



UNIVERSIDADE
FUMEC

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 17 | 2022
Número 2

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

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

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

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

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

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

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

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)

NÚCLEO DE APOIO À REVISTA MERITUM

Mestrando Almir Teixeira Esquárquio (PPGD/FUMEC)

Mestranda Beatriz Ribeiro (PPGD/FUMEC)

Mestranda Letícia Ribeiro (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. 17, no. 2
(maio/ago. 2022)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v.

Quadrimestral
ISSN 2238-6939 (Online)

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

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

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

Conselho Editorial

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

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

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

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

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

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

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

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

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

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

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

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

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

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

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

Nattan Nisimblat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

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

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

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

SUMÁRIO/SUMMARY

Artigos

EMPRESAS TRANSNACIONAIS, GLOBALIZAÇÃO E PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS: O CAPITALISMO HUMANISTA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO9

TRANSNATIONAL COMPANIES, GLOBALIZATION AND UNDERDEVELOPED COUNTRIES: HUMANIST CAPITALISM AS AN INSTRUMENT FOR EFFECTIVENING THE HUMAN RIGHT TO DEVELOPMENT

Rachel Vecchi Bonotti

Marcelo Benacchio

O MAPEAMENTO DO CONFLITO POR MEIO DO PROCESSO POR QUESITOS.....23

MAPPING CONFLICT THROUGH THE QUESTION PROCESS

João Renato Rodrigues Siqueira

Sandoval Alves da Silva

Camille de Azevedo Alves

O DEVEDOR CONTUMAZ DE ICMS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....41

THE CONTINUOUS GST DEBTOR FROM THE VIEW OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Márcio Fernandes Lima

Marisa Rossignoli

A USUCAPIÃO ENTRE HERDEIROS COMO CONSECTÁRIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE59

ADVERSE POSSESSION AMONG HEIRS AS A RESULT OF THE SOCIAL FUNCTION OF POSSESSION AND PROPERTY

Gilberto Fachetti Silvestre

Bruna Figueira Marchiori

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: UM OLHAR A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA.....77

ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW: A LOOK FROM A DEMOCRATIC PERSPECTIVE

Natal dos Reis Carvalho Junior

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA SOB O PARADIGMA DA SOLIDARIEDADE - ENSAIO SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS.....96

LAND REGULARIZATION AS A WAY OF EMBRACING THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING UNDER THE SOLIDARITY PARADIGM - ESSAY ON THE SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY REGISTER

Juliana Follmer Bortolin Lisboa

Jorge Renato dos Reis

MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PESSOAS: REFLEXÕES SOBRE O ADVENTO DA TECNOLOGIA E SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO110

ELECTRONIC MONITORING OF PEOPLE: THOUGHTS ON THE ADVENT OF THE TECHNOLOGY AND ITS APPLICATION IN THE BRAZILIAN CONTEXT

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Mariana Chini

O <i>DISTINGUISHING</i> E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: A ADEQUADA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	124
<i>THE DISTINGUISHING AND THE DUE PROCESS OF LAW: THE ADEQUATE JURISDICTIONAL PROVISION AS A FUNDAMENTAL RIGHT UNDER FEDERAL CONSTITUTION'S SIGHT</i>	
João Fabrício Dantas Júnior	
O BRASIL: UMA ANÁLISE SOB O PONTO DE VISTA DAS EPISTEMOLOGIAS DO SUL EM BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS	137
<i>IN BRAZIL: AN ANALYSIS FROM THE POINT OF VIEW OF SOUTHERN SPISTEMOLOGIES IN BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS</i>	
Thamyris Barbosa Xavier Avila Gabriela Oliveira Freitas	
DIREITOS TRABALHISTAS NA PERSPECTIVA DA CIDADANIA SOCIAL.....	149
<i>LABOR RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF SOCIAL CITIZENSHIP</i>	
Max Emiliano da Silva Sena	
A RELEVÂNCIA DO COMPLIANCE TRABALHISTA NA ATUAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES DE ASSÉDIO NAS EMPRESAS	163
<i>THE RELEVANCE OF LABOR COMPLIANCE IN THE PERFORMANCE OF HARASSMENT INVESTIGATIONS IN COMPANIES</i>	
Patrícia Tuma Martins Bertolin Cecília Ayres Buzzo	
A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO MEIO DE CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO	185
<i>EDUCATION IN HUMAN RIGHTS AS A MEANS OF CONSTRUCTION OF AN OPEN SOCIETY OF CONSTITUTION INTERPRETERS</i>	
Clóvis Marques Dias Júnior	
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL: UM CAMPO DE INDEFINIÇÃO NO FEDERALISMO BRASILEIRO.....	200
<i>LEGISLATIVE COMPETENCE IN ENVIRONMENTAL LAW: A SPHERE OF UNCERTAINTY IN BRAZILIAN FEDERALISM</i>	
Felipe Franz Wienke Carlos Alberto Lunelli	
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO DIREITO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN	218
<i>JUDICIALIZATION OF POLITICS AND POLITICIZATION OF LAW: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF SYSTEMS THEORY BY NIKLAS LUHMANN</i>	
Daniel Wagner Haddad	
A DOGMÁTICA JURÍDICA E A ORIGEM DO TRIBUNAL DO JÚRI DO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO RACIONALISMO CRÍTICO DE KARL POPPER.....	232
<i>LEGAL DOGMATICS AND THE ORIGIN OF THE COURT OF JURY IN BRAZIL: AN ANALYSIS ACCORDING TO KARL POPPER'S CRITICAL RATIONALISM</i>	
Beatriz Ribeiro Bruno Paiva Bernardes Sérgio Henriques Zandona Freitas	
<i>SHARENTING</i> : A AUTONOMIA PROGRESSIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PAIS NO AMBIENTE VIRTUAL.....	255
<i>SHARENTING: THE PROGRESSIVE AUTONOMY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AS A LIMIT TO PARENTS' FREEDOM OF EXPRESSION IN THE VIRTUAL ENVIRONMENT</i>	
Luiza Gabriella Berti Zulmar Antonio Fachin	

CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA ANTITÉTICA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL E O CONTROLE PELO SISTEMA PRISIONAL.....271
CRIMINALIZATION OF POVERTY: AN ANTITHETIC PERSPECTIVE OF THE RIGHT TO DEVELOPMENT, COMBATING SOCIAL INEQUALITY AND CONTROL BY THE PRISON SYSTEM

Bruno Cavalcante Leitão Santos
 Mirna Ludmila Lopes Castanha de Souza

A LUTA POR RECONHECIMENTO JURÍDICO: A DESESTRUTURAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE ECONOMIA SOLIDÁRIA287
THE STRUGGLE FOR LEGAL RECOGNITION: THE DISRUPTION OF THE NATIONAL SOLIDARITY ECONOMY POLICY

Vitor Gabriel Garnica
 Luis Miguel Luzio dos Santos

DIREITOS HUMANOS, MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E AS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAS POSITIVAS: PERSPECTIVAS E DESAFIOS NA BUSCA PELA EFETIVIDADE DO REGIME ANTILAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL.....311
HUMAN RIGHTS, CRIMINAL WARRANTS AND POSITIVE CRIMINAL PROCEDURAL OBLIGATIONS: PERSPECTIVES AND CHALLENGES IN THE SEARCH FOR THE EFFECTIVENESS OF THE ANTI-MONEY LAUNDERING REGIME IN BRAZIL

Flávio Eduardo Turessi
 Antônio Carlos da Ponte

TEM A VÍTIMA DE UM ILÍCITO EXTRA CONTRATUAL O ÔNUS DE MITIGAR SEUS PRÓPRIOS PREJUÍZOS?.....332
HAS THE VICTIM OF AN TORT OF CONTRACTUAL ILLEGAL BURDEN OF MITIGATING YOUR OWN LOSSES?

Christian Sahb Batista Lopes

Comentários Jurisprudenciais

A TUTELA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO EM FACE DA RESOLUÇÃO Nº. 400 DA ANAC A PARTIR DO DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE O CDC E A LEI ANTITRUSTE344
CONSUMER PROTECTION IN COURT IN VIEW OF RESOLUTION NO. 400 FROM ANAC BASED ON THE DIALOGUE BETWEEN SOURCES BETWEEN THE CDC AND THE ANTITRUST LAW.

Hugo José de Oliveira Agrassar
 Dennis Verbicaro
 Fábio Campelo Conrado de Holanda

EDITORIAL

Nesta edição 2 de 2022, constam artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 17, que foram avaliados pela Coordenação Editorial, quanto à 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.

De maneira crítica, autônoma e plural, a Revista *Meritum* divulga o conhecimento gerado de investigações jurídicas que contribuam para a formação de profissionais com consciência jurídica crítica, habilitados não somente para o exercício da técnica-jurídica, como para pensar o Direito em seus aspectos científico, filosófico, histórico, sociológico e político.

Na oportunidade, os Editores prestam 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

EMPRESAS TRANSNACIONAIS, GLOBALIZAÇÃO E PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS: O CAPITALISMO. HUMANISTA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO

TRANSNATIONAL COMPANIES, GLOBALIZATION
AND UNDERDEVELOPED COUNTRIES: HUMANIST
CAPITALISM AS AN INSTRUMENT FOR EFFECTIVENING
THE HUMAN RIGHT TO DEVELOPMENT

RACHEL VECCHI BONOTTI¹
MARCELO BENACCHIO²

RESUMO

As empresas transnacionais no cenário globalizado atuam em diversos países com a finalidade de redução dos custos e aumento da lucratividade, e em países subdesenvolvidos se apresenta como um meio propício para tanto, uma vez que esses países possuem leis mais flexíveis, mão de obra mais barata e a ineficácia regulatória estatal. Preocupações estas que não se demonstram alinhadas com questões relacionadas aos direitos humanos. Deste modo, o presente estudo tem por objetivo a análise do Capitalismo Humanista como um dos instrumentos imprescindíveis para efetivação dos direitos humanos e, conseqüentemente, a promoção do direito humano ao desenvolvimento. A pesquisa será realizada por meio da revisão bibliográfica, trazendo os principais conceitos relacionados ao tema, e, utilizando-se do método dedutivo, apresenta como resultado que os direitos humanos não são respeitados frente as violações praticadas pelas empresas transnacionais, o que afeta o desenvolvimento humano e aumenta a desigualdade social. Conclui-se que o Capitalismo Humanista atende as propostas do direito humano ao desenvolvimento, como vistas para o progresso econômico, efetivando, pois, os direitos humanos em todas as dimensões, inclusive atendendo aos preceitos da ordem econômica brasileira.

Palavras-chave: empresas transnacionais; globalização; países subdesenvolvidos; capitalismo humanista; direito humano ao desenvolvimento.

- 1 Mestranda em Direito do Programa de Mestrado (PPGD) da Universidade Nove de Julho. Bolsista do programa PROSUP/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade São Judas Tadeu (2015). Possui especialização em Direito Empresarial (2017). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale (2019). É Advogada e Mediadora. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0129638016715195>.
- 2 Possui doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991). É professor permanente do Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho- UNINOVE. Professor Convidado da Pós-Graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0539616434544033>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7789-8256>.

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

BENOTTI, Rachel Vecchi; Benacchio, Marcelo. Empresas transnacionais, globalização e países subdesenvolvidos: o capitalismo humanista como instrumento de efetivação do direito humano ao desenvolvimento. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 9-22, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8594>.

ABSTRACT

Transnational companies in the globalized scenario operate in several countries with the purpose of reducing costs and increasing profitability, and in underdeveloped countries it presents itself as a favorable means for this, since these countries have more flexible laws, cheaper labor and inefficiency regulatory framework. These concerns are not shown to be in line with issues related to human rights. Thus, this study aims to analyze Humanist Capitalism as one of the essential instruments for the realization of human rights and, consequently, the promotion of the human right to development. The research will be carried out through a literature review, bringing the main concepts related to the theme, and, using the deductive method, it shows that human rights are not respected in the face of violations practiced by transnational companies, which affects development human and social inequality increases. It is concluded that Humanist Capitalism meets the proposals of the human right to development, as seen for economic progress, thus making human rights effective in all dimensions, including meeting the precepts of the Brazilian economic order.

Keywords: *transnational companies; globalization; underdeveloped countries; humanistic capitalism; human right to development.*

1. INTRODUÇÃO

A busca pela abstenção do Estado para a atuação livre do mercado resultou em diversas violações aos direitos inerentes aos seres humanos. A preocupação diante dessa supressão de direitos, fez com que vários movimentos mundiais surgissem com a finalidade de proteção desses direitos, bem como para a eliminação da pobreza e da desigualdade social.

Com o Estado Social de Direitos fazendo parte do contexto pátrio de cada território, como resposta aos anseios dos membros da sociedade, trouxe a esperança e, em primeiras impressões, aparentou-se que tais violações seriam combatidas e se estaria diante de um caminho definitivo para a efetivação dos direitos humanos.

Mas, antes mesmo que houvesse tempo para que toda a sociedade internalizasse e efetivasse esses “novos direitos”, surge então o fenômeno da globalização, transcendendo, não só as atividades empresariais de um território soberano a outro, mas também todo o sistema de informação e comunicação dos países.

Essas atividades empresariais começam a ser praticadas pelas chamadas empresas transnacionais, que, concentrando o seu poder econômico, inauguram a sua atuação em diversos locais de forma fragmentada, e diante disso, ressurgem a necessidade da atuação abstencionista do Estado, ou seja, as teorias do liberalismo com nova roupagem: O neoliberalismo.

A intervenção mínima do Estado o qual o neoliberalismo propôs, também se mostra ineficaz, assim como o liberalismo se mostrou com relação aos direitos humanos. A atuação do mercado transnacional traz benefícios ao país que ele atua, mas juntamente com o progresso econômico, traz também violações aos direitos humanos.

E por que isso acontece? A atuação fragmentada das empresas transnacionais visa realizar a sua produção nos países subdesenvolvidos, pois nesses locais, oferecem a elas uma oferta de leis mais flexíveis e também pelo valor da mão de obra, que se apresenta mais barata.

Leis mais flexíveis, mão de obra barata e a ineficácia regulatória estatal, fazem com que estas empresas atinjam lucros exorbitantes e aumentem seu poder econômico, mesmo que um dos resultados desta atividade seja por violar os direitos humanos.

A ONU e os Tratados Internacionais demonstram uma preocupação em proteger mundialmente as populações, principalmente as mais vulneráveis, e caminhar para a auferição de uma igualdade social, em todas as frentes.

Diante disso, este artigo pretende alcançar uma análise qualitativa quanto a efetividade do direito humano ao desenvolvimento por meio do Capitalismo Humanista, respeitando o regime jus-econômico da Constituição Cidadã de 1988, em um recorte baseado nas atividades das empresas transnacionais dentro dos países em desenvolvimento e suas violações dos direitos humanos que delas decorrem.

Pelo método dedutivo e como procedimento metodológico pela utilização de revisão bibliográfica, serão apresentados os principais conceitos relacionados a esta problemática proposta, trazendo uma abordagem dos aspectos históricos relacionados ao tema.

Deste modo, se justifica a relevância deste estudo pois se faz necessário demonstrar que as empresas transnacionais quando atuam em países em desenvolvimento não respeitam os direitos humanos, e o Capitalismo Humanista, com vistas ao progresso econômico, se mostra como um instrumento fundamental para efetivação do direito humano ao desenvolvimento, e por conseguinte, o respeito aos direitos humanos.

Assim, como objetivo geral, pretende-se analisar como o Capitalismo Humanista, o qual atende à evolução do mercado liberal excludente para um capitalismo inclusivo, com observância dos Direitos Humanos, uma vez que reconhece o direito de propriedade privada e liberdade econômica e, ainda, garante a todos o acesso a níveis dignos de subsistência, diante das atividades exercidas pelas empresas transnacionais em países em desenvolvimento pode ser um dos instrumentos efetivos para se atingir o desenvolvimento humano.

Os objetivos específicos, por sua vez, apresentam questões no que tange o direito humano ao desenvolvimento, e avaliar como as atividades das empresas transnacionais podem ser utilizadas para a efetivação dos direitos humanos, e, por fim, o Capitalismo Humanista se apresenta como um desses instrumentos.

E, para se atingir tais objetivos, este artigo foi dividido em três tópicos que tratarão, respectivamente, acerca do Estado liberal ao Neoliberalismo no que tange à insuficiência de proteção dos direitos humanos, das empresas transnacionais e a sua atuação no mercado global, e por fim, o Capitalismo Humanista e direito humano ao desenvolvimento.

2. DO ESTADO LIBERAL AO NEOLIBERALISMO. A INSUFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

As arbitrariedades cometidas pelo Estado absolutista à população civil e pela necessidade de exercer com liberdade as mercancias burguesas, movimentos para a abstenção do Estado

frente a essas questões começaram a surgir. Com a revolução industrial, inicia-se a era da liberdade civil e política, a qual a população começa a desfrutar.

Nesse momento, as relações privadas estavam asseguradas por alguns direitos, que basicamente protegiam a propriedade, os bens e a igualdade.³ O mercado poderia atuar livremente, com igualdade de condições, e acumular riquezas, juntamente com a proteção dos direitos individuais:

Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. (SARLET, 2012, p. 142).

Mostrou-se de suma importância a garantia desses direitos de defesa perante o indivíduo. No entanto, também mostrou que tal liberalismo não foi eficaz, porque as violações contra os indivíduos não cessaram, e também porque diversas outras violações começaram a ocorrer diante deste novo cenário industrial:

O liberalismo econômico funcionou nas condições históricas dos séculos XVIII e XIX, em que a tecnologia industrial era relativamente rudimentar e adaptada a empresas de pequena dimensão; em que era inexistente ou pouco relevante a concentração capitalista; em que os trabalhadores não estavam organizados [...] e não gozavam da totalidade dos direitos civis e políticos. (AVELÃS NUNES, 2003, p. 432).

Os movimentos de proteção aos direitos de defesa traduziram-se não como uma garantia efetiva ao indivíduo, mas sim, pela abstenção do Estado perante as relações de mercado (COMPARATO, 2018). Deste modo, como os olhos não estavam voltados ao indivíduo, mas sim às instituições privadas, as violações se mantiveram.

A questão é “a defesa do mercado é a defesa do modelo (da concepção filosófica) liberal, que vê o mercado como uma instituição natural, autônoma, soberana, capaz de uma arbitragem neutra dos conflitos de interesses.” (AVELÃS NUNES, 2003, p. 448).

E foi assim que o mercado veio ganhando o seu espaço e poder, amparando-se na ideia da “mão invisível” do mercado de Adam Smith. A ideologia do *laissez faire* fracassa porque o mercado não é uma instituição natural, ela é “um *locus artificialis*, que se costuma replicar que o mercado não precisa do direito estatal, pois ele mesmo é capaz de produzir o seu próprio direito [...] e o naturalismo é bem pouco natural.” (IRTI, 2007, p.2).

Por isso, como o lucro era (e ainda é) a única finalidade do mercado, ao invés de se que incorrer em uma igualdade de condições com a melhora da situação dos indivíduos, houve um aumento progressivo da desigualdade social, da fome e da miséria.

A sociedade, então, pela necessidade de regular esse mercado, e posteriormente pelos fatos históricos que ocorreram no mundo, como a quebra da Bolsa de Valores de 1929, resultado das práticas da especulação financeira, e a II Grande Guerra, surge a ideia do Estado-Providência, com o intuito de uma intervenção assistencialista para a proteção dos direitos humanos.

3 A primeira dimensão de direitos abarca os direitos fundamentais negativos, que garantem a pessoa humana os direitos individuais civis e as liberdades políticas.

A ONU em 1948 elabora a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com “a esperança evidente de que o reconhecimento explícito dos direitos humanos serviria com molde para novas leis que se promulgariam para legalizar aqueles direitos em todo o mundo” (SEN, 2011):

O significado da Declaração decorre dos próprios objetivos da criação das Nações Unidas, relacionados com a reconstrução da ordem mundial fundada em novos conceitos de direito internacional, que se contrapusessem à doutrina da soberania nacional absoluta e à exacerbação do Positivismo jurídico, que possibilitam o desenvolvimento de regimes políticos baseados na hipertrofia estatal e conseqüente repúdio do fundamento jusnaturalista dos direitos humanos. (WEIS, 2014, p. 89)

Assim, até o início da década de 70, e sobretudo na Europa, esta política assegurou “durante trinta anos um bom ritmo de crescimento econômico. [...] Após, houve um acentuado ritmo da taxa de desemprego, subida dos preços com inflação crescente e taxas decrescente ou nulas de crescimento do PIB, chegando a era da estagnação” (AVELÃS NUNES, 2003, p. 426).

Com a globalização e a revolução tecnológica em ascensão, bem como a adoção do sistema de câmbios flutuantes, principalmente nos Estados Unidos, e após, atingindo níveis mundiais, ressurgem as teorias liberais, com a finalidade de resolver os atuais problemas de mercado. Estaríamos diante da Quarta Revolução Industrial:

A transformação radical da civilização capitalista. Ela é o resultado da quarta revolução industrial e do crescimento exponencial do capitalismo financeiro. Nas últimas décadas, acumularam-se inovações tecnológicas que revolucionaram a sociedade mundial, com a inteligência artificial, a robótica, a internet [...]

E essas tecnologias serão dominadas e exploradas pelos detentores de poder social, sobretudo em seu próprio benefício. (COMPARATO, 2018, p. 1)

Diante desta nova roupagem do liberalismo econômico, e pela necessidade dos mercados em transcenderem as fronteiras, e pela atuação de Estado mínimo, desta forma, “o neoliberalismo é o núcleo da matriz ideológica da política de globalização que vem marcando a atual fase do capitalismo à escala mundial” (AVELÃS NUNES, 2003, p. 423).

Neste novo cenário do liberalismo, a abstenção do Estado é ainda mais prejudicial, uma vez que o poder passa a estar concentrado nas empresas, e as regras de mercado acabam se sobrepondo às regras de Estado, os quais impõe suas próprias diretrizes de atuação:

En el neoliberalismo, la mercantilización, la privatización y la financiarización se han convertido en los ejes centrales de la acumulación por desposesión (Harvey, 2014). Lejos de los preceptores de los teóricos que preconizan el laissez-faire, se há aplicado de forma rigurosa la doctrina de privatizar los beneficios y socializar las pérdidas⁴ (ZUBIZARRETA; GONZÁLEZ; RAMIRO, 2019, p. 44)

Como a finalidade do mercado é a maximização dos lucros, as empresas, agora chamadas de empresas transnacionais - pois fragmentam suas atividades em diversos países do mundo, buscam países com maior fragilidade e vulnerabilidade para auferir mais lucro.

4 Tradução livre: No neoliberalismo, a mercantilização, a privatização e a financeirização tornaram-se os eixos centrais da acumulação por dilapidação. Longe dos mentores dos teóricos que defendem o *laissez-faire*, a doutrina da privatização dos lucros e da socialização das perdas foi aplicada com rigor.

A oferta, então, apresentada pelos países subdesenvolvidos⁵ da mão de obra mais barata, de legislações mais brandas, tanto relacionados aos direitos trabalhistas como aos direitos ambientais, fazem com que essas empresas barganhem com os próprios Estados a sua instalação, com a proposta de desenvolvimento econômico para o país. Tais questões serão aprofundadas mais à frente.

Deste modo, viu-se que ao longo da História, a atuação do Estado mínimo para proteção dos direitos individuais nada mais foi do que a proteção dos interesses e das atividades do mercado para a sua livre atuação, e que até hoje, esses direitos individuais não foram integralmente protegidos.

Assim, com o ressurgimento das teorias do liberalismo e do *laissez-faire*, os progressos que foram alcançados com relação à proteção e efetivação dos direitos humanos ao longo do último século, vão se fragilizando, correndo-se o risco de tornarem tais princípios como mera diretriz, o que jamais se deverá aceitar.

O direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida⁶ são novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, entre outros fatores, pelo impacto tecnológico (SARLET, 2012).

Por fim, a atuação das empresas transnacionais no mercado globalizado, como se verá a seguir, deverá ser realizada mediante os fundamentos de proteção dos direitos humanos, mesmo com a execução dessas atividades diante de uma nova realidade mundial, ou seja, a de um mercado globalizado.

3. AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS E A SUA ATUAÇÃO NO MERCADO GLOBAL

A tecnologia transcende as fronteiras dos Estados soberanos, alcançando todos os lugares do planeta. O acesso às informações e a redução dos custos de operação, fizeram com que surgisse um novo mercado: o mercado globalizado.

A atividade resultante desta prática é realizada por meio das chamadas empresas transnacionais⁷, e como visto, fragmentam as suas atividades do país-sede, e as realoca em diversos outros países, na busca de melhores preços, para aumento do lucro.

Marco Antônio César Villatore (2012) traz de forma didática o conceito e as características das empresas transnacionais:

[...] as empresas transnacionais se caracterizam por sua entrada em diferentes economias nacionais, pela instalação de unidades vinculadas à sede e pela fragmentação da sua produção em diversos países, buscando vantagens comparativas ao longo desse processo. Essa deslocalização das empresas possui grandes impactos na divisão e na legislação do trabalho. A perspectiva for-

5 Há autores que fazem distinção dos termos “países subdesenvolvidos” e países em desenvolvimento”. Neste trabalho, esses termos serão apresentados como sinônimos.

6 Direitos fundamentais de terceira dimensão.

7 “Empresas transnacionais” e “Empresas multinacionais” serão tratadas nesta pesquisa como termos sinônimos, uma vez que há doutrina divergente quanto ao tema.

dista de se concentrar grandes quantidades de trabalhadores em uma mesma fábrica dá lugar a uma “fluidificação” do trabalho, na qual muitos operários se retiram das fábricas, montam seu próprio negócio ou se empregam em pequenas empresas, subcontratadas. Porém, além desse fracionamento do trabalho, há um fracionamento também da própria empresa, no que Reginaldo Melhado chamou de “cissiparidade administrativa pela qual novos ‘seres’ resultantes da divisão celular especializam-se e vinculam-se em sistemas de rede”. (VILLATORE, 2012 *apud* BENACCHIO; VALLATTI, 2017, p. 90)

A proposta desta atividade se apresentou como um mecanismo de progresso econômico, uma vez que se levaria prosperidade aos países subdesenvolvidos, o que na verdade não ocorreu. A busca pela maximização dos lucros nesses países vulneráveis, agride o seu meio ambiente e viola constantemente, este, e os demais direitos humanos.

Por isso, o mercado globalizado cada vez mais vai requerendo do Estado a sua atuação mínima, uma vez que a soberania estatal se esvazia diante a troca mercantil, sobressaindo, pois, essas transações comerciais e “a empresa tornou-se, mercê de seu considerável poder de transformação e da inegável eficácia de sua atuação, o principal elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea” (DE LUCCA, 2009, p. 313).

O Estado, de certo, enfraquecido diante do marco contemporâneo - pela contrapartida da concentração de poder nas mãos das transnacionais, perde o seu poder regulatório e fiscalizatório, uma vez que fica “vinculado” diante dos benefícios econômicos, como aumento do PIB e do aumento de postos de trabalho, que essas empresas concedem.

Nessa esteira, este enfraquecimento Estatal diminui a regulação das atividades empresariais exercidas pelas transnacionais, não conseguindo fazer com que se proteja os direitos humanos, e sequer conseguindo cessar tais violações:

[...] A progressiva autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados, a interpenetração da política internacional com as políticas nacionais, a erosão das fronteiras entre o setor público e o setor privado e a crescente porosidade entre os interesses empresariais e os poderes locais, regionais, nacionais e supranacionais culminam por entreabrir a situação-limite em que o Estado-nação se defronta no início do século XXI. E ela se expressa na forma de um impasse, que tende (a) a ser tanto maior quanto mais periférico ou semi-periférico foi o Estado-nação no contexto mundial e (b) a reduzir a intervenção governamental justamente nos países onde ela é de fundamental importância para corrigir as desigualdades sociais, regionais e setoriais, dar o mínimo de proteção aos setores mais carentes da população e assegurar as condições de infra-estrutura necessárias ao crescimento. (FARIA, 2011, p. 54).

Em outro ponto, isso também acontece por que a globalização não atinge a todos os seres humanos. A exclusão digital, bem como a velocidade com o que as informações ocorrem, faz com que aumente ainda mais a desigualdade social e a exclusão social. Mesmo porque, “os países do Terceiro Mundo não precisam de tecnologia mas da satisfação das suas necessidades humanas” (CASTELLS, 2005):

[...] a comunicação em rede transcende fronteiras, a sociedade em rede é global, é baseada em redes globais. Então, a sua lógica chega a países de todo o planeta e difunde-se através do poder integrado nas redes globais de capital, bens, serviços, comunicação, informação, ciência e tecnologia. Aquilo que chamamos de globalização é outra maneira de referimos a sociedade em rede [...] a sociedade em rede difunde-se por todo o mundo, mas não inclui todas as pessoas. (CASTELLS, 2005, p. 18)

O mercado globalizado se mostra menos preocupado com as relações humanas, uma vez que os postos de trabalhos estáveis são imprescindíveis para de obter uma realização pessoal e de toda a comunidade, e “estas redes são quem contrata e despede trabalhadores a uma escala global. Seguem a instabilidade global do mercado de trabalho em todo o lado [...]” (CASTELLS, 2005, p. 21).

É necessário, pois, que se observe cada realidade social, e que haja instrumentos globais para que as violações dos direitos humanos que se apresentam em maior escala, no caso países subdesenvolvidos, sejam, de fato, efetivos.

O Estado, dentro da sua soberania, e em conformidade com esses preceitos globais de proteção, é o importante instrumento regulatório, com implementação de políticas públicas, bem como fiscalizatória, a fim de que a Constituição do seu país esteja sendo respeitada. Os países subdesenvolvidos precisam de maior atenção, pois pela fragilidade econômica, fecham os olhos para as diretrizes quanto aos direitos humanos, sendo que “o Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas” (SEN, 2005).

O mercado globalizado, além de ignorar os direitos humanos, impõe – sobre uma vertente de violar, padrões de consumo universais, criando, até mesmo novas necessidades de consumo, que não necessariamente trará uma real satisfação. Tais comportamentos resultantes dessas atividades, traz reflexões quanto ao modo de vida que este mercado acarreta:

A necessidade de solidariedade parece suportar as agressões do mercado e sobreviver a elas – mas não porque o mercado deixe de tentar. Onde há necessidade há lucro – e os especialistas em marketing levam sua engenhosidade ao limite para indicar maneiras de adquirir em lojas a solidariedade, o sorriso amigo, o convívio ou a ajuda no momento de necessidade. [...] Sucessos comercializados não podem substituir os vínculos humanos. Em sua versão à venda, os vínculos se transformam em mercadorias, ou seja, são transportados para outro domínio, governado pelo mercado, e deixam de ser os tipos de vínculo capazes de satisfazer a necessidade de convívio e que só nesta podem ser concebidos e mantidos vivos. Não pode ter êxito a caçada movida pelo mercado ao capital descontrolado que se esconde na sociabilidade humana. (BAUMAN, 2004, p. 92-93)

Diante disso, fica inevitável pensar em uma sociedade global, de rede, sem a atuação deste mercado globalizado. A ideia não é negar a existência do mercado, como será esmiuçado no próximo capítulo, mas sim que o resultado desta atividade deverá ser, necessariamente, revertido e vinculado para os valores humanos, para o seu usufruto.

4. O CAPITALISMO HUMANISTA E O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO

Como visto, mesmo com a atuação do mercado de forma deformada, ele deve servir o ser humano e atender às suas necessidades e anseios. O direito humano ao desenvolvimento, desta maneira, versa sobre o direito fundamental da pessoa humana em ser atendida em todas as suas necessidades, bem como atingir a sua existência digna, com a liberdade do exercício de esco-

lhas relativas à sua vida pessoal e profissional, em ter uma moradia adequada para sua família, não passar fome, bem como ter atendido a sua saúde, para que não sofra de doenças curáveis.

O sistema de amparo global vem a cada dia trabalhando com o esforço de proteger os direitos humanos, pois cada vez mais os países estão conectados, numa rede de informações e de transversalidade comercial. A meta, pois, é que cessem as violações aos seres humanos que ainda ocorrem no mundo.

Países Europeus em suas constituições, bem como os regulamentos recentemente assinados pelos Estados-Membros das Nações Unidas⁸, trazem as preocupações das violações de direitos humanos. Mesmo que a realidade abarcada não seja, de certo, as preocupações dos países subdesenvolvidos, já se revelam como um início para a integração do planeta nesses esforços.

Expondo agora o cenário brasileiro, a Constituição Pátria foi promulgada como uma Constituição Cidadã, que roga pelo respeito aos direitos humanos em todas as suas frentes. A ordem econômica, em seu artigo 170, preceitua de forma explícita que a livre iniciativa deve obedecer aos ditames da justiça social, para uma existência digna:

Que a nossa constituição de 1988 é uma *Constituição dirigente*, isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere o caráter de *plano global normativo*, do Estado e da sociedade. O seu art. 170 prospera, evidenciadamente, no sentido de implantar uma nova ordem econômica. (GRAU, 2018, p. 169)

O Brasil optou pelo sistema capitalista, mas também restou evidente que tal sistema não se coaduna com o modelo liberal puro, pois em toda a Constituição se faz menções aos direitos fundamentais, inclusive deixa claro que há direitos fundamentais fora da localização topográfica dos Títulos referentes a esses direitos:

Em primeiro lugar, da expressão literal do art. 5º, § 2º, da CF, que menciona, de forma genérica, os “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto. Em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regrados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e, com particular relevo, na Constituição alemã de 1919 (Constituição de “Weimar”). Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas consequências jurídicas – ambos os “grupos” de direitos se encontram revestidos pelo manto da “fundamentalidade”. Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo. (SARLET, 2012, p. 64)

Além disso, a Constituição brasileira é signatária de diversos Tratados de Direitos Humanos e desta forma, necessariamente, o progresso econômico que o país busca, deve ter como resultado o progresso humano, melhorando a qualidade de vida de todos e diminuindo a desigualdade social.

8 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R2096&from=FR>

A agenda 2030 da ONU⁹ traz diversos objetivos (17) e metas (169) para que o mundo atinja um desenvolvimento sustentável, sendo que o trabalho decente e crescimento econômico é um desses objetivos. Redução das desigualdades e educação de qualidade também fazem parte dos objetivos da ONU, e que harmonizam perfeitamente com a proposta do crescimento econômico, na “máxima de que ninguém será deixado para trás” (SAYEG; BALERA, 2019).

As teorias neoliberais, portanto, confrontam diretamente com os novos ditames constitucionais e mundiais. Por isso, o desenvolvimento humano está necessariamente interligado ao progresso econômico, pois é com os recursos disponíveis no país pelo sistema capitalista que será viabilizado os empregos e programas de políticas públicas para auferir a existência digna das pessoas.

Nesse caminho, resta evidente que todas as formas e modelos utilizados para o alcance do progresso econômico do país, deve passar, inevitavelmente pelo desenvolvimento humano. O direito ao desenvolvimento é um dos direitos fundamentais, e atualmente, a teoria do Capitalismo Humanista atende a todos esses requisitos:

O Capitalismo Humanista, regime jus-econômico corresponde à evolução do mercado liberal excludente para um capitalismo inclusivo, com observância dos Direitos Humanos, edificador da Dimensão Econômica dos Direitos Humanos, reconhece o direito de propriedade privada e liberdade econômica e, ainda, garante a todos acesso a níveis dignos de subsistência; e, assim, supera o mito da neutralidade ontológica entre as categorias do Capitalismo e dos Direitos Humanos. Desta sorte, garante a todos, sejam ricos, pobres e classe média, a dignidade universal da pessoa humana e planetária. (SAYEG; BALERA, 2019, p. 308)

O Estado deve manter a sua postura positiva para assegurar a todos os direitos fundamentais à Pessoa Humana. Em países em desenvolvimento, isso se torna ainda mais imprescindível, pois as políticas públicas que são pensadas necessitam atender aos direitos assistencialistas, como a saúde, alimentação para o combate à fome; e concomitantemente, visar a educação a médio e longo prazo para o desenvolvimento intelectual do país.

Assim, com os recursos trazidos pelas empresas que atuam no país, transnacionais ou não, bem como o auferimento de recurso provenientes dos impostos arrecadados¹⁰, devem fomentar a atuação nestas duas vertentes, estado de bem estar e a condição de agente, pois somente desta maneira que a população caminhará para o real e efetivo desenvolvimento humano:

Primeiro, precisamos distinguir entre o “aspecto do bem-estar” [*well-being aspect*] e o “aspecto da condição de agente” [*agency aspect*] de uma pessoa. O primeiro abrange as realizações e oportunidades do indivíduo no contexto de sua vantagem pessoal, enquanto o segundo vai além e examina as realizações e oportunidades também em termos de outros objetivos e valores, possivelmente extrapolando a busca do bem-estar do próprio indivíduo.

[..]

O “aspecto do bem-estar” é particularmente importante na avaliação de questões de justiça distributiva (incluindo o diagnóstico da injustiça econômica) e na avaliação da natureza do “quinhão” que cabe à pessoa em termos de vantagem individual. O “aspecto da condição de agente” contém uma visão

9 <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>

10 Não será trabalhado neste estudo aspectos políticos e os relacionados às políticas públicas.

mais abrangente da pessoa, incluindo a valorização de várias coisas que ela gostaria que acontecesse e a capacidade de formar esses objetivos e realizá-los. (SEN, 2017, p. 75)

Nessa esteira, um dos caminhos para o desenvolvimento humano por meio de ações do Estado se fará pela educação, sendo que deverá atender a todos, homens e mulheres, pois segundo Piovesan (2014 apud WEIS, p. 112), “o direito das mulheres endossa os valores da universalidade e indivisibilidade [...]. São internacionais, não tendo fronteiras”.

Cada vez mais essas fronteiras estão se estreitando em decorrência da globalização e da tecnologia que atende ao mundo. A igualdade de oportunidades na educação também se torna um fator concreto para que haja o progresso econômico e o desenvolvimento humano em todas as direções.

Neste cenário, as empresas também devem contribuir para uma globalização sustentável, e o Estado, de outra monta, deve ser responsável pela atuação dela no seu território, garantindo que os direitos humanos sejam respeitados, assim como sugere a ONU:

Sin duda los Principios Rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos suscitan en sí mismos importantes cuestiones (desde su naturaliza jurídica entre los instrumentos jurídicos de Derecho Internancional hasta su contenido, alcance y su interacción con el marco de obligaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitário (DIH) ya existentes, el alcance de las obligaciones y responsabilidades sobre la noción de debida diligencia de derechos humanos, así como su relación con el concepto de responsabilidad social corporativa y la formalización en procesos de naturaliza intergubernamental de nociones propias de la gestión de estos actores económicos, por mencionar algunas de ellas). Los Principios Rectores presentan también notables desafíos de gran alcance em su aplicación efectiva y en particular em lo relativo a su implementación y armonización em el contexto nacional¹¹. (CARRASCO; TESÓN, 2017, p. 22)

A globalização já se mostra como um caminho sem retorno, e cada vez mais haverá a atuação das empresas em diversos lugares do mundo, de forma transnacional. Esta atuação, como já mencionado, fragiliza a soberania do país que recebe esta empresa, e que a aceita em troca de progresso econômico.

O Estado, por sua vez, tem um papel fundamental para regular e fiscalizar as atividades empresarias dentro do seu território. O respeito aos direitos humanos deve prevalecer sobre qualquer outro direito, e é por isso que se faz tão importante a mudança de paradigma para se pensar de forma solidária, uma vez que “o comportamento autointeressado não é eficaz para a geração de resultados eficientes” (SEN, 2005).

E esses comportamentos não podem mais ocorrer. A “conta” da empresa não pode ser a maximização do lucro, com a primazia de preços mais baixos, mas assim uma aplicação de um novo piso mínimo, ou seja, a auferição de lucro, uma vez que o sistema capitalista é o

11 Tradução livre: Sem dúvida, os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre negócios e direitos humanos levantam questões importantes em si mesmos (desde sua natureza jurídica entre os instrumentos jurídicos do Direito Internacional até seu conteúdo, escopo e sua interação com a estrutura das obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIH) e Direito Internacional Humanitário (DIH) já existente, o alcance das obrigações e responsabilidades quanto à noção de *due diligencie* dos direitos humanos, bem como sua relação com o conceito de responsabilidade social empresarial e a formalização em processos intergovernamentais de naturalização de noções próprias do gestão desses atores econômicos, para citar alguns deles). Os Princípios Orientadores também apresentam desafios notáveis e de longo alcance na sua aplicação efetiva e, em particular, em relação à sua implementação e harmonização no contexto nacional.

vigente, conjuntamente com a proteção dos direitos humanos que, por sua vez, geram gastos (CARRASCO; TESÓN, 2017).

Proteção às liberdades individuais, aos direitos dos trabalhadores e ao direito das crianças, bem como a proteção do meio ambiente e sua atuação de forma sustentável, são alguns direitos que, para serem respeitados precisam de dispêndio econômico, e isso, não pode ser ignorado, sendo um fator para o cômputo dos lucros das empresas e corporações:

Sob as perspectivas do Capitalismo Humanista, reconhecer a propriedade privada e a liberdade econômica implica, necessariamente, no respeito a todas as gerações dos Direitos Humanos, que são indissociáveis e interdependentes [...]

A proposta do Capitalismo Humanista espera que se concretizem os Direitos Humanos de primeira, segunda e terceira geração, consubstanciais entre si e tendo como meta a satisfação universal da dignidade da pessoa humana e planetária; o que, sob o ponto de vista econômico, implica o regime econômico capitalista de economia humanista do mercado, que ajusta o direito subjetivo inato do Homem todo e de todos os Homens, que concretamente significam níveis dignos de subsistência. (SAYEG; BALERA, 2019, p. 309)

Não haverá desenvolvimento humano se o próprio destinatário – A Pessoa Humana não for beneficiada do progresso econômico que ocorre no seu país, bem como não poder participar de forma ativa do mercado econômico global, com todas as formas de inclusão, tanto intelectuais quanto tecnológicas. Por isso se faz tão necessária a cooperação dos Estados para que estes objetivos sejam alcançados:

Os que consideram adeptos do comedimento financeiro às vezes se mostram céticos quanto ao desenvolvimento humano. Entretanto, há pouca base racional para essa inferência. Os benefícios do desenvolvimento são patentes, e podem ser mais completamente aquilatados com uma visão adequada e abrangente de sua influência global. A consciência dos custos pode ajudar a dirigir o desenvolvimento humano por canais que sejam mais produtivos – direta e indiretamente – para a qualidade de vida, mas não ameaça a sua importância imperativa. (SEN, 2005, p.)

Por isso, diante da globalização tecnológica e dos mercados transnacionais, que violam constantemente os direitos humanos, é de grande importância rever esta postura de autointeresse das empresas transnacionais, não mais trazendo como uma recomendação para a proteção dos Direitos Humanos, e sim, como uma obrigação de responsabilidade social em proteger tais direitos (ZUBIZARRETA; GONZÁLES; RAMIRO, 2019).

O Capitalismo Humanista, por fim, atende aos anseios atuais de preservação do sistema capitalista global, concomitantemente com a proteção e promoção dos direitos humanos, desejos estes de toda a nação. Também é o caminho mais concreto e palpável para se alcançar as diretrizes constitucionais da ordem econômica brasileira, pois a dignidade humana e a existência digna são os seus principais desígnios.

5. CONCLUSÃO

Em dois momentos históricos, o mundo percebeu a necessidade de intervenção mínima do Estado para que os direitos inerentes à pessoa humana fossem respeitados: Na ascensão da burguesia do século XVII e no novo contexto histórico da globalização no pós II Guerra Mundial.

O liberalismo ao longo dos anos mostrou-se ineficaz para a promoção dos direitos humanos, e a teoria do liberalismo repaginada, o neoliberalismo, também vem se mostrando uma teoria violadora dos direitos humanos.

A necessidade de um Estado mínimo para a atuação global do mercado, ascende a maximização dos lucros, e as chamadas empresas transnacionais, para a busca desses lucros, especulam em países subdesenvolvidos terrenos propícios para a sua atividade, uma vez que pela vulnerabilidade desses países, possuem leis mais brandas aos direitos humanos, bem como a inocuidade regulatória estatal.

A globalização tecnológica se mostra como um caminho sem retorno, e todas as outras áreas seguirão o mesmo caminho. As empresas transnacionais agregam o poder concentrado, fragilizando a soberania nacional e violando os direitos humanos, como degradação do meio ambiente, desrespeito aos direitos trabalhistas, dentre muitos outros.

Diante disso, A Organização das Nações Unidas (ONU) com a agenda 2030, como também os Estados signatários de Tratados e outros Regulamentos, vêm buscando medidas internacionais para o combate e promoção dos direitos humanos, com a finalidade de cessar tais violações e diminuir a desigualdade social.

Atuando em conformidade com essa corrente internacional de proteção, o cenário brasileiro não é diferente, a ordem econômica disserta sobre o sistema capitalismo, mas rechaça a teoria liberal pura, preceituando como finalidade a existência digna do homem, respeitando os direitos fundamentais que estão preconizados na Constituição Pátria.

A efetivação desses direitos, bem como atendendo a proteção dos direitos humanos e a promoção do direito humano ao desenvolvimento, também previstos no artigo 170, só será alcançado se o progresso econômico ocorrer conjuntamente com o desenvolvimento humano.

O intuito no curso desta pesquisa foi demonstrar que as empresas transnacionais e a globalização, assim como atendem ao progresso econômico do mundo, também são grandes violadoras de direitos humanos, principalmente em territórios mais vulneráveis, ou seja, em países subdesenvolvidos.

Diante disso, se faz imprescindível aspirar que o caminho para atender a todas essas necessidades, progresso econômico e desenvolvimento humano, possa ser realizada de forma eficiente por meio do Capitalismo Humanista.

Portanto, a conclusão que se leva é que o mercado existe para atender aos anseios e às necessidades da sociedade; e esta é composta por pessoas, seres humanos. É para eles que os resultados de toda a atividade e progresso econômico devem atingir e satisfazer.

REFERÊNCIAS

- AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo & Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (org.). **Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito. Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 191-213.
- BENACCHIO, Marcelo; VALLATTI, Diogo Basílio. **Empresas Transnacionais, Capitalismo Humanista e Solidariedade**. Aracaju: Interfaces Científicas Direito, 2017. v. 6, p. 87-98.
- CARRASCO, Carmen Márquez; TESÓN, Inmaculada Vivas. **La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros**. Madrid: Aranzadi - Thomson Reuters, 2017.
- CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede**: do conhecimento à ação política. Conferência. Belém (Pará): Imprensa Nacional, 2005.
- COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-Book*. ISBN 978-85-536-0784-6. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641156>. Acesso em: 26 maio 2021.
- DE LUCCA, Newton. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e Conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 145, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CapH capitalismo humanista a dimensão econômica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2011.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2005. *E-Book*. ISBN 978-855-451-185-2.
- SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das letras, 2017.
- WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ZUBIZARRETA, Juan Hernández; GONZÁLEZ, Erika; RAMIRO, Pedro. Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad: responsabilidad social corporativa, lex mercatoria y derechos humanos. **Revista de Economía Crítica**, n. 28, 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 02/07/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 11/07/2021
- Avaliação 1: 29/09/2021
- Avaliação 2: 07/02/2022
- Decisão editorial preliminar: 01/05/2022
- Retorno rodada de correções: 04/06/2022
- Decisão editorial/aprovado: 04/06/2022

Equipe editorial envolvida

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

O MAPEAMENTO DO CONFLITO POR MEIO DO PROCESSO POR QUESITOS

MAPPING CONFLICT THROUGH THE QUESTION PROCESS

JOÃO RENATO RODRIGUES SIQUEIRA¹

SANDOVAL ALVES DA SILVA²

CAMILLE DE AZEVEDO ALVES³

RESUMO

Este estudo pressupõe que os conflitos, os problemas e as insatisfações sociais (CPIS) são elemento natural e inafastável das relações humanas. Partindo das teorias do conflito, busca ferramentas para preveni-los, quando há ameaça de ocorrências patológicas, administrá-los, quando a ameaça já se efetivou por meio da lesão. Entre as ferramentas, abordam-se o mapeamento de conflitos proposto por Raúl Calvo Soler e o processo por quesitos sugerido por Sandoval Silva como ferramentas complementares, preventivas, gerenciais ou resolutivas na compreensão do conflito. Diante disso, questiona-se em que medida os quesitos podem auxiliar no diagnóstico dos conflitos. Para responder a essa pergunta, adotaram-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, observando-se o seguinte percurso argumentativo: 1) a necessidade de adoção de uma teoria do conflito (utilizada como forma de resumir os CPIS): o conflito entendido gradualmente como elemento fisiológico e patológico nas concepções das teorias do conflito; 2) o mapeamento do conflito; 3) os elementos de especificação do processo por quesitos. Concluiu-se que os quesitos contribuem para o mapeamento do conflito e, por conseguinte, para a sua compreensão e possível administração.

Palavras-chave: conflitos; teorias do conflito; mapeamento do conflito; quesitos.

- 1 Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Graduado em Direito-UFPA; bolsista de iniciação científica PIBIC 2019-2020; Voluntário em Projeto de Extensão (2019-2020); Membro do grupo de Pesquisa "Tradição da Lei Natural" (CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa "Comunidade, conflitos, problemas, insatisfações sociais e o estudo sobre paz" (CNPq). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0696701101651511>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5411-7322>.
- 2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha de pesquisa sobre constitucionalismo, democracia e direitos humanos. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduado em Direito e em Ciências Contábeis; Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8.ª Região, Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA), na Pós-Graduação de Direito, bem como na graduação, membro do IIDP (Instituto Ibero Americano de Direito Processual). Associado da ANNEP (Associação Norte Nordeste dos Professores de Processo), ex-professor de Direito Financeiro e Orçamento Público no curso de Ciências Contábeis da UFPA, ex-procurador do Estado do Pará, ex-assessor da Auditoria Geral do Estado do Pará e ex-analista de controle externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará. Líder do Grupo de Pesquisa "Comunidade, conflitos, problemas, insatisfações sociais e o estudo sobre paz" (CNPq). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1795-2281>.
- 3 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista de Extensão (2019-2020). Voluntária de Projeto de Extensão (2019-2020). Bolsista PIBIC/UFPA (2017-2018). Membro do Grupo de Pesquisa "Tradição da Lei Natural" (CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa "Comunidade, conflitos, problemas, insatisfações sociais e o estudo sobre paz" (CNPq). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2879-088X>.

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

SIQUEIRA, João Renato Rodrigues; SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo. O mapeamento do conflito por meio do processo por quesitos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 23-40, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8731>.

ABSTRACT

This study assumes that conflicts, problems and social dissatisfaction (CPSD) are a natural and inescapable element of human relationships. Based on conflict theories, it seeks tools to prevent them, when there is a threat of pathological occurrences, or to treat them, or better, manage them, when the threat has already taken place through the injury. Among the tools, the mapping of conflicts proposed by Raúl Calvo Soler and the process by questions suggested by Sandoval Silva as complementary, preventive, managerial or resolving tools in the understanding of the conflict are addressed. Therefore, it is questioned to what extent the items can help in the diagnosis of conflicts. To answer this question, the method of hypothetical-deductive approach and the method of bibliographic procedure were adopted, observing the following argumentative path: 1) the need to adopt a theory of conflict (used as a way of summarizing the CPSD): conflict gradually understood as a physiological and pathological element in the conceptions of conflict theories; 2) conflict mapping; 3) the elements of specification of the process by requirements. It was concluded that the items contribute to the mapping of the conflict and, therefore, to its understanding and possible administration.

Keywords: conflicts; conflict theories; conflict mapping; questions.

1. INTRODUÇÃO

Embora pareçam negativos e sintomáticos, os conflitos⁴ são, em certa medida, um elemento natural, fisiológico e inafastável das relações humanas. Podem ser destrutivos e patológicos, mas, se explorados adequadamente, podem ser motor de transformações e de progressividade social relevante. Portanto, antes de tentar solucioná-los e colocá-los em um ponto final, como se isso fosse possível em todos os casos, é necessário compreender suas causas, as do conflito em geral e as do conflito específico.

Diversas teorias, clássicas (contratualistas, funcionalistas e teoria do conflito social) e modernas (condutivistas e teoria das necessidades), tentam explicar a origem macro dos conflitos. O ponto comum a essas teorias é o fato de o conflito possuir raízes anteriores ao conflito individual, as quais, em alguma medida, interferem na sua prevenção ou administração. Logo, partindo de uma teoria sobre o conflito, há necessidade de compreender ou detectar o conflito individual ou coletivo, ou melhor, mapeá-lo, para então conduzir sua prevenção ou administração.

Uma ferramenta possivelmente interessante é a elaboração de quesitos: 1) o quê, 2) por quê, 3) onde, 4) quando, 5) quem, 6) como, 7) o custo, 8) as cominações, para o caso de descumprimento, e 9) para quê. Tais quesitos podem auxiliar a mapear, da melhor forma possível, o conflito e, conseqüentemente, todas as suas possíveis implicações, para que, assim, possa ser elaborado um plano de intervenção, prevenção, administração ou resolução.

Diante do exposto, questiona-se em que medida os quesitos podem auxiliar no tratamento dos conflitos. A hipótese do presente trabalho é: os quesitos podem auxiliar no mapeamento do conflito e, por conseguinte, na sua compreensão e na possível prevenção ou administração, se já ocorreu.

Utiliza-se aqui o método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que se propõe uma hipótese para o problema apresentado e tenta-se averiguá-la ao longo do trabalho. Como téc-

4 A palavra "conflito" será utilizada a fim de simplificar a compreensão do que se denomina "conflitos, problemas e insatisfações sociais" (CPIS), que são manifestações e conseqüências das relações das pessoas com os outros sujeitos e com a coletividade.

nica de pesquisa, adota-se a pesquisa bibliográfica para a obtenção de dados e de argumentos a fim de confirmar ou desqualificar a hipótese levantada.

Para tanto, segue-se o seguinte percurso argumentativo: 1) aborda-se a necessidade de adoção de uma teoria do conflito, apresentando-se o conflito como elemento gradualmente fisiológico e patológico e as teorias do conflito; 2) examina-se o mapeamento do conflito; 3) definem-se os elementos de especificação do processo por quesitos.

2. DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE UMA TEORIA DO CONFLITO

Ressalta-se que, no presente trabalho, parte-se do pressuposto de que o ser humano possui vocação para a sociabilidade⁵ ou a vida em comunidade⁶; por isso, é natural que as relações em sociedade sejam marcadas por divergências, as quais podem originar conflitos de diversas naturezas, que são justificados pela existência de interesses, de poderes, de necessidades, de valores etc. – que se contrapõem⁷, a depender da teoria do conflito que se adota (LUCENA FILHO, 2012, p. 2).

Entretanto, as instituições incumbidas da esfera do direito não conseguem acompanhar a dinamicidade das relações pessoais e coletivas e dos conflitos, de modo que nem sempre a norma consegue regular ou tutelar um conflito de forma justa com base em padrões pretéritos, em razão do alto grau de inovação dos elementos fáticos e jurídicos ainda não processados pelas instituições que regulam a vida em comunidade.

Em nossa opinião, essa observação deve ser analisada com cautela, pois, embora, na resolução de conflitos, a barbárie humana precise de limitadores, que são estabelecidos por normas nacionais e internacionais e estruturas estatais ou supraestatais – como as Cortes de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional e outros –, não se deve extrair daí que todo e qualquer diagnóstico, prevenção, administração e, especialmente, toda resolução de conflitos deva passar, obrigatoriamente, pelo Estado, que, dado seu controle jurisdicional, atua em substituição à vontade das partes ou dos sujeitos envolvidos. Logo, quando se adota apenas a jurisdição como meio capaz de resolver ou administrar conflitos, perde-se o foco da primariedade do protagonismo e confunde-se a parte com o todo.

Nossa relação com os outros (e com a coletividade) é parte constitutiva de nossa personalidade. A existência do homem é estar-com-os-outros, o que pode inclusive ser conside-

5 Diversas teorias filosóficas e sociológicas compreendem mesmo a sociabilidade como um bem a ser buscado e realizado ou como uma necessidade que deve ser satisfeita. De modo que, mesmo com base em premissas teóricas distintas, a sociabilidade é considerada como uma característica da humanidade do homem, independentemente da nomenclatura teórica ou das abordagens adotadas.

6 Existe um debate nas Ciências Sociais acerca dos conceitos de comunidade e de sociedade. Nesse sentido ver: Torres Carrillo (2017).

7 Lucena Filho (2012, p. 14032) observa que é contra os interesses contrapostos no tecido social que se volta grande parte do direito devido à necessidade de proteção do ser humano contra a barbárie humana. Por isso, a humanidade possui diversos exemplos históricos de criação de normas de convivência, cada qual fruto de seu tempo, para regular as relações humanas e para aplicar sanções aos violadores do seu conteúdo. Segundo Calvo Soler (2014, p. 28), a relação entre o conflito e as regras sempre foi uma preocupação do campo jurídico, que tem como finalidade criar, na medida do possível, um vínculo entre uma norma e uma situação conflitiva, seja para regulamentá-la, seja para resolvê-la.

rado uma necessidade humana⁸. Eu existo apenas na relação com os outros. A humanidade do homem não se concretiza fora do conflito, mas passa pelo conflito. O conflito não deve ser a forma primordial de relacionamento, mas é uma das formas primárias (MULLER, 2007, p. 18-21).

Desse modo, o conflito aparenta ser um elemento natural e inafastável do convívio humano e, embora pareça algo negativo e determinista, constitui um elemento fundamental para a construção da transformação. Só há conflito em relações sociais em que existe interdependência, em que os envolvidos são corresponsáveis por suas causas e têm autonomia na construção participada da transformação promovida pelo conflito (CARVALHO, 2019, p. 218-219).

Logo, conflitar é inerente à condição humana. Antes de ser uma patologia, o conflito faz parte da fisiologia do ser humano e pode ser um meio de aprimoramento e de evolução. O conflito é saudável⁹, evita a estagnação social (SPENGLER, 2018a, p. 7) e concorre para a produção de conhecimento e para o crescimento social. Portanto, o conflito é um motor e um regulador dos sistemas e das mudanças sociais (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 39).

Desse modo, como mencionado, é a contraposição, isto é, o choque entre necessidades não atendidas, interesses, poderes ou desejos que gera o conflito. Por isso, afirma-se que o conflito possibilita a evolução e a retração das instituições, estruturas e interações sociais, ensejando a construção de um espaço em que o confronto transforma as relações daí resultantes (SPENGLER, 2018b, p. 20-21).

Portanto, o conflito mostra-se como um processo dinâmico de interação humana em regime de interdependência pelo simples fato de que as necessidades não são autoatendidas, pois os dons e as habilidades para atendê-las estão, na maioria das hipóteses, no poder do outro ou da coletividade.

Assim, o conflito pode manifestar-se por meio de uma potencialidade, uma situação, uma estrutura, uma manifestação, um evento ou um processo (SPENGLER, 2018b, p. 21).

Diante do exposto, é importante também compreender o conceito de conflito. Para tanto, faz-se necessário dar um passo atrás, uma vez que tal definição varia de acordo com as teorias do conflito, as quais serão apresentadas a seguir de forma sistematizada.

8 Doyal e Gough (1991, p. 262-264) compreendem que o relacionamento primário significativo é uma necessidade humana, pois uma rede de reforçadores individuais fornece um ambiente educativo e emocionalmente seguro para o desenvolvimento das crianças. Desse modo, em suas vidas públicas, os atores são orientados para seus relacionamentos com os outros. A profundidade, a complexidade e o alcance do potencial humano são praticamente ilimitados, e seu desdobramento e seu cultivo são atividades essencialmente sociais, com profundos impactos na constituição do indivíduo.

9 É importante salientar que a afirmação de que o conflito é saudável pode soar controversa ou descontextualizada da realidade em que o conflito é sinônimo de sofrimento; parte-se, porém, do pressuposto de que o conflito e a violência são distintos. Como elucida Calvo Soler (2014, p. 28), o conflito passou a ser sinônimo de violência, de modo que não há conflito sem violência e todo ato de violência é a manifestação visível de um conflito. Entretanto, tais definições não são sinônimas. A violência é um grau de intensidade do conflito e não seu elemento constitutivo. Assim, observa-se que há conflitos violentos e conflitos não violentos. De modo que, gradualmente, os conflitos não violentos são saudáveis à sociedade ao evitarem a estagnação e ao serem molas propulsoras de mudanças, combatendo injustiças (e dando passos progressivos nas relações humanas). Logo, como leciona Muller (2007, p. 20), a coexistência entre os homens deve tornar-se pacífica, mas continuará conflituosa. A paz não é a ausência de conflitos, mas é o fruto do diagnóstico, da prevenção, da gestão (ou administração), da resolução e do controle dos conflitos por outros meios que não a violência.

2.1 TEORIAS DO CONFLITO, PROBLEMAS E INSATISFAÇÕES SOCIAIS¹⁰

O conflito pode ser decorrente de instintos humanos, da competição por recursos e por poder, da estrutura das sociedades e das instituições, da luta entre classes (MAYER, 1946, p. 8) do estresse dos papéis sociais, das necessidades humanas não atendidas, entre outras causas.

As necessidades humanas e os desejos racionalmente defensáveis são os primeiros impulsos da interdependência entre as pessoas que dão origem às relações humanas. A origem dos CPIS é o não atendimento dessas necessidades e desses desejos. Por conseguinte, os primeiros impulsos (necessidades e desejos) geram o primeiro grau de interdependência ou conexão da vida em comum ou na relação entre as pessoas, no aspecto bilateral, plurilateral ou político, formando uma teia de interdependência. Os CPIS surgem do não atendimento, do atendimento parcial ou do choque entre as necessidades e os desejos não atendidos.

E por que estudar a origem dos conflitos (problemas e insatisfações sociais)? Porque a forma como vemos o conflito determina, entre outras coisas, o modo como se lida com ele¹¹. Desse modo, para ser eficaz no diagnóstico e no tratamento do conflito, faz-se necessário, primeiramente, compreender a sua origem. Dito de outro modo, à medida que se desenvolvem as capacidades para compreender o conflito de modo mais profundo, aprimora-se a capacidade para lidar com ele de maneira mais adequada e eficaz (MAYER, 1946, p. 3-4).

Dessa maneira, a importância de se conhecer e de se eleger uma teoria do conflito advém do escopo que se confere ao seu significado e ao modo de sua resolução (prevenção ou gestão) que requer instrumentos e técnicas distintos de pacificação, na seara judicial ou não (LUCENA FILHO, 2012, p. 14038).

Para os fins do presente trabalho, serão abordadas duas escolas – a clássica e a moderna –, com as suas respectivas subdivisões mais influentes. Primeiramente, serão apresentadas 3 (três) concepções clássicas.

A primeira abordagem clássica, denominada “contratualista”¹², apregoa um modelo de sociedade contratual que evitaria a destruição do homem: organizaria a sociedade em busca de uma pacificação social, tirando as relações humanas de um estado natural de barbárie para inseri-las em um estado civilista contratual de vida pacífica por força de um contrato social. O conflito, nessa abordagem, deveria ser evitado, pois, latente no estado natural do homem, seria a semente para o fim da sociedade. A ordem, portanto, seria “o elemento preventivo do caos” (LUCENA FILHO, 2012, p. 14043). Trata-se, pois, de uma concepção positivista da sociedade.

A segunda abordagem clássica, alcunhada de “funcionalista”¹³, enxerga o conflito como uma anormalidade ou como uma patologia, na medida em que a harmonia e a falta de coesão

10 Não é objetivo do presente trabalho abordar todas as teorias do conflito existentes. Almeja-se apresentar as premissas básicas das teorias mais influentes e o modo como essas teorias influenciam a definição de conflito, examinando como esse fenômeno é em algum grau percebido na sociedade.

11 Galtung (2006, p. 22) afirma que uma teoria do conflito necessita ofertar mais do que uma identificação das capacidades requeridas para diagnosticar, solucionar, transformar ou administrar um conflito ou quais são as necessidades tuteladas (e explicadas) pela teoria. De fato, a teoria do conflito precisa, além de outras coisas, oferecer um método que pode ser utilizado por aqueles que não tenham os meios necessários para diagnosticar, solucionar, transformar ou administrar um conflito.

12 Essa primeira abordagem é influenciada por autores contratualistas como Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau entre outros (LUCENA FILHO, 2012, p. 14044).

13 Essa segunda abordagem é estruturalista-funcionalista, influenciada por autores como Auguste Comte, Herbert Spencer, Émile Durkheim entre outros (LUCENA FILHO, 2012, p. 14044).

atentam contra o consenso moral (moralidade coletiva ou comum) existente na sociedade, afetando sua estabilidade (LUCENA FILHO, 2012, p. 14044).

Desse modo, essa corrente compreende a ordem e o equilíbrio como o estado normal da sociedade, assentada na existência de um consenso moral entre seus membros, o qual confere importância às estruturas da sociedade (SPENGLER, 2018b, p. 18).

As estruturas sociais são interdependentes e baseadas em valores compartilhados. Assim, em uma versão da sociedade positivista, o conflito deve ser evitado por sua natureza estranha à coesão social ou ao contrato social. O conflito, então, é uma disfunção da ordem social. Em outras palavras, o conflito é “uma alteração da normalidade do funcionamento de certo sistema social ou de parte dele”¹⁴ (LUCENA FILHO, 2012, p. 14044). O conflito, em certo grau, representa essa disfunção, todavia, em outro grau, demonstra uma forma de evolução da vida social¹⁵.

A terceira abordagem clássica desdobra-se em diversas subcategorias¹⁶, mas todas partem do mesmo fato: “não é o consenso social¹⁷ o mantenedor da coesão e das estruturas sociais”. Ao contrário, deve-se à conflituosidade “as devidas evoluções, dinâmicas e estabilidades necessárias à vida social”, buscando-se compreender os grupos e suas controvérsias (LUCENA FILHO, 2012, p. 14044).

Nesse sentido, destacam-se as teorias marxistas, as quais analisam as tensões existentes entre grupos dominantes e dominados da sociedade para compreender como se estabelecem e se perpetuam as relações de dominação e de subordinação entre a classe dos detentores dos meios de produção e a do proletariado (SPENGLER, 2018b, p. 18).

Para essa e outras correntes, o que está por trás é a luta pela dominação por meio do poder. O desejo de posse e o de poder estão interligados, pois, ao passo que se rivaliza para se apropriar de um objeto, digladiam-se para afirmar o poder. O indivíduo busca o poder para não ser dominado pelos outros, mas, se não observa seus limites, passa a dominar os outros (invertendo a natureza de proteção ou de segurança para exploração ou abuso) (MULLER, 2007, p. 19-20).

No que se refere às teorias do conflito modernas, há diversas teorias e escolas. Como uma abordagem exaustiva do tema desvirtuaria o propósito do artigo, destacam-se aqui dois grandes grupos: o condutismo (ou os comportamentalistas) e a teoria das necessidades. Além

14 Dworkin (2003, p. 251-259) apresenta três modelos de comunidade: 1) o modelo circunstancial ou de fato, em que os membros cumprem obrigações por razões egoístas; 2) o modelo de regras, em que os membros aceitam o compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas de um modo específico ou pelo acordo político; 3) o modelo de princípios, em que os membros aceitam ser governados por princípios compartilhados ou comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político. Nesse terceiro modelo, a comunidade de princípios satisfaz todas as condições de uma comunidade fraternal, pois a coletividade é moralmente pluralista e torna específica as responsabilidades da cidadania. A base da comunidade de princípios são as obrigações associativas, que consideram as características ou razões que legitimam o poder do Estado, pois exigem que a comunidade respeite princípios necessários à justificativa de uma parte do direito, bem como do todo, assim, satisfaz todas as condições para uma sociedade pluralista. Utiliza-se a teoria do Dworkin para mostrar a importância do direito na regulação das condutas humanas em seu aspecto material e procedimental. Sem a pretensão de estabelecer um vínculo com a teoria de Dworkin, a correlação tem o objetivo de demonstrar que, independentemente do modelo de comunidade adotado, cumpre considerar uma teoria do direito e do conflito que normatize as condutas e os procedimentos das pessoas.

15 Acerca dos conflitos e do modo como a comunidade é impactada no conflito, ver Vitorelli (2016).

16 A teoria do conflito social, como é alcunhada, possui diversas vertentes e, por conseguinte, diversos expoentes, como, por exemplo, Karl Marx, Georges Sorel, John Stuart Mill, Georg Simmel, Ralf Dahrendorf, Alain Touraine e Lewis Coser (LUCENA FILHO, 2012, p. 14044).

17 Pode-se afirmar que a ideia de consenso social, a depender do autor de referência, pode ser designada de diferentes formas: *common law*, moralidade coletiva, moralidade política, moralidade democrática, adesão associativa, entre outras.

disso, acredita-se que essas teorias, em certo grau ou medida, trazem o sustentáculo teórico, prático e reflexivo para a questão no momento.

Os condutistas¹⁸ estudam a psicologia da conduta: fazem uma “análise primária do comportamento do indivíduo em sobreposição à do conflito” (LUCENA FILHO, 2012, p. 14048). Seu objeto de estudo reside na aprendizagem por condicionamento e na influência do ambiente no qual se insere o sujeito (LUCENA FILHO, 2012, p. 14048-14049).

Desse modo, privilegia-se a observação do comportamento como fator de análise do indivíduo e defende-se a não consideração de elementos de ordem psicanalítica ou hereditária que façam alusão ao consciente, aos processos mentais ou biológicos¹⁹. Assim, o conflito é visto como um desdobramento do comportamento humano (LUCENA FILHO, 2012, p. 14048-14049).

Por fim, cabe falar sobre a teoria das necessidades. Entende-se por necessidade os recursos de que a vida precisa para se sustentar e bem desenvolver. Todos os seres humanos possuem as mesmas necessidades. O que muda de uma pessoa para outra é o modo de atendê-las (ROSENBERG, 2020, p. 17).

As necessidades são mais profundas do que os valores²⁰, visto que os valores podem ser escolhidos, tornando-se parte das nossas identidades, ao passo que as necessidades não são elegíveis nem negociáveis – são simplesmente atendidas ou não atendidas. Desse modo, ir de encontro a uma necessidade é um ato de violência, a harmonia apenas é alcançada com a satisfação mútua (e interdependente) (GALTUNG, 2006, p. 12).

Nesse sentido, Mayer (1946, p. 8) elucida que as pessoas se envolvem em conflitos porque possuem necessidades que são atendidas (ou geradas) pelo próprio processo conflitivo, porque possuem (ou creem que possuem) necessidades cujo atendimento é inconsistente com o dos outros ou porque possuem necessidades que não estão sendo atendidas, mas que precisam sê-lo.

Assim, observa-se que não são as necessidades que geram o processo conflitivo e que, com a eclosão do conflito, outras necessidades podem surgir do próprio processo conflitivo.

Devemos esforçar-nos para conhecer as necessidades dos dois (ou vários) lados do conflito e os recursos disponíveis para resolvê-lo (preveni-lo, administrá-lo etc.), bem como devemos perguntar-nos o que pode ser feito para atender essas necessidades (ROSENBERG, 2020, p. 30-31).

Depois de ajudar os lados envolvidos no conflito a expressar suas necessidades e a se conectar com a necessidade do outro, sugere-se a busca de estratégias para atender tais necessidades (ROSENBERG, 2020, p. 39), como se verá a seguir.

Diante do exposto, constata-se que definir o conflito é uma tarefa hercúlea, uma vez que seu conceito não é unânime. O conflito pode ser social, político, familiar, interno, externo, entre pessoas ou entre nações, étnico, religioso ou de valores (SPENGLER, 2018b, p. 19). Por outro

18 Estão inseridos nessa corrente autores como Ivan Pavlov, Frederic Skinner, John B. Watson, Jacob Robert Kantor entre outros (LUCENA FILHO, 2012, p. 14044).

19 Tais temas também influenciam, gradualmente, a análise do presente trabalho, mas, devido ao corte metodológico, não serão tratados neste artigo.

20 É útil examinar nossas necessidades – os impulsos básicos que motivam o comportamento humano. Entretanto, ao lado das necessidades, existem os valores que motivam o indivíduo. Os valores são os princípios e as crenças que guiam a vida, embora variem de cultura para cultura e de indivíduo para indivíduo (URY, 2007, p. 31-33).

lado, pode ser analisado sob seu aspecto pessoal²¹, relacional²², estrutural²³ e cultural²⁴ (LEDERACH, 2012, p. 37). Porém, isso não impede que se faça a análise gradual das situações que enfrentamos e vivemos em comunidade.

Todavia, para os fins do presente trabalho, filiamo-nos inicial e gradualmente à teoria das necessidades, por compreender que esta teoria fornece uma explicação mais holística acerca da origem dos CPIS, abarcando, inclusive, causas levantadas por outras teorias do conflito²⁵. Uma vez eleita a corrente, é necessário compreender e definir as estratégias para atender as necessidades, como um ambiente de trabalho seguro, relacionamentos primários significativos, segurança econômica, autonomia crítica, entre outras. O mapeamento dos conflitos é justamente uma estratégia para compreender e diagnosticar as necessidades e as formas de atendimento em jogo, conforme será explicado a seguir.

3. MAPEAMENTO DO CONFLITO

Uma vez definida a teoria do conflito à qual nos filiamos, um passo importante é abordar os conflitos para compreender o que os causa e o que pode ser feito para resolvê-los (administrá-los ou transformá-los²⁶) (TARTUCE, 2015, p. 5-6).

21 O aspecto pessoal do conflito concerne às mudanças que ocorrem nos envolvidos no conflito, em suas mais diversas dimensões, cognitiva, emocional, perceptiva e espiritual. Esse aspecto está ligado ao bem-estar, à autoestima, à estabilidade emocional, por exemplo (LEDERACH, 2012, p. 38).

22 O aspecto relacional refere-se à afetividade, ao poder, à comunicação. Trata-se da forma como os padrões de comunicação e de interação são afetados pelo conflito, bem como dos mecanismos para minimizar as comunicações disfuncionais e maximizar a compreensão mútua. Isso envolve a descrição das condições sociais que geram o conflito, a forma como o conflito afeta as estruturas existentes e o padrão de tomada de decisões. A busca de mudanças promove o desenvolvimento de estruturas que atendem às necessidades humanas básicas (justiça substantiva) e, ao mesmo tempo, maximiza o envolvimento das pessoas nas decisões que as afetam (justiça procedimental) (LEDERACH, 2012, p. 39-40).

23 A dimensão estrutural diz respeito às causas subjacentes do conflito e às mudanças provocadas nas estruturas sociais, políticas e econômicas. A dimensão estrutural atenta para a maneira como as estruturas, organizações e instituições sociais são construídas, mantidas e modificadas pelo conflito. Portanto, refere-se à forma como as pessoas constroem e organizam os relacionamentos sociais, econômicos, políticos e institucionais com o intuito de atender às necessidades humanas básicas, garantindo o acesso a recursos e a tomada de decisões que afetam a comunidade (LEDERACH, 2012, p. 39).

24 A dimensão cultural refere-se às mudanças provocadas pelos conflitos nos padrões da vida grupal, sua identidade e sua gestão. Compreende o modo como o conflito impacta e modifica os padrões culturais de um grupo. A transformação auxilia os envolvidos na contenda a entender os padrões culturais que fomentam o conflito (LEDERACH, 2012, p. 40). Tais padrões culturais – também denominados de padrões advindos da moral coletiva, pública ou comum – podem ser compreendidos por meio do conflito, problema ou insatisfações sociais (CPIS) ou da gestão das questões relacionais, mas apenas assumem uma linguagem jurídica e passam a ter um aspecto jurídico por meio de certas instituições, com aparato político, técnico e burocrático, as quais funcionam como sensores normativos aptos a captar tais padrões comuns advindos da moralidade coletiva, para fomentar os CPIS e sua gestão, o que compreende o estímulo, a prevenção, a transformação, a administração e a resolução de questões suscitadas pelas relações bilaterais, plurilaterais ou políticas. Para aprofundar o tema sobre sensores normativos, ver Silva (2007).

25 Outros representantes da teoria das necessidades são Doyal e Gough (1991), que formulam uma teoria das necessidades que leva em conta as necessidades básicas – aquele mínimo existencial para o desenvolvimento – e as necessidades intermediárias – que auxiliam o pleno desenvolvimento das necessidades básicas. Cabe ainda citar Abraham Maslow, autor também de um vasto trabalho acerca das necessidades humanas – o qual, devido ao corte metodológico do artigo, não será aqui abordado.

26 Nas palavras de Lederach (2012, p. 27), transformar conflitos é “visualizar e reagir às enchentes e vazantes do conflito social como oportunidade vivificante de criar processos de mudanças construtivos, que reduzam a violência e aumentem a justiça nas interações diretas e nas estruturas sociais, e que respondam aos problemas da vida real dos relacionamentos humanos”.

O estudo do conflito habilita-nos a enfrentar o conflito munidos de empatia, de não violência e de criatividade, e o estudo da paz permite-nos prevenir a violência por meio da igualdade e da equidade²⁷ (GALTUNG, 2006, p. 151).

É importante salientar que mapear o conflito não é apenas questionar-se sobre o que o motivou – o que não deixa de ser um questionamento valioso –, mas é também determinar o maior número possível de nuances que o envolvem, gerando informações importantes até para os métodos de aplicação ou de afastamento de precedentes. É imprescindível buscar um método capaz de fazer tudo isso, o que será visto na seção seguinte.

Há duas formas de ver o conflito: uma focal e outra topográfica. A primeira mantém o foco exclusivamente nas urgências que emergem do conflito, ao passo que a segunda compreende que o conflito é uma oportunidade para entender os padrões e modificar as estruturas dos relacionamentos (CARVALHO, 2019, p. 221)²⁸. O mapeamento consegue captar ambas as formas.

Assim sendo, para mapear um conflito, é importante atentar para os seguintes elementos: 1) as características dos sujeitos envolvidos, seus interesses e suas necessidades (que formam a base de toda convivência interdependente e relacional); 2) as estruturas de poder e os padrões das relações intersubjetivas; 3) as estruturas conceituais que sustentam cada uma dessas perspectivas; 4) as compreensões de mundo dos indivíduos e dos grupos em questão; 5) as emoções despertadas pela situação conflitiva (CARVALHO, 2019, p. 221).

Desse modo, a partir de um conflito, muitas questões podem ser levantadas como, por exemplo: 1) as características das partes (dos sujeitos) envolvidas no conflito, isto é, seus valores, seus interesses²⁹, suas necessidades etc.; 2) os relacionamentos prévios de um com o outro, bem como suas crenças e expectativas com o outro; 3) a natureza da origem do conflito; 4) o ambiente no qual se desenvolve o conflito; 5) os espectadores interessados no conflito; 6) a estratégia e a tática utilizadas pelas partes no conflito; 7) as consequências do conflito para cada participante e para as partes interessadas (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 71).

A atividade de mapeamento pode ser exercida por todos os que compreendem e dominam as técnicas. Com efeito, não é um conhecimento que fica restrito aos operadores do direito ou a uma classe restrita, como os juízes, os advogados e os mediadores.

Pelo contrário, os primeiros titulares das ações relacionais conflitivas são os sujeitos envolvidos na situação conflituosa, que estão na posição originária. Os demais participam como auxiliares, conselheiros ou em regime de substituição ou de derivação da vontade e

27 Salienta-se que o uso discricionário do termo “equidade” pode levar a errôneas compreensões, uma vez que diversos autores, como Aristóteles (*Ética à Nicômaco*), John Rawls (*Uma teoria da justiça*) e Ronald Dworkin (*O império do direito*), conceituaram-na diferentemente. Embora certo senso comum jurídico aborde a equidade como a *justiça do caso concreto*, o que remeteria ao conceito aristotélico, tal conceituação é equivocada por ignorar a antropologia e a metaética, que dão subsídio ao conceito. Cordioli (2015, p. 185-209) esclarece que muitas teorias de justiça atuais, como a de Rawls, deixaram de considerar o papel da ética e das pessoas e centraram suas análises na política e nas instituições sociais. Contudo, a equidade, em Aristóteles, é uma virtude ética, que é uma das modalidades da justiça, enquanto retificação do justo legal, portanto, um atributo desejável de caráter que leva a pessoa a querer o justo não apenas no sentido da lei, porque a ultrapassa quando se mostra contra a igualdade e o bem comum. Sendo assim, não há como separar o conceito de equidade em Aristóteles dos conceitos de virtude, vício, justiça, igualdade e bem comum.

28 Nesse sentido, observa-se que a imaginação moral compreende que os relacionamentos são o centro da comunidade humana. Assim, recusa-se a enquadrar os CPIS em questões polarizadas dualistamente. Portanto, a imaginação moral engloba simultaneamente as várias necessidades existentes entre os envolvidos, que se chocam, por vezes (LEDERACH, 2011, p. 71).

29 E como se identificam os interesses? Perguntando por que e por que não. Essas perguntas auxiliam na identificação dos interesses em jogo na negociação, de modo a possibilitar a compreensão de que 1) todos os lados possuem múltiplos interesses e não apenas um, 2) os interesses mais poderosos são as necessidades humanas básicas e 3) fazer listas de interesses pode deixar mais claro quais estão em jogo (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 65-68).

da posição relacional originária que fez eclodir o conflito, problema ou insatisfação social ou relacional.

Tal atividade estrutura-se em duas fases: a análise tipológica do conflito e a descoberta dos elementos constitutivos. A primeira etapa visa compreender como e por que os conflitos surgiram e/ou evoluíram (CALVO SOLER, 2014, p. 15). Nota-se que, como mencionado, a resposta a esse questionamento variará de acordo com a teoria do conflito que se adota.

A segunda fase busca identificar os elementos que formam o conflito, isto é, seus componentes: 1) os sujeitos (quem está envolvido no conflito?); 2) os interesses (e necessidades) em jogo (como os interesses ou as necessidades podem ser alcançadas?); 3) o poder dos envolvidos (quais recursos os indivíduos possuem para satisfazer seu interesse ou sua necessidade?); 4) os quadros de referência (quais os pressupostos, paradigmas e preconceitos arraigados no conflito?); 5) as emoções (como elas influem no conflito?); 6) a relação (como é a relação entre os sujeitos?); 7) as coalizões (quais as possíveis?) (CALVO SOLER, 2014, p. 15).

Ambas as fases auxiliam na criação de um mapa ou diagnóstico do conflito³⁰, o que possibilita, por seu turno, a criação de um plano de ação ou de intervenção naquele conflito (se os sujeitos originariamente envolvidos não forem capazes de resolverem por meio da negociação). Todavia, é preciso ter cuidado para não confundir o processo de mapeamento com o processo de solucionamento (ou administração), pois, apesar de possuírem vínculos, cada um exige uma abordagem diferenciada (CALVO SOLER, 2014, p. 19-20).

Desse modo, o mapeamento auxilia na análise e na compreensão do conflito. Essa compreensão e essa análise do todo, por sua vez, possibilitam a solução, a prevenção, a gestão (ou administração) ou a transformação do conflito sob análise. Logo, o mapeamento é uma ferramenta útil no processo de intervenção, para prevenir, gerenciar ou resolver o conflito (CALVO SOLER, 2014, p. 37).

O mapeamento auxilia na prevenção (ou no estímulo) dos conflitos que ainda não foram percebidos ou que ainda não existem no mundo dos fatos³¹. Assim, o mapeamento do conflito aplicado à prevenção almeja intervir 1) para corrigir os elementos que fariam o conflito despontar, isto é, intervir para evitar o conflito e 2) para canalizar tais elementos de modo que o conflito surja, mas de forma controlada, ou seja, liderar o conflito para que surja de modo mais atenuado (e progressivo) possível (CALVO SOLER, 2014, p. 37).

Entretanto, se consideramos o conflito como algo bom, em certo grau e medida, é imperioso, antes mesmo de elaborar um plano de intervenção, verificar se há necessidade de prevenir a violência para evitar que ela ocorra, o que, dependendo do modo como será feito, pode vir

30 O procedimento deve contar com o diagnóstico da situação, o planejamento dos recursos mais importantes, como pessoas, interesses, objetivos e opções, e a discussão para alcançar o acordo com os envolvidos (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 28-31). Tal análise ocorre por meio de colheita, de organização e de ponderação dos dados, dos documentos e das informações para realizar o diagnóstico do problema social (SILVA, 2016, p. 247).

31 Nesse sentido, o processo civil também possui instrumentos que auxiliam na prevenção dos conflitos que ainda não foram percebidos ou que ainda não existem no mundo dos fatos, tal como o incidente de assunção de competência (IAC) previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015. Em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), estabelecido no artigo 976 do CPC/2015, constata-se que, em certo grau, o incidente processual também trata de prevenção de casos futuros, visto que é instaurado a partir de conflitos já existentes; por isso, no que se refere aos CPIS já ajuizados, tal instituto não tem o condão de prevenção, mas apenas de uniformização da jurisprudência ou de precedentes.

a ter custos sociais altos, já que impediria o avanço da sociedade, ou se seria melhor apenas liderar o conflito, de modo a conter seus efeitos³².

O mapeamento também auxilia no gerenciamento dos conflitos porque possibilita a condução de certos aspectos conflituosos (CALVO SOLER, 2014, p. 38).

Por fim, o mapeamento também propicia a resolução dos conflitos, pois possibilita dissipar a incompatibilidade dos interesses (das necessidades) em prol de um novo interesse (ou uma nova necessidade) em comum (CALVO SOLER, 2014, p. 40). Assim, como nos filiamos neste trabalho à teoria do conflito baseada nas necessidades humanas, cabe destacar que as necessidades são a origem das relações humanas, e seu não atendimento, seu atendimento parcial ou o choque entre as necessidades acarretam CPIS.

Assim, uma vez compreendido o mapeamento do conflito e sua importância, inclusive para a definição da teoria do conflito que se adota, urge buscar meios aptos à realização do mapeamento ou diagnóstico e do plano negocial ou de ação para prevenir, tratar, administrar, transformar ou solucionar os CPIS. Nesse contexto, insere-se o processo por quesitos, como será apresentado a seguir, seja para mapear, seja para apreciar o conflito.

4. PROCESSO POR QUESITOS: ELEMENTOS DE ESPECIFICAÇÃO OU DE CONCRETIZAÇÃO

A premissa principal do diagnóstico e do mapeamento do conflito é envolver todos os participantes do processo para determinar todos os elementos de especificação do processo por quesitos, isto é, para responder a todos os quesitos, que se resumem em saber 1) o quê, 2) por quê, 3) onde, 4) quando, 5) quem, 6) como, 7) o custo, 8) a cominação e 9) a finalidade ou o para quê (SILVA, 2016, p. 193).

Ademais, caso o mapeamento desencadeie a possibilidade de acordo, também é necessário responder aos mesmos quesitos para mapear o tratamento dos CPIS para se chegar a um acordo ou a uma deliberação relacional, ainda que seja provisória. No mesmo sentido, os quesitos também são úteis para a realização, o cumprimento ou a efetivação das deliberações originárias ou substituídas, bem como para o controle ou a verificação do cumprimento, pois é nesse momento que é possível verificar as cominações para o caso de descumprimento.

Tais elementos questionadores são necessários para que se possam mapear, da melhor forma possível, o conflito e, conseqüentemente, todas as suas possíveis implicações. Assim, será possível elaborar um plano de ação pessoal (autotutela), relacional (autocomposição) ou intervenção deliberativa (heterocomposição), desde a origem ou a causa do CPIS, passando pelo acordo, pelo cumprimento e pelo controle.

O primeiro elemento – “quem” – remete aos sujeitos envolvidos no conflito. A primeira inquietação do analista do conflito é estabelecer quem são os sujeitos. “São sujeitos apenas os

32 Essa fase compreende 1) a coleta de informações, 2) o diagnóstico do problema, 3) o planejamento da solução (administração ou transformação) do conflito e 4) a exposição ou a articulação dos argumentos para alcançar a melhor versão fática dos fenômenos ocorridos e os melhores resultados jurídicos possíveis, com todos os atores sociais e políticos que formal e informalmente possam contribuir ou contribuam com argumentações públicas (SILVA, 2016, p. 246-247).

que são diretamente afetados?”. “Se o conflito afeta toda a sociedade, todos os seus membros são sujeitos do conflito?”. Essas indagações, entre outras, são suscitadas pelo quesito “quem” na busca de respostas, mesmo que provisórias.

Calvo Soler (2014, p. 60) tenta definir o sujeito com base em duas premissas cumulativas: 1) se o sujeito possui um interesse específico³³ envolvido no conflito e 2) se o sujeito possui capacidade de influir, de algum modo, no resultado do conflito.

Entretanto, tais premissas podem ser limitadoras, diante de conflitos, por exemplo, arraigados em culturas ou práticas sistemáticas de uma determinada entidade (como o Estado), uma vez que os afetados pelo conflito podem não apresentar um dos elementos. Logo, o requisito “quem” não pode ser um elemento limitador, de modo a excluir possíveis sujeitos, mas deve tratar a todos como legítimos, em diferentes graus, para falar sobre o conflito que os afeta coletiva, relacional ou individualmente.

Por outro lado, o “quem” também se volta para o responsável pelas decisões diante de um possível acordo, isto é, quem é o legitimado para agir em nome dos envolvidos (SILVA, 2016, p. 196). Logo, o “quem” deve ser visto sob o duplo aspecto da identificação dos sujeitos do conflito e da identificação dos legitimados para negociar.

O conteúdo do conflito é a resposta ao questionamento sobre “o quê”. A compreensão do conteúdo do conflito – do que se trata – possibilita a compreensão de suas causas e, principalmente, dos objetos litigiosos sobre os quais se delibera, ainda que provisoriamente, o que, por sua vez, auxilia na prevenção, na transformação, na resolução ou na administração dos CPIS.

No mapeamento do conflito, o quesito do “como” está ligado ao aspecto procedimental resolutivo. A definição do “como se decide ou resolve” possibilita um procedimento justo, por comportar as razões de todos os envolvidos e por chegar a uma decisão cujo conteúdo resulta da participação de todos (SILVA, 2016, p. 198).

Ademais, tal quesito também abrange os procedimentos de negociações baseadas em princípios e méritos, para que se separem as pessoas dos problemas e os interesses das posições pessoais, criando-se uma variedade de possibilidades antes de decidir com base em algum padrão ou critério objetivo. Para isso, o procedimento deve analisar a situação, planejar os recursos mais importantes, como pessoas, interesses, objetivos e opções, e dialogar para alcançar o acordo (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 28). Daí a importância do mapeamento do conflito.

O questionamento sobre o “quando” busca definir o momento em que o conflito surgiu ou ao menos um lapso temporal que permita ao analista melhor compreender quando seus efeitos foram sentidos. A definição do “quando” possibilita voltar o olhar para o passado para repensar o futuro, bem como auxilia, no momento da prevenção, da administração ou da resolução, a definir quando o acordo começará a surtir efeitos (SILVA, 2016, p. 200).

Além do olhar dirigido para o passado, o “quando” também tem um aspecto prospectivo, uma vez que vai até o controle ou a prestação de contas quanto ao cumprimento do que foi acordado (*accountability*) (SILVA, 2016, p. 276).

A dimensão temporal do conflito, portanto, exige um mapeamento que possibilite olhar para o passado para avaliar o que foi feito ou qualificar os fatos e, nesse caso, julgá-los, para

33 Exige-se um interesse específico, pois o interesse genérico legitimaria todos os indivíduos para atuar em todos os conflitos (CALVO SOLER, 2014, p. 60).

dizer se foram bons, justos ou eficientes. Ademais, nesse quesito, o planejamento ganha importância porque requer duas atividades audaciosas: de um lado, levantar as circunstâncias e os fatos do passado; de outro, levantar as tendências presentes e futuras (SILVA, 2007, p. 82; SILVA, 2016, p. 200-201).

A exigência da exposição das razões fundamentadas resulta do questionamento sobre “por quê”. Esse questionamento incide sobre as razões ou os motivos que fundamentam o motivo. Desse modo, para compreender melhor a razão, o motivo ou o sentido de uma ação que gera o conflito (ou não), é necessário explicitar os conceitos de propósito e de sentido, que ajudam a responder a esse “por quê” (SILVA, 2016, p. 203).

Propósito é o comportamento que envolve alguma escolha ou intenção, para demonstrar que o comportamento humano não é resultado puro e simples de uma reação cega; já o sentido pressupõe que a pessoa possa dar razões para sua ação, em cumprimento ao quesito do “para quê” (requisito da finalidade ou teleológico) (SILVA, 2016, p. 203). Logo, uma ação conflituosa pode ser dotada de propósito e/ou de sentido, demonstrando a necessidade de se responder ao quesito do “por quê” para mapear o conflito.

O questionamento sobre “onde” possibilita não apenas a circunscrição geográfica do conflito – muito importante para compreender diversos tipos conflitos –, mas também a determinação do lugar em que surgiu o conflito, em que a possível resolução será cumprida, controlada etc. (SILVA, 2016, p. 204).

O questionamento sobre o “custo” do conflito é um dos quesitos mais desafiadores, uma vez que muitos conflitos não conseguem ser convertidos em pecúnia, diferentemente dos conflitos patrimoniais, em que tal aferição é mais imediata. Desse modo, o quesito do “custo” no mapeamento do conflito não pode estar restrito a valores monetários, mas pode referir-se a todo dispêndio e a toda dificuldade gerada pela situação conflituosa.

Portanto, se alguns conflitos podem ter o custo de dois mil reais, por exemplo, outros conflitos podem “custar” o sofrimento, a dor dos envolvidos etc., porém, com o excesso de crenças limitantes que recebemos dando elevada importância ao patrimônio e ao instrumento de troca (sal, pecúnia, dinheiro etc.), a humanidade é levada automaticamente a fazer referência a valores e a patrimônio.

O último questionamento está intimamente ligado à realização de acordo a partir dos apontamentos do mapeamento para fazer parte do plano de ação autônoma ou de intervenção no diagnóstico, no planejamento, no acordo, no cumprimento e no controle. Com efeito, as “cominações” representam as consequências jurídicas do descumprimento do acordo para a resolução ou a administração do conflito. Ressalta-se, porém, que a cominação não se confunde com a definição de sanção ou de penalidade (SILVA, 2016, p. 208). Ambos os termos estão correlacionados. A cominação é uma espécie do gênero sanção, e a penalidade é uma espécie de cominação. Assim, as cominações do acordo podem ser, por exemplo, penalidades, multas cominatórias, hipoteca, penhor, declaração de nulidade do ato celebrado em contrariedade ao acordo etc. (SILVA, 2016, p. 208). Portanto, cominação é toda medida coercitiva indireta destinada a agir na vontade do compromissário como forma de compeli-lo a cumprir as prestações a que se obrigou no acordo (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2013, p. 814).

Com efeito, de nada adianta chegar a um acordo se são mantidas as indefinições nos elementos que garantem o sucesso do atendimento do direito em conflito por meio do mapea-

mento: 1) se não se sabe quem são os sujeitos do conflito e os legitimados para compô-lo (“quem”); 2) se o conteúdo do conflito não estiver especificado (“o quê”); 3) se não se souber o lapso temporal do conflito e quando o acordo pode começar a surtir efeitos (“quando”); 4) se não forem descobertos as razões e os fundamentos do conflito (“por quê”); 5) se não houver a finalidade da racionalidade humana defensável para a realização do acordo (“para quê”); 6) se não se deliberar acerca da forma da decisão e/ou do acordo (“como”); 7) se não se souber o lugar de referência (circunscrição) do conflito e o local em que pode ser cumprido o acordo (“onde”); 8) se não se estipular o custo do conflito (pecuniário ou não) (“quanto custa”); 9) se não forem previstas as consequências jurídicas em caso de descumprimento (“cominações”) (SILVA, 2016, p. 212).

A desconsideração de qualquer um desses questionamentos leva invariavelmente à ineficácia da compreensão do conflito. Portanto, o enfrentamento desses questionamentos no mapeamento do conflito, na apreciação das respostas nas deliberações facilita os atos jurídicos e materiais para que seja alcançada a plena eficácia da resolução e da administração da situação conflitiva (SILVA, 2016, p. 213), aferida na fase do controle.

Portanto, uma vez definida a teoria do conflito que se pretende adotar, o mapeamento do conflito por meio do processo por quesitos é um instrumento apto à compreensão dos CPIS, bem como auxilia na construção de um acordo dialogado e cooperativo em que todos são igualmente considerados, desde o diagnóstico até o controle efetivo do cumprimento da deliberação tomada.

O propósito deste artigo foi demonstrar que o processo por quesitos pode ser aplicado a qualquer regime da atuação relacional – autotutela, autocomposição e heterocomposição –, como forma de evitar qualquer efeito paralisante para apreciar os CPIS e asseverar que essa situação só deve acontecer se a deliberação for conscientemente decidir não decidir.

Disso se extrai que o processo por quesitos é uma marcha progressiva e indispensável em caso de inadimplemento por excesso ou de omissão das prestações materiais, sob a responsabilidade estatal, individual, relacional ou coletiva, imprescindíveis ao atendimento das necessidades humanas, a fim de cumprir as obrigações de forma imediata, contínua³⁴, dinâmica³⁵, progressiva³⁶, gradual³⁷, para atender relações bilaterais, plurilaterais ou políticas da vida em comum, visto que tais relações têm natureza volátil, incerta, complexa e ambígua. Por isso, as obrigações decorrentes dessa vida em comum precisam de definição, de organização, de procedimentalização, de especificação, de concretização, de cumprimento e de controle

34 As obrigações são concretizadas de forma ininterrupta ou continuada e de forma prospectiva, enquanto houver vida humana em sociedade, com a respectiva necessidade de partilha de bem coletivo ou comum. Isso decorre do processo natural da vida humana, com o nascimento e o desenvolvimento das pessoas, que sempre estão a necessitar de prestações materiais que atendam os direitos sociais para as gerações presentes e futuras (SILVA, 2016, p. 25).

35 A relação obrigacional é altamente mutável de acordo com a realidade e as circunstâncias de planejamento que se apresentam em sua exigência jurídica, de forma que uma medida adotada ou um planejamento feito para determinada necessidade de atendimento dos direitos sociais pode deixar de ser eficaz, visto que os quesitos de concretização podem mudar gradualmente no que se refere ao conteúdo, ao sujeito, ao prazo, ao lugar, à razão, à forma, ao custo e à cominação por eventual descumprimento (SILVA, 2016, p. 25).

36 As obrigações são regidas pelo princípio do não retrocesso, de forma a evitar uma regressão nas prestações concretizadas e definidas na apropriação coletiva ou individual do bem comum. Obviamente que a tal progressividade não tem caráter inflexível ou de indisponibilidade absoluta, admitindo-se certo grau de retrocesso, desde que acompanhado de medidas compensatórias, com vantagens alternativas ou com medidas mitigadoras, impeditivas ou extintivas da ocorrência de algum mal comum de maior grau (SILVA, 2016, p. 25).

37 As obrigações não podem ser exigidas de forma binária ou extremista; devem antes ser exigidas com base no grau de concretização de determinado ideal, de forma a definir em que medida algo se aproxima ou se distancia do ideal, sem renunciar ao raciocínio binário (SILVA, 2016, p. 25).

dos direitos advindos dos CPIS para atender a justiça comutativa ou distributiva por meio da defesa dos bens comuns, indivisíveis ou coletivos, e de seu regime de apropriação individual.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez estabelecida a premissa de que o ser humano possui vocação para a sociabilidade, é natural que as relações sociais sejam permeadas por divergências, as quais podem originar conflitos justificados pela existência de necessidades, interesses, poderes, valores etc. contrapostos. Tais elementos variam de acordo com a teoria do conflito adotada.

Desse modo, o conflito aparenta ser, em uma de suas acepções, um elemento natural e inafastável do convívio humano e constitui um elemento fundamental para as transformações sociais. Logo, conflitar é inerente à condição humana e evita a estagnação social.

Estabelecidas tais premissas, o presente artigo deu um passo atrás, para analisar a teoria que pode explicar o conflito desde sua gênese, uma vez que, se a definição do conflito depende da teoria adotada, faz-se necessário analisar todas as teorias a fim de, gradualmente, filiar-se a alguma.

O conflito pode decorrer de uma série de fatores e/ou elementos, sendo cada um objeto de estudo de sua teoria. Mas, então, por que estudar a origem dos conflitos? Porque a forma como vemos o conflito determina, entre outras coisas, o modo como se lida com ele. Dessa maneira, a importância de se eleger uma teoria do conflito advém do escopo teórico conferido ao seu significado e ao modo de prevenção, transformação, resolução ou gestão (administração) dos CPIS.

Abordaram-se duas escolas – a clássica e a moderna. Apresentaram-se três vertentes da escola clássica – contratualista, funcionalista e teoria do conflito social, cada qual com um determinado conceito de conflito – e duas correntes modernas – o condutivismo ou comportamentalismo, influenciado pelas correntes da psicologia, e a teoria das necessidades, à qual se filiou o presente trabalho.

As necessidades são os recursos de que a vida precisa para se sustentar e bem se desenvolver. Todos os seres humanos possuem as mesmas necessidades. O que muda de uma pessoa para outra é o modo de atendê-las em um regime indissociavelmente relacional e interdependente, se considerado em sua completude.

Nesse sentido, as pessoas envolvem-se em conflitos porque possuem necessidades que dão origem a um conflito ou são atendidas pelo próprio processo conflitivo, porque possuem (ou creem que possuem) necessidades cujo atendimento é inconsistente em relação ao atendimento das necessidades dos outros ou, por outras palavras, porque possuem necessidades que não estão sendo atendidas, mas que precisam sê-lo.

Logo, é preciso conhecer as necessidades dos dois ou vários lados do conflito e os recursos disponíveis para preveni-los, administrá-los ou resolvê-los e as estratégias para atender tais necessidades, corrente adotada no presente trabalho.

Uma vez definida a teoria do conflito que se deseja abraçar, outro passo importante é abordar os conflitos para compreender o que os causa e o que pode ser feito para preveni-los, administrá-los, transformá-los ou resolvê-los. Nesse contexto, destaca-se o mapeamento ou diagnóstico do conflito.

Para mapear um conflito, é importante considerar os seguintes elementos: 1) os sujeitos envolvidos, seus interesses e necessidades; 2) as estruturas de poder e os padrões relacionais; 3) as estruturas conceituais das perspectivas adotadas; 4) as compreensões de mundo dos indivíduos; 5) as emoções despertadas pela situação conflitiva.

O mapeamento auxilia na análise e na compreensão do conflito; essa compreensão e essa análise do todo, por sua vez, possibilitam a prevenção, a gestão (administração), a transformação ou a solução do conflito sob análise e apreciação deliberativa. Logo, o mapeamento é uma ferramenta útil no processo de ação individual, relacional e coletiva dos próprios protagonistas e envolvidos nos CPIS, bem como na intervenção, para prevenir, gerenciar ou resolver o conflito.

A premissa principal do mapeamento do conflito é envolver todos os participantes do processo para buscar responder a todos os elementos de especificação do processo por quesitos, isto é, responder a todos os quesitos, que se resumem em saber 1) o quê, 2) por quê, 3) onde, 4) quando, 5) quem, 6) como, 7) o custo, 8) a cominação e 9) a finalidade ou o para quê.

Logo, por meio dos quesitos, o mapeamento almeja compreender: 1) quem são os sujeitos do conflito e os legitimados para compô-los (quem); 2) o conteúdo do conflito (o quê); 3) o lapso temporal do conflito e/ou quando o acordo pode começar a surtir efeitos (quando); 4) as razões e os fundamentos do conflito (por quê); 5) o modo de deliberação na decisão e/ou do acordo (como); 6) o lugar de referência (circunscrição) do conflito e o local onde o cumprimento do acordo pode ocorrer (onde); 7) o custo do conflito (pecuniário ou não) (quanto custa); 8) as consequências jurídicas em caso de descumprimento (cominações); 9) os fundamentos e a finalidade do mapeamento e até mesmo do conflito.

Essa premissa aplica-se a qualquer modelo de apreciação dos CPIS racional, humanizada, justa e equitativa, sem que os resultados possam advir de situações irracionais da ação material humana nos conflitos.

Portanto, uma vez definida a teoria do conflito que se pretende adotar, o mapeamento do conflito por meio do processo por quesitos é um instrumento apto à compreensão dos CPIS, bem como auxilia na construção de um acordo dialogado e cooperativo. O processo por quesitos pode ser aplicado a qualquer modelo de apreciação dos conflitos e de suas consequências: autotutela, autocomposição ou heterocomposição, que, aliás, denomina-se agora “processo judicial por quesitos”. Os direitos devem ser apreciados, especificados, cumpridos e controlados em uma marcha progressiva, imediata, contínua, dinâmica, progressiva e gradual, levando em consideração critérios de justiça na apropriação coletiva ou individual dos bens comuns, indivisíveis ou coletivos.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019.
- CALVO SOLER, Raúl. **Mapeo de conflictos**: técnica para la exploración de los conflictos. Barcelona: Gedisa, 2014.
- CARVALHO, Mayara de. **Justiça restaurativa na comunidade**: uma experiência em Contagem-MG. [S. l.]: Independently published, 2019.
- CORDIOLI, Leandro. Redescobrimo a equidade na gramática dos direitos: horizontes para uma teoria da justiça personalista e ética na retórica do Direito. *In*: SEMANA ACADÊMICA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA DA PUCRS, 15., 2015, Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: Editora Fi, 2015. v. 2, p. 185-209.
- DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A Theory of Human Need**. London: MacMillan, 1991.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- GALTUNG, Johan. **Transcender e transformar**: uma introdução ao trabalho de conflitos. Tradução de Antônio Carlos da Silva Rosa. São Paulo: Palas Athena, 2006.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2013.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. **O mediador na resolução 125/2010 do CNJ**: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.
- LEDERACH, John Paul. **A imaginação moral**: arte e alma da construção da paz. Tradução de Marcos Fávero Florence de Barros. São Paulo: Palas Athena, 2011.
- LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- LUCENA FILHO, Humberto Lima de. As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 21., 2012, Uberlândia. **Anais [...]**. Uberlândia: UFU, 2012, v. 21, p. 14031-14060. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/?evento=37>. Acesso em: 16 fev. 2021.
- MAYER, Bernard. **The Dynamics of Conflict Resolution**: A Practitioner's Guide. San Francisco: Jossey-Bass, 1946.
- MULLER, Jean-Marie. **O princípio da não violência**: uma trajetória filosófica. Tradução de Inês Polegato. São Paulo: Palas Athena, 2007.
- ROSENBERG, Marshall B. **Juntos podemos resolver essa briga**: paz e poder na resolução de conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2020.
- SILVA, Sandoval Alves da Silva. Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 37-68, jun. 2014.
- SILVA, Sandoval Alves da Silva. **Direitos sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.
- SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **O conflito e o terceiro sob o olhar da literatura**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018a.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **O terceiro e o triângulo conflitivo**: o mediador, o conciliador, o juiz e o árbitro. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018b.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TORRES CARRILLO, Alfonso. **El retorno a la comunidad**: problemas, debates y desafíos de vivir juntos. Bogotá: Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano, 2017.

URY, William. **O poder do não positivo**: como dizer não e ainda chegar ao sim. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 04/11/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/11/2021
- Avaliação 1: 23/11/2021
- Avaliação 2: 30/11/2021
- Decisão editorial preliminar: 02/04/2022
- Retorno rodada de correções: 30/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/05/2022

Equipe editorial envolvida

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

O DEVEDOR CONTUMAZ DE ICMS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE CONTINUOUS GST DEBTOR FROM THE VIEW OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

MÁRCIO FERNANDES LIMA¹

MARISA ROSSIGNOLI²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o devedor contumaz de tributos no Direito Tributário, sob a ótica da Análise Econômica do Direito. O devedor contumaz é aquele que deixa de pagar os tributos devidos de forma consciente e reiterada, obtendo, assim, uma vantagem competitiva em relação aos demais concorrentes do mercado e causando prejuízos ao Fisco e à sociedade. O devedor contumaz do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) declara as suas operações de vendas e calcula corretamente o imposto devido, separando a parcela de operações próprias daquela referente à substituição tributária, todavia não efetua o pagamento. A maximização da riqueza da sociedade tem que ser considerada em conjunto com as escolhas racionais dos indivíduos, que agem no intuito de maximizar seus interesses individuais. A ação dos devedores contumazes é uma escolha racional em busca da maximização dos benefícios individuais, de forma a obter benefícios em detrimento da coletividade. O método utilizado é o dedutivo e o trabalho foi realizado por meio de revisão bibliográfica. Verifica-se que escolhas de não pagar os impostos devidos podem levar o mercado a ser ineficiente e, conseqüentemente, não maximizar o uso dos recursos existentes. Assim, não coibir a atuação dos devedores contumazes poderá gerar um efeito perverso para todo o sistema, diminuindo a arrecadação tributária e, também, influenciando outros empresários a agirem de forma análoga para poderem continuar competindo.

Palavras-chave: devedor contumaz; análise econômica do direito; ICMS; sonegação fiscal.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the continuous tax debtor in Tax Law, from the perspective of the Economic Analysis of Law. The continuous tax debtor is one who fails to pay outstanding taxes consciously and repeatedly, thus obtaining an advantage in relation to other competitors in the market and causing losses to tax authorities and society. The continuous tax debtor of the Goods and Services Tax (GST) declares its sales operations and correctly calculates the tax due, separating the portion of its own operations from that referring to tax substitution, however, not making the payment. The maximization of society's wealth has to be considered in conjunction with the rational choices of individuals, who act in order to maximize their individual interests. The action of

1 Mestrando em Direito pela Universidade de Marília/SP (UNIMAR). Auditor Fiscal da Receita Estadual na SEFAZ/SP. Graduado em Direito pela ITE Bauru e em Gestão Empresarial pela FATEC/SP. Especializando em Direito Tributário (IBET/SP). Especialista em Gestão Pública pela Universidade de Uberlândia (UFU/MG) e em Gestão Empresarial pela ITE Bauru. ORCID Id: <http://orcid.org/0000-0002-7500-0932>.

2 Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Doutora em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, Mestre em Economia pela PUC-SP e graduada em Economia pela UNESP. Delegada Municipal do Conselho Regional de Economia para a cidade de Marília - SP. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-6223-9146>.

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

LIMA, Márcio Fernandes; ROSSIGNOLI, Marisa. O DEVEDOR CONTUMAZ DE ICMS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 41-58, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8928>.

continuous tax debtors is a rational choice in search of maximizing individual benefits, in order to obtain benefits to the detriment of society. The method of research used is the deductive method and the work was carried out through a bibliographic review. It turns out that choices not to pay outstanding taxes can lead the market to be inefficient and, consequently, not maximize the use of existing resources. Thus, not avoiding the acts of continuous tax debtors could have a perverse effect on the entire system, reducing tax collection and also influencing other entrepreneurs to act in a similar way in order to continue competing.

Keywords: *continuous tax debtor; economic analysis of law; GST; tax evasion.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os efeitos para a economia e para a sociedade do devedor contumaz de tributos no Direito Tributário, sob a ótica da Análise Econômica do Direito. A análise interdisciplinar sobre o tema é de fundamental importância para entendermos a dimensão do problema.

Para isso, será feita uma análise sobre a atuação do devedor contumaz que deixa de pagar os tributos devidos de forma consciente e reiterada, obtendo, assim, uma vantagem competitiva em relação aos demais concorrentes do seu ramo de atividades.

Na sequência, serão tratados os principais princípios constitucionais relativos ao caso. O princípio da livre iniciativa como sendo um dos pilares da República Federativa do Brasil e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, o princípio da livre concorrência, que é considerado um desdobramento da livre iniciativa e um dos pilares da ordem econômica.

Destaca-se, todavia, que os princípios não são absolutos. O Estado deve garantir meios para que as pessoas possam exercer o seu empreendedorismo, todavia deve haver um ponto de equilíbrio entre a interferência do Estado e a atuação das empresas.

Considera-se importante adentrar nas especificidades da tributação e da incidência tributária do ICMS, haja vista algumas particularidades que o tributo apresenta, principalmente relacionadas à substituição tributária e sua não cumulatividade. Importância essa que refletirá nos tipos penais envolvidos nos crimes de sonegação fiscal e nos crimes contra a ordem tributária.

Por derradeiro, será feita uma discussão sobre a Análise Econômica do Direito e suas repercussões no campo tributário. Mais precisamente, dar-se-á enfoque na atuação do devedor contumaz e na relevância do Estado em coibir tal conduta, haja vista que o não pagamento de tributos poderia culminar no entendimento de que tais condutas, moralmente reprováveis, poderiam se tornar aceitáveis pela sociedade, sob o argumento de que o excesso de deveres instrumentais e a alta carga tributária justificariam a sonegação.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CARACTERIZAÇÃO DO DEVEDOR CONTUMAZ

Não há uma definição no Código Tributário Nacional sobre a caracterização do devedor contumaz de tributos, nem tampouco há um tratamento constitucional sobre o tema. Assim, é necessária uma definição baseada na doutrina e na legislação estadual para a correta definição do devedor contumaz de tributos.

2.1 DEVEDOR CONTUMAZ

Devedor contumaz é aquele devedor que deixa de pagar os tributos devidos de forma consciente e reiterada, obtendo, assim, uma vantagem competitiva em relação aos demais concorrentes do seu ramo de atividades. É aquele que declara normalmente as suas operações de venda e os seus débitos tributários, todavia intencionalmente não recolhe os tributos, o que faz com que o custo do seu negócio seja menor do que o custo médio da concorrência, fato esse que permite que a empresa efetue vendas com valores abaixo dos preços do mercado, tendo assim uma vantagem competitiva sobre seus concorrentes diretos.

De acordo com Paulsen (2014), a inadimplência contumaz implica não apenas prejuízos ao Fisco como também desequilíbrios na concorrência, mormente em setores mais sensíveis em que a tributação assume patamares muito onerosos. Complementa afirmando que é obrigatório que os empresários cumpram suas obrigações, sob pena de se criarem vantagens competitivas artificiais.

Para análise do tema, é de extrema importância que se faça a devida distinção entre o devedor contumaz daquele outro contribuinte que deixou eventualmente de pagar os tributos. Na grande maioria das vezes, o empresário que deixa de quitar as suas obrigações o faz por dificuldades momentâneas, por um período suficiente para que retome o caixa do seu negócio e não como uma prática reiterada para levar vantagem sobre a concorrência. O devedor honesto tem a intenção de regularizar os seus débitos em uma oportunidade futura. Por outro lado, o devedor contumaz age deliberadamente, de forma planejada para obter indevida vantagem sobre a concorrência. O devedor contumaz eventualmente já deixa de calcular o valor dos tributos em sua contabilidade de custos, de forma que o valor final do produto já nem mais considera os valores que deveriam ser repassados para o Estado.

Neste sentido, de acordo com o voto exarado pelo Ministro do STF, Roberto Barroso, RHC 163.334/SC (BRASIL, 2019), devedores contumazes são aqueles que fazem do inadimplemento o seu *modus operandi*:

Não haverá crime nos casos em que o comerciante, em virtude de circunstâncias excepcionais, deixar de pagar o tributo em um ou outro mês.

A situação é diversa em relação aos devedores contumazes, que fazem do inadimplemento seu *modus operandi*. Trata-se de devedores que utilizam os valores de ICMS arrecadados dos consumidores para financiar suas atividades empresariais, permanecendo no mercado, de forma predatória, por vários

anos. Quando promovidos atos de cobrança contra tais contribuintes, no mais das vezes não se encontram bens penhoráveis e a execução se mostra infrutífera. (BRASIL, 2019)

A atuação do devedor contumaz extrapola a simples inadimplência, pois tem em sua estratégia empresarial o não recolhimento dos tributos e, para isso, usa de todos os artifícios que tem ao seu alcance para protelar a cobrança e a possível execução judicial, muitas vezes abusando de recursos e liminares para que o Fisco não consiga atingir o patrimônio da empresa, nem tampouco o patrimônio pessoal do empresário.

De acordo com o art. 19 da Lei Estadual SP nº 1.320, de 06 de abril de 2018 (SÃO PAULO, 2018), devedor contumaz é o sujeito passivo da obrigação tributária que possuir débito de ICMS declarado e não pago, inscrito ou não em dívida ativa, relativamente a seis períodos de apuração, consecutivos ou não, nos doze meses anteriores; e/ou aquele que possuir débitos de ICMS inscritos em dívida ativa, que totalizem valor superior a quarenta mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESPs. Assim, considerando que no exercício financeiro de 2022 o valor da UFESP é de R\$ 31,97, o montante para caracterizar o contribuinte como devedor contumaz de tributos é de aproximadamente R\$ 1,2 milhões de reais (Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo).

Importante salientar que o Estado de São Paulo não considera nos valores acima os débitos com exigibilidade suspensa, ou seja, os débitos que ainda estão sendo discutidos administrativa (pois ainda não houve a inscrição do débito em dívida ativa) ou judicialmente mediante processo judicial em que o débito ainda não pode ser exigido pela Fazenda ou, mesmo que exigível judicialmente, tenha sido apresentada garantia integral para garantia dos débitos, nos termos do art. nº 151 do CTN.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A LIVRE INICIATIVA E A LIVRE CONCORRÊNCIA

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 (CF) enumera o princípio da livre iniciativa como um dos pilares da República Federativa do Brasil. Assim como os princípios da dignidade humana, da soberania, da cidadania, o princípio da livre iniciativa constitui o fundamento do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a atividade econômica é entregue à iniciativa privada. A não ser nos casos especialmente previstos na Constituição, o exercício direto da atividade econômica só é permitido ao Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional, ou em face de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (COELHO, 2020, p. 459).

De acordo com Carrazza (2013), excepcionalmente admite-se que o Estado intervenha no campo reservado à livre iniciativa, o que ele faz por intermédio de suas empresas públicas e de suas sociedades de economia mista. Há um campo reservado para a livre iniciativa, do mesmo modo que há também um campo para a atuação estatal.

O Estado deve garantir meios para que as pessoas possam exercer o seu empreendimento por meio de empresas. Os tributos devem ser dosados com razoabilidade, de forma que não sejam um empecilho para o desenvolvimento da livre iniciativa. Deve haver um ponto de equilíbrio entre a atuação do Estado e a atuação das empresas.

É sabido de todos que a empresa muitas vezes realiza determinada operação que não lhe enseja lucro, mas lhe propicia a disponibilidade de dinheiro para aplicar em outra, esta, sim, rentável. Outras vezes, vende determinadas mercadorias, com prejuízo, apenas para atrair clientes. A tributação isolada de cada operação, com a quebra do sistema operacional da empresa, inviabilizará tais procedimentos, sendo, por isto mesmo, contrária à livre iniciativa econômica, além de ser desprovida de validade jurídica (MACHADO, 1993, p. 3).

Importante destacar que o princípio da livre iniciativa não é absoluto. A CF de 1988 reservou assuntos que devem ser tratados como competência exclusiva da Administração Pública. Dentre eles podemos listar os previstos nos artigos 21, 25, 30 e 32 da CF. Assim, como exemplos de matérias exclusivas tem-se a exploração de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, serviços de exploração de gás encanado, a prestação de serviços públicos de interesse local etc.

Para Oliveira (2022), o princípio da livre iniciativa pode ser relativizado, não infringindo o direito de se exercer uma atividade econômica:

Há de se frisar que a relatividade do princípio da livre iniciativa refere-se, especificamente, às restrições impostas em lei para o livre exercício de uma determinada atividade econômica, não infringindo a dissociação entre o direito de exercer livremente uma atividade econômica e o direito de administrá-la (OLIVEIRA, 2022).

Segundo Carrazza (2013), os particulares só ingressam no campo reservado aos serviços públicos ou aos atos de polícia quando contratados pelo Estado, segundo as fórmulas da concessão e permissão. Mas, mesmo quando isto acontece, o Estado não se desonera do dever e da titularidade de supervisioná-los. Afinal, os serviços e os atos de polícia continuam públicos. Não migram, por força da concessão ou da permissão, para as hostes do direito privado.

De acordo com Figueiredo:

[...] a regra é a liberdade do exercício da atividade econômica, como corolário da livre iniciativa, na qual o Estado não deve interferir na manifestação volitiva de seus cidadãos para tanto. Todavia isso não significa que o Estado, nos casos em que se evidencie interesse da coletividade, não possa regular a atividade econômica, impondo requisitos para o seu exercício racional, atuando inclusive com poder de polícia administrativa para fazer valer e efetivar tais medidas, devendo tal dispositivo ser interpretado de forma sistemática com os demais preceitos constitucionais do direito econômico (FIGUEIREDO, 2011, p. 65-66).

Não obstante, o princípio da Livre Concorrência aparece como princípio da Ordem Econômica e pode ser considerado como um desdobramento da livre iniciativa. Assim, cabe ao Estado regular a atividade econômica para evitar abusos de qualquer parte ou interesse. O Estado deve defender ativamente a livre concorrência, incentivando atividades e setores.

De acordo com Silva (1998):

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no

mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista (SILVA, 1998, p. 876).

A intervenção no domínio econômico poderá dar-se para assegurar a livre concorrência, para defender o consumidor, para preservar o meio ambiente, para garantir a participação dos Estados no resultado da exploração, nos respectivos territórios, de recursos minerais etc. (CARRAZZA, 2013).

Em uma análise mais aproximada sobre as decisões judiciais sobre a atuação e a coibição da prática do devedor contumaz, há uma clara dualidade entre a os princípios citados. De um lado há o direito fundamental à livre iniciativa e de outro está o direito à livre concorrência, haja vista que o não recolhimento reiterado dos tributos acaba dando uma indevida vantagem para os devedores contumazes.

Em análise à dualidade entre o direito fundamental à livre atividade econômica e o direito à livre-concorrência, o STF já se manifestou no sentido de que, em algumas situações, não estamos diante de um caso normal em que a empresa que atua licitamente merece toda a proteção constitucional (BRASIL, 2013), havendo decidido como devida a exigência do cumprimento de requisitos para a empresa poder exercer a atividade econômica especial:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTOS. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2º, II. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2º, II). 2. Alegada contrariedade à proibição de sanções políticas em matéria tributária, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita. Violação do art. 170 da Constituição, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributária. Contudo, para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial. 4. Circunstâncias que não foram demonstradas no caso em exame. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.

Neste caso, a Suprema Corte entendeu como constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros, podendo, o Fisco, cassar o registro especial de funcionamento pelo não pagamento dos créditos tributários devidos pela empresa.

3. O DEVEDOR CONTUMAZ E A TRIBUTAÇÃO

O procedimento de apuração e de declaração do crédito tributário, assim como o cumprimento dos deveres instrumentais inerentes ao contribuinte do ICMS, acaba tornando o processo de pagamento e cobrança do imposto mais complexo e demorado. A regra de não cumulatividade do ICMS, prevista no art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), permite que o contribuinte possa se creditar do imposto pago nas operações anteriores e transmitir o crédito que foi por ele declarado para o próximo contribuinte da cadeia da mercadoria. Ocorre que o imposto não foi efetivamente recolhido pelo devedor contumaz na operação anterior, mas, mesmo assim, o adquirente da mercadoria poderá se apropriar deste crédito declarado, sem que haja efetivamente o recolhimento do imposto destacado na nota fiscal, o que torna a ação do devedor contumaz ainda mais prejudicial para o mercado e para o Estado.

3.1 PECULIARIDADES SOBRE A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ICMS

De acordo com o Art. 2º da Lei Complementar n. 87/96 (Lei Kandir), o ICMS mercadorias incide sobre: I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios; V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual (BRASIL, 1996).

A base de cálculo do ICMS é o valor da operação, nela sendo incluídas eventuais despesas acessórias, tais como seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição. Ademais, o frete integra o valor aduaneiro das mercadorias, razão pela qual também compõe a base de cálculo do imposto na sua incidência sobre a importação (PAULSEN, 2020, p. 606).

Assim, incluem-se na base de cálculo as (ii) bonificações (iii) frete, (iv) seguro, (v) acréscimo correspondente ao financiamento realizado pelo alienante nas vendas a prazo, e (vi) o valor de mão obra cobrado a título de montagem quando a operação implicar em venda e instalação de máquinas e aparelhos.

Explica Paulsen (2020) que, quando um contribuinte adquire mercadorias para revenda, credita-se do ICMS que onerou a compra, sendo que poderá deduzir tais valores do ICMS que terá de pagar nas operações posteriores em que ele próprio promover a venda de mercadorias. O art. 155, § 2º, inciso I, da CF, é inequívoco ao especificar que o ICMS será não cumulativo “compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

A não cumulatividade é um mecanismo que evita a tributação em cascata, ou seja, impede que a tributação de operações sucessivas, com a incidência repetida do mesmo tributo, acabe por gravar diversas vezes a mesma riqueza. Para evitar isso, a Constituição optou pela não cumulatividade baseada num sistema de creditamentos, em que o vendedor final da mercadoria poderá se creditar de todo o ICMS pago durante a cadeia de produção e de venda intermediária da mercadoria. Assim, o comerciante que efetuar a venda para o consumidor final da mercadoria irá pagar o ICMS somente sobre o valor que agregou ao produto.

Tal explicação é de suma importância para se explicar o nível de prejudicialidade que o devedor contumaz apresenta ao sistema de pagamentos e apropriações do ICMS, principalmente quando falamos em substituição tributária do imposto.

Prevê o art. 150, § 7º, da Constituição Federal que a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido (BRASIL, 1988).

Tal previsão constitucional permite ao legislador infraconstitucional a implementação da cobrança do ICMS de forma antecipada (ou postecipada), de acordo com o interesse da tributação e do Estado.

A partir da constituição do crédito tributário, nasce o direito de o Fisco exigir o valor da prestação tributária, ou seja, o crédito tributário passa a ser exigível. A Fazenda Pública passa a ter o direito de cobrar os valores administrativamente.

De acordo com Carvalho (2019, p. 448), por crédito entende-se o direito subjetivo do qual é portador o sujeito ativo de uma obrigação tributária e que lhe permite exigir o objeto prestacional, este representado por uma importância em dinheiro.

Na substituição tributária antecipada, o legislador atribui para o fabricante ou para o distribuidor de um produto a responsabilidade sobre o pagamento do imposto de todas as operações que ainda não ocorreram. Ou seja, o fabricante ou o distribuidor deverão calcular o valor final do produto para venda ao consumidor e recolher o ICMS sobre a venda para o consumidor final, além, é claro, do imposto sobre as suas próprias operações.

Da mesma forma entende Carrazza (2013), que explicou que na substituição tributária “para frente” parte-se do pressuposto de que o fato imponible (fato gerador “in concreto”) ocorrerá no futuro e que, portanto, se justifica a cobrança antecipada do tributo (ainda mais quando há fundados receios de que o realizador daquele fato futuro praticará evasão fiscal).

Ainda, de acordo com Paulsen (2020):

O legislador pode estabelecer a substituição tributária nas hipóteses em que terceiro, em razão das suas particulares relações com o contribuinte, tenha a possibilidade de colaborar com o Fisco, verificando a ocorrência do fato gerador praticado pelo contribuinte e procedendo ao cálculo e ao recolhimento do tributo com recursos obtidos junto ao contribuinte, mediante exigência ou retenção. Pressupõe, assim, que o substituto efetivamente tenha “capacidade de colaboração”, ou seja, que esteja em situação que o habilite a proceder ao pagamento sem que tenha de suportar pessoalmente o ônus tributário. Isso porque a relação contributiva se dá entre o Fisco e o contribuinte, servindo o substituto como um facilitador do recolhimento do tributo, forte no seu dever

de colaboração. A relação que vincula o substituto ao Fisco não tem natureza contributiva, mas colaborativa. A obrigação de retenção e de recolhimento “caracteriza-se como uma prestação de fazer preordenada ao cumprimento da obrigação tributária”. O substituto só poderá ser chamado a recolher o tributo com recursos próprios quando tenha descumprido suas obrigações de colaboração com o Fisco (retenção e recolhimento), pois tal o coloca na posição de garante pela satisfação do crédito tributário (Paulsen, 2020, p. 235).

Assim, o legislador elege o substituto para verificar a ocorrência do fato gerador ocorrido, efetuar o cálculo dos valores relativos ao critério quantitativo da hipótese de incidência e, principalmente, para efetuar o recolhimento do tributo da substituição tributária.

3.2 O DEVEDOR CONTUMAZ DO ICMS

O devedor contumaz típico do ICMS normalmente declara corretamente as suas operações de vendas e calcula corretamente o imposto devido, sendo a parcela de operações próprias ou aquela referente à substituição tributária.

Fazendo corretamente a declaração e apropriação do imposto, o devedor contumaz tenta se afastar do crime de sonegação fiscal, haja vista que a simples falta de pagamento de obrigações próprias não é configurado como crime na Constituição Federal do Brasil ou na Lei nº 4.729/65, que define o crime de sonegação fiscal.

Conforme o art. 1º da citada Lei nº 4.729/65, constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal (BRASIL, 1965).

De acordo com o exposto, a simples ausência do pagamento do imposto referente às operações próprias, em tese, não é suficiente para caracterizar o crime de sonegação fiscal, desde que o devedor tenha calculado e declarado corretamente o montante do imposto devido, haja vista a ausência de tipo penal específico para a situação.

No entanto, o ICMS traz uma peculiaridade referente ao imposto devido pelas operações onde há substituição tributária para frente (ICMS-ST). Como o substituto tributário é um terceiro que a lei obriga a apurar o montante devido e cumprir a obrigação de pagamento do tributo “em lugar” do contribuinte (Paulsen, 2020), ele o faz com recursos obtidos do próprio

contribuinte ou dele retidos. Assim, essa parcela do tributo é denominada ICMS ST, pois trata da parcela que deveria ser paga pelo contribuinte final do imposto, todavia foi antecipada pelo responsável tributário mediante o instituto da substituição tributária.

A caracterização da parcela de ICMS ST é importante devido ao fato de que o substituto faz a cobrança e retenção da parcela de ICMS que deveria ser pago em momento futuro pelo contribuinte de fato. Após devidamente retido, o valor deverá obrigatoriamente ser recolhido aos cofres públicos, haja vista que se trata de parcela de terceiros, não pertencendo, assim, ao substituto que efetuou a retenção.

Ocorre que há previsão na Lei n. 8.137/90 (que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências), em seu art. 2º, II, que constitui crime deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

De acordo com Paulsen (2020):

Via de regra, a apropriação se dará quando o substituto, ao prestar determinado valor ao contribuinte (pagamento de salário, de remuneração por um serviço, do preço de um produto), proceder à retenção do tributo devido por este último, porque a lei assim lhe determina, mas deixar de cumprir, ato contínuo, a obrigação de repassar tal montante aos cofres públicos. Ou seja, quanto o terceiro retém o montante do tributo do contribuinte e se apropria dos valores em vez de lhe dar a destinação legal.

Também ocorrerá quando a regra matriz de substituição tributária determinar que o substituto exija do contribuinte o montante do tributo para repassar aos cofres públicos, o que costuma ocorrer na substituição tributária para a frente, e o substituto, realizando essa cobrança, deixar, na sequência, de efetuar o devido repasse (Paulsen, 2020, p. 820).

Assim, caso o responsável efetue a retenção do ICMS-ST e não efetue o repasse dos valores para os cofres públicos, poderá ele ser enquadrado no crime de apropriação indébita tributária, previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

4. O DEVEDOR CONTUMAZ E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A busca pela maximização das riquezas da sociedade é influenciada pelas escolhas individuais dos integrantes do grupo, de maneira que cada ação individual na busca da maximização de riquezas interfere nas ações dos demais indivíduos do grupo e acabam impactando nos custos de transações.

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Tendo início nos trabalhos de Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, n. 3 (1960), o movimento se caracterizou pela aplicação dos instrumentos teóricos da teoria microeconômica neoclássica, na explicação de avaliação das instituições em uma realidade jurídica (ALVAREZ, 2006). Sob a ótica da teoria econômica, examinou a distribuição do risco como critério de imputação da responsabilidade que informa o direito de danos. O citado movimento recebeu novo impulso em 1973 com publicação de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, que consolidou o movimento.

De acordo com Alvarez (2006), a proposta de estudo interdisciplinar implica na rejeição da ideia de autonomia da própria ciência jurídica, retomando os postulados do realismo, isto é, a possibilidade do estudo científico da realidade jurídica desde o âmbito das ciências sociais, especificamente através da aplicação da teoria econômica. Traz a perspectiva e a ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico.

Wykrota, Cruz e Oliveira (2018) explicam que a Análise Econômica do Direito - AED está direcionada para a microeconomia neoclássica e não de outras teorias econômicas. Posner tem como premissa estruturante a utilização da Microeconomia. A generalização da proposta de “cavar sob a retórica da regulação legal” pressupõe que muitas doutrinas e instituições jurídicas seriam mais bem compreendidas e explicadas enquanto esforços para promover a alocação eficiente de recursos.

Não obstante, Wykrota, Cruz e Oliveira (2018) discutem que cabe à AED analisar as consequências de certas escolhas e decisões, para dizer se elas são ou não eficientes, do que dizer sobre a real utilidade do acerto ou do erro da escolha de determinados fins.

Destaca-se que a AED analisa os custos de transação, determinando qual o mais eficiente em termos econômicos, todavia não consegue determinar qual o modelo mais adequado ou qual a resposta correta nos casos mais complexos, haja vista que a AED não consegue dizer qual é o interesse público envolvido.

É importante destacar também a colaboração de Ronald Coase para o tema. Coase (2017) defendia que a eficiência decorre da redução dos custos de transação, ou seja: a lei atribui obrigações a partir de causas bi ou plurilaterais que têm natureza recíproca, ensejando no reconhecimento da função do Direito em distribuir as responsabilidades por atos danosos e desta forma, impactando nos custos de transação.

Quando o mercado não consegue, por si só, produzir uma alocação eficiente dos recursos, vemos a ocorrência das falhas de mercado. De acordo com Nicholas Gregory Mankiw (2004), as falhas de mercado podem ser causadas pelo menos por dois fatores: externalidades e concentração de poder econômico, que ocasiona no excesso de poder de mercado.

Por externalidades, compreende-se que são as hipóteses nas quais o exercício da atividade econômica realizada pelos indivíduos ocasiona impactos ou efeitos sobre a coletividade ou sobre os agentes próximos ao evento e que não participam dele diretamente como compradores e vendedores. Essas externalidades levam o mercado a ser ineficiente e, conseqüentemente não consegue maximizar o uso dos recursos e o excedente total.

As externalidades podem ser positivas ou negativas, dependendo do modo pelo qual afeta uma terceira parte. Quando o impacto sobre o agente que não participa do mercado é prejudicial, o efeito é chamado de externalidade negativa. Quando o impacto sobre o agente que não participa do mercado é benéfico, o efeito é chamado de externalidade positiva.

As externalidades negativas determinam que o nível de produção socialmente desejável num mercado seja menor que a quantidade de equilíbrio, ao passo que as externalidades positivas determinam que o nível de produção socialmente desejável seja maior que a quantidade de equilíbrio.

A ocorrência das externalidades, evidencia que o mercado não conseguiu alocar os recursos disponíveis de forma eficiente, o que gera um desbalanceamento na lei da oferta e da demanda e pode causar efeitos adversos para o restante da sociedade.

De acordo com Schoueri (2005):

(...) quando se cogita, por exemplo, do instrumento tributário como meio de internalizar as chamadas 'externalidades', o que faz é transferir ao mercado, por meio do mecanismo de preço, aqueles custos, cabendo aos produtores e consumidores decidir, em última instância, sobre o sucesso ou fracasso de um produto. Do mesmo modo, o incremento da tributação de um produto poderá implicar seu menor consumo, conforme esteja ou não o mercado disposto a assumir tais custos (SCHOUERI, 2005, p. 44).

O estudo das externalidades é importante para o estudo do direito, haja vista que o exercício da atividade econômica realizada pelos indivíduos ocasiona impactos ou efeitos sobre outros indivíduos, levando o Poder Judiciário a prolar decisões que sejam tomadas de forma eficiente não só para o agente, individualmente, como também para a coletividade. Do mesmo modo, deve o Estado atuar para internalizar o objeto negativo da atividade econômica, de forma a evitar lesões para a eficiência coletiva.

A função da intervenção do Estado é a de corrigir falhas de mercado em busca da eficiência econômica e ser justificada em função de uma decisão política de priorização de resultados economicamente eficientes. As falhas de mercado são causadas por imperfeições em virtude da existência de poder econômico dominante, da assimetria de informações entre os agentes econômicos, da existência de bens públicos ou de externalidades.

A existência das falhas de mercado é utilizada para justificar o uso da intervenção do Estado na economia de mercado. Ocorre que o uso das induções econômicas, tais como incentivos fiscais, e da regulação do mercado nem sempre são eficazes no controle das falhas de mercado.

De acordo com Gonçalves e Stelzer (2012):

Em situações que envolvam falhas de mercado, a distribuição ideal de recursos e a alocação eficiente destes restará prejudicada e a consequência é a injustiça em função do desperdício e da escassez fazendo urgir a ação do Estado como reorganizador das relações econômico-sociais através do Direito (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 99).

As induções econômicas podem ser oferecidas por meio de incentivos fiscais, que se manifestam sob a forma de imunidades tributárias, de isenções, de remissões tributárias, de parcelamento de débitos, créditos presumidos, anistia de débitos etc. Tais induções econômicas muitas vezes podem gerar anormalidades no livre mercado, vez que alteram o preço relativo dos bens, provocando externalidades negativas.

4.2 O DEVEDOR CONTUMAZ E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

De acordo com Coase (1937), a tributação pode ser entendida como um custo a ser verificado na utilização dos mecanismos de mercado. As inseguranças decorrentes de um sistema tributário imperfeito e ineficiente implicam em uma maior incerteza na contratação e, portanto, em um custo de transação maior. A natureza da firma deve ser considerada simplesmente como sendo o custo de utilização do mecanismo de mercado. A tributação possui uma influência fundamental na escolha dos arranjos contratuais.

No que tange aos custos de transação, expõe Caliendo (2009, p. 21):

A teoria dos custos de transação tem como pressupostos teóricos a ideia de racionalidade limitada, complexidade e incerteza, oportunismo e especificidade de ativos. A teoria parte do pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, porém não detém todos os elementos para uma decisão racional. Não há como um agente prever todas as contingências futuras decorrentes de um contrato. (CALIENDO, 2009, p. 21).

Partindo do pressuposto de que há a necessidade de o Estado regular o mercado e a economia, devemos observar que esta intervenção deverá ser efetuada de uma forma que cause o mínimo de efeitos negativos para a sociedade, o mínimo de externalidades negativas para as empresas e para os contribuintes.

Ademais, um dos objetivos do estudo da Análise Econômica do Direito (AED) é a busca pela eficiência econômica. Para isso, deve-se considerar a teoria da maximização de riquezas de Posner:

Em síntese, a teoria da justiça “eficientista” de Posner se resume à ideia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade. Esta concepção, diz Posner, “permite uma reconciliação ente a utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que [tradicionalmente] competem entre si (SALAMA, 2012).

Ocorre, todavia, que a busca pela maximização da riqueza da sociedade tem que ser considerada em conjunto com as escolhas racionais dos indivíduos. As escolhas individuais são tomadas de forma a maximizarem os interesses de cada indivíduo e interferem sobremaneira na busca pela maximização da riqueza da sociedade.

Para North (1981), boa parte dos problemas causados pelos comportamentos individuais está no problema do carona (*free rider*), que podem ser caracterizados como aqueles agentes que não pagam pelo consumo de serviço público, ou seja, pegam carona nos benefícios suportados por terceiros.

Os chamados *free riders* adotam o comportamento de utilização de um bem público sem contribuir para a provisão dele, maximizando os seus ganhos individuais e imediatos, deriva do pressuposto de egoísmo do agente, e acabam majorando os custos para ofertar este bem ou serviço, pois os gastos excedentes se transferem para os demais indivíduos, gerando um preço maior a eles, ou mesmo a impossibilidade em fornecê-lo.

De acordo com Schoueri (2005, p. 78), os bens denominados públicos ou coletivos são oferecidos pelo próprio Estado, servindo, então, a norma tributária não no sentido indutor, mas arrecadador, há que possibilitará a toda a sociedade contribuir, na medida da lei, para cobrir os

custos dos bens que a todos aproveitam. Pode-se interpretar o problema dos devedores contumazes como um exemplo de escolha racional em busca da maximização dos benefícios individuais, de forma a obter benefícios em detrimento da coletividade, em detrimento da eficiência. É uma espécie de *free-rider* que se utiliza do sistema legal para obter ganhos individuais.

Os movimentos de regulação dos mercados geralmente impactam negativamente nos custos de transações, pois a lei atribui obrigações a partir de causas bi ou plurilaterais que têm natureza recíproca, impactando na distribuição de responsabilidades pelas transações e nos custos de transação.

Importante destacar também as externalidades envolvidas pelas empresas devedoras contumazes, vez que podem levar o mercado a ser ineficiente e, conseqüentemente, não maximizar o uso dos recursos existentes no sistema tributário.

As externalidades podem ser positivas ou negativas, dependendo do modo pelo qual afeta uma terceira parte. Como externalidades positivas relacionadas no sistema tributário, destaca-se a arrecadação de recursos que são extremamente necessários para o bem-estar da sociedade. É com os recursos advindos dos tributos que o Estado pode promover e as políticas públicas relacionadas à saúde, educação, segurança pública, saneamento, habitação, etc.

De acordo com Nusdeo (2001), toda vez que uma transação resulta não apenas em custos ou benefícios individuais, mas também em custos ou benefícios de terceiros, haverá uma externalidade positiva ou negativa.

Como externalidades negativas, que são aquelas em que o nível de produção socialmente desejável num mercado seja menor que a quantidade de equilíbrio, destaca-se o uso ineficiente dos recursos efetivamente arrecadados, com as constantes perdas para a corrupção e demais desvios de finalidade dos recursos públicos.

A atuação dos devedores contumazes gera várias externalidades negativas, as mais evidentes estão relacionadas à falta de recolhimento dos tributos para os cofres públicos, todavia outras tão relevantes também são geradas, tais como os prejuízos causados ao ambiente concorrencial e ao mercado como um todo. Além disso, não coibir a atuação desses devedores, poderá gerar um efeito perverso para todo o sistema, haja vista que poderá influenciar outros empresários a agirem de forma análoga para poderem continuar competindo no mercado, gerando assim um efeito cascata que prejudicará a todos.

Destaca Schoueri:

As externalidades, tanto a positiva quanto a negativa, escapam do mecanismo de mercado. No caso do poluidor, o fato de ele não suportar os custos indiretos causados permite-lhe praticar preços mais reduzidos, sem afastar sua lucratividade. A externalidade positiva, de igual modo, não reverte em maior renda para quem a gera. Um e outro caso podem contrariar os interesses da coletividade. No caso da externalidade negativa, seu acobertamento por meio do repasse à coletividade implica aumento da atividade indesejada. A externalidade positiva, por outro lado, não recompensando seu gerador, pode não o motivar à prática de interesse coletivo. Surge, assim, a necessidade da intervenção do Estado, para corrigir ambas as distorções. (SCHOUERI, 2005, p. 96).

Coibindo adequadamente a atuação dos devedores contumazes, o governo poderá regular algumas externalidades negativas que a falta de pagamento de tributos acarreta e assim impedindo que a prática preserve a neutralidade do ICMS e mantenha equilibrada a livre concorrência, impedindo que as sociedades empresárias devedoras contumazes do ICMS usufruam de vantagens competitivas relevantes, na medida em que financiam suas atividades empresariais com dinheiro público que seria destinado ao pagamento do ICMS.

Mas será que simplesmente retirar essas empresas do mercado é a melhor alternativa? A retirada sumária de uma empresa do mercado acaba também gerando severas externalidades negativas, vez que uma empresa tem também uma função social. Uma empresa gera diversos empregos diretos e indiretos, além de também colaborar para que o mercado de fornecedores e de revendedores consiga se manter aquecido. Retirar a empresa devedora do mercado acabaria penalizando não só os sócios da empresa, mas todo um conjunto de empresas e pessoas relacionadas, que acabariam tendo a sua fonte de recursos e renda encerrados.

Assunto análogo já foi tratado no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Na oportunidade, foi tratada o embate entre o direito fundamental à livre atividade econômica e o direito à livre-concorrência, assim como o dever fundamental de pagar tributos.

Na oportunidade, foi observado pelo Ministro Lewandowski (BRASIL, 2013) que:

[...] estamos diante de uma macrodelinquência tributária reiterada. São firmas que se dedicam a essa atividade de forma ilícita, na clandestinidade. Quando o Fisco fecha uma dessas empresas, imediatamente outra é reaberta, e assim sucessivamente, sem pagar o IPI, numa concorrência absolutamente predatória. Não estamos diante de uma situação normal em que a empresa que atua licitamente merece toda a proteção constitucional. (BRASIL, 2013)

No mesmo sentido, também foi decidido pelo STF, nos autos do RE 565.048 (BRASIL, 2014), que “somente são admissíveis as medidas extremas se, em ponderação, ficar demonstrado sem dúvida razoável que a intenção da pessoa jurídica é obter sistematicamente vantagens econômicas com a contumaz sonegação”.

Por derradeiro, destaca-se o entendimento de Carvalho (2004):

[...] nos países democráticos de intensa tributação, diversos segmentos da economia também operam do lado ilícito do direito. Contratando funcionários sem registro, vendendo mercadorias ou prestando serviços sem a emissão de notas fiscais, etc. Tal onerosidade fiscal acaba gerando uma resposta não só da economia, como também da moral, com vistas a justificar as condutas dos indivíduos. Destarte, o que era moralmente condenável, como por exemplo a sonegação, pode passar a ser vista como uma conduta correta, oposta à injustiça do sistema tributário (CARVALHO, 2004, p. 67).

Assim, a atuação do Estado é relevante para se coibir o lado ilícito do direito, haja vista que o não pagamento de tributos poderá culminar no entendimento de que condutas moralmente reprováveis poderiam se tornar aceitáveis pela sociedade, sob o argumento de que o excesso de obrigações e a alta carga tributária justificariam a sonegação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contribuinte inadimplente contumaz do ICMS declara as suas operações de vendas e calcula corretamente o imposto devido, separando a parcela de operações próprias da parcela referente à substituição tributária, todavia, de forma consciente e reiterada, não efetua o pagamento do imposto, fato esse que possibilita com que ele obtenha uma vantagem competitiva em relação aos demais concorrentes do mercado e, conseqüentemente, cause prejuízos ao Fisco e à sociedade.

Em que pese haver a correta declaração do imposto devido, o fato do ICMS não ser um imposto cumulativo possibilita ao adquirente das mercadorias o creditamento do imposto destacado na nota fiscal de compra, mesmo não havendo o efetivo recolhimento do imposto pelo vendedor inadimplente.

Assim, o problema extrapola a simples inadimplência, pois o devedor tem em sua estratégia empresarial o não pagamento dos tributos e, para isso, usa de todos os artifícios que têm ao seu alcance para protelar a cobrança e a possível execução judicial.

Nas situações em que a lei impõe a substituição tributária antecipada, o devedor contumaz que atua como fabricante ou distribuidor de mercadorias é responsável pelo pagamento antecipado do imposto das operações posteriores. Ocorre, todavia, que o valor do imposto da substituição tributária é cobrado dos destinatários das mercadorias, mas os valores não são recolhidos aos cofres públicos, fato esse que pode ser caracterizado como apropriação indébita tributária, previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90 (define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

A ação dos devedores contumazes é uma escolha racional em busca da maximização dos benefícios individuais, de forma a obter benefícios em detrimento da coletividade. No entanto, essas escolhas podem levar o mercado a ser ineficiente e, conseqüentemente, não maximizar o uso dos recursos existentes.

Parte dos problemas são causados pelos chamados *free riders*, que adotam o comportamento de utilização dos bens públicos sem a devida contribuição para a provisão dele, pegando carona nos benefícios suportados pela coletividade.

A atuação dos devedores contumazes gera várias externalidades negativas, as mais evidentes estão relacionadas à falta de recolhimento dos tributos para os cofres públicos, todavia outras tão relevantes também são geradas, tais como os prejuízos causados ao ambiente concorrencial e ao mercado como um todo.

Com a falta do recolhimento dos tributos, o Estado deixa de promover adequadamente políticas públicas relacionadas à saúde, educação, segurança pública, saneamento, habitação etc.

Assim, não coibir a atuação dos devedores contumazes poderá gerar um efeito perverso para todo o sistema, influenciando outros empresários a agirem de forma análoga para poderem continuar competindo, gerando desta forma um efeito cascata que prejudicará a todos.

Por outro lado, coibindo adequadamente a atuação dos devedores contumazes, haverá a preservação do princípio da neutralidade da tributação e proporcionará uma melhor eficiência do sistema econômico e tributário e, por conseqüência, manterá o equilíbrio da livre concor-

rência, ao passo que sociedades empresárias deixarão de usufruir de vantagens competitivas relevantes, na medida em que financiam suas atividades com dinheiro público.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 fev. 2022.
- BRASIL. **Lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências (Lei Kandir). Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 9 fev. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965**. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm. Acesso em: 9 fev. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 22 de maio de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569814>. Acesso em: 12 jan. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 565.048/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 de maio de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6911989>. Acesso em: 12 jan. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em Habeas Corpus RHC: 163.334/SC**. Relator: Min. Roberto Barroso, 11 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754370634>. Acesso em: 10 ago. 2022.
- CALIENDO, Paulo Antonio. **Direito Tributário e análise econômica do direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 21.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CARVALHO, Cristiano. **Tributação e Economia** – Uma Introdução à Análise Econômica do Direito Tributário. In: II CONGRESSO IBET. São Paulo: Noeses, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 448.
- COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica, New Series**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 459.
- FIGUEIREDO, L. V. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 65-66.
- GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. Tributação autônoma de operações de renda fixa e operações em Bolsa. **Rev Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 8, p. 162, abr. 1993.
- MANKIWI, Gregory. **Introdução à Economia**. 3. ed. São Paulo: Ed. Thomsom, 2004.

NORTH, Douglass. **Structure and change in economic history**. New York; London: Norton & Company, 1981. p. 45.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 152.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito tributário Completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 16. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 1857.

OLIVEIRA, Sônia dos Santos. **O princípio da Livre Iniciativa**. 2022. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=851>. Acesso em: 3 jan. 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. 2012. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 12 jan. 2022.

SÃO PAULO. **Lei complementar nº 1.320, de 6 de abril de 2018**. Institui o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária - "Nos Conformes", define princípios para o relacionamento entre os contribuintes e o Estado de São Paulo e estabelece regras de conformidade tributária. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2018/lei.complementar-1320-06.04.2018.html>. Acesso em: 2 jan. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 44.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 876.

WYKROTA, Leonardo Martins; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza; OLIVEIRA, André Matos de Almeida. Considerações sobre a AED de Richard Posner, seus Antagonismos e Críticas. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, n. 1, p. 304, 2018.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/02/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/03/2022
- Avaliação 1: 13/03/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 16/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

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

A USUCAPIÃO ENTRE HERDEIROS COMO CONSECTÁRIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE

ADVERSE POSSESSION AMONG HEIRS AS A RESULT OF THE SOCIAL FUNCTION OF POSSESSION AND PROPERTY

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE¹
BRUNA FIGUEIRA MARCHIORI²

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a possibilidade de ocorrência da usucapião entre herdeiros em relação aos bens pertencentes ao acervo hereditário. A análise do presente objeto de pesquisa possui ampla relevância, na medida em que o Código Civil não possui disposição expressa sobre a matéria, ocasionando amplas divergências na literatura jurídica e na jurisprudência. Para atingir o fim proposto, valeu-se de uma abordagem qualiquantitativa, a partir da análise estatística de julgados do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Espírito Santo. A análise dos julgados demonstra que a maior parte entende que é possível a usucapião entre herdeiros, mas que a demonstração de todos os requisitos necessários para a comprovação da prescrição aquisitiva tem sido um desafio nos casos concretos.

Palavras-chave: usucapião; herdeiros; função social da propriedade; Superior Tribunal de Justiça; tribunais de justiça do Sudeste.

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibility of occurrence of adverse possession among heirs in relation to goods belonging to the hereditary collection. The analysis of this research object has wide relevance, since the Civil Code suppressed any express provision on the subject, causing wide divergences in legal literature and case law. To achieve the proposed aim, a qualitative and quantitative approach was used, based on the statistical analysis of judges from the Superior Court of Justice, Court of Justice of São Paulo, Court of Justice of Rio de Janeiro,

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. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>.

2 Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq); Bolsista de Iniciação à Docência da UFES. E-mail: brunafigueiramarchiori@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1869-0567>.

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

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MARCHIORI, Bruna Figueira. A usucapião entre herdeiros como consecutória da função social da posse e da propriedade. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 59-76, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8224>.

Court of Justice of Minas Gerais and Court of Justice of Espírito Santo. The analysis of the judges shows that most of the judges understand the adverse possession among heirs as possible, but that the demonstration of all the necessary requirements for proving the adverse possession has been a challenge in specific cases.

Keywords: *adverse possession; heirs; social function of property; Superior Court of Justice; southeastern courts.*

1. INTRODUÇÃO

Em decorrência da inércia ou negligência de alguns herdeiros na realização da abertura do processo de inventário e partilha — bem como a longa duração na tramitação que esse processo costuma ter até a efetiva realização da partilha —, não raro ingressam nos tribunais demandas declaratórias com o objetivo de reconhecer a ocorrência da usucapião em favor de um herdeiro sobre bem pertencente ao acervo hereditário.

O Código Civil de 1916 previa a possibilidade de ocorrência da usucapião em favor do herdeiro que se encontrasse na posse dos bens do acervo hereditário por lapso temporal de 20 anos. O tema não encontrou previsão análoga no *Codex* de 2002, criando controvérsia na jurisprudência e na literatura jurídica ao longo dos anos posteriores à vigência do atual Código. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº. 1.631.859/SP, adotou posicionamento pela viabilidade de ocorrência de usucapião entre herdeiros.

Diante da posição paradigmática que ocupa o Superior Tribunal de Justiça no ordenamento jurídico brasileiro, a decisão proferida possui relevância na pacificação do entendimento sobre a matéria. Todavia, o julgado não acerrou alguns pontos essenciais para a aplicação da prescrição aquisitiva na prática.

Nesse sentido, esta pesquisa buscou analisar os requisitos para a configuração da usucapião entre herdeiros e a dificuldade para sua caracterização na prática. Ademais, propôs-se a analisar como a possibilidade da usucapião de bens do espólio é um instrumento de realização da função social da propriedade.

A pesquisa verifica se, caso os herdeiros não procedam ao inventário e partilha e permaneçam alheios à posse dos bens do espólio exclusivamente por um deles, é possível existir usucapião entre eles sobre os imóveis do acervo hereditário.

Para atingir o fim proposto, foi realizada uma revisão de literatura e jurisprudência a fim de se verificar o atual estado d'arte sobre a temática em análise, valendo-se do método indutivo para traçar conclusões gerais a partir da observação de fenômenos específicos.

Designadamente em relação à revisão da jurisprudência sobre o tema, foi realizada uma análise estatística de julgados do STJ e dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (TJSP), Rio de Janeiro (TJRJ), Minas Gerais (TJMG) e Espírito Santo (TJES) no lapso temporal de 03 de maio de 2010 a 03 de maio de 2020, para verificar como se posicionam essas cortes em torno da possibilidade da prescrição aquisitiva entre herdeiros, bem como identificar as porcentagens de procedência dessas ações de usucapião.

2. A POSSE AD USUCAPIONEM: SEUS REQUISITOS E SUA RELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A usucapião é uma espécie do gênero prescrição, porém com caráter aquisitivo.

Orlando Gomes (1999, p. 164) classifica os requisitos necessários para a ocorrência da usucapião em três grupos: pessoal; real; e formal.

O requisito pessoal se refere tanto aos sujeitos possuidores de determinada coisa, que intentam adquiri-la por meio da prescrição aquisitiva, quanto aos proprietários que irão perder a coisa por esse mesmo motivo. Nesse sentido, o sujeito que intenta adquirir determinada coisa por meio da usucapião deve possuir capacidade, legitimidade e qualidade que permitam a aquisição da propriedade por esse meio. Exemplificativamente, não preenchem esse requisito – e, portanto, não ocorre a usucapião – os cônjuges, na constância do casamento, já que o art. 1.244 do Código Civil estende ao possuidor a causa do inciso I do art. 198, que impede ou suspende a prescrição. E no que tange ao possuidor que sofre os efeitos da usucapião, deve tão somente ser proprietário de coisa que tenha usucapibilidade.

Em relação ao requisito real, trata-se da exigência de que o direito sobre a coisa a ser usucapida seja prescritível. *A contrario sensu*, cita-se como exemplos de bens imprescritíveis – e, portanto, insuscetíveis de usucapião – a *res extra commercium* e os bens públicos.

O último requisito é o formal, que varia a depender da espécie de usucapião pleiteada. Seja como for, em qualquer modalidade de usucapião serão imprescindíveis os requisitos da posse e do lapso temporal.

Em relação ao requisito da posse, Rubens Limongi França (1964, p. 12-13) diz que pode ser compreendida como um conjunto de atos exercidos por determinado indivíduo ou por seu fâmulos sobre determinada coisa, desde que tais atos não sejam defesos em lei e sejam correspondentes a atos de um proprietário ou de um titular de direito real.

Ainda quanto à posse como *conditio sine quæ non* da usucapibilidade, sói distinguir a posse *ad interdicta* da posse *ad usucapionem*.

A posse *ad interdicta* é aquela passível de proteção por via dos interditos possessórios e não enseja a usucapião. Para que se esteja diante de uma posse *ad interdicta*, a posse deverá ser justa, ou seja, desprovida dos vícios da precariedade, violência ou clandestinidade.

Já a posse *ad usucapionem* tem condão de gerar a aquisição de determinado direito real, desde que preenchidos os requisitos dos arts. 1.238 e 1.242 do Código Civil, que se resumem no exercício de posse contínua, mansa, pacífica e dotada de *animus domini*. (Tais exigências poderão vir acompanhadas por requisitos extras, a depender da espécie de usucapião em análise).

O primeiro requisito da posse *ad usucapionem* é a continuidade da posse, que consiste em verificar, objetivamente, que a posse é exercida durante certo lapso temporal sem interrupção. Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes,

A posse contínua quer dizer aquela que é exercida sem intermitências nem lacunas. O gozo regular da coisa constitui a continuidade da posse. A posse é contínua, ensina Lomonaco, quando os atos dos quais resulta o gozo não apresentam omissões por parte do possuidor; assim, quando este deixa de gozar e depois, decorrido um tempo maior ou menor, retoma o gozo, a posse deve qualificar-se como descontínua. (LOPES, 1996, p. 707-708).

Ademais, a posse deve ser mansa e pacífica, ou seja, não pode ser molestada pelo proprietário em face de quem se deseja usucapir a coisa (PEREIRA, 2004, p. 140). Tal oposição deve ser realizada judicialmente, no desígnio de interferir na continuidade da posse. Nesse sentido, providências de caráter extrajudicial, em regra, não seriam aptas para caracterizar oposição suficiente para impedir a configuração da posse *ad usucapionem* (SILVESTRE, 2019). Segundo Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1986, p. 115), mesmo as oposições judiciais devem ser suficientemente sérias e procedentes para configurar oposição apta a afastar a usucapião.

Por fim, é necessário verificar o *animus domini*. Nos arts. 1.238 a 1.242 do Código Civil, esse requisito se apresenta como a necessidade de que o usucapiente possua o bem como seu. Ou seja, o possuidor deve comportar-se como dono da coisa, exercendo sobre ela os poderes inerentes à propriedade com *animus rem sibi habendi*.

A usucapião se apresenta como ferramenta de realização da função social da propriedade.

Conforme prescreve o § 1º do art. 1.228 do Código Civil, a propriedade deverá ser exercida em atenção à sua função social. Apesar de a definição de função social não ser uniforme na literatura jurídica e na jurisprudência (SILVESTRE, 2020), Thomas Boccon-Gibod (2014), referindo-se às ideias de Léon Duguit, assim a caracteriza:

Le centre de sa réflexion réside dans l'idée que la propriété ne consiste pas dans un droit individuel, mais dans des besoins collectifs. Il ne s'agit pas d'une apologie du collectivisme: Duguit entend simplement dévoiler la dimension intrinsèquement collective de la propriété, laquelle n'est pas, selon lui, un droit individuel «inviolable et sacré» (dans les termes de la Déclaration de 1789), mais au contraire une «fonction sociale» – à l'instar du droit de vote tel qu'il l'avait analysé quelques années plus tôt³. (BOCCON-GIBOD, 2014, p. 287).

Para Teori Albino Zavascki (2002, p. 844), a noção de função social da propriedade na legislação brasileira se refere à utilização de bens de forma a submetê-los a uma destinação de caráter social, por meio de atos concretos advindos dos sujeitos que efetivamente têm a disponibilidade física sobre eles.

Não subsiste espaço no ordenamento jurídico atual para o arbítrio pleno e absoluto do proprietário no exercício de sua propriedade, devendo ser exercida em consonância com a finalidade social (MAZZEI, 2007, p. 145-146). É possível dizer, inclusive, que a função social compõe o conceito moderno de propriedade, atuando como a causa e o fundamento de atribuição dos poderes ao seu titular (TEPEDINO, 2001, p. 281-282). (Aqui nesta pesquisa, a preferência é por dizer “conceito contemporâneo de propriedade”).

Assim, quando o proprietário não atua no sentido de conferir destinação social e econômica à propriedade, revelando-se desinteressado e abandonando-a, e terceiro passa a utilizar

3 Em tradução livre: “O centro desse pensamento está na ideia de que a propriedade não consiste em um direito individual, mas em necessidades coletivas. Este não é uma apologia ao coletivismo: Duguit pretende apenas revelar a dimensão intrinsecamente coletiva da propriedade, que não é, segundo ele, um direito individual ‘inviolável e sagrado’ (nos termos da Declaração de 1789), mas, ao contrário, uma ‘função social’ – de como o direito de voto, como ele havia analisado alguns anos antes”.

a coisa de forma a atribuir utilidade social a ela, durante lapso temporal significativo, a posse exercida por esse terceiro passa a merecer proteção. É nesse sentido que se pode dizer que a usucapião se fundamenta na utilidade social conferida à propriedade e, portanto, na função social da propriedade.

A relação entre usucapião e função social da propriedade é também evidente quando observadas três formulações normativas do Código Civil: o § 4º do art. 1.228 e os parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242. Nessas hipóteses, a prescrição aquisitiva pode ocorrer de forma mais célere quando presentes determinadas atividades socialmente relevantes e, portanto, valorizadas pelo legislador (MONTEIRO FILHO, 2007, p. 151-152).

Dentre os efeitos teóricos e práticos da função social da propriedade, há um que precisa ser destacado, pois interfere significativamente na usucapião: é o surgimento de uma nova classificação da posse, com os seguintes tipos:

- Posse *pro labore*: é a fundamentada no trabalho do possuidor que dá à coisa destinação econômica de caráter relevante;
- Posse *pro misero*: é a posse de caráter social de pessoas de baixa renda que ocupam imóveis de pequeno valor para fins de moradia;
- Posse *pro morada*: aquela de pessoas que dão destinação habitacional a um imóvel, em caso de vulnerabilidade social e econômica; e
- Posse legitimada: aquela do programa de regularização de terrenos urbanos e destinada a legitimar a posse dos ocupantes; com isso, é possível receber benefícios sociais (como no Programa Minha Casa Minha Vida). (PENTEADO, 2014, p. 590) .

Essa classificação se relaciona com os diversos aspectos da função social e proporciona uma mudança do prazo para a usucapião, além de proporcionar ao possuidor receber benefícios do poder público (HERKENHOFF; LIMA NETO; SILVESTRE, 2020, p. 62).

É importante destacar que não é a negligência *per se* do proprietário o fundamento da usucapião; o que fundamenta a prescrição aquisitiva é a função social conferida à coisa. A negligência do proprietário atua no sentido de valorizar a posse qualificada exercida pelo terceiro de forma a conferir função socioeconômica, colocando essa posse sob um prisma mais favorável (GONÇALVES, 1952, p. 207-208).

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO FUNDAMENTO PARA A USUCAPIÃO ENTRE HERDEIROS

A possibilidade de usucapião entre herdeiros é mais perceptível quando o instituto da herança é observado na perspectiva da função social da posse e da propriedade, pois o direito de herança é um desdobramento natural do direito à propriedade privada, na medida em que a sucessão é um projeto social que permite e garante a continuidade da propriedade (CORTIANO JUNIOR; ROBL FILHO, 2008, p. 651).

A inexistência de referência legislativa expressa quanto à função social no direito de sucessão não significa a inaplicabilidade da *regulæ juris* no regime jurídico sucessório.

Nesse sentido, também no âmbito do direito de herança subsiste a necessidade de se considerar prioritário o interesse social (BORGES; DANTAS, 2017, p. 77).

A partir da *saisine*, os herdeiros adquirem, *ipso jure*, a propriedade e a posse imediata dos bens do acervo hereditário. Malgrado essa posse seja definitiva, a partir desse momento os herdeiros devem realizar providências para a aquisição da posse direta dos bens presentes na herança, a partir, por exemplo, da abertura do processo de inventário.

Ocorre que não é incomum se deparar com situações fáticas em que os herdeiros permanecem inertes em relação ao exercício pleno da posse, permanecendo apenas um dos herdeiros no uso e no gozo imediatos da coisa; e é esse herdeiro que, exercendo a posse de forma exclusiva, confere a ela destinação social.

Nesse cenário, se presentes todos os elementos necessários à ocorrência da usucapião, deve ser conferido o título de propriedade ao herdeiro que assumiu a propriedade deixada pelo *de cuius* de forma a garantir-lhe função social, servindo a perda dos quinhões hereditários dos demais herdeiros como penalidade pelo desinteresse em conferir à propriedade a sua finalidade socioeconômica (OLIVEIRA, 2019, p. 95). Nesse sentido, escrevem Cesar Calo Peghini e Sandra Oshiro de Moura:

Quando se fala em desídia do proprietário, fala-se em supressão do direito de retomar a posse diante de sua inércia (*supressio*), favorecendo o possuidor (*surrectio*) que dá utilidade ao bem e cumpre a função social. Desta forma, a função social justifica a *surrectio* do possuidor em detrimento da *supressio* do proprietário desidioso. (PEGHINI; MOURA, 2015, p. 23).

A viabilidade da usucapião entre herdeiros se revela, dessa forma, como maneira de garantir a utilização da propriedade de forma alinhada às finalidades e aos objetivos sociais, lógica que se encontra em plena consonância com as *regulis juris* do Direito das Coisas e do Direito das Sucessões.

4. A POLÊMICA DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE POSSE AD USUCAPIONEM SOBRE BENS DO ACERVO HEREDITÁRIO

É possível elencar quatro principais hipóteses (sem prejuízo de outras) em que ocorre a usucapião entre herdeiros:

1. diante da inocorrência da partilha, um ou alguns herdeiros intentam usucapir todo o bem pertencente ao acervo hereditário;
2. diante da inocorrência da partilha, um ou alguns herdeiros intentam usucapir fração ideal ou quota-parte do bem pertencente ao acervo hereditário;
3. tendo ocorrido a partilha, um dos herdeiros passa a ocupar a sua quota-parte e as quotas-partes dos demais herdeiros em relação a determinado bem, alegando posse exclusiva do todo; e
4. usucapião com a finalidade de regularização registral de imóvel.

Da análise dessas hipóteses, é possível perceber que nem todas se referem à usucapião do acervo hereditário como instrumento de realização da função social da propriedade, ou seja, nem todas se adequam ao objeto de pesquisa. Portanto, foi necessário e útil restringir a presente pesquisa apenas à primeira hipótese elencada, qual seja, diante da inocorrência da partilha, um ou alguns herdeiros intentam usucapir bem pertencente ao acervo hereditário. Nesta situação hipotética, o herdeiro possuidor *ad usucapionem* pretende usucapir o bem todo.

Em outras palavras, a pesquisa busca verificar se, ante à postura de certos herdeiros de não procederem ao inventário e partilha e permanecerem alheios à posse dos bens do espólio exclusivamente por um deles, é possível existir usucapião entre herdeiros sobre os imóveis do acervo hereditário.

No Código Civil de 1916, o § 2º do art. 1.772 previa que a partilha poderia ser obstada se um herdeiro estivesse na posse dos bens do espólio por 20 anos, computados a partir do falecimento do *de cuius*. Existia, assim, expressamente, a possibilidade de prescrição aquisitiva em favor do herdeiro que se encontrasse na posse dos bens do acervo hereditário por um lapso temporal:

Art. 1.772. O herdeiro pode requerer a partilha, embora lhe seja defeso pelo testador.

[...].

§ 2º Não obsta à partilha o estar um ou mais herdeiros na posse de certos bens do espólio, salvo se da morte do proprietário houver decorrido 20 (vinte) anos. (BRASIL, 1916).

Todavia, para que se materializasse a prescrição aquisitiva para o herdeiro, era necessária a identificação de todos os requisitos da usucapião. E a posse do herdeiro deveria ser exercida com *animus domini* e em exclusão dos demais coerdeiros (FREIRE, 1958).

Tal formulação normativa não foi repetida no Código Civil de 2002. Por isso, diante da lacuna, a literatura jurídica e os tribunais têm divergido acerca da possibilidade de usucapião entre herdeiros, pois existe o entendimento de que normas superiores (“princípios”) preencheriam tal lacuna, permitindo a usucapião no caso de posse exclusiva de um dos herdeiros e de inércia dos demais.

É bom destacar como premissa que, conforme o art. 1.784 do Código Civil, a herança possui como *dies a quo* o último expiro do *de cuius*. Trata-se da *saisine*, segundo a qual, com a abertura da sucessão, o herdeiro é investido no domínio e na posse dos bens do acervo hereditário, de forma instantânea e independente de qualquer formalidade.

A herança perdurará até o momento de realização da partilha. Nesse interregno, preceitua o *caput* do art. 1.791 do Código Civil que a herança possuirá caráter de um todo unitário. E o parágrafo único do art. 1.791 prescreve que até a realização da partilha, o direito dos coerdeiros será indivisível e será regulado pelas normas relativas ao condomínio quanto à propriedade e à posse dos bens hereditários. Assim, até a partilha, os herdeiros são, tão somente, coproprietários de partes ideais do acervo hereditário.

A análise isolada do art. 1.791 do Código Civil pode levar à conclusão de que seria impossível a usucapião entre herdeiros de bens do acervo hereditário, tendo em vista que, diante do estabelecimento de uma comosse entre os coerdeiros, todos eles exerceriam sobre o todo, de forma

integral, os direitos de uso, de fruição, de disposição e de reivindicação, inexistindo, inclusive, interesse processual no pleito (CUNHA; GUERRA, 2018, p. 683). Exemplificativamente, tem-se o seguinte julgado em Apelação Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG):

PROCESSUAL CIVIL – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – SUCESSÃO HEREDITÁRIA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – CARÊNCIA DE AÇÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. Com a abertura da sucessão estabelece-se uma comosse, com investidura dos herdeiros na posse e no domínio de todo o imóvel, conforme estatuído no art. 1.784 do CC, sendo certo que o meio hábil à sua extinção e à titularização do domínio se corporifica no processamento do inventário do bem e da partilha aos herdeiros. Nesse passo a ação de usucapião não traduz meio adequado para a partilha e reconhecimento do domínio de bem adquirido por força de transmissão causa mortis, a ensejar a carência de ação e a declaração de extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC. Confirmar a decisão. (BRASIL, 2012).

Todavia, há quem tem lançado um entendimento diverso daquele expresso no julgado da apelação. Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo (2008, p. 39), na hipótese de um dos compossuidores exercer posse com exclusividade em relação ao bem, e os demais permanecerem inertes durante o prazo legal necessário à prescrição aquisitiva, poderá o possuidor usucapir a coisa. Deverá, para tanto, comprovar a individualização da coisa possuída e a ocorrência de convincente falta de oposição frente aos demais herdeiros.

Também nesse sentido, Benedito Silvério Ribeiro (2008, p. 265) afirma ser possível que ocorra a usucapião de um herdeiro contra os demais coerdeiros quando ele exercer posse exclusiva do bem e em exclusão dos demais, devendo manifestar a intenção de possuir a coisa para si. Para tanto, devem estar presentes todos os requisitos necessários para a ocorrência da usucapião.

Em sentido análogo se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº. 1.631.859/SP:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. HERDEIRA. IMÓVEL OBJETO DE HERANÇA. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO POR CONDÔMINO SE HOVER POSSE EXCLUSIVA. [...] 2. O propósito recursal é definir acerca da possibilidade de usucapião de imóvel objeto de herança, ocupado exclusivamente por um dos herdeiros. [...] 4. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC/02). 5. A partir dessa transmissão, cria-se um condomínio *pro indiviso* sobre o acervo hereditário, regendo-se o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, pelas normas relativas ao condomínio, como mesmo disposto no art. 1.791, parágrafo único, do CC/02. 6. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo *animus domini* pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários. 7. Sob essa ótica, tem-se, assim, que é possível à recorrente pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão – o outro herdeiro/condômino –, desde que, obviamente, observados os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, previstos no art. 1.238 do CC/02, quais sejam, lapso temporal de 15 (quinze) anos cumulado com a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição do bem.

8. A presente ação de usucapião ajuizada pela recorrente não deveria ter sido extinta, sem resolução do mérito, devendo os autos retornar à origem a fim de que a esta seja conferida a necessária dilação probatória para a comprovação da exclusividade de sua posse, bem como dos demais requisitos da usucapião extraordinária. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (BRASIL, 2018).

No caso em questão, a recorrente ajuizou ação de usucapião extraordinária em face do imóvel que era de propriedade de sua mãe e que, com seu óbito, foi transmitido pela *saisine* a ela e a seu irmão, que é o recorrido. Alega que reside no imóvel há mais de trinta anos, desde a época em que sua mãe ainda era viva, e que seu irmão jamais se opôs à sua posse exclusiva. No primeiro grau, o processo foi extinto sem resolução de mérito sob a justificativa de impossibilidade jurídica do pedido. Em segunda instância, o Tribunal negou provimento à apelação interposta pela recorrente com base em argumentos semelhantes.

No acórdão, a instância especial determinou o retorno dos autos à origem para que fosse realizada a instrução probatória (visto que a ação foi extinta prematuramente), mas ratificou abstratamente a possibilidade de ocorrência de usucapião entre herdeiros de bens do acervo hereditário, desde que respeitados os requisitos para ocorrência da usucapião extraordinária e desde que seja verificável a existência de posse exclusiva da coisa sem qualquer oposição dos demais proprietários e com *animus domini*. Defendendo o mesmo entendimento acerca da usucapião entre herdeiros no recorte da presente pesquisa, foi encontrada mais uma manifestação do Superior Tribunal de Justiça dentro do lapso temporal de 03/05/2010 a 03/05/2020, no REsp. nº. 668.131/PR.

Observe que no REsp. nº. 1.631.859/SP, o Superior Tribunal de Justiça entende que condôminos, em geral, são plenamente legítimos para usucapir em nome próprio em face dos demais condôminos, desde que comprovado o exercício da posse exclusiva com efetivo *animus domini* pelo prazo determinado em lei e sem a oposição dos demais proprietários.

Segundo Francisco Eduardo Loureiro (2010, p. 1.213), o entendimento dos tribunais sobre a matéria é de que, em se tratando de condomínio *pro indiviso*, é cabível a usucapião entre condôminos se restar comprovada a posse exclusiva de um condômino em relação à totalidade da coisa comum. Nessa hipótese, a posse deverá ser amplamente manifesta aos demais condôminos e inequívoca pelo tempo necessário à aquisição do domínio. Ademais, o condômino usucapiente deve externalizar que não admite a concorrência de direitos sobre a coisa comum a ser usucapida.

No recurso especial, o STJ mostrou ser necessário analisar cada um dos requisitos indispensáveis à procedência da usucapião entre herdeiros e identificar como comprovar a existência de tais elementos na prática. Aduz o julgado a necessidade de se comprovar os requisitos da usucapião extraordinária. Para além dos requisitos gerais da posse *ad usucapionem*, nessa modalidade de usucapião a posse deverá ser exercida por um lapso temporal de 15 anos. Além disso, a posse deve ser exercida sem oposição, que pode ser verificável, por exemplo, pela ausência de abertura de inventário ou de pagamento dos tributos pelos demais herdeiros, conforme ficou consignado, inclusive, na Apelação Cível nº. 0013911-14.2012.8.26.0405, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

Ressalte-se que, para estar manifesto o requisito da inexistência da oposição, os demais herdeiros devem tão somente permanecer em posição omissiva em relação ao bem e à sua

posse, sendo desnecessária a manifestação desse desinteresse por escrito ou via renúncia de direitos (RIBEIRO, 2008, p. 268).

É necessária a comprovação do *animus domini* e da posse exclusiva do herdeiro possuidor. São requisitos que podem enfrentar possíveis problemas para a comprovação na prática. Os tribunais decidem pela improcedência de ações dessa natureza ante a ausência de comprovação clara e inequívoca do *animus domini* (RIBEIRO, 2008, p. 268).

O art. 1.199 do Código Civil prescreve que “se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”. Por isso, diante da impossibilidade jurídica de um dos compossuidores excluir a posse dos demais, Caio Mário da Silva Pereira concorda com a tese de que a condição de condômino exclui a posse com *animus domini*, requerida para que haja a prescrição aquisitiva de bem do acervo hereditário por um dos herdeiros (PEREIRA, 2004, p. 109).

Divalnir José da Costa pensa de modo diverso. Veja:

A questão não seria não ser lícito a um excluir da posse os demais, mas sim o fato de um condômino descumprir a norma e excluir de fato os demais da posse, como acontece. Nem o condomínio exclui por natureza a posse com ânimo ou pretensão de dono, fenômeno subjetivo que pode ocorrer até por inversão do título nas posses contratuais. (COSTA, 1999, p. 330).

É possível, outrossim, aplicar a *interversio possessionis* (interversão do caráter da posse) como forma de viabilizar a ocorrência da usucapião entre condôminos (art. 1.203 do Código Civil): o possuidor se apropria da coisa ao transmutar a forma como age em relação a ela, a partir de circunstâncias valoradas e referenciadas socialmente (MOTA; TORRES, 2013, p. 15-74).

Miguel Maria de Serpa Lopes (1996, p. 695) também entende de modo semelhante: “para se tornar possível a um condômino usucapir contra os demais, seria necessário de sua parte um comportamento de proprietário exclusivo, ou a inversão de sua posse e esta abrangendo o todo e não apenas uma parte”.

Pois bem. Diante de uma situação comum de copropriedade resultante da *saisine*, o herdeiro não pode usucapir o bem comum, em consonância ao art. 1.791 do Código Civil. Contudo, caso um dos herdeiros exclua de fato a posse dos demais condôminos e passe a exercer posse exclusiva sobre a coisa, surge a possibilidade de usucapião entre herdeiros.

Francisco de Paula Lacerda de Almeida (1887, p. 50) possuía entendimento semelhante sobre o assunto ainda no século XIX, ao afirmar que, em regra, os atos realizados por condôminos deveriam ser presumidos em face de todos, mas que essa presunção poderia ser afastada se restasse comprovado o caráter *pro suo* da posse exercida pelo condômino.

Importante destacar que, diante da presunção da existência do condomínio em nosso ordenamento jurídico, a prova de que ele cessou de fato deve ser incontroversa. Nesse sentido, não é suficiente a alegação de simples residência no imóvel.

Outra questão que surge dessa necessidade de comprovação da posse exclusiva com *animus domini* é a identificação do termo *a quo*, para contagem do prazo para prescrição aquisitiva. Para Benedito Silvério Ribeiro (2008, p. 268), o prazo começa a fluir com a abertura da sucessão e a ocorrência da *saisine*.

Ademais, ressalte-se que não é possível a soma da posse do antecessor (*sucessio possessionis*) para fins de usucapião entre herdeiros, na medida em que a posse comum aproveita a todos os herdeiros, não podendo servir de benefício somente ao herdeiro usucapiente (GUEDES, 2001, p. 120).

Acerca das modalidades de usucapião cabíveis, não existe nenhum empecilho para a ocorrência de outras modalidades além da extraordinária, como a usucapião especial urbana e a usucapião especial rural, bem como se mostra possível a redução do prazo de 15 anos para 10 anos na usucapião extraordinária por posse-trabalho, prevista no parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil.

Em relação à usucapião ordinária, ela se mostra mais difícil no contexto deste objeto de pesquisa. Explica-se: no caso de cessão de direitos hereditários para herdeiro como justo título para fins de usucapião, caso um dos herdeiros se tornasse cessionário de todos os direitos hereditários, ele já se tornaria dono do todo e a única motivação possível para usucapir seria a regularização registral, o que foge do objeto de pesquisa aqui delimitado. (Mas, nesse sentido, veja a Apelação Cível nº 0000113-70.2014.4.8.26.0128, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Isso sem mencionar os problemas existentes em torno da usucapião para fins de regulação registral e a proibição legal de cessão de bem determinado.

Conforme Jesús Manuel Bautista Alderete (2016, p. 122), apesar da imprescritibilidade de bens comuns entre coproprietários ser uma regra herdada do Direito Romano e que influenciou direta ou indiretamente várias ordens jurídicas pertencentes ao sistema romano-germânico, observa-se que apenas alguns ordenamentos jurídicos possuem regras expressas no sentido de não permitir a usucapião entre coproprietários. Outros países deixaram ao encargo da literatura jurídica e dos tribunais uma definição sobre esse tema.

A título de exemplo, no ordenamento jurídico peruano, o art. 985 do Código Civil é peremptório em declarar: “La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes”. Sobre o tema, Lucrecia Maisch von Humboldt (1985, p. 95) afirma que, malgrado seja possível existirem situações em que apenas um dos coproprietários exerça posse direta do bem, no Direito peruano esta posse sempre ocorrerá em nome dos demais coproprietários, não sendo possível imaginar hipótese de posse exclusiva de apenas um deles.

Na Espanha, parcela majoritária da literatura jurídica se posiciona favoravelmente à usucapião entre herdeiros, sendo necessária para tanto a intervenção do caráter da posse de um dos coproprietários e a configuração da posse exclusiva (BAUTISTA-ALDERETE, 2016, p. 125).

Na Itália, a Corte de Cassação se manifestou na decisão 966, de 16 de janeiro de 2019, no sentido de ser plenamente viável a usucapião entre coerdeiros no sistema jurídico italiano. Na decisão, a corte destaca que a usucapião entre herdeiros é possível, desde que seja claramente comprovada no caso em concreto a posse exclusiva do herdeiro que intente usucapir. O entendimento encapado nessa decisão se mostra alinhado com a opinião de autores italianos como Maurizio de Giorgi (2012, p. 46), que afirma que o coerdeiro pode usucapir os bens hereditários sem ter que realizar um ato de reversão da posse, sendo suficiente, para esse fim, que ele ponha em prática atos de posse exclusiva sobre a coisa comum.

5. ANÁLISE QUALIQUANTITATIVA DE JULGADOS ACERCA DO TEMA DA USUCAPIÃO ENTRE HERDEIROS

A fim de identificar como os Tribunais da Região Sudeste do Brasil e o Superior Tribunal de Justiça têm se manifestado acerca da usucapião entre herdeiros, foi realizada uma pesquisa de julgados nos endereços eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e do Espírito Santo no lapso temporal de 03/05/2010 a 03/05/2020 por meio do termo lógico de pesquisa “*usucapião e (‘herdeiro’ ou ‘herdeira’ ou ‘herdeiros’ ou ‘herança’)*”. Também foi realizada a pesquisa no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, valendo-se do mesmo termo lógico de pesquisa, porém sem delimitação do lapso temporal, na medida em que o site não permite uma análise de espaços temporais superiores a um ano. Foram selecionados apenas acórdãos. Na pesquisa foram encontrados :

Tribunal	Acórdãos
STJ	41
TJRJ	164
TJMG	307
TJES	62
TJSP	3.755

Em relação aos resultados encontrados a partir da busca inicial, era necessário realizar uma primeira filtragem de acordo com a pertinência temática. O objetivo era selecionar todos os julgados que tivessem relação com a hipótese-objeto, qual seja: “*Diante da inocorrência da partilha, um ou alguns herdeiros intentam usucapir bem pertencente ao acervo hereditário. Pretende-se usucapir o bem todo*”.

Assim, foram analisadas todas as ementas dos acórdãos do STJ, TJRJ, TJMG e TJES. Em relação aos julgados do TJSP, foi necessário realizar uma análise amostral em decorrência da quantidade de resultados obtidos pela busca inicial. Assim, foram analisadas as ementas dos primeiros 680 acórdãos, ordenados pela ferramenta de busca a partir do critério “*relevância*”. De acordo com um referencial metodológico e técnico-científico proposto por Wilton Bussab e Pedro Morettin (2010, p. 288), aqui aplicado, a quantidade de 680 é mais que suficiente para realizar uma análise estatística com confiabilidade superior a 95% e com margem de erro inferior a 5% (seriam necessários 349 acórdãos para garantir esses níveis mínimos de confiabilidade e erro). Essa primeira fase de filtragem pode ser assim esquematizada :

Tribunal	Ementas analisadas	Ementas selecionadas	Ementas excluídas
STJ	41	8	33
TJRJ	164	13	151
TJMG	307	130	177
TJES	62	8	54
TJSP	680	189	491

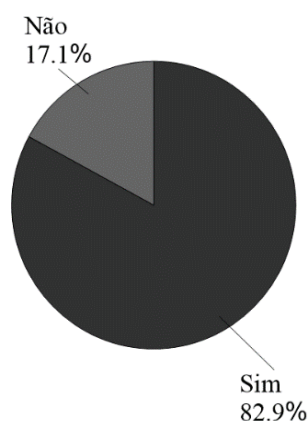
Em relação aos julgados selecionados de acordo com a análise das ementas, foi realizada uma segunda análise de pertinência temática. Assim, foram analisados os inteiros teores desses acórdãos, para confirmar quais permaneceriam possuindo pertinência em relação ao objeto da pesquisa após uma análise mais detalhada. Essa fase pode ser assim sistematizada :

Tribunal	Acórdãos analisados	Acórdãos selecionados	Acórdãos excluídos
STJ	8	2	6
TJRJ	13	5	8
TJMG	130	42	88
TJES	8	4	4
TJSP	189	64	125
Total	348	117	231

Os 117 acórdãos selecionados após a leitura e a análise do inteiro teor de suas ementas foram submetidos a análises quali-quantitativas. O primeiro ponto verificado foi como os tribunais analisados têm se posicionado em relação à usucapião entre herdeiros. Essa primeira análise foi abstrata, ou seja, identificou, a partir da *ratio decidendi*, se os julgadores entendem ou não como possível a prescrição aquisitiva, sem analisar os elementos do caso concreto ou a procedência ou não da ação. Essa análise pode ser representada pelo seguinte gráfico:

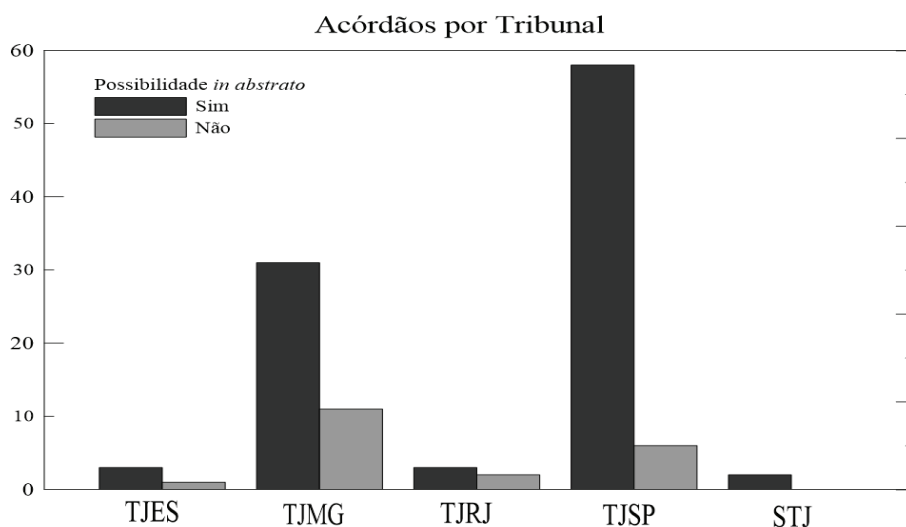
Gráfico 1 – Possibilidade abstrata de usucapião entre herdeiros.

Possibilidade *in abstracto* da usucapião entre herdeiros



Observa-se que 82,9% dos 117 julgados analisados (a maioria) entende que, em abstrato, a usucapião entre herdeiros seria juridicamente possível. Por sua vez, 17,1% entendem que a prescrição aquisitiva entre herdeiros não é uma modalidade viável, independentemente do caso concreto. Numa comparação entre tribunais, esses mesmos dados podem ser assim representados:

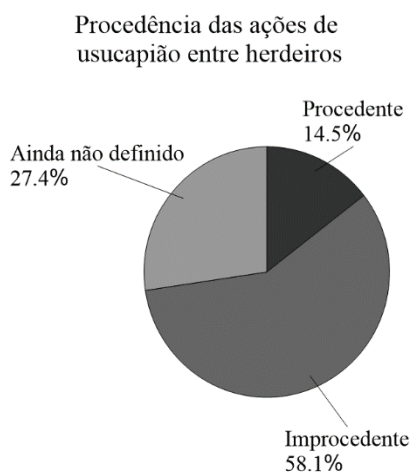
Gráfico 2 – Possibilidade da usucapião entre herdeiros em cada Tribunal .



É possível identificar que em todos os tribunais analisados, a maior parte dos acórdãos entende como possível a usucapião entre herdeiros.

Para além da análise abstrata dessa viabilidade, foi necessário verificar se, concretamente, as demandas em relação a esse tipo de usucapião têm sido procedentes ou improcedentes nos tribunais. Pela análise empregada, três categorias de respostas seriam possíveis: 1) procedente; 2) improcedente; e 3) ainda não definido. Nesta última categoria, enquadram-se os julgados em que o processo foi extinto muito prematuramente, inviabilizando a produção de provas pelas partes. Assim, os acórdãos determinam o retorno dos autos à instância inferior, a fim de oportunizar a devida produção probatória. Essa análise está representada no Gráfico 3:

Gráfico 3 – Procedência das ações de usucapião entre herdeiros.

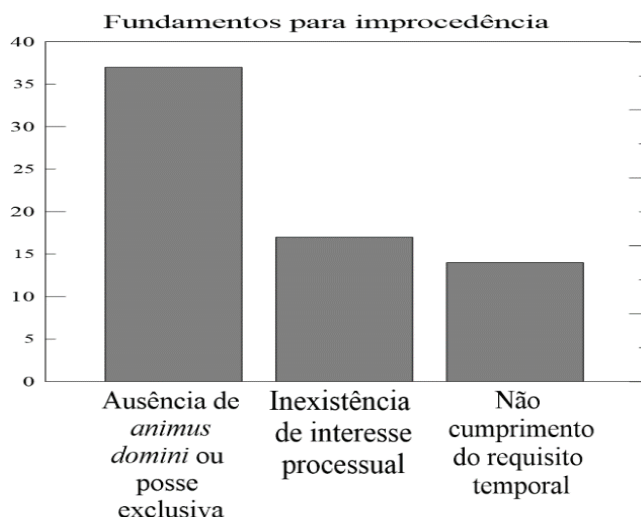


Comparando os Gráficos 1 e 3, observa-se que, apesar dos tribunais entenderem como possível a prescrição aquisitiva de bens do acervo hereditário por herdeiros, a maior parte das demandas nesse sentido foram julgadas improcedentes. Por isso, foi necessário identificar quais foram os motivos pelos quais os 58,1% dos acórdãos foram improcedentes.

As razões de improcedência das ações de usucapião se dividem em dois grupos: 1) a falta de interesse processual na usucapião entre herdeiros; e 2) a não verificação de algum requisito

necessário para a declaração da usucapião. Neste segundo grupo, foram identificadas duas espécies de requisitos que não se mostraram presentes nos casos concretos: a inexistência de *animus domini* ou de posse exclusiva e o não preenchimento do requisito temporal. Essas razões são assim apresentadas:

