezes, evidencia a fragilidade das ferramentas teóricas e analíticas tradicionais utilizadas para capturar e compreender a realidade e a extensão das transformações socioeconômicas em curso.

Mesmo assim, Grisa e Schneider (2014), afirmam que, passados mais de trinta anos construindo novas relações estabelecidas entre Estado e a sociedade civil, foi possível inaugurar novos espaços de participação social, que permitiram a emergência de novos atores políticos, que foram paulatinamente conhecidos e 'reconhecidos' pelo Estado como sujeitos de direito. Com esse cenário, segundo os autores, foi possível criar e financiar três gerações de políticas públicas para o meio rural, que foram construídas por meio de referenciais que buscaram expressar: a) o modelo agrícola e agrário; b) a esfera social, assistencial e de mercados para a segurança alimentar; e c) na sustentabilidade ambiental.

Ademais, cabe ressaltar, o conteúdo da Constituição Federal de 1988 consolidou vários marcos institucionais nesses últimos trinta anos, especialmente em termos de políticas de educação, saúde, assistência e previdência social. Contudo, o paradoxo permanece, na medida em que o mesmo Estado que assumiu os compromissos de bem-estar é o próprio que vive uma crise brutal na capacidade de financiamento (KLEEB; FAVARETO, 2019).

No entanto, como foi antecipado nesse texto, os processos de produção e acumulação das riquezas dependem, em grande parte, das escolhas de governo, traduzindo-se em atos institucionais. Nesse sentido, apesar dos avanços obtidos pela breve '*primavera institucional*⁵, os benefícios aos 'vulneráveis' do campo nunca chegaram, de fato, a serem institucionalizados, nem mesmo quando havia condições políticas de apoio para tanto. Além disso, foram instituídos programas pontuais de curto prazo, supostamente indicados para atender 'demandas' localizadas e renovadas anos após anos, realizadas com a intenção de cooptar, acomodar e desmobilizar. Infelizmente, esses programas não fizeram parte de um projeto de desenvolvimento para o país, amparado por políticas públicas de médio e longo prazos, com a garantia de financiamento regular pela via do orçamento público. Significa afirmar que, ainda não foram plenamente reconhecidos e aceitos como sujeito de direitos.

O testemunho recolhido por Toledo (2019) destaca sobre o sentimento sobre ausência de proteção da sociedade.

O povo da cidade acha que produzir é coisa fácil, que só *plantá* e pronto, não é como trabalhar de empregado em firma, com hora *prá* tudo. Aqui não tem hora e não tem salário, tem que tirar da terra. A gente arrisca tudo, quando planta, quando colhe, e quando vende, às vezes tem de vender de qualquer jeito e, *prá* qualquer um *prá* poder pagar as contas e sustentar a família, botar comida, roupa e estudos *pros* filhos. Tem banco *prá* pagar, e ele não espera, tem de pagar no prazo, a gente tem vergonha de ter gente correndo atrás. (TOLEDO, 2019, p. 133)

O que torna explícito no relato é a suposição de algum tipo de reconhecimento e que em termos sociais, se torna em uma questão com o surgimento da modernidade e que foram

continuum espacial tanto do ponto de vista de sua dimensão geográfica e territorial quanto de sua dimensão econômica e social. Em Graziano da Silva (1999), enfatiza a emergência do "novo rural", envolvendo grandes transformações sociais, culturais e econômicas que vão desde a técnica de produção, tipo de mão de obra, até o que ele chama de "rurbanização" ao que pressupõe a incorporação das características urbanas ao campo. Mais detalhes ver Graziano da Silva (1997, 1999).

5 Período de governos autoproclamados de "populares" que emergiram a partir de 2002 e permaneceram até 2016, em que se logrou alguns avanços efetivados por meio de programas sociais, destinados a atender às demandas dos sujeitos vulnerabilizados da sociedade brasileira.

presentes nos escritos do jovem Hegel e ampliados por Mead. Os autores se referem às necessidades de reconhecimento social, que podem ser manifestas pela estima e experiência afetiva demonstradas pela comunidade e pelo reconhecimento jurídico, expresso em leis protetivas que devem reger o Estado de Direito. Esses atributos se tornaram objetivos constantemente buscados pelas modernas sociedades democráticas. Honneth (2003) amplia essas concepções ao anotar que as distintas formas de reconhecimento (amor, direito e solidariedade), devem construir relações recíprocas, na medida em que o reconhecimento sempre é efetuado pelo outro. A ruptura, o abuso e o desrespeito dessas relações, são as que fundamentalmente geram os conflitos e as lutas sociais, expressos por meio da culpabilização e ressentimento social mútuos. Contudo, nem mesmo a promessa de reconhecimento na letra fria do texto da lei, garante direito líquido e certo. Há de haver lutas contínuas. Nesse sentido, as dificuldades encontradas pelos agricultores familiares no acesso aos direitos previdenciários, podem ser traduzidos como um exemplo recorrente de negação do reconhecimento e o respeito social por parte dos agentes do Estado, muitas vezes, manifesto no preconceito social explícito ou implícito de parte dos servidores públicos ao desconsiderarem os normativos jurídicos vigentes.

5. OS ENTRAVES QUE DIFICULTAM TORNAR A PREVIDÊNCIA COMO FATOR DE RECONHECIMENTO

Ainda se valendo dos princípios apregoados por Axel Honneth (2011), ao abordar os mecanismos filosóficos que servem fundamentalmente para a justificação e sustentação do papel da autoridade política. O autor anota com acerto, que a sociedade e as estruturas de reprodução social e política, em que os pressupostos do 'Direito', no sentido objetivo do termo, devem enfatizar e respeitar a representação consentida pela sociedade, ao ser admitida e expressa por meio de um sistema ou de uma totalidade de valores escolhidos pela sociedade. Busca, dessa forma, que os valores estejam traduzidos em padrões de comportamento dos indivíduos e na prescrição de normas. Esses elementos, o consentimento e a justificação política, são enfatizados como decisivos para a reprodução de práticas sociais dos indivíduos e de procedimento das instituições. Dessa forma, é razoável admitir que esses fatores foram de fato e de alguma maneira, capturados e traduzidos no processo de transformação da sociedade.

No caso dos agricultores familiares, é um fato que ao longo dos anos, representam a expressão da metamorfose profunda, notória e significativa do mundo rural brasileiro. No entanto, em grande medida, o conjunto dessas mudanças foi, ainda que tardiamente, consagrado na Constituição Federal de 1988, e, entre tantos direitos sociais, incluiu a proteção previdenciária aos trabalhadores rurais e urbanos, conforme prescrito no artigo 194. Da mesma forma, também foram estabelecidos os demais objetivos da seguridade social: universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação, irredutibilidade do valor dos benefícios, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento, com administração democrática e descentralizada da política (VALADARES; GALIZA, 2016).

Dessa forma, desde os primórdios da implantação da legislação previdenciária no Brasil, nos idos de 1991-1992, em cumprimento ao mandamento constitucional, foram dados os primeiros passos no caminho da efetivação dos direitos sociais. Merece especial destaque a inclusão de toda a população até então parcamente protegida (os trabalhadores rurais, de modo geral) ou alijada (as mulheres, em especial). Apesar de o campo concentrar uma significativa parcela da população, em termos de acesso aos direitos previdenciários, não eram ninguém.

Não obstante, se é verdade que a previsão legal de benefícios previdenciários (não só aposentadorias) aos trabalhadores rurais – homens e mulheres, adultos e jovens – trouxe alento e esperança ao campo, por outro lado, inúmeras dificuldades foram despontando e se seguindo umas às outras. No início, o problema foi a implantação dos benefícios: embora o texto na Constituição Federal estampasse como um dos objetivos da seguridade social a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, houve uma demora significativa para que se efetivasse o pagamento de benefícios, principalmente às mulheres trabalhadoras rurais.

Um dos motivos para essa conjuntura, foi a necessidade de legislação previdenciária pertinente (BERWANGER, 2008), que reconhecesse os imensos e concretos obstáculos decorrentes da necessidade de comprovação da atividade rural. A maioria das mulheres rurais não possuía documentos em nome próprio, pois, devido a questões culturais, estes estavam em nome do marido.

A normatização, mais tarde, acabou por encontrar uma solução satisfatória:

A Portaria Ministerial 4.273/1997, de 19.12.1997 foi além e possibilitou que fossem utilizados documentos de outros membros do grupo familiar como, por exemplo, a Certidão do INCRA, em nome do marido, poderia ser usada para provar que a esposa e os filhos trabalhassem na agricultura, em regime de economia familiar, ou até mesmo se não fosse apresentado qualquer documento, o servidor deveria fazer entrevista com o segurado e pesquisa na localidade em que ele trabalhava. (BERWANGER, 2008, p. 112-113)

A legislação previdenciária à época não recebeu muitas críticas. A opção do constituinte de usar como base de cálculo a produção agrícola comercializada trouxe relativo conforto ao não exigir do agricultor contribuição mensal – o que, em termos práticos, seria difícil. Em geral, a venda de produtos agropecuários não é mensal. Em grande parte, é anual. Os benefícios previdenciários desde então são concedidos mediante a comprovação da atividade rural, determinada por norma legal. A Lei 8.213/1991 (BRASIL, 1991) descreveu um rol de documentos para esse fim, contudo, em cada emissão de alguma Instrução Normativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), surgia a exigência de novas provas que não estavam contidas na legislação.

Os primeiros problemas fizeram aflorar o adormecido imaginário preconceituoso e caricato sobre a figura do trabalhador rural (que não condiz mais com a realidade radicalmente transformada), quando o INSS passou a fazer entrevistas com os segurados candidatos a beneficiários. As questões haviam sido previamente formuladas – ou seja, não eram questionamentos imprevisíveis e secretos, já que o modelo da entrevista sempre esteve nas normas internas do INSS – mas a conclusão desse ato administrativo dependia da convicção do servidor sobre o efetivo exercício da atividade rural. Esse fator levou a uma forte conotação

subjetiva, passando o servidor a levar em conta aspectos como: aparência física, a forma de falar, as vestimentas etc., todas fora dos parâmetros legais.

Não era esse o objetivo do legislador: a intenção era confrontar dados do processo, como documentos da terra, da produção, dos integrantes da família, dentre outros, com o relato do segurado sobre a sua vida de trabalho. O objetivo não era incentivar que os servidores emitissem suas opiniões pessoais, uma atrás da outra, até se criar um estereótipo negativo dos trabalhadores rurais, muito menos que fossem criados requisitos locais e regionais, tais como: ser analfabeto, estar malvestido, usar chinelo, dentre outras tantas invencionices Brasil a fora, que resultavam no atraso das concessões dos benefícios. Essas inovações extralegis revelam, de modo exemplar, o grau de preconceito e desconhecimento de uma parte expressiva de servidores do INSS sobre a realidade dos agricultores e das regiões rurais brasileiras visivelmente transformadas, que torna pertinente a descrição de Martins: “[...] *Brasil que desconhecemos tornou-se maior do que o Brasil que conhecemos*” (MARTINS, 2014, p. 180).

Dessa forma, na via administrativa, há dois mundos: aquele descrito na norma legal (lei, decreto, instrução normativa, orientação interna, memorando-circular etc.) que estabelece os procedimentos coerentes e objetivos de comprovação da atividade rural e outro, paralelo e suprallegal, notadamente preconceituoso e discriminatório de parte dos servidores. A imagem de si, criada desses servidores, é representado por um ator urbano empoderado (que tem o “poder de conceder” o benefício), que necessita ser convencido pelos trabalhadores rurais, sentados diante de sua mesa, de que merecem a proteção do Estado. Aqui aparece a visão desvirtuada sobre o rural atrasado, que não pode se assemelhar ao urbano (e não ter os mesmos direitos), o moderno e evoluído. Em síntese, a lei e a prática, tão díspares, imiscuíram-se a tal ponto que foi se perdendo a real noção do conceito do segurado especial.

No entanto, há uma profusão de estudos (VALADARES; GALIZA, 2016; SCHWARZER, 2000; DELGADO; CARDOSO JÚNIOR, 1999) que enfatizam a importância das transferências sociais realizadas por meio da Previdência Rural como estratégia de proteção social, posto que o sistema de cobertura, ao ser extensivo ao conjunto dos estabelecimentos rurais, elevou substancialmente a participação da renda previdenciária na composição da renda das famílias rurais (DELGADO; CARDOSO JÚNIOR, 1999). O peso dos ingressos oriundos da Previdência é mais significativo para as regiões deprimidas economicamente do Brasil, especialmente o Norte e o Nordeste, mas a pobreza rural é uma realidade que se impõe em maior ou menor número em todo o país.

Contudo, a maioria dos servidores do INSS parece desconhecer a importância desse conjunto de informações para o desenvolvimento dos trabalhadores e das regiões rurais e especialmente deixar de observar a legislação pertinente. As estatísticas dão conta de que houve um aumento extraordinário de indeferimentos entre 2018 e 2020. Conforme levantamento do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP, 2021), nos últimos dois anos a quantidade de aposentadorias e outros benefícios rurais negados pelo INSS quase dobrou. Esse aspecto evidencia as negativas de acesso ao direito aos benefícios pela via administrativa e aumento do número de concessões pela via judicial, mostradas na Tabela 1.

Do total de quase 82 milhões de benefícios concedidos, 65 milhões (79,5%) foram para a clientela urbana e 16,8 milhões para a rural (20,5%). Entretanto, do volume de 6,5 milhões de concessões judiciais, 4,2 milhões (64,1%) são urbanas e 2,3 milhões são rurais. Mas quando a análise repousa na participação da concessão de benefícios aos rurais, mostra a maior par-

ticipação de concessões judiciais (35,9% contra 20,5%). Além disso, o percentual do total das concessões, o rural tem 13,9% e o urbano 6,4% (FIPE, 2021). Tais dados sugerem que a judicialização é maior na área rural do que na urbana, o que leva a deduzir a existência de normas e critérios extralegais que dificultam o acesso ao direito pela via administrativa.

Tabela 1 – Concessões Totais e Judiciais INSS – junho de 2003 a outubro de 2020

Clientela	Concessões Totais	Concessões Judiciais	Part. nas Concessões Totais em (%)	Part. nas Concessões Judiciais em (%)	Concessões Judiciais em % do total
Urbano	65.010.653	4.175.673	79,5	64,1	6,4
Rural	16.778.919	2.337.910	20,5	35,9	13,9
Total	81.789.572	6.513.583	100	100	

Fonte: SUIBE/INSS, tabulados pela Fundação Instituto de Pesquisas (FIPE, 2021).

Além disso, a análise das concessões de benefícios do INSS no período, mostra um expressivo aumento da judicialização dos benefícios. A participação das concessões judiciais no total salta de um patamar em torno de 2%, no início do período, para acima de 10% no final do período estudado (FIPE, 2021). Consideramos que a visão depreciativa dos trabalhadores rurais por parte dos servidores pode ser um dos fatores que induz o aumento da judicialização dos benefícios. Convém salientar que a visão discriminatória e restritiva não é uniforme. Há servidores do INSS que conhecem o seu papel republicano no Estado Democrático de Direito, que é de executar e cumprir a lei. Além disso, há muitos servidores que desenvolvem a empatia com os segurados, e se desvestem de preconceitos e prenoções no ato de analisar o direito ao benefício e cumprem seu papel de atender à vontade expressa do legislador.

Por vezes, no entanto, o imaginário depreciativo e preconceituoso das populações rurais (em cada Vara Previdenciária, ele tem suas características) invade e contamina as decisões do Judiciário. A utilização das regras de experiência como elemento integrador da compreensão do direito é possível. O Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015) previu a possibilidade de utilização das regras de experiência (art. 375⁶). Na obra disponibilizada pela Associação dos Advogados de São Paulo e pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (AASP, 2015) foi traduzida a uma noção/conceito do que são as tais “regras de experiência”:

O juiz, quanto à valoração racional da prova, deverá observar o modo como as coisas normalmente acontecem. Isso, por óbvio, não quer dizer que o juiz não possa considerar situações extraordinárias; quer somente dizer que, para fazer as inferências, os raciocínios a partir das provas, será necessário lançar mão de generalizações dotadas de certas qualidades. Uma afirmação como ‘todos os solteiros não são casados’, por exemplo, é universal, permitindo inferências com altíssimo grau de corroboração. Outras, apesar de não universais, conferem graus bastante elevados de probabilidade, permitindo, também, inferências de grau elevado. Outras ainda são inferências baseadas em generalizações com base na “normalidade”, gerando, na melhor das hipóteses, graus de confirmação baixos. As generalizações espúrias, por fim, são aquelas que, quando dirigidas a grupos de pessoas, são taxadas de *preconceitos*; são constituídas por proposições que não possuem qualquer prova

6 **Art. 375.** O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. (BRASIL, 2015)

em suporte, base científica ou mesmo estatística (algo como ‘capricornianos são autoconfiantes’). Justamente por isso, conforme prevê o art. 375, não podem servir para a formulação de inferências. (AASP, 2015, p. 645)

Por outro lado, as máximas de experiência representam, para a interpretação de Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 319), nada mais do que “percepções em abstrato do que ordinariamente acontece. Integram a ‘cultura média da sociedade’, isto é, a ‘cultura do homem médio’, formando um verdadeiro ‘patrimônio comum de uma coletividade’”. E conclui anuindo que:

Por isso que, sendo noções conhecidas e indiscutíveis, podem ser utilizadas sem depender de prova e sem violação da imparcialidade do juiz e do contrário. As máximas de experiência podem formar-se a partir tanto da experiência *comum* (empírica) como da experiência *técnica* (científica). Mas, em qualquer caso, deverão cair no domínio público, isto é, no conhecimento geral do homem médio da coletividade. (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 319)

Diante de decisões controversas e excêntricas – quando, por exemplo, se negam benefícios considerando que os (as) segurados (as) possuem sobrepeso – nota-se um abuso das regras de experiência, de tal modo que sequer são citadas de onde surgiu determinada conclusão. Por vezes basta ao juiz justificar sua decisão com a expressão “tenho pra mim que”, sem fundamentação legal. Quer-se afirmar que usar regra de experiência é bem diferente de usar regra alguma, de tirar uma conclusão do vento. Eros Roberto Grau (2021) usa a metáfora da Vênus de Milo para esclarecer o que vem a ser interpretar a tal regra de experiência.

Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si encomendando-se a ele três *Vênus de Milo*. Ao final do trabalho desses três escultores teremos três *Vênus de Milo* perfeitamente identificáveis como tais, embora distintas entre si: em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutras as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos. Não obstante são, definitivamente, três *Vênus de Milo* – nenhuma *Vitória de Samotrácia*. (GRAU, 2021, p. 47, grifos do autor)

Por fim, Eros Grau pondera que a liberdade não alcançou a completa mudança da figura, querendo dizer que as três esculturas, na sua metáfora, partiram da mesma origem, assim como se espera na aplicação da lei. Ou seja, há características específicas, porém, não segurados especiais completamente diferentes de acordo com cada juiz. Dessa forma, cabe mencionar um detalhe crucial: lembrar aqueles que decidem que existem essas leis e que deveriam eles cumprir o papel de não deturpá-las ao fazerem as esculturas, na metáfora utilizada por Eros Grau.

Por outro lado, percebe-se uma linha evolutiva da figura do agricultor familiar, que incentiva a produção e promove a inclusão. A intenção de alterar a legislação previdenciária foi de ajustar as normas legais para atingir o objetivo comum. Não há lacunas, não pelo menos no nível que tem se utilizado. Ao contrário, há regras objetivas claras que necessitam ser respeitadas. O Estado Democrático de Direito precisa ser continuamente lembrado. Esse conjunto de procedimentos tanto do INSS quanto do Judiciário que avaliam de forma restritiva a caracterização do segurado especial levou às representações dos trabalhadores rurais a proporem e lutarem por novas regras. Assim, em 2008 foi aprovada a Lei 11.718 (BRASIL 2008) e, em 2013, a Lei 12.873 (BRASIL, 2013) ampliaram significativamente o enquadramento do segurado especial. Destacam-se, dentre outros:

a) inclusão no conceito do regime de economia familiar, ao lado da subsistência, do desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar; b) a possibilidade de contratação de mão de obra temporária (120 dias no ano civil); c) a permissão para desenvolver atividade agroindustrial ou agroturístico, ainda que constituindo-se pessoa jurídica; d) a não descaracterização pelo exercício de atividade urbana por 120 dias no ano civil; e, e) a cedência de parte da terra em parceria, meação e comodato. (BRASIL, 2013)

Nota-se que essa evolução legislativa da previdência rural é coerente com a ampliação das políticas públicas e programas voltados ao meio rural, tais como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), dentre outros, consagrando a importância da agricultura familiar, já definida na Lei 11.326/2006 (BRASIL, 2006). Espera-se que o agricultor familiar produza mais e melhor, que se desenvolva e prospere – o que vem sendo, de fato, realizado, ainda que de forma desigual entre os agricultores e entre as regiões. A opção por esse regime diferenciado – de contribuição sobre a produção e de comprovação da atividade rural – vem justamente da importância da agricultura familiar para a segurança alimentar, já que é responsável por garantir a maior parte dos alimentos consumidos pelos brasileiros. Berwanger (2014, p. 387) reitera que “[...] trata-se não só da proteção social decorrente do princípio da solidariedade, mas de um valor estratégico para o Estado brasileiro: a segurança alimentar”.

Contudo, o processo produtivo é visivelmente desigual, Buainain, Silveira, Alves e Navarro (2013) enfatizam a contínua diferenciação social e assenta o enunciado da tese do desenvolvimento agrário e agrícola bifronte. A diferenciação social encurrala os agricultores familiares e os médios produtores em situação de fragilidade estrutural e produtiva. Dessa forma, os reflexos no plano empírico, traz à baila as visões defendidas pelos autores marxistas, segundo as quais, a expansão do capitalismo na agricultura, suprimiria as formas incipientes e não capitalistas, devido à incapacidade de concorrer com as grandes explorações. Kautsky distinguia a superioridade técnica do grande estabelecimento, ao afirmar que “[...] quanto mais a agricultura se identifica com os padrões capitalistas, tanto mais se diferenciam qualitativamente as diferenças técnicas empregadas pelos grandes estabelecimentos das empregadas pelos pequenos” (KAUTSKY, 1972, p. 87).

Modernamente, a diferenciação social se apresenta conjugada com características implícitas do novo padrão de acumulação nas regiões rurais, ocorre na medida em que a nova fase concretiza e se potencializa em dois lados diametralmente desiguais,

[...] de um lado, a dinâmica econômica concentra a produção cada vez mais, e de outro lado, aprofunda a diferenciação social, promovendo intensa seletividade entre os produtores rurais. Em nenhum outro momento da história agrária os estabelecimentos rurais de menor porte econômico estiveram tão próximos da fronteira da marginalização. (BUAINAIN; SILVEIRA; ALVES; NAVARRO, 2013, p. 114)

Dessa forma, se justificam as preocupações com o encurralamento econômico dos agricultores fragilizados ao demandarem políticas públicas de proteção e amparo, em que a priori, o modelo de desenvolvimento em curso dá indícios de não necessitar mais deles, ampliando as possibilidades de exclusão da maioria, traduzida como ideia de modernidade. Contudo, como antecipou Martins (2008, p. 10), “A modernidade, porém, não é feita do encontro homogeneizante da diversidade do homem, como sugere a concepção de globalização.

É constituída, ainda, pelos ritmos desiguais do desenvolvimento econômico e social”. Alguns autores ponderam sobre a urbanização completa da sociedade como um processo que inclui o campo; outros veem um “novo rural”, mas que necessita se modernizar para sobreviver. Há igualmente aqueles que apostam na recriação pretérita do campo por meio do camponês tradicional – que, no caso brasileiro, existe apenas na literatura de clivagem marxista como forma de resistência ao sistema capitalista (TOLEDO, 2019; NAVARRO; PEDROSO, 2011).

O processo de busca e refúgio no passado foi denominado por Bauman (2016) de “inter-regno” e expressa a dificuldade em admitir que o velho não funciona mais, e o novo ainda não foi gerado e nem foi nascido. Losurdo (2015, p. 141) menciona que a dificuldade e a necessidade de enfrentar uma situação histórica continuamente conflitiva e tempestuosa “[...], quase sempre é caracterizada por uma multiplicidade variegada de conflitos, e, por sua vez, cada conflito registra a presença de uma pluralidade de sujeitos sociais, os quais expressam interesses e ideias diferentes e contrastantes” – contrastes que, por vezes, são repetidamente negados e demoram a ser percebidos, assimilados e sobretudo, enfrentados.

Por fim, cabe dizer, que a fragilização material e social dos trabalhadores rurais/agricultores, quase sempre representa a debilidade de uma categoria de indivíduos em fazer valer o contrato social na busca de direitos e capacidade de produzir novos direitos – suposição imperativa do Estado Democrático de Direito. Contudo, a letra fria da lei não é garantia automática dos desejos nela expressos. Há de haver lutas constantes, tarefa essa que remete à eterna vigilância das organizações políticas, criadas com a missão de defender os interesses daqueles que transferiram essas prerrogativas aos representantes.

6. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao longo do tempo, o meio rural, assim como toda sociedade brasileira, vem passando por profundas mudanças políticas e socioeconômicas. No entanto, se as transformações do mundo urbano são vislumbradas de forma natural, o mesmo não ocorre com o meio rural. Muitos ainda o veem como atrasado ou, pior, sequer reconhecem que essa população tem direito à evolução, a uma vida mais integrada, menos isolada e penalizada. É como se o rural estivesse fadado e sentenciado a viver, para sempre, excluído do mundo moderno.

Por outro lado, a importância da agricultura familiar é reconhecida nacional e internacionalmente, especialmente na função de produção de alimentos que garantem a segurança alimentar para as nações. Nesse sentido, foram criados importantes programas e políticas públicas no Brasil, buscando promover o crescimento socioeconômico e o reconhecimento de ator político, e viabilizando a expansão e fortalecimento do segmento.

No que se refere à Previdência Rural, é recorrente na literatura do desenvolvimento rural a sua pertinência e a necessidade para a consolidação de um sistema ampliado de proteção social aos agricultores familiares. Dessa forma, a função dos benefícios ultrapassa a simples contabilidade dos beneficiários: resta documentado nos estudos rurais o impacto dos recursos financeiros dos benefícios em relação à permanência das famílias no campo, especialmente para aquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade socioeconômica e produtiva.

Considerando o conjunto de transformações que revelam a heterogeneidade da agropecuária e das regiões rurais brasileiras, buscou-se estabelecer relações dessas transformações, com o acesso dos agricultores familiares aos benefícios previdenciários. Foi possível inferir que há um conjunto de relações sociais, culturais e econômicas que bloqueiam ou dificultam o acesso a esse direito, expressos pela visão subjetiva e preconceituosa de uma parcela de servidores do INSS, bem como do Poder Judiciário, ao criarem regras e ordenamento extralegal, não previstos e nem acolhidos pelo Estado de Direito, e que atrapalham e atrasam a concessão dos benefícios previdenciários e até mesmo sonham a tão esperada aposentadoria depois de uma longa vida de trabalho.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel Correia. Geografia Rural: questões teórico-metodológicas e técnicas. *Boletim de Geografia Teórica*, [S. l.], v. 25, n. 49-50, p. 03-14, 1995.
- ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (AASP). Ordem dos Advogados do Paraná (OAB/PR). *Código de Processo Civil*: anotado. São Paulo: OAB, 2015. Disponível em: http://www.oabpr.org.br/downloads/NOVO_CPC_ANOTADO.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Anuário Estatístico do Crédito Rural 1999-2020*. 2020. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/anuario_estat_credrura. Acesso em: 14 jan. 2020.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Manual de Crédito Rural*. 2021. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/mcr>. Acesso em: 28 maio 2021.
- BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. *Previdência Rural e Inclusão Social*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. *Segurado especial: conceito para além da sobrevivência individual*. Curitiba: Juruá, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 abr. 2019.
- BRASIL. Ministério da Cidadania. *Bolsa Família*. 2021. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-e/como-funciona/como-funciona>. Acesso em: 8 mar. 2021.
- BRASIL. *Lei 601/1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Planalto, 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 29 maio 2021.
- BRASIL. *Lei 8.212/1991*. Dispõe sobre a Organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Planalto, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 27 maio 2021.
- BRASIL. *Lei 8.213/1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Planalto, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.
- BRASIL. *Lei 8.629/1993*. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária. Planalto, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm. Acesso em: 27 maio 2021.
- BRASIL. *Lei 11.326/2006*. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Planalto, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11326.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei 11.718/2008*. Trata do contrato de trabalhador rural por pequeno prazo; estabelece normas transitórias sobre a aposentadoria do trabalhador rural. Planalto, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11718.htm. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. *Lei 12.873/2013*. Contratos com prazo determinado. Planalto, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12873.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. *Lei 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Planalto, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 jun. 2021.

BUAINAIN, Antônio Márcio; SILVEIRA, José Maria; ALVES, Eliseu; NAVARRO, Zander Soares. Sete teses sobre o mundo rural brasileiro. *Revista de Política Agrícola*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 105-121, abr./jun. 2013. ISBN 2317-224X.

BUARQUE, Cristóvam. Como somos. In: BUARQUE, Cristóvam; ALMEIDA, Francisco; NAVARRO, Zander Soares. *Brasil, brasileiros: Por que somos assim?* Brasília: Verbena, 2017. p. 87-103.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Dados*, Rio de Janeiro, n. 2, 1995. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003>. Acesso em: 22 maio 2020.

DELGADO, Guilherme Costa; CARDOSO JÚNIOR, José Celso. *O idoso e a Previdência Rural no Brasil: a experiência recente da universalização*. 1999. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2834/1/td_0688.pdf. Acesso em: 2 jul. 2021.

ESALQ. Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz. Grupo de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo. *Grupo de Políticas Públicas*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2020. (Texto não publicado).

FIPE. Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. *Evolução das Concessões Judiciais de Benefícios no INSS*. FIPE, 2021. Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/publicacoes/bif/bif484-19-26.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2021.

FURTADO, Celso. A estrutura agrária no subdesenvolvimento brasileiro. In: D'AGUIAR, Rosa Freire. *Celso Furtado Essencial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. Salvador: JusPodivm, 2021.

GRAZIANO DA SILVA, José. O novo rural brasileiro. *Revista Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 43-81, 1997.

GRAZIANO DA SILVA, José. *O Novo Rural Brasileiro*. Campinas: Unicamp, 1999.

GRISA, Cátia; SCHNEIDER, Sergio. Três gerações de políticas públicas para a agricultura familiar e formas de interação entre sociedade e estado no Brasil. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, Brasília, v. 52, supl. 1, p. 125-146, 2014.

GUATTARI, Félix. *Revolução molecular: pulsações políticas do desejo*. São Paulo: Brasiliense, 1977.

HOFFMANN, Rodolfo; JESUS, Josimar Gonçalves de. Desigualdade na agricultura brasileira: renda e posse da terra. In: NAVARRO, Z. S. *A economia agropecuária do Brasil: a grande transformação*. São Paulo: Barauna, 2020. p. 123-175.

HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit: Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003.

IBDP. Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. *Nota Técnica 02/2021 – Análise de dados estatísticos do INSS: Benefícios rurais indeferidos*. Disponível em: <https://www.ibdp.org.br/?p=1603>. Acesso em: 19 jul. 2021.

IBGE. *Censo Agropecuário 2006*. 2009. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/51/agro_2006.pdf. Acesso em: 19 nov. 2019.

IBGE. *Censos Demográficos de 1950, 1960, 1970, 1980, 1991, 2000 e 2010*. 2020. Disponível em: <http://www.sidra.ibge.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2020.

KAUTSKY, Klaus. *A questão agrária*. Lisboa: Portulense, 1972.

KLEEB, Suzana; FAVARETO, Arilson. Metamorfoses do simbólico no Brasil rural: as transformações do início do século XXI vistas por meio de um personagem clássico da formação do Brasil, o caipira. *Estudos Sociológicos*, Araraquara, v. 24, n. 47, p. 83-107, jul./dez. 2019.

LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Rio de Janeiro: 34, 1994.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e regime representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. ISBN 85-209-0823-3.

- LEWIS, Arthur. Economic development with unlimited supplies of labour. *The Manchester School*, Manchester, v. 22, n. 2, 1954.
- LOSURDO, Domenico. *A luta de classes: uma história política e filosófica*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- MARTINS, José de Souza. *A sociabilidade do homem simples: cotidiano e história da modernidade anômala*. São Paulo: Contexto, 2008.
- MARTINS, José de Souza. A modernidade do passado no meio rural. In: BUAINAN, Antônio Márcio et al. *O mundo rural no Brasil do século 21: a formação de um novo padrão agrário e agrícola*. Brasília: Embrapa, 2014. p. 22-30.
- MARTINS, José de Souza. *Uma sociologia da vida cotidiana: ensaios na perspectiva de Florestan Fernandes, de Wrigth e de Henri Lefebvre*. São Paulo: Contexto, 2014b.
- MOORE JUNIOR, Barrington. *As origens sociais da ditadura e da democracia: senhores e camponeses na construção do mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1975.
- NAVARRO, Zander Soares. O Brasil contra si mesmo: a complacência sociopolítica dos brasileiros. In: BUARQUE, Cristóvam; ALMEIDA, Francisco; NAVARRO, Zander Soares. *Brasil, brasileiros: Por que somos assim?* Brasília: Verbená, 2017. p. 317-338.
- NAVARRO, Zander Soares. Meio século de interpretações sobre o rural brasileiro (1968-2018). *Revista de Economia e Sociologia Rural*, Brasília, v. 57, n. 3, p. 472-489, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9479.2019.219449resr>.
- NAVARRO, Zander Soares. *I Workshop Sebrae: inteligência estratégia no agro. Os pequenos e médios produtores rurais e o papel da modernização agroindustrial*. Brasília: Sebrae, 2021. (Não publicado).
- NAVARRO, Zander Soares. O mundo rural no novo século: um ensaio de interpretação. In: VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro; GASQUES, José; CARVALHO, Alexandre Xavier Ywata de. *Agricultura, transformação produtiva e sustentabilidade*. Brasília: IPEA, 2016. p. 25-64. ISBN: 978-85-7811-280-6.
- NAVARRO, Zander Soares. Um ensaio introdutório: o Brasil rural de ponta-cabeça. In: NAVARRO, Z. S. *A economia agropecuária do Brasil: a grande transformação*. São Paulo: Barauna, 2020. p. 9-41.
- NAVARRO, Zander Soares; PEDROSO, Maria Theresa Maldonado. Agricultura familiar: é preciso mudar para avançar. *Texto para Discussão*, Brasília, v. 42, 2011.
- NUNES, Edson. *A gramática política no Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorger Zahar, 2003. ISBN 85-7110-384-4.
- PALMEIRA, Moacir. Casa e trabalho: nota sobre as relações sociais na plantation tradicional. *Contraponto*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 103-114, 1977.
- SANTANA, Carlos Augusto Matos; GASQUES, José Garcia. O Estado e a agricultura brasileira: seis décadas de evolução. In: NAVARRO, Zander Soares. *A economia agropecuária do Brasil: a grande transformação*. São Paulo: Barauna, 2020.
- SCHNEIDER, Sergio. *Agricultura familiar e industrialização: pluriatividade e descentralização industrial no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, 1999. ISBN 857-0257-562.
- SCHNEIDER, Sergio; CAZELLA, Altemir; MATTEI, Lauro. Histórico, caracterização e dinâmica recente do PRONAF. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ECONOMIA E SOCIOLOGIA RURAL, 42., 2004, Cuiabá. *Anais [...]*. Cuiabá, 2004.
- SCHWARZER, Helmut. *Impactos socioeconômicos do sistema de aposentadorias rurais no Brasil: evidências empíricas de um estudo de caso no estado do Pará*. 2000. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0729.pdf. Acesso em: 9 jan. 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- TOLEDO, Eliziário Noé Boeira. *Agricultura familiar: sustentabilidade, ator e agência*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência e Tecnologia Ambiental) - Universidade Federal da Fronteira Sul, Erechim, 2019.
- TOLEDO, Eliziário Noé Boeira et al. Agricultura e financiamento público: apontamentos para um debate necessário. *Revista Grifos*, Chapecó, v. 27, n. 45, p. 53-77, nov. 2018.

TOLEDO, Eliziário Noé Boeira; ZONIN, Valdecir José. O Pronaf: um vetor tendencial à concentração e seleção produtiva na agricultura familiar. **Revista Grifos**, Chapecó, v. 30, n. 51, p. 141-62, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.22295/grifos.v30i51.5371> 2020.

VALADARES, Alexandre Arbix A.; GALIZA, Marcelo. *Previdência Rural: contextualizando o debate em torno do financiamento e das regras de acesso*. 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160525_nt_25.pdf. Acesso em: 9 jan. 2017.

VEIGA, José Eli da. Brasil rural ainda não encontrou seu eixo de desenvolvimento. *Estudos Avançados*, [S. l.], p. 101-119, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9826/11398>. Acesso em: 17 nov. 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 13/09/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/09/2021
- Avaliação 1: 21/09/2021
- Avaliação 2: 24/11/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/11/2021
- Retorno rodada de correções: 13/12/2021
- Decisão editorial/aprovado: 13/12/2021

Equipe editorial envolvida

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

VIOLÊNCIA E MÍDIA: A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E PROPAGAÇÃO DE ESTEREÓTIPOS

VIOLENCE AND MEDIA: THE VIOLATION OF
HUMAN RIGHTS AND PROPAGATION OF STEREOTYPES

ANNA PAULA BAGETTI ZEIFERT¹
MARCELLO KOCHHANN LUCAS²

RESUMO

O artigo investiga o lugar dos Direitos Humanos no jornalismo televisivo dedicado à cobertura da violência. Questiona o tratamento dado aos cidadãos envolvidos em um programa de televisão dedicado à cobertura do noticiário policial, partindo da hipótese de que os programas policiais estimulam uma visão punitivista e desrespeitam os princípios básicos que sustentam os Direitos Humanos. Para tanto, a pesquisa observa um “Programa de TV” por meio da metodologia de estudo de caso e análise de conteúdo, a fim de discutir o papel da mídia na promoção dos direitos humanos, a partir de um ponto de vista focado no jornalismo policial. Como resultado, apresenta seis categorias de análise que sintetizam a forma como a violência é abordada. Os dados confirmam a hipótese principal, demonstrando uma visão que propaga estereótipos de classe, etnia e gênero, e que incita as pessoas ao punitivismo.

Palavras-chave: direitos humanos; estereótipos; mídia; sensacionalismo; violência.

ABSTRACT

The article investigates the place of Human Rights in television journalism dedicated to the coverage of violence. It questions the treatment given to citizens involved in a television program dedicated to coverage of police news, based on the hypothesis that police programs encourage a punitive vision and disrespect the basic principles that uphold Human Rights. For that, the research observes a “TV Show” through the methodology of case study and content analysis, in order to discuss the role of the media in the promotion of human rights, from a point of view focused on police journalism. As a result, it presents six categories of analysis that summarize the way in which violence is approached. The data confirm the main hypothesis, demonstrating a view that propagates class, ethnicity and gender stereotypes, and that incites people to punitiveness.

Keywords: human rights; stereotypes; media; sensationalism; violence.

- 1 Pós-Doutora pela Escola de Altos Estudos – Desigualdades Globais e Justiça Social: Diálogos Sul e Norte, do Colégio Latino-Americano de Estudos Mundiais, Programa da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso/Brasil e UnB). Doutora em Filosofia (PUCRS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – e do curso de Graduação em Direito (Unijuí). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade (CNPq). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-4424-1626>.
- 2 Jornalista. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos (Unijuí). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade (CNPq). Especialista em Relações Internacionais e Diplomacia (Unisinos). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3629-2346>.

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

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; LUCAS, Marcello Kochhann. Violência e mídia: a violação de direitos humanos e propagação de estereótipos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 365-379, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8373>.

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre os direitos humanos é um ponto importante para as sociedades contemporâneas. Sobretudo nos países mais pobres, é uma discussão necessária, já que implica a sobrevivência e a dignidade da vida de milhões de pessoas.

A mídia, por sua vez, é outro fator determinante para essa discussão, na medida em que contribui para moldar os valores sociais. Ainda que de forma indireta e por vezes sub-reptícia, a mídia ajuda a moldar a opinião pública e a sociedade, na medida em que espelha e reforça as práticas e discursos vigentes.

O presente artigo tem por objetivo discutir o papel da mídia na promoção dos direitos humanos, a partir de um ponto de vista focado no jornalismo policial. Interroga-se o tratamento dado aos cidadãos envolvidos em um programa de televisão dedicado à cobertura do noticiário policial. Parte-se da hipótese de que a mídia contribui para a perpetuação de estereótipos ligados ao crime, o que coloca em xeque os pilares dos Direitos Humanos, sobretudo na cobertura com viés sensacionalista.

O estudo se justifica devido a necessidade de uma educação em Direitos Humanos capaz de promover os direitos que são (ou deveriam ser) para todos, independentemente de classe, gênero, cor, raça e crença, superando toda e qualquer forma de preconceito, estigma e estereótipo possível de provocar exclusão ou segregação.

O trabalho inicia com a discussão sobre direitos humanos, sua origem e desenvolvimento, assim como seus principais pilares e sua relação com a mídia e a informação. Na sequência, aborda a televisão e o jornalismo policial, descrevendo as principais características dos meios de comunicação de massa e dos programas voltados à cobertura da violência. Para seu desenvolvimento centra as análises nos estudos relativos aos Direitos Humanos, visitando referenciais que possibilitem uma maior incursão na temática.

Por fim, apresenta o caso do “Programa de TV”³, que é descrito e analisado com base na grade conceitual previamente discutida, a partir da metodologia de Estudo de Caso e da Análise de Conteúdo.

2. DIREITOS HUMANOS E MÍDIA

A sociedade contemporânea das modernas democracias ocidentais está marcada pelos Direitos Humanos pelo menos desde a Revolução Francesa – primeiro marco temporal a ligar a noção de cidadão aos direitos à liberdade, à igualdade e à fraternidade, no final do séc. XVIII.

Os ideais dos revolucionários franceses foram ganhando forma e especificidade à medida que se espalhavam por outros países, no longo percurso histórico que culminou com as constituições das principais democracias do Ocidente, já no séc. XX. Elas plasmaram em suas Constituições, de forma mais ou menos explícita, os direitos reconhecidos pelo ideário da

3 Por questões éticas, opta-se por não citar o nome do programa em análise, apenas a expressão “Programa de TV” para qualificá-lo ao longo do texto.

Revolução Francesa, acrescidos de outros que foram sendo consolidados no decorrer da marcha da História – direito ao trabalho e a uma vida digna; direito à assistência social; direito a viver conforme suas preferências e inclinações pessoais; direito à expressão e à informação.

O indivíduo, tal como o conhecemos hoje, é o fruto desse processo que teve início ainda no Renascimento, e que consolidou a percepção de valor inerente à vida humana e a cada ser humano em particular. Se no início da história da Humanidade o grupo tinha primazia sobre o sujeito, e ditava as regras do convívio social, com o passar do tempo o indivíduo passou a ser reconhecido em sua singularidade como o sustentáculo de vontade coletiva e o senhor de seu próprio destino (HARARI, 2020).

Nesse percurso a noção de que existem direitos inerentes à condição humana, que devem ser observados e respeitados por todos e em todas as nações, ganhou força e expressão, sobretudo naquelas sociedades que de uma forma ou de outra se pautaram pelos ideais da democracia. A história dos direitos humanos é de certa forma a história do reconhecimento da humanidade que subjaz em cada indivíduo (BEDIN, 2012).

Ela abrange desde os direitos básicos da vida e da liberdade aos mais complexos, como a comunicação e a informação. Para garanti-los, é preciso reconhecer a singularidade do ser humano para além da biologia. Em sociedades complexas como as modernas sociedades industriais e pós-industriais do capitalismo, os meios de comunicação de massa passaram a desempenhar importante papel nesse processo de divulgar, garantir e zelar pela observância dos direitos humanos (RADDATZ, 2012).

Se na época da democracia ateniense a *ágora* grega garantia a participação efetiva dos cidadãos que tinham o direito de decidir, hoje a democracia passa necessariamente pelo processo de mediação inerente às sociedades complexas, e o papel da mídia se torna essencial nesse processo. Alçada a “quarto poder” – ao lado do poder Judiciário, Executivo e Legislativo –, a mídia concentra de fato um papel essencial para o esclarecimento e a informação da sociedade.

Conforme Albuquerque (2008, 2009), o quarto poder diz respeito ao entendimento da imprensa como *fourth estate*. Ela seria por assim dizer um quarto estado, e representaria os interesses do restante da sociedade. Assim, o papel da imprensa, conforme esse entendimento, seria tornar público aqueles assuntos e temas antigamente restritos apenas à classe política e aos detentores do poder.

Mas o quarto poder nem sempre é utilizado de forma a promover os valores caros à democracia e a suas instituições. Pelo contrário, a relação dos meios de comunicação de massa com o poder é um dos pontos de eterno conflito para as democracias. Tem sido assim desde os primórdios da mídia de massa, marcada pelos meios de comunicação estruturados sobre a lógica da distribuição “um para muitos”, como o jornal impresso, o cinema, o rádio e a televisão.

Nesses veículos, há uma forte tendência à comunicação unidirecional, hierárquica, onde um ponto central e privilegiado emite informações para uma massa ampla e atomizada de receptores (TRAQUINA, 2005a; 2005b). O século XX foi marcado pela mídia eletrônica de massa, plasmada no rádio e na televisão, e o séc. XIX pela onipresença do jornal impresso como meio de comunicação de massa.

Trata-se de uma mídia com vocação para a univocidade, ou seja, para dar espaço a um locutor que se encontra em relação superior em relação aos receptores da informação. Essa tendência acabou por moldar fortemente o tipo de ação da mídia de massa, contribuindo para que as ideias de uma comunicação livre e polifônica ficassem em segundo plano na maior parte da história das modernas democracias.

Dessa forma, a mídia tem papel crucial para esclarecer e nortear a opinião pública, embora na maior parte da história tenha contribuído para ocultar e confundir o cidadão. Comparato é um dos autores que denuncia a dominação inerente à atuação dos meios de comunicação de massa:

[...] a organização do espaço público de comunicação – não só em matéria política, como também econômica, cultural ou religiosa – faz-se, hoje, com o alheamento do povo, ou a sua transformação em massa de manobra dos setores dominantes. Assim, enquanto nos regimes autocráticos a comunicação social constitui monopólio dos governantes, o espaço de comunicação social deixa de ser público, para tornar-se, em sua maior parte, objeto de oligopólio da classe empresarial, a serviço de seu exclusivo interesse de classe (COMPARATO, 2001, p. 10).

O autor denuncia a existência de interesses ocultos, pelos quais determinados grupos que concentram o poder econômico – empresários, políticos, lideranças da sociedade civil – agiriam de maneira sub-reptícia para alienar a população e fazer prevalecer os interesses da classe dominante.

Para o bem e para o mal, a sociedade hoje está em vias de midiaticização, como afirma Fausto Neto (2006). Significa dizer que hoje os meios de comunicação, ou mídia, acabaram por moldar a forma como a sociedade se concebe e se organiza. As práticas midiáticas invadiram e colonizaram o cotidiano dos demais campos sociais (BOURDIEU, 2012), impondo o ritmo da produção do noticiário e seus procedimentos formais a outras formas de produção simbólica.

Sodré (2002), por exemplo, concebe a mídia como uma instância que constitui uma nova forma de vida, caracterizando um *bios* do qual o ser humano depende e vive por intermédio dela. A mídia é assim mais que uma linguagem, uma tecnologia ou um equipamento que transmite ideias: ela é um instrumento de direcionamento ou de criação de subjetividades no homem. Ela dá sustentação à capacidade de entendimento e criação humana.

Ao longo do tempo, no entanto, a mídia acabou por se constituir sobretudo na expressão dos que detêm o poder, afastando-se dos ideais de uma sociedade justa e igualitária, e concentrando-se na lógica da reprodução dos padrões dominantes da sociedade (GUARESCHI, 2013).

Isso não significa que a mídia tenha apenas contribuído para a manutenção dos grupos atrelados ao poder: por se tratar de um poder difuso e atravessado por interesses conflitantes, o quarto poder teve e tem papel relevante para o debate público e democrático, em que pesem suas características e limitações inerentes. A televisão se insere dentro desse modelo de mídia. Um olhar mais atento sobre esse meio de comunicação pode auxiliar a compreender as formas de abordagem e de discurso presentes nos programas voltados à cobertura policial.

3. TELEVISÃO, SENSACIONALISMO E VIOLÊNCIA

O poder da mídia em geral e da televisão em particular pode ser avaliado a partir da cobertura de fatos de grande impacto junto à opinião pública. É o caso da cobertura televisiva dos crimes contra a vida humana, sobretudo quando esses envolvem questões familiares. Foi o caso do assassinato da menina Isabella Nardoni: antes mesmo de ser condenados, seu pai e sua madrasta já haviam sido julgados pela opinião pública.

A seguir, trecho do despacho da prisão preventiva no caso Isabella Nardoni, que ilustra esse ponto:

Queiramos ou não, o crime imputado aos acusados acabou chamando a atenção e prendendo o interesse da opinião pública – em certa medida, deve-se reconhecer, pela excessiva exposição do caso pela mídia que, em certas ocasiões, chegou a extrapolar seu legítimo direito de informar a população [...] (DECISÃO Judicial, 2008).

O caso Isabella é apenas um exemplo entre muitos que atestam o poder que a mídia detém sobre a audiência, sobretudo das parcelas da população que não possuem opções em termos de canais informativos. Mesma situação é possível observar no caso do assassinato do menino Bernardo Boldrini, ocorrido na cidade de Três Passos, Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2014.

O apelo às emoções e à sede de justiça costuma marcar a crônica da cobertura policial, numa tradição que vem ainda do jornal impresso e da literatura policial, mas que ganhou na televisão a força da imagem e da emoção humana levada ao limite. O sensacionalismo é o que caracteriza essa linha de abordagem dos fatos: apelar à emoção, provocar a indignação, abusar das lágrimas e do sangue, a fim de garantir a audiência (PERIAGO, 2004; RAMOS; PAIVA, 2007).

Observa-se assim a substituição das funções primordiais dos meios de comunicação de massa, de educar e zelar pela cultura, pela banalização do entretenimento, que costuma atrair pela emoção e a um baixo custo de produção. Conforme Gabler (1998), o entretenimento é provavelmente a força mais persuasiva, poderosa e resistente do nosso tempo – tão absoluta que se transformou em vida de tal maneira que é impossível fazer distinção entre ambos.

O temor pela violência onipresente nas cidades é motivador para que as pessoas encontrem alívio na violência como pauta da cobertura midiática: o alívio de não ser vítima, mas sim espectador do espetáculo violento.

A exibição do fato violento, de modo dramático ou não, é uma tentativa, às vezes infantilizada, de se lidar com a banalização do trágico no cotidiano de hoje. O desastre, a agressão, a monstruosidade teatralizados, discursivamente encenados funcionam como objeto fóbico capaz de circunscrever àquela representação específica a angústia generalizada em face da destruição social (SODRÉ, 2002, p. 98).

“Domesticada” pela abordagem midiática, sobretudo aquela feita pela televisão, a violência é como um narcótico que permite aliviar as tensões sociais, ao mesmo tempo em que torna a audiência mais insensível para o sofrimento alheio.

No drama cotidianamente encenado pela abordagem midiática dos programas policiais, o jornalismo televisivo se coloca como catalizador da agressividade reprimida, mas nunca

extinta, que as pessoas guardam dentro de si por medo das sanções previstas como forma de controle social. A abordagem sensacionalista da violência pela mídia e pela televisão oferecem uma válvula de escape para essa agressividade, cumprindo todo o ritual da catarse clássica, tal como preconizada pelo teatro grego e pela psicanálise freudiana (SODRÉ, 2002).

Todos esses processos de naturalização da violência pela mídia de massa e pela televisão resultam em uma abordagem que menospreza e ataca os direitos humanos básicos daquelas parcelas da população que costumam ser as mais vulneráveis: pobres, pretos, mulheres, velhos, homossexuais, população trans, entre outros grupos frequentemente hostilizados por sua condição social, gênero, cor da pele, faixa etária, preferência e identidade sexual.

As marcas dessa violência, praticada para inflar os índices de audiência e com eles aumentar o patrocínio e os lucros das empresas de comunicação, podem ser identificadas nos padrões utilizados pela mídia para designar os indivíduos tachados de marginais. Os pobres e pretos costumam ser automaticamente considerados suspeitos, perpetuando a herança de discriminação social e étnica que marca a sociedade brasileira desde seus primórdios (SODRÉ, 1977; 1983; 2002).

Ao contribuir para a perpetuação desse estado de coisas, a mídia e a televisão, capitaneadas por interesses obscuros, de viés econômico e ideológico, afastam-se dos ideais de uma comunicação livre e democrática, que garanta a todos o direito à expressão e a informação. É o que vamos abordar no próximo segmento.

4. O DIREITO À INFORMAÇÃO E À COMUNICAÇÃO

Comunicar anseios e necessidades por intermédio dos meios de comunicação é um processo inerente à reprodução social do indivíduo. Como assevera o ditado popular, “nenhum homem é uma ilha”: de fato, o ser humano só se constitui enquanto tal por meio da interação com outros seres humanos. Por isso mesmo a comunicação se constitui em um direito inerente ao ser humano, que lhe permite expressar seu pensamento e formar sua opinião (RADDATZ, 2012; GUARESCHI, 2013).

A sociedade evolui à medida em que as pessoas podem se manifestar livremente, de maneira legítima e sem medo de represálias, no espaço público. Isso permite construir valores comuns, possibilitando que o indivíduo exerça sua liberdade sem comprometer a coesão social.

A Organização das Nações Unidas firmou o compromisso com o respeito à liberdade de expressão e opinião nos seguintes termos:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão (ONU, 1948).

Se não tiver acesso à informação de qualidade, o indivíduo fica privado do pleno exercício de sua liberdade de escolha e, por conseguinte, de sua própria cidadania. Para Raddatz (2012), o direito à informação é o que permite ao indivíduo interagir em sociedade de maneira responsável e solidária:

Informar-se é investir no conhecimento, considerando que informação não é a mesma coisa que conhecimento, mas é a condição para adquiri-lo. Usufruir do direito à informação é uma maneira de exercitar a cidadania e reconhecer os demais direitos, posicionando-se em relação a eles e rediscutindo-os para a evolução da sociedade (RADDATZ, 2012, p. 307).

Note-se que a autora diferencia informação de conhecimento: aquela permite alcançar este; a informação é como a matéria prima do conhecimento, dando as bases para que se possa formar um entendimento pleno da realidade. Não se pode avançar em termos de cidadania sem informação de qualidade, como também não se pode avançar em termos de dignidade e democracia sem o reconhecimento do papel central que um Direito Humano à Comunicação tende a exercer nas sociedades democráticas: a democracia seria frágil e talvez não prosperasse sem a observância do direito à comunicação.

Partindo desse raciocínio, a Declaração Universal dos Direitos Humanos teria de ser revista, ampliando o que está previsto quanto ao direito à informação:

Virá o tempo em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos terá de abarcar um direito mais amplo que o direito humano à informação [...]. Esse direito 'mais amplo' vai além da pura liberdade de opinião, de expressão, de investigação e de difusão dessas informações. Ele faz parte de seu próprio ser. É um direito que o explicita, o desdobra, o multiplica e o complementa, plenificando-o como ser humano. Ser humano é comunicar-se. É uma dimensão intrínseca de seu ser. Todos os demais direitos, poder-se-ia dizer, têm como origem essa dimensão comunicativa do ser humano; e as demais instâncias como a liberdade, a democracia, a política e a ética são impensáveis fora do exercício do direito humano à comunicação (GUARESCHI, 2013, p. 176).

Nesse sentido houve recentemente um passo importante no ordenamento legal brasileiro: a Lei Federal 12.527/2011, que busca garantir o acesso amplo às informações de interesse público a todos os cidadãos. A Lei de Acesso à Informação (LAI) insere-se nesse percurso de reconhecer a importância da informação para o pleno funcionamento das instituições, bem como a necessidade de transparência que deve reger a administração pública, conforme o que dispõe a Constituição Federal de 1988.

Para efetivar seus objetivos, a LAI dispõe, no Art. 3º: "Art. 3o - Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública". (BRASIL, 2018)

Resultado do esforço concentrado de diversos setores da sociedade civil, como a categoria profissional dos jornalistas, pesquisadores e lideranças ligadas aos direitos humanos, a Lei de Acesso à Informação representa uma importante ferramenta para todos os que têm se dedicado a vigiar as instituições e aprimorar as ações do Estado. Ela busca garantir o direito básico do cidadão de informar e de ser informado, sem obscurantismo e censura, para que assim as instituições possam efetivamente funcionar.

Em que pese o fato de não ser sempre observada na prática, a LAI é mais um exemplo de que como a sociedade precisa de informação de qualidade para conhecer a si mesma e assim constituir-se plenamente. O contexto atual é de convergência entre as práticas de transparência e acesso à informação e a ação dos meios de comunicação de massa, cujo papel primordial é informar a sociedade sobre os temas de relevância.

Mas nem sempre se observa a convergência entre o ideário de uma comunicação livre e a prática que dita a cobertura efetuada pela mídia de massa. As práticas do noticiário televisivo oferecem uma vasta gama de exemplos em contrário, que colocam o indivíduo em segundo plano, e vendem diariamente a degradação e a indignidade.

Os programas dedicados à cobertura do noticiário policial, por lidarem com a descrição de crimes que apelam às sensações, tendem a explorar ao máximo o aspecto revoltante e desumanizado dos crimes, excitando o gosto mórbido da audiência, e relegando os direitos humanos a uma referência irônica dirigida aos que defendem os acusados como “defensor de bandido” (RAMOS; PAIVA, 2007). É o que vamos abordar no próximo segmento, dedicado ao estudo de caso de nossa investigação.

5. ESTUDO DE CASO: “PROGRAMA DE TV”

Neste segmento será feita a análise de uma amostra do “Programa de TV”, buscando-se observar como os Direitos Humanos são abordados no programa. Parte-se do pressuposto de que a linguagem e a abordagem dos programas policiais da televisão vão de encontro às práticas de respeito à dignidade da pessoa humana e contribuem para reforçar estereótipos presentes na sociedade.

Trata-se de abordagem qualitativa, focada em Estudo de Caso, o qual consiste em “uma inquirição empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de um contexto da vida real, quando a fronteira entre o fenômeno e o contexto não é claramente evidente e onde múltiplas fontes de evidência são utilizadas” (YIN, 2001, p. 32). É uma metodologia que permite um olhar mais aprofundado sobre o objeto da pesquisa, e que inclui técnicas de coleta de dados como observação, entrevistas e análise de documentos, complementada por Análise de Conteúdo (BARDIN, 2006).

O “Programa de TV” é veiculado de segunda a sábado, das 12 às 15 horas durante a semana, e das 12 às 14 horas aos sábados. A amostra foi coletada nos dias 27, 28 e 29 de novembro de 2017, pelo período de 1 hora e meia de difusão, e foi submetida à Análise de Conteúdo (BARDIN, 2006). Segundo a autora, a Análise de Conteúdo consiste num conjunto de técnicas descritivas do conteúdo das mensagens, que permitem alcançar o conhecimento acerca do processo de produção dessas mensagens.

Na Análise de Conteúdo interessa a significação que se constrói do material analisado, seja ele de natureza quantitativa ou qualitativa. A partir disso se constroem categorias de análise, verificando-se a preponderância de determinados elementos no corpus e a sua significação.

O “Programa de TV” é apresentado em um estúdio, do qual o apresentador faz as chamadas para as matérias e também a publicidade dos patrocinadores. Os repórteres das externas fazem entradas frequentes, e há dois intervalos longos para a publicidade, de mais de cinco minutos.

Em termos de período analisado, a escolha foi aleatório. O “Programa de TV” foi escolhido por ser do gênero policial, de grande audiência e de abrangência regional. Ele detém a

segunda maior audiência do Estado e a primeira no seu segmento, conforme dados da Kantar Ibope Media (2017).

Em linhas gerais, o programa consiste em um apresentador ativo nos conteúdos apresentados, uma gama variada de anúncios de produtos de patrocinadores, um quadro esportivo, participação da audiência mediante comentários lidos pelo apresentador, recebidos pelo aplicativo de mensagem de textos *WhatsApp*, e entrada de repórteres com externas de ruas – na maioria das vezes, sem entrevistados nem conteúdo relevante, só uma descrição do fato pelo repórter.

6. ANÁLISE DOS CASOS APRESENTADOS NO “PROGRAMA DE TV”

Nos três programas analisados, havia temas e problemáticas semelhantes, que estão relacionadas com o tema do jornalismo e dos Direitos Humanos. Entre as temáticas abordadas pelos programas, temos os seguintes elementos, separados por dia de exibição:

- **Programa do dia 27:** casos do décimo terceiro salário do funcionalismo público do estado, benefício que foi parcelado pelo poder executivo; a prisão de uma mulher que participou da morte de uma menina X1, aparentemente já conhecida pelo público. Abordou também as mortes ocorridas no trânsito no final de semana, trazendo um panorama dos acidentes no Estado; os áudios interceptados pela polícia civil de uma quadrilha que comandava o crime de dentro da cadeia; uma reportagem sobre o fim do sinal analógico, sugerindo à população adaptar seus aparelhos televisivos ao sinal digital; uma matéria sobre a brigada militar, que recapturou furtivos de um presídio no Estado; sobre uma van escolar que foi sequestrada com roubos e tentativa de homicídio. Além de casos como o roubo e incêndio criminoso de ônibus, de assaltantes que fizeram clientes reféns em agência bancária, onde houve troca de tiros com a polícia. De um caminhão estacionado que perde o freio e invade residências. E, por fim, no final do período de análise, sobre um homem de 22 anos que é suspeito de matar o enteado de 3 anos, caso sobre o qual o programa faz juízos de valor, chamando o suspeito de monstro.

- **Programa do dia 28:** inicia com o caso de X2, conhecido como XX, segundo a reportagem, um músico benquisto na região, que além da profissão tinha como *hobby* o ciclismo. Ele foi morto aos 30 anos de idade, num assalto. O programa abusa desse case, voltando a todo instante com mais informações. O apresentador joga a manchete “Funcionárias xingam crianças”, completando que o fato ocorreu em uma cidade onde um crime muito noticiado e brutal também aconteceu.

O programa de terça-feira também mostra o cumprimento de busca e apreensão de uma gangue do tráfico de drogas, que tinha como líder um indivíduo que comandava o crime de dentro da cadeia. Apresentou também a descoberta pela polícia de uma casa que era utilizada como albergue para traficantes e repetiu a reportagem do dia anterior sobre assalto à agência bancária.

- **Programa do dia 29:** teve como case principal X3, terapeuta holística, mãe de dois filhos, que foi vítima de latrocínio, na tentativa de levar seu carro. O assunto é abordado a maior parte

do período analisado e é relacionado com o caso X1, do dia anterior. Ainda nesse programa são veiculadas as seguintes manchetes: “Criminosos atacam posto da brigada”; “Família baleada com tiros de fuzil”. E mostra o caso de uma câmera que flagra suspeito de assassinato de um casal de idosos. Nesse caso, o apresentador usa a o termo “suspeito”, mas as legendas no GC (gerador de caracteres), como em todos os casos, não faz questão do uso dessa terminologia, utiliza “criminoso”.

Os dados do *corpus* trazem diversas pistas sobre a forma como o “Programa de TV” aborda a questão da violência e da criminalidade. A partir desses elementos, propomos as seguintes categorias de análise, as quais reúnem e sintetizam as principais ocorrências em segmentos recorrentes de significação.

a) “A seguir”

Na sua primeira hora, o “Programa de TV” faz diversas chamadas das reportagens e apresentação dos produtos de seus patrocinadores. Nenhuma matéria é aprofundada, apenas traz as manchetes e seus respectivos repórteres anunciando o que será visto na reportagem. O apresentador faz comentários sobre as manchetes e anuncia o “a seguir na reportagem”, praticamente todo o período.

A primeira uma hora de programa também conta com dois intervalos de cinco minutos cada, reforçando a espera do telespectador pelas reportagens que virão na sequência.

Também conta com um bloco esportivo, que no caso se resume ao futebol, com cerca de 20 minutos de duração. Observa-se que o apresentador utiliza do mote jornalístico para prender a atenção da audiência, utiliza das manchetes e das chamadas como pauta de sua primeira hora de programa. Extrapola, assim, a utilização dessa ferramenta do jornalismo em nome dos números do Ibope.

b) “Parabéns à polícia”

Cada matéria ou reportagem recebe ao final os parabéns do apresentador à polícia pela operação, ou pela prisão dos ditos “bandidos”, “marginais”, “monstros”, qualificativos que o apresentador reforça a todo instante, referindo-se aos suspeitos de crimes. É notório o posicionamento pró-militar do apresentador, do apoio às prisões em massa e o tom policialesco.

Quanto às fontes ouvidas, todas elas são instituições de segurança. Os repórteres, quando aparecem em externas, fazem as suas passagens em frente a delegacias e viaturas: sempre a cena de fundo e as imagens de apoio são de algum elemento que remete ao policial.

Exemplo do apoio às prisões em massa fica claro no programa do dia 29 de novembro, quando o apresentador pronuncia a seguinte frase: “A polícia do [...] é a que mais prende, imagina se tivessem bons salários, viaturas de qualidade...”.

Em tom de comemoração com a quantidade de prisões, reforça mais uma vez que os infratores são inimigos da sociedade e devem se manter em cárcere. Em nenhum momento se discute segurança pública como um problema social, apenas restringindo o crime a escolhas. Reforça também os estereótipos de que a polícia é o herói do Estado, que a prisão é a vitória da batalha contra os bandidos, protegendo assim os “cidadãos de bem”, que são a sociedade civil em geral. É sempre o bandido *versus* o mocinho. Mas a polícia mata mais

do que a “bandidagem” no Brasil. Segundo pesquisa do Ipea⁴ divulgada no início do mês de Junho de 2017, os policiais mataram mais que os ladrões em 2015. O número de latrocínios foi de 2.314 e as mortes por intervenção policial foram 3.320.

Outro ponto que chama a atenção são as fontes: o bandido nunca é ouvido, só as forças de segurança. A exceção acontece quando o criminoso for de grande repercussão pela sua crueldade ou por ser uma personalidade: nesses casos, o “bandido” é ouvido e tem voz. Em alguns casos o “bandido” até se torna uma celebridade, por conta das atribuições da mídia ao caso, que na maioria das vezes são histórias que vendem, que têm drama e causam comoção social.

Trata-se de opção questionável. Segundo a inspetora Marina Maggessi (apud RAMOS; PAIVA, 2007, p. 62), da polícia civil do Rio de Janeiro, a imprensa deve evitar esse tipo de veiculação: “Os meninos da periferia pegam a capa do jornal com o Fernandinho Beira-Mar sorrindo e bota na porta do quarto dele, como se fosse o Homem-Aranha”. Ainda conforme a inspetora, essa forma de abordagem do crime reforça a liderança dos chefes de quadrilhas, contribuindo para o *status* deles no mundo do crime.

c) Apelo emocional escrachado

Num caso apresentado no programa do dia 27 de novembro de 2017, a mãe de X1, jovem assassinada, aparece chorando e dando dicas aos jovens. Fala sobre os adolescentes ouvirem os conselhos de seus pais, porque, segundo a mãe, por não a escutar, X1 acabou se envolvendo com traficante e morrendo.

A matéria não apresenta teor jornalístico algum, nenhuma informação relevante, apenas mostra o desespero de uma mãe com suas emoções afloradas após uma tragédia. O programa explora a dor humana como forma de entretenimento, de dar palco, e usa do apelo emocional como forma de atrair a audiência, como já apresentado anteriormente por Sodré (2002, p.98): “A exibição do fato violento, de modo dramático ou não, é uma tentativa, às vezes infantilizada, de se lidar com a banalização do trágico no cotidiano de hoje.”

A abordagem que explora a emoção e a fragilidade das vítimas da violência é uma marca do “Programa de TV” em análise, que aborda à exaustão a desgraça alheia e o desequilíbrio emocional para dar mais emoção à cobertura. Desnecessário dizer que tal abordagem fere de maneira evidente a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo que contribui para entorpecer a sensibilidade da audiência, que se torna cada vez mais insensível pelo espetáculo da repetição do sofrimento.

As práticas do jornalismo de qualidade vedam esse abuso, conforme os preceitos éticos consagrados pela imprensa brasileira e mundial.

d) Comentários dos telespectadores

Recebidos por meio do aplicativo de mensagens de texto *WhatsApp*, os comentários dos telespectadores são lidos de forma literal e mostram o perfil do público que contribui para a audiência desse programa.

4 Texto sobre assassinatos por policiais disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/assassinatos-causados-por-policiais-superam-latrocínios-diz-ipea/>

O senso de justiça implicado nos comentários é a característica mais relevante do conteúdo das mensagens. O perfil do telespectador que faz comentários no programa é o de punitivista, aquele que acredita que as instituições precisam prender e deter o crime com punições.

O indivíduo infrator não possui direitos segundo o olhar duma telespectadora que não quis se identificar, e diz em seu registro que: “Os vagabundos ganhando todos os direitos, inclusive os direitos humanos”. O comentário foi proferido e incitado pelo próprio apresentador que, ao se referir ao padrasto que matou o enteado, questionou o porquê de ele esconder o rosto para a câmera, questionando se ele merecia esse direito de imagem e solicitou que os telespectadores mandassem sua opinião pelo *WhatsApp* do programa.

e) Pessoas de bem

Esta categoria se refere à distinção entre os “bandidos” de um lado e as “pessoas de bem”, de outro. Essas são frequentemente retratadas como as vítimas dos crimes violentos. Nos três dias do período analisado os principais cases do programa foram três assassinatos: no dia 27 o caso X1, no dia 28 o caso X2 e no dia 29 o caso X3. Esses casos norteiam o andamento do programa, com chamadas secundárias sobre outras matérias, mas a dinâmica do programa é conduzida por esses casos principais, que voltam a todo instante com mais informações, ou apenas repetições e também comentários do apresentador.

Observa-se que em todos os casos o apresentador reforça a profissão das vítimas, o quão benquistas as vítimas eram pela população local, a honestidade delas, com discursos que reforçam que essas vítimas eram “pessoas de bem”, ou seja, as únicas possuidoras de direitos, as únicas que merecem a comoção social e a atenção da imprensa.

A escolha dos casos, segundo a teoria do Jornalismo *Gatekeeper* (TRAQUINA, 2005a; 2005b), também pode explicar a assimetria dada a vítimas pertencentes a grupos marginalizados ou a vítimas que possam ser suspeitas. Implicitamente, o programa está dizendo que pessoas faveladas, da periferia, não merecem a atenção que essas pessoas “de bem” recebem. Mas o que vai ser ou não pautado no noticiário policial depende de o editor permitir veicular casos de quaisquer pessoas, não apenas daquelas supostamente de caráter ilibado. A perspectiva adotada pelo programa reforça o estereótipo da sociedade de bem *versus* a bandidagem.

No caso do homem que mata seu enteado do programa do dia 27, o apresentador do “Programa de TV” pronuncia a seguinte frase: “Até quando a sociedade ficará em segundo plano?”.

O comentário do apresentador reforça a guerra ao terror e não medidas de contenção da criminalidade, como políticas públicas, muito menos debates sobre questão de drogas, educação, cultura como controladores das infrações cometidas por grupos de indivíduos. Para além disso tudo, o comentário também desqualifica o infrator como um cidadão, tirando-o da sua posição social e ignorando-o como membro da sociedade: para aqueles, tudo; para esses, os rigores da Lei.

f) Mulheres

Nesta categoria reúnem-se as ocorrências sobre a visão da mulher explicitada no programa. Percebe-se que o apresentador sempre demonstra espanto ao ver noticiar mulheres participando de ações criminosas. A mulher é vista, nessa seção jornalística, como a coadjuvante, a “mula” ou a esposa que passa informações da cadeia em visitas íntimas.

Quando a figura feminina tem papel de liderança no mundo do crime, o apresentador esboça estranheza. Pode-se compreender, a partir desse fenômeno, como a mulher está restrita às ações do lar ou ao lado de um homem em todas as relações sociais, até mesmo nas atrocidades que prejudicam o coletivo. Assim, a possibilidade de a mulher sair à luta, mesmo que de maneira perversa, é negado até na realidade do crime: cabe ao homem liderar, trazer o sustento e girar a roda do tráfico e das ações criminosas.

Também aqui se trata de um estereótipo, nesse caso ligado ao gênero. Dados sobre a criminalidade mostram que a grande maioria das mulheres que estão privadas de liberdade cumprem pena pelo crime de tráfico de entorpecentes⁵ e a maior parte delas são mães solteiras que têm preocupação com o sustento dos filhos.

A partir das seis categorias construídas em nossa análise, é possível verificar que o programa Balanço Geral RS apresenta diversos elementos que atentam contra a dignidade da pessoa humana e os Direitos Humanos: a visão punitivista, a exploração da emoção e da fragilidade das pessoas vítimas da violência, a parcialidade na busca por culpados sempre do lado dos mais fracos e pobre, o reforço de estereótipos ligados a classe e gênero – são muitas as abordagens que extrapolam os limites éticos do jornalismo e o respeito aos direitos humanos.

As razões para semelhante conduta parecem estar na busca pela audiência e pelos patrocinadores, dentro do segmento dedicado à abordagem sensacionalista, que apela à emoção do telespectador e o incita à sede de punição. Tal postura contribui para a manutenção dos estereótipos e priva os grupos mais vulneráveis de sua plena cidadania, na medida em que dá suporte para a discriminação e o discurso do ódio contra os mais necessitados.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Análise de Conteúdo dos programas revelou que o “Programa de TV” usa técnicas para prender a audiência, dá espaço prioritário à atuação da polícia, abusa da abordagem sensacionalista, separa a sociedade entre mocinhos e bandidos, privilegia o ponto de vista das chamadas “pessoas de bem”, e discrimina a mulher como peça acessória em relação ao homem.

São todas marcas de uma abordagem voltada para extrapolar a sóbria descrição e análise dos fatos, como pressupõem as regras do jornalismo de qualidade, e adentrar na seara da incitação à violência por parte dos telespectadores.

As razões para tal abordagem parecem estar ancoradas na necessidade de manter os níveis de audiência da atração televisiva, e com eles o suporte econômico dos patrocinadores do programa. Essas razões vão de encontro aos valores plasmados pelos Direitos Humanos. Daí o fato de que o programa apresente de maneira sistemática a subversão dos valores e dos princípios que suportam os mais básicos princípios da humanidade e da dignidade da pessoa humana.

5 Texto sobre população carcerária no Brasil. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/crimes-por-drogas-representam-64-das-prisoas-de-mulheres-20143512>.

É rotina na abordagem do “Programa de TV” a exposição sem rodeios da desgraça alheia, o uso indiscriminado de designativos ofensivos aos que se encontram em situação de criminalidade, a propagação da visão punitivista como panaceia para o problema da violência, entre muitos outros exemplos que afrontam os Direitos Humanos.

É preciso repensar seriamente o tipo de comunicação e jornalismo que vem sendo feito por programas com semelhante viés, sob pena de se continuar propagando estereótipos vazios e calando as vozes que mais precisam de expressão nos meios de comunicação de massa.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, A. *A mídia como “Poder Moderador”*: uma perspectiva comparada. 2008. Trabalho apresentado no Encontro da Compós, 17., 3-6 jun. 2008, São Paulo.
- ALBUQUERQUE, A. *As três faces do quarto poder*. 2009. Trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho “Comunicação e Política”, do Encontro da Compós, 18., 2009, Belo Horizonte.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2006.
- BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). *Cidadania, Direitos Humanos e Equidade*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- COELHO, E. Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. *Revista Brasileira de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, 1978a.
- COMPARATO, Fábio. A democratização dos meios de comunicação de massa. *Revista USP*, São Paulo, 2001.
- FAUSTO NETO, Antônio. *Midiatização - prática social, prática de sentido*. Bauru: Paper Compós, 2006. Disponível em: http://www.compos.org.br/data/biblioteca_544.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.
- GUARESCHI, Pedrinho A. O Direito Humano à Comunicação: pela democratização da mídia. *Revista Opinião Filosófica*, Petrópolis, 2013. Disponível em: <http://periodico.abavaresco.com.br/index.php/opiniaofilosofica/article/view/679>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. 51. ed. Porto Alegre: L&PM, 2020. 464 p.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.
- PERIAGO, F. R. *O Perfil do Repórter de Telejornal Policial no Brasil*. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.
- RADDATZ, Vera Lucia Spacil. Direito à Informação: um requisito para a cidadania na sociedade contemporânea. In: BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). *Cidadania, Direitos Humanos e Equidade*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012. v. 1, p. 297-313.
- RAMOS, Silvia; PAIVA, Anabela. *Mídia e violência: tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007. E-book.
- SODRÉ, Muniz. *A Comunicação do Grotesco: introdução à Cultura de Massa no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 1983.
- SODRÉ, Muniz. *O monopólio da fala*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- SODRÉ, Muniz. *Sociedade, Mídia e Violência*. Porto Alegre: Sulina; Edipucrs, 2002.
- TRAQUINA, Nelson. *Teorias do Jornalismo – Volume 1*. Florianópolis: Insular, 2005a.
- TRAQUINA, Nelson. *Teorias do Jornalismo – Volume 2*. Florianópolis: Insular, 2005b.
- YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamentos e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 12/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/02/2021
- Avaliação 1: 31/03/2021
- Avaliação 2: 10/09/2021
- Decisão editorial preliminar: 10/09/2021
- Retorno rodada de correções: 23/09/2021
- Decisão editorial/aprovado: 21/11/2021

Equipe editorial envolvida

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

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JULGAMENTOS PENAIS: CONSIDERAÇÕES EM DIREITO COMPARADO

JUDICIAL REVIEW AND CRIMINAL TRIALS:
CONSIDERATIONS IN COMPARATIVE LAW

JOÃO PAULO GOMES MASSARO¹

FERNANDA CAROLINA DE ARAÚJO IFANGER²

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal analisar os julgamentos do caso de tortura praticado pela GSS pela Suprema Corte de Israel e do *Habeas Corpus* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, sob a ótica do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, visando a promover uma reflexão a respeito do instituto do Controle de Constitucionalidade através do estudo destes casos. Para tanto, o artigo empregou a análise individual de cada um dos casos escolhidos e, em sequência, da análise de obras bibliográficas a respeito do assunto. Os resultados obtidos pela pesquisa demonstraram que ambos os casos envolvem situações nas quais o Controle de Constitucionalidade foi empregado de forma a legitimar determinados posicionamentos em detrimento da ordem jurídica. Por derradeiro, foi possível observar que o Controle de Constitucionalidade é um instituto cuja aplicação inadequada pode acarretar a mais variada gama de prejuízos, em que pese possa, também, ser considerado como uma importante ferramenta de manutenção da ordem jurídica constitucional.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; *Habeas Corpus* 126.292; julgamentos de tortura em Israel.

1 Mestrando em Direito (Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas) Pontifícia Universidade Católica de Campinas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8438-7905>

2 Professora titular categoria A1 da PUC-Campinas. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD) da PUC-Campinas. Orientadora de mestrado. Professora da disciplina Direito Penal na Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2014), mestre em Direito Pela Universidade de São Paulo (2010), Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2006). Membro do grupo de pesquisa "Direito e Realidade Social" (CNPq/PUC-Campinas), com atuação na linha de pesquisa "Direitos Humanos e Políticas Públicas", principalmente em temas envolvendo Direito Penal, Criminologia, Direitos Humanos e Legislação Juvenil. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5457771059463212>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1072-5545>

3 Professor Titular Categoria A1 da PUC-Campinas. Coordenador e membro do corpo docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD), vinculado à linha de pesquisa "Cooperação Permanente Internacional e Direitos Humanos". Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi pesquisador visitante com bolsa CAPES sanduíche da Albert Ludwigs Universität Freiburg e do Instituto Max Planck de Freiburg. É especialista em Direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi pesquisador e professor político convidado da Fundação Escola de Sociologia e de São Paulo e Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB-SP. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5596-6695>

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

MASSARO, João Paulo Gomes; IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo; LAURENTIIS, Lucas Catib de. Controle de constitucionalidade e julgamentos penais: considerações em direito comparado. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 380-396, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8407>.

ABSTRACT

The present article has, as its main objective, to analyze the trials of the GSS Torture Case by Israel's Supreme Court and the Habeas Corpus 126.292, by the Brazilian Supreme Court under the point of view of Minister Luís Roberto Barroso's vote, aiming to reflect on the Judicial Review institute through the analysis of such cases. For such task, the article has employed the individual analysis of each one of the chosen cases and, in sequence, analyzed bibliographic works on the matter. The results attained by the research showed, therefore, that both cases involve situations in which the Judicial Review has been employed to grant legitimacy to determined positionings to the detriment of the legal order. Ultimately, it was possible to observe that the Judicial Review is an institute whose inadequate application can cause the most diverse range of damages, although it can also be considered as an important tool in the task of maintenance of the constitutional order.

Keywords: *judicial review; Habeas Corpus 126.292; Israeli torture trials.*

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é um tema controverso. Isso desde sua criação no julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte Norte-Americana no ano de 1803. Afinal, se os juízes podem controlar a validade de leis, quem controla a validade da decisão do juiz? De toda forma, partindo das premissas formuladas pelo referido julgamento, viu-se a reiteração da prática ora em comento pelo Poder Judiciário nos mais diversos países ao longo do tempo, sendo possível observar julgamentos emblemáticos que permitem profundas reflexões a respeito da atuação do Poder Judiciário em face de atos legislativos específicos. Essa discussão que ganha importância na avaliação dos limites impostos ao referido Poder e subsequente verificação de violação das competências a ele inerentes.

Este artigo analisará o controle de constitucionalidade sob a ótica de dois julgamentos paradigmáticos a respeito da questão. O primeiro deles relacionado à série de julgamentos desempenhada pela Suprema Corte de Israel a respeito da prática de tortura pelo Serviço de Segurança Geral do país (GSS) entre os anos de 1971 e 1986. O segundo é o julgamento do Habeas Corpus 126.292, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2016. O objetivo é demonstrar que há muitas semelhanças não só nos resultados, mas também na forma de construção desses julgamentos. Fora isso, busca-se indicar os problemas das argumentações desenvolvidas nas razões decisórias desses julgados. Após, serão apresentadas objeções à configuração teórica e prática dos sistemas de controle de constitucionalidade, analisando-se criticamente a forma como esses julgamentos lidam com esses problemas.

2. O CASO DE TORTURA DO SERVIÇO DE SEGURANÇA GERAL DE ISRAEL

Trata-se aqui do julgamento relacionado à apreciação da prática de tortura pelo Serviço de Segurança Geral do Estado de Israel (GSS)⁴. O cenário do julgamento inicia-se em junho de 1987, data na qual, após um escândalo envolvendo a prática de abusos físicos pelo GSS durante o interrogatório de um soldado israelense, o Presidente da Suprema Corte de Israel, Meir Shamgar, nomeou uma comissão de inquérito com o propósito de apreciar as práticas de interrogatório radicadas pelo GSS (IMSEIS, 2001, p. 333). O relatório produzido, denominado Relatório da Comissão Landau, evidenciou que, entre os anos de 1971 e 1986, o GSS havia empregado “pressão física” em procedimentos de interrogatório aplicados em suspeitos de origem Palestina, procedimento utilizado para a obtenção de condenações junto aos Tribunais Militares Israelenses. Ademais, reconheceu o documento que os oficiais da GSS haviam praticado o crime de perjúrio em diversos episódios durante o período descrito, em clara violação a normas jurídicas positivadas junto à legislação israelense (IMSEIS, 2001, p. 333-334).

Tendo em vista os resultados da investigação em tela, a Comissão, apesar da apreciação dos eventos transgressores descritos, trouxe nos resultados de sua pesquisa inúmeros motivos justificadores das práticas radicadas pelo GSS, fundamentando seu entendimento, majoritariamente, no fato de que os atos de “pressão física” empregados pelo GSS na repressão a ações de natureza terrorista praticadas por grupos Palestinos eram diferentes daqueles realizados em qualquer outra situação que não envolvesse a defesa dos interesses estatais.

A Comissão entendeu que, em primeiro lugar, o Estado de Israel não deveria aplicar quaisquer procedimentos a título de condenações criminais em face dos acusados da prática de perjúrio durante o período avaliado, o que acarretaria em uma paralisação desnecessária da máquina estatal em prol da apreciação judicial de tais casos. Manifestou-se, ainda, pela admissibilidade do emprego de práticas de coação, desde que o governo positivasse e mantivesse um acompanhamento regular delas. Concluiu, por fim, que seria admissível o emprego de “pressão física” na busca pela verdade em toda situação na qual o emprego da chamada “pressão psicológica”, isto é, toda forma de coação que não envolvesse a violência física, não fosse suficiente para tanto. Também foi importante para a apreciação desempenhada pela Comissão Landau em seu relatório a abordagem do instituto do “Estado de Defesa”, cuja aplicação aos casos analisados foi defendida pela Comissão. Tal instituto, surgido no Direito Penal Israelense, encontra previsão legal na Seção 34 (11) da Lei Penal Israelense (ISRAEL, 1977) e tem o seguinte conceito:

Um indivíduo não enfrentará responsabilidade criminal por cometer qualquer ato imediatamente necessário ao propósito de salvamento da vida, liberdade, corpo ou propriedade, de si próprio ou de um companheiro, de perigo substancial de sofrimento de dano sério, em resposta a circunstâncias particulares durante um momento específico e ausentes meios alternativos de se evitar o dano.

4 Para maiores informações a respeito do caso, recomenda-se o acesso às informações reunidas pelo Centro de Informações Israelenses para Direitos Humanos nos Territórios Ocupados (B'Tselem), que reúne descrições a respeito dos eventos descritos no seguinte endereço: <https://www.btselem.org/torture>.

Logo, a Comissão entendeu que seria possível a extensão de tal conceito para que ele fosse aplicado a situações nas quais se fizesse necessária a predominância dos interesses do Estado de Israel sobre a liberdade individual do prisioneiro (IMSEIS, 2001, p. 335). Em um momento imediatamente posterior à produção do Relatório da Comissão Landau ocorreu a insurreição palestina denominada *Intifadah*, que eclodiu no ano de 1987 e resultou na prisão e tortura de palestinos acusados da prática de atos de terrorismo no período de 1987 a 1993. Como consequência, a irresignação dos ofendidos se materializou através de pleitos jurisdicionais realizados tanto por vítimas de tortura durante o período em questão, quanto por parte da ONG “Comitê Público contra a Tortura em Israel”, o que chamou a atenção da comunidade internacional e ocasionou também a intervenção do Comitê das Nações Unidas Contra a Tortura por meio de pedidos de esclarecimentos a respeito do assunto ao Estado de Israel. Visando a amainar a pressão gerada pela situação descrita, a Suprema Corte Israelense agendou uma audiência cujo propósito principal era a apreciação das práticas radicadas pelas autoridades durante o período da *Intifadah*.

Em sua apreciação do caso, a Suprema Corte identificou três pontos centrais à avaliação da matéria, sendo o primeiro relativo à concessão de legitimidade pela Lei israelense aos investigadores da GSS para a condução de interrogatórios. Caso verificada uma resposta positiva a seu questionamento, tal ponto seria seguido da discussão a respeito da concessão, por parte das normas aplicáveis, de poderes aos investigadores da GSS para que empregassem meios físicos na condução de interrogatórios. Em sendo verificada uma resposta negativa ao primeiro questionamento, o terceiro ponto a ser tratado seria a possibilidade da alegação, por parte dos membros da GSS, da existência de “estado de defesa” em seu resguardo, nos moldes estabelecidos pela Comissão Landau.

Quanto ao primeiro ponto, a Suprema Corte Israelense entendeu que muito embora não houvesse legislação que atribuísse, de modo específico, qualquer legitimidade aos membros do GSS para a condução de interrogatórios, tal legitimidade poderia ser deduzida a partir de apreciação do artigo 2 (1) do Estatuto de Procedimentos Criminais, que regulamenta o direito de oficiais vinculados à polícia ou a órgãos análogos em desempenharem a condução de interrogatórios (IMSEIS, 2001, p. 340).

Fora isso, a Corte entendeu, com relação à concessão de poderes pela legislação israelense aos membros do GSS no emprego de meios físicos de coação, que isso representa uma grave violação à dignidade e liberdade dos investigados, de sorte que se observa no caso um “choque de valores” entre esses direitos e o “desejo em se descobrir a verdade” esposado pelo Estado de Israel. Por fim, após uma avaliação dos meios de tortura apresentados pelos peticionantes em seu pleito apresentado à Suprema Corte israelense, esta entendeu pela inexistência de autorização, junto à legislação israelense em vigor no momento da apreciação, para a prática dos métodos de coação em questão (IMSEIS, 2001, p. 340).

Finalmente, a respeito do terceiro ponto de discussão aventado, isto é, a aplicabilidade do “Estado de Defesa” como forma de justificativa para a prática dos meios de coação física em estudo, a Corte entendeu que, em que pese ser possível que um membro do GSS indiciado pela prática do crime de tortura aventasse tal instituto em sua defesa, não seria possível que a prática de tortura fosse realizada pelo órgão em questão sob a justificativa de que acobertado pelo instituto. Isso porque, na visão deste Tribunal, o “Estado de Defesa” só se manifestaria

em situações excepcionais, o que não ocorre em interrogatórios por serviços de inteligência (IMSEIS, 2001, p. 340).

Vale destacar que, embora a temática de tortura descrita tenha sido analisada pela Suprema Corte Israelense, também merece destaque o fato de que os cenários político e social de Israel à época do julgamento foram responsáveis pela exigência de um posicionamento da Corte a título de controle de constitucionalidade da ação estatal restritiva dos direitos fundamentais. Essa situação se aproxima do cenário brasileiro observado no julgamento do Habeas Corpus 126.292, no qual, muito embora não se verifique um contexto social tão efervescente quanto o israelense, é possível observar que a importância da matéria discutida e a pressão social foram responsáveis pela provocação do Supremo Tribunal Federal e pelo resultado do julgamento.

3. O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Habeas Corpus 126.292 trata da condenação do paciente ao cumprimento de pena de reclusão em virtude da prática do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo. A defesa buscou discutir, primeiro perante o Superior Tribunal de Justiça, depois no Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de prisão de réu condenado mesmo em situação na qual ainda pendentes os julgamentos dos recursos dirigidos a essas Cortes. O julgamento em questão desenvolve-se tomando como parâmetro dois momentos distintos a respeito da admissão da prisão de condenados em processos criminais.

Conforme foi dito pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, até o ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal afastava a possibilidade de manutenção da liberdade do condenado criminalmente, ainda que pendentes recursos junto a instâncias superiores. No ano de 2009 o Tribunal alterou seu posicionamento, estabelecendo que a execução de sentença, enquanto pendente recurso junto às instâncias superiores, ofendia a ampla defesa e o devido processo legal. Adotou-se, em tal momento, o entendimento de que o réu deveria seguir em liberdade até o julgamento de eventual recurso nas referidas instâncias. O relator do HC, ministro Teori Zavascki, defendeu em seu voto que, em que pese houvesse entendimento em via eminentemente oposta até aquele momento, não havia óbices à mudança dessa jurisprudência para que se autorizasse novamente o cumprimento provisório de pena por acusados em situação de pendência de julgamento de seus casos por tribunais superiores. Em sua manifestação, esse ministro enfatizou que a apreciação das matérias fático-probatórias afeitas a casos penais cabe aos juízos de primeiro grau, bem como aos tribunais locais na análise de eventuais recursos de apelação, entendendo como raros os casos nos quais se verifica efetiva mudança na condenação dos réus em sede de julgamento por tribunais superiores.

Por isso, Zavascki conclui que muito embora tal entendimento promovesse limitação ao princípio da presunção de inocência vinculado ao Direito Penal, tal limitação não acarretaria em maiores prejuízos aos casos analisados, uma vez que o referido princípio seria rigorosamente observado durante a tramitação do processo em vias ordinárias. Traz, ainda, em

seu voto precedentes jurisprudenciais de países diversos que corroboravam com sua tese e acrescenta ainda que compete aos recursos de ordem extraordinária o papel de “preservação da higidez do sistema normativo” e não “examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos” (BRASIL, 2016, p. 12).

Por sua vez, Barroso sustenta, em seu voto, que ocorreram dois momentos distintos de mutação constitucional nessa matéria. A primeira tem relação com as consequências trazidas pela instauração dos entendimentos em questão: maior dificuldade de se colocar em prática e justiça criminal. Os reflexos negativos trazidos pelo entendimento instaurado pelo Tribunal no ano de 2009 sintetizam-se através de três argumentos principais. O primeiro é o desincentivo à interposição de recursos com viés protelatório: tal alteração no entendimento da Corte faria com que apenas casos nos quais observada a efetiva necessidade de apelo às instâncias superiores fossem submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Em suas palavras:

No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões (BRASIL, 2016, p. 33).

Aduz ainda o Ministro que a modificação proposta reduziria a seletividade do sistema penal pátrio, uma vez que impediria que a liberdade dos acusados em processos criminais fosse condicionada à existência de condições financeiras destes para a contratação de advogados com o objetivo de realização dos recursos em questão (BRASIL, 2016, p. 7-8). Por fim, afirma que o entendimento até então esposado pela jurisprudência do STF ocasionou o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade brasileira, em razão da existência de acusados em liberdade mesmo após sua condenação, em situações nas quais se tornava possível que nem mesmo chegassem a cumprir pena diante da possibilidade de prescrição da pretensão punitiva relativa a tais ações (BRASIL, 2016, p. 8).

Com base em tais premissas, Barroso sustenta que a retomada de entendimento esposado em momento inicial se mostraria como a medida mais razoável diante dos reflexos que a mudança perpetrada havia ocasionado, fundamentando seu entendimento em uma análise combinada entre os textos dos incisos LVII⁵ e LXI⁶ do artigo 5º da Constituição Federal. Afirma-se nesse ponto que, muito embora não exista trânsito em julgado da sentença penal condenatória no momento processual em discussão, seria clara a diferenciação promovida pelo texto constitucional entre os institutos da culpabilidade e da prisão, cabendo, desta forma, tratá-los de forma diferente.

Por fim, conclui Barroso seu voto trazendo à discussão a teoria de Robert Alexy ao afirmar que deve ser realizada a ponderação entre o princípio da presunção de inocência previsto e o interesse constitucional na efetividade da lei penal. Em reforço aos argumentos trazidos em seu entendimento, sobretudo com relação aos três aspectos fundamentais que alega serem salutares à apreciação da matéria, Barroso estabelece que seria possível, portanto, a mitigação do princípio da presunção de inocência em prol da efetividade da lei penal.

5 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

6 LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DOS CASOS

Após a descrição dos julgamentos, é viável analisá-los sob o prisma conceitual do controle de constitucionalidade, para que se possa refletir sobre as decisões apreciadas e sobre o papel do mecanismo em estudo dentro do Judiciário. Com esse objetivo, nos itens seguintes serão trazidas novas considerações acerca do controle de constitucionalidade. Tal sistema deriva da supremacia da Constituição e envolve tanto situações nas quais a edição de atos normativos ocasione contrariedades ao teor da Constituição quanto situações nas quais a ausência de normas aplicáveis a determinados casos implique na violação a preceitos constitucionais (SILVA, 2005, p. 46-48).

4.1 1 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DO JULGAMENTO DO CASO DE TORTURA

Com relação ao julgamento do caso de tortura da GSS, Imseis (2001) apontou críticas que permitem que se tenha uma noção mais ampla a respeito dos conceitos nele envolvidos. Em um primeiro momento, o autor aduz que o julgamento não abrangeu todas as formas de tortura empregadas pelo GSS na condução de interrogatórios, uma vez que o Relatório da Comissão Landau apenas descreveu as formas de tortura envolvidas na atuação do órgão em um anexo sigiloso, o qual foi mantido quando do julgamento da ação pela Suprema Corte Israelense. Isso porque, muito embora esta tenha determinado a divulgação dos métodos de coerção aplicados, isto não chegou a acontecer. Isso acarretou a recusa pelo Estado de Israel em apresentar os dados solicitados em razão da inexistência de ordem oficial, sugerindo este, contudo, a possibilidade de exibição em vídeo das torturas empregadas, o que foi rejeitado pelas vítimas que propuseram a ação (IMSEIS, 2001, p. 341).

Tendo em vista os obstáculos encontrados na demonstração das técnicas de tortura empregadas, a Suprema Corte estruturou seu julgamento sobre as cinco formas de tortura relatadas pelos autores e das quais tinha-se ciência no momento do julgamento, sendo elas: chacoalhões violentos, *shabeh* (situação em que as vítimas eram colocadas sentadas em cadeiras em posições extremamente desconfortáveis com a cabeça coberta por longos períodos de tempo), “agachamentos de sapo”, aperto excessivo de algemas e privação de sono prolongada. O julgamento se restringiu, portanto, apenas às formas de tortura mencionadas, não abrangendo qualquer outra modalidade de que se tivesse notícia. Ademais, nenhum inquérito adicional a respeito do assunto foi levantado, tendo em vista que a Suprema Corte Israelense não determinou a exibição obrigatória dos anexos sigilosos que tratam do assunto. A Corte evitou o tratamento integral do problema enfrentado, julgando parcialmente o cenário trazido a seu conhecimento pelos autores da ação.

Por conseguinte, muito embora a Suprema Corte tenha entendido como inadequado o emprego de meios de tortura física para fins de obtenção da verdade, tal julgamento restringiu-se às formas de tortura cuja existência foi provada. Neste sentido, Amand (2000, p. 676) afirma que tal dimensão do julgamento não barrou a prática da tortura pelo GSS, mas sim permitiu que ela fosse aplicada pelo órgão desde que isso não ocorresse nas formas abordadas no julgamento, que representam uma porcentagem ínfima dentre os diversos meios de tortura de cujo emprego se tem notícia.

Fora isso, o julgamento abordou apenas as práticas empregadas pelo GSS. Isso quer dizer que se excluiu de seu âmbito outros órgãos de defesa do Estado de Israel, tais como as Forças de Defesa de Israel (IDF) e a própria polícia israelense. Não houve, portanto, qualquer restrição ao emprego de tortura por estes órgãos (IMSEIS, 2001, p. 342). Enfim, a abordagem desempenhada pela Suprema Corte Israelense se restringiu à análise da prática de tortura pelo GSS radicada durante a fase de interrogatório do processo de prisão de acusados pelo órgão, não abrangendo, portanto, qualquer prática desempenhada em momentos pós-prisão e/ou pré-interrogatório, o que legitimaria, portanto, seu emprego nestas situações.

Por tudo isso, a decisão da Suprema Corte Israelense não vedou a prática dos “meios físicos” de coerção pelo fato de constituírem ato de tortura. Ela simplesmente apontou que seria necessária a regulamentação, por parte de um novo diploma legal, das práticas adotadas pelo GSS. Em realidade, o procedimento adotado pela Corte foi o de omitir-se na discussão relativa à prática de tortura, remetendo-a a questões de ordem exclusivamente técnica quando, em realidade, deveria adotar contornos que abrangessem as situações políticas e sociais envolvidas no caso (IMSEIS, 2001, p. 346).

Esses argumentos remetem à análise de Troper (2003, p. 109-110) a respeito do controle de constitucionalidade, que aborda de forma crítica a concepção da Constituição e o controle de constitucionalidade como mecanismos que tenderiam a evitar desequilíbrios no choque entre maiorias e minorias qualitativas dentro de um processo democrático, evitando, portanto, a opressão dos interesses destas por aquelas. Esse autor foi enfático, em sua análise, ao estabelecer que tal premissa não se sustenta, uma vez que uma Corte com o poder de revisar a conformidade das leis de acordo com uma declaração de direitos vaga não encontraria nenhum obstáculo em adotar uma interpretação alinhada com interesses majoritários. Os interesses de minorias seriam, portanto, facilmente oprimidos por tal interpretação, que contraria com a devida legitimação pela Constituição vigente. O autor afirma ainda que o ato pelo qual uma corte constitucional declara que representantes do povo excederam os limites de seu poder é um ato de pura interpretação e não de avaliação empírica, de modo que ficaria ao alvedrio dos integrantes desse órgão o papel de decidir se determinada lei expressa ou não a vontade do povo.

Nesse sentido, o julgamento da Suprema Corte Israelense é exemplar. A interpretação legal buscou, nesse caso, somente confirmar os comportamentos dos atores estatais e os interesses da maioria qualitativa. Isso foi destacado pelo próprio julgamento quando se observa que nele é analisado o confronto entre os interesses do Estado de Israel e aqueles dos indivíduos submetidos a interrogatório sem que apresentassem efetiva ameaça ao Estado. Nesse caso, como em todos os demais, a ponderação entre os interesses estatais e os direitos dos indivíduos leva à eliminação destes e à proteção daqueles.

4.2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292

Nessa linha de raciocínio, o julgamento do HC 126.292 foi a segunda alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal ao longo de um curto intervalo de tempo (2009 a 2016), sendo que uma terceira alteração ocorreria três anos depois. Em todos esses casos, o Tri-

bunal realizou atividade de mera interpretação legal, não havendo qualquer embasamento empírico no caso, muito embora os argumentos suscitados pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso busquem demonstrar o contrário.

Fora isso, o julgamento está baseado na figura retórica do choque entre a preservação do princípio da presunção de inocência e a experiência prática do Tribunal com relação à manutenção da liberdade dos acusados enquanto pendente recurso. Em nenhum momento há a demonstração empírica e fática do quanto a restrição da presunção de inocência favorece a preservação da segurança pública. Até porque esse tipo de demonstração é impossível, vez que esses valores são não só diversos, mas incomensuráveis (LAURENTIIS, 2017, p. 151).

Para o Ministro Barroso, esse choque deve ser solucionado por meio da aplicação da teoria da ponderação de Robert Alexy. O princípio da proporcionalidade permitiria, nesse sentido, perceber que a restrição ao princípio da presunção de inocência seria compensada pelos ganhos havidos na proteção da credibilidade e efetividade do Poder Judiciário brasileiro. Como regra geral e de acordo com o modelo adotado no direito brasileiro, a aplicação dessa técnica envolve o emprego de três testes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que permitiriam que se alcançasse o adequado sopesamento entre as normas fundamentais em choque e lhe dariam um adequado parâmetro para a solução do conflito.

No caso, há graves problemas com relação ao emprego da técnica desenvolvida por Alexy, uma vez que, muito embora em sua decisão o Ministro Barroso traga conceitos da obra do referido autor, não se observa o adequado desenvolvimento destes dentro da metodologia desse auto. Na realidade, esse voto se aplica a ponderação de forma direta, sem que aborde, em tal processo, os demais passos da teoria de Alexy. Trata-se, portanto, de um exercício puro e simples de ponderação e voluntarismo. Esse problema se agrava pela utilização de uma forma não convencional do teste da proporcionalidade. De acordo com o Ministro:

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais (BRASIL, 2016, p. 42).

Proteção deficiente quer dizer, portanto, proporcionalidade enquanto forma e instrumento de controle de omissões legislativas. Essa é uma aplicação interessante e altamente contraditória desse teste. Ela causa interesse e espanto, pois o princípio ou regra da proporcionalidade sempre foi visto e foi construído durante séculos como um instrumento de controle de intervenções estatais na área de proteção dos direitos fundamentais. Enquanto instrumento de controle de intervenções, é mais do que óbvio que a aplicação desse teste pressupõe a identificação de uma ação estatal restritiva dos direitos fundamentais – no caso, da presunção de inocência. Mais do que isso, todo o teste da proporcionalidade foi concebido e é estruturado como uma forma de avaliação da relação de causalidade entre meios e fins (BARAK, 2012), o que permite a avaliação empírica da restrição imposta ao direito fundamental e sua eventual

relação com o fim perseguido pelo Estado com esse ato. No caso da proteção deficiente isso não ocorre de forma alguma. Nessa hipótese o que se avalia não é uma ação, mas uma omissão do Estado e, como todos sabem, a omissão de um ato é um não-ato – um nada. E o nada não pode, por definição física, não pode causar absolutamente nada. Não há a mínima pista de como e porque a proporcionalidade poderia realizar essa operação milagrosa: saber em que medida o nada afeta os direitos fundamentais ou os interesses do Estado

Isso mostra que, ao utilizar a figura da proteção deficiente, o julgador (ministro ou juiz) não está mais controlando uma atividade estatal prévia. Ele se transforma aqui no criador das normas e regras que, a seu ver, são as mais adequadas a proteger, fomentar ou resguardar os direitos fundamentais e os objetivos do Estado. O que não é explicado ou demonstrado pelos defensores dessa figura e pelos julgadores que a utilizam é como e porque – com base em qual critério – eles escolhem as medidas que consideram mais adequadas para a proteção e tutela dos direitos fundamentais. Alguns exemplos, para ilustrar. O direito fundamental à liberdade de locomoção pode ser realizado das mais diversas formas: as pessoas poder ir para casa de bicicleta, skate, carro, ônibus ou helicóptero. O Estado deve disponibilizar todos esses meios de transporte a todas as pessoas ou só um deles? Se deve fornecer só um, qual? O problema pode se multiplicar: se há uma variedade de tratamentos possíveis de uma doença (câncer, reumatismo ou insuficiência renal), o Estado deve oferecer todos os meios de cura, tratamentos e remédios, ou só um? No caso do Direito penal e da política criminal há a mesma dúvida: para combater de forma eficaz o crime, o que deve ser feito? Contratar mais policiais, juízes, promotores? Comprar mais equipamentos, instrumentos de investigação, instrução, inteligência e coleta e compartilhamento de provas? Educar as pessoas e distribuir a renda de forma mais igualitária? Ou, além de tudo isso, é necessário também mudar as leis e a Constituição? Essa não é uma escolha fácil. Ela envolve variáveis empíricas, sociais, econômicas e ideológicas. Trata-se aqui, por isso, de uma escolha política, que deve ser realizada única e exclusivamente por representantes eleitos, que tenham competência para criar regras e normas gerais e abstratas, não por juízes (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 50).

Não existe prova ou técnica jurídica que fundamente a escolha entre medidas completamente díspares e há tanta disparidade entre a contratação de policiais e a elaboração de leis punitivas quanto entre a escolha entre ir à churrascaria ou à sorveteria. É tudo uma questão de gosto e opção. A questão que não tem resposta na decisão do HC ou nos textos escritos por quem defende a teoria dos princípios é: por que, afinal de contas, as pessoas devem aceitar as escolhas realizadas por juízes nessas situações? Por que a escolha entre as opções de política criminal são realizadas sem maiores problemas por juízes, mas a escolha do que se vai jantar é tratada de forma diferente? Tudo é uma questão subjetiva e de opção, mas se aceita de forma natural que o juiz diga – com base em uma figura mal fundamentada como a proteção deficiente – se é melhor para todos criar uma lei – no caso, uma norma constitucional – mais punitiva ou construir escolas. Por quê? Existem duas respostas a essa pergunta. Primeiro, as pessoas pensam que juízes têm algum poder mágico que os fazem ser mais inteligentes e virtuosos, pelo simples fato de conhecerem a lei. Isso as leva a pensar que qualquer escolha realizada por juízes – mesmo aquelas que não têm nenhuma base legal – são melhores do que as decisões realizadas por pessoas. Elas se esquecem que juízes são pessoas, que toda e qualquer pessoa é falível, pois todos têm uma capacidade limitada de absorver informações e processar dados – ninguém, nem os juízes, são perfeitos. O que se faz quando se transfere a competência decisória para juízes não é necessariamente, portanto,

criar uma decisão melhor. Com isso simplesmente se transfere a possibilidade de errar por último (WALDRON, 2006).

Segundo, as pessoas que argumentam com fúria e paixão contra todos os “beneficiados” pela regra da presunção de inocência provavelmente nunca estiveram ou se colocaram na pele de quem se defende de um processo penal injusto. Elas invertem, assim, a regra do juiz Blackstone – “é melhor livrar cinco culpados do que prender um inocente” (BARADARAN, 2011, p. 737) – pois não só pensam que a regra punitiva atingirá com mais probabilidade o culpado do que o inocente, mas também acreditam que eles nunca estarão no lugar do culpado condenado ou do inocente injustiçado. Não é só paradoxal constatar que essas mesmas pessoas buscam a justiça e utilizam todos os meios disponíveis no direito para se defender quando são denunciadas pela prática de um crime. Mais grave e perturbador é constatar que essas mesmas pessoas utilizam o discurso da busca da justiça igualitária – dizem, como o Ministro Barroso, que a presunção de inocência cria um sistema penal seletivo, que pune pobres e salva ricos (BRASIL, 2016, p. 34) – para chegar à conclusão de que todos devem ser privados de um direito fundamental. Como se retirar o direito de uns fosse criar automaticamente mais direitos para outros. Aqui o argumento não é só autoritário, mas hipócrita.

Da mesma espécie são as afirmações, também encontradas no voto do Ministro Barroso, segundo as quais existe um número ínfimo de recursos extraordinários nos quais os acusados são libertados após o julgamento de recursos de ordem constitucional. Se isso for verdade, o que importa? As pessoas que tenham tido êxito em seus recursos (especiais ou extraordinários) são menos importantes do que as que não tiveram a mesma sorte? E não seria essa uma constatação que leva justamente à conclusão oposta à que chega Barroso: o fato de uma pessoa que seja tenha sido beneficiada pela regra da presunção de inocência já é mais do que suficiente para justificar a existência e defesa dessa regra. Afinal, não é justamente essa a função do judiciário: defender minorias (uma única pessoa que ganhou o recurso extraordinário) contra a vontade da maioria?

Merece também destaque o terceiro ponto elencado pelo Ministro Luís Roberto Barroso na fundamentação de seu voto, em que sustenta que a impossibilidade de recolhimento prisional dos condenados em primeiro grau contribui para o descrédito do sistema penal diante da sociedade, uma vez que daria margem à prescrição da pretensão punitiva e incitaria o sentimento de impunidade tanto nos réus em processos de natureza penal quanto na sociedade de forma geral:

Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados. (BRASIL, 2016, p. 34)

O Ministro parece evidenciar com o seu voto que mais importante do que o cumprimento da lei ou ainda a elucidação dos crimes é combater o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, bem como a sensação de impunidade trazida pela demora no início do

cumprimento da pena, que só podem ser adequadamente enfrentadas, segundo se deduz de seu voto, com a veloz aplicação da pena.

Alterações radicais sobre o sistema de cumprimento de penas, tais como a observada neste julgamento tendem a se aproximar da criação de penas indefinidas e arbitrárias, características de Estados Absolutistas, o que rompe não apenas com as diretrizes do judiciário como também com as do Estado Democrático de Direito. (BUSATO, 2016, p. 71)

Fomentando a reflexão e trazendo uma abordagem sobre os motivos que levam o judiciário à adoção de medidas tais como a decorrente do voto aqui tratado, Maya e Lorenzoni (2019, p. 193) partem das considerações de Ulrick Beck no livro *La Sociedad de Riesgo. Hacia una Nueva Modernidade* ao defenderem que a sociedade pós-moderna, caracterizada pela impossibilidade da população em controlar as causas de seu medo, tem como peculiaridade uma busca incessante pela prevenção de crimes que sequer podem ser conhecidos ou previstos, o que gera a tomada de uma série de decisões, que infiltram-se nos mais variados âmbitos sociais, abrangendo desde a atuação do judiciário até a adoção de políticas públicas, caracterizadas pelo desespero e pela tentativa de controle social, resultando na chamada sociedade de risco.

Neste sentido, portanto, a mentalidade apontada se reflete nas políticas criminais através da adoção de medidas que visam a efetivação de um ideal de segurança que visa proteger de tal forma a sociedade contra toda forma de crime que termina por tolher, paradoxalmente, as liberdades individuais em prol de uma ideia de segurança absoluta.

Como consequência prática de tal cenário sobre os poderes constituídos, destaca-se, portanto, um incremento nas pressões sociais sobre os poderes legislativo e judiciário com o propósito de provocação destes para que atendam a demandas por maior segurança, discurso este que sofre fortes influências do meio midiático e tende a sujeitar as medidas adotadas por estes poderes à influência do populismo penal, em total contrariedade com seus propósitos fundamentais. (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 194).

Contudo, as medidas tomadas pelo judiciário, nesse sentido, não podem lograr êxito já que partem de uma concepção meramente simbólica do direito penal e tendem a combater uma sensação de impunidade que, justamente por ser uma sensação, pode estar totalmente desvinculada da realidade do cenário social e dos números concretos da criminalidade.

Ao comentar o posicionamento do STF, afirma Santos que:

a decisão aposta no controle da criminalidade com penas criminais, assumindo a política criminal repressiva inspirada na Criminologia etiológica, interessada na eficiência e na efetividade do controle social, ao contrário da Criminologia crítica, que explica a criminalidade pelas desigualdades estruturais e institucionais da formação social capitalista e, por isso, está interessada em garantir o cidadão contra a violência do Estado (SANTOS, 2019, p. 3).

Ao discutir a racionalidade penal moderna, bem ilustrada no julgamento ora em análise, Pires (2004) assevera ela que estabelece uma relação entre crime e pena de modo que se acredita que somente esta pode diminuir o crime. Essa nova forma de pensar as questões penais implica em um processo mais recente de juridicização da opinião pública.

Não é, adverte o autor, que o sistema penal delegue o poder de decisão ao público, mas sim que decide se, quando e como o público será integrado. Nesse contexto, “pode-se pergun-

tar se os tribunais penais não estão em via de se tornar mais próximos do exercício da função do sistema político em alguns aspectos-chave do processo de tomada de decisões” (PIRES, 2004, p. 49). Portanto, é possível perceber, através da análise do referido excerto do voto do Ministro Barroso, a adoção de um discurso focado em atender a anseios populares, trazendo à discussão argumentos que atendem aos referidos anseios, o que faz com que ganhe contornos políticos em detrimento de discussões focadas em aspectos jurídicos.

Por todos os argumentos apontados, o julgamento deste HC é absolutamente frágil não só em sua construção teórica e dogmática, mas também em suas consequências práticas. Sob o prisma prático, a antecipação do trânsito em julgado em casos criminais está em conflito com o sistema processual como um todo. Os atos de execução civil importem em levantamento ou alienação de bens existem caução, o que garante o executado contra eventuais danos decorrentes do erro judiciário (art. 520, IV, CPC). Não tem sentido executar provisoriamente a sentença penal se o sistema processual não garante ao executado esse mesmo nível de proteção (LAURENTIIS, 2013). Sob a perspectiva teórica, como já foi aqui dito, não tem sentido nenhum falar em proteção deficiente e o juiz que utiliza essa figura não é mais julgador que defende a Constituição e aplica as normas jurídicas, mas sim é um tirano que quer impor sua própria vontade. Um lobo travestido na pele de cordeiro.

4.3 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nesse ponto, é possível contrapor as teorias de Robert Alexy e Michel Troper a respeito do controle de constitucionalidade para que se perceba a dimensão da discussão envolta nos julgamentos analisados. Alexy (2000, p. 40-41) defende que, muito embora a presença de uma jurisdição de natureza constitucional seja um meio de controle do processo democrático, suas desvantagens podem sobrepujar as vantagens de sua instituição caso não se verifique a adequada atuação do judiciário em tais atividades. Em última instância, a criação de um poder jurisdicional arbitrário só pode ser evitada se os juízes se comportarem como uma instância de reflexão neutra e racional, que tratam o processo político de forma distanciada. Só assim o poder exercido pelos juízes pode ser aceito na sociedade: os argumentos apresentados pelos juízes devem formar um discurso racional jurídico-constitucional que encontre o devido respaldo social e não ganhe contornos de imperatividade injustificada.

Troper (2003, p. 108), por sua vez, diz que o controle de constitucionalidade não é um meio pelo qual se assegura a supremacia da Constituição, mas sim um instrumento que assegura a supremacia das normas constitucionais produzidas pela autoridade que o exerce. Em contraponto à teoria de Alexy, o autor não entende que controle de constitucionalidade seja um reflexo direto da democracia (TROPER, 2003, p. 110). Existem muitos países democráticos (Reino Unido e Nova Zelândia), que não adotam nenhuma forma de controle de constitucionalidade das leis. Mais do que isso: uma vez que o poder de decisão a respeito da transposição de limites dos poderes é atribuído ao judiciário a atividade interpretativa dos tribunais se torna discricionária, pois suas decisões podem alterar normas e regras, sem nenhuma justificativa empírica. Partindo de tal premissa, justificar o controle de constitucionalidade considerando-o como um reflexo da democracia seria um argumento fundado em uma distorção do próprio conceito de democracia, uma vez que esta seria concebida, não como um sistema de autono-

mia ou como o poder do povo exercido através de oficiais eleitos, mas sim o poder exercido em nome do povo por representantes dentre os quais apenas alguns teriam sido eleitos.

A análise do autor a respeito das justificativas apresentadas pela doutrina para o emprego do controle de constitucionalidade permite, ainda, que se perceba um viés complementar entre suas ideias. Na verdade, Troper (2003, p. 120) não entende o controle de constitucionalidade como essencialmente falho. Suas críticas apontam unicamente às justificativas empregadas pela doutrina a respeito de sua importância dentro do processo democrático. Para ele, essas justificativas são incorretas. As cortes constitucionais exercem poder discricionário através de tal atividade e não agem de forma apartada do poder Legislativo ao verificarem a compatibilidade entre determinadas normas e a Constituição, mas sim de forma conjunta. Portanto, é uma ilusão criada pelo próprio judiciário dizer que o controle de constitucionalidade sempre e necessariamente protege os mais fracos e oprimidos. Os julgamentos aqui analisados comprovam essa tese.

Ao se analisar em conjunto as ideias de Troper e Alexy, é possível observar que os argumentos de Alexy sobre os riscos da prática inadequada do controle de constitucionalidade encontram um importante complemento na teoria de Troper. Afinal, todo instituto, inclusive o controle de constitucionalidade, está sujeito ao erro e à discricionariedade dos tribunais e julgadores. Existe sempre a tendência à criação de cenários nos quais seu emprego se dê com base nas percepções particulares dos membros dos tribunais. Por isso mesmo, a atuação jurisdicional deve ser pautada pela cautela e pelo minimalismo: juízes devem solucionar os conflitos que lhes são apresentados, sem criar teorias generalizantes e sem ultrapassar as capacidades cognitivas e institucionais do órgão ao qual estão vinculados. O que aparta esses dois atores é a crença no potencial da razão e do diálogo para controlar as decisões dos julgadores. Para Alexy, a razão pode e deve ser materializada no diálogo institucional travado não só entre os membros do tribunal (deliberação interna), mas também entre esses atores e a sociedade como um todo (deliberação externa). Isso quer dizer que “a tarefa de diálogo entre o tribunal e outros atores quaisquer que sejam pode ser exercida tanto pelos juízes no seu atuar individual fora do tribunal quanto e mais importante para os objetivos deste trabalho por meio do diálogo entre poderes, de um “diálogo constitucional” (SILVA, 2009, p. 213).

Essa metáfora – “diálogo institucional” – por um lado dificulta a análise, pois não se sabe ao certo qual é o parâmetro para se aferir se uma corte decide de forma dialógica e fundamentada. Sem isso, as decisões judiciais podem simplesmente se reportar a essa metáfora não só para justificar sua decisão, mas também para imunizar seu conteúdo contra eventuais críticas. O diálogo se converte, assim, em um instrumento de incremento do poder judicial (LECLAIR, 2003). Fora isso, a metáfora do diálogo convida os juízes a se dirigirem ao público e à sociedade como um todo, como se a decisão judicial necessitasse de aprovação geral para se legitimar. Esse é um caminho perigoso, que gera não só a politização, mas a radicalização da justiça, pois o público é o *locus* do confronto ideológico e o juiz que se insere no público assume, necessariamente, um dos lados desse conflito.

O controle de constitucionalidade se revela, assim, como um instrumento de dupla face. Ele tanto é capaz de evitar a irregular aplicação das normas e defender os direitos de minorias, quanto pode ser a porta de entrada para as decisões autoritárias e do populismo judicial. Em casos envolvendo a aplicação, interpretação e o controle da validade de leis penais essas características se agravam, não só porque a vida e a liberdade de muitas pessoas se

encontram em questão nesses casos, mas também porque as paixões do público afloram com maior intensidade nesses casos. Nessas situações, os juízes e tribunais devem ter prudência redobrada, evitando inovações e decisões que fujam do conteúdo evidente das regras jurídicas. Não foi isso o que ocorreu nos casos aqui analisados, o que os aproxima e indica a necessidade de uma reflexão constante e de uma avaliação constante e cuidadosa das decisões proferidas pelas Supremas Cortes dos mais diversos países. Não só porque esses órgãos e seus juízes devem decidir questões importantes e sensíveis para a sociedade, mas também porque eles podem ser a fonte das mais diversas iniquidades e injustiças.

5. CONCLUSÕES

Após a apresentação dos cenários fáticos e jurídicos envolvidos em cada um dos julgamentos, foi possível, a título reflexivo, analisar os argumentos embaixadores das técnicas de controle de constitucionalidade aplicadas em cada um, bem como tecer um contraponto dos julgamentos entre si, bem como de cada um com relação ao instituto do controle de constitucionalidade.

Através da análise do julgamento do Caso de Tortura do Serviço de Segurança Geral de Israel, foi possível perceber um cenário no qual a existência de leis vagas legitimou que o controle de constitucionalidade consistisse na interpretação destas mesmas leis pelos membros da Suprema Corte, que o fizeram de acordo com convicções pessoais que acarretaram na legitimação das práticas de tortura, assegurando os interesses do Estado em detrimento de direitos individuais das vítimas de tais casos de tortura.

A análise do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, por sua vez, permitiu perceber situação diversa, na qual a decisão adotada ganhou contornos políticos, que fizeram com que a discussão levantada fugisse do âmbito jurídico e esbarrasse em discussões de ordem política, o que foi confirmado, ainda, por meio de uma análise focada no âmbito da criminologia a respeito de excerto no qual o Ministro faz alusão ao descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade e à necessidade de combater a sensação de impunidade trazida pela demora no início do cumprimento da pena. Por derradeiro, foi possível perceber que as discussões políticas abordadas nublaram a regular aplicação do controle de constitucionalidade e distorceram sua diretriz primária: a análise de conformidade da situação em tela com os parâmetros traçados pela Constituição.

Logo, por todo o exposto, foi possível refletir sobre o controle de constitucionalidade e sua natureza dúbia, sendo possível perceber que, enquanto, por determinado viés argumentativo, é possível justificar sua aplicação como forma de garantia de direitos fundamentais e da regular aplicação da legislação vigente, por outro, é possível perceber que o instituto dá margem à sua própria subversão em prol de interesses escusos e de discussões que fogem de sua alçada, implicando exatamente naquilo que o instituto visa evitar: a arbitrariedade do judiciário em detrimento de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. La Institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y libertades*, [S. l.], n. 8, p. 21-41, 2000.
- AMAND, Matthew G. St. Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel et al: Landmark Human Rights Decision by the Israeli High Court of Justice or Status Quo Maintained. *North Carolina Journal Of International Law And Commercial Regulation*, [S. l.], v. 25, n. 3, p. 655-684, 2000.
- BARADARAN, Shima. Restoring the presumption of innocence. *Ohio State Law Journal*, [S. l.], v. 72, n. 4, p. 724-776, 2011.
- BARAK, Ahron. *Proportionality: constitutional rights and their limitation*. [S. l.]: Cambridge University Press, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126.292-SP*. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016.
- BUSATO, Paulo Cesar. O que não se disse sobre a Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) a Respeito do Habeas Corpus 126.292 e a Antecipação da Execução da Pena. *Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal*, [S. l.], v. 8, n. 14, p. 55-76, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- IMSEIS, Ardi. Moderate Torture on Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgement concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods. *Berkeley Journal of International Law*, [S. l.], v. 19, p. 328-349, 2001.
- ISRAEL. Lei Penal. 1977.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. Presunção de inocência e efeito suspensivo: contradições e perspectivas. *Revista digital de direito público*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 1-28, 2013.
- LECLAIR, Jean. Reflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*, [S. l.], número spécial, p. 377-420, 2003.
- MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S. l.], v. 27, n. 151, p. 189-213, 2019.
- PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. *Novos Estudos*, [S. l.], n. 68, p. 39-60, mar. 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, v. 27, n. 316, p. 3-6, mar. 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009.
- TROPER, Michel. The Logic of Justification of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 99-121, jan. 2003.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale L.J.*, [S. l.], v. 115, issue 6, p. 1346-1406, 2006.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 06/03/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/03/2021
- Avaliação 1: 16/03/2021
- Avaliação 2: 11/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 11/05/2021

- Retorno rodada de correções: 16/05/2021
- Decisão editorial/aprovado: 06/09/2021

Equipe editorial envolvida

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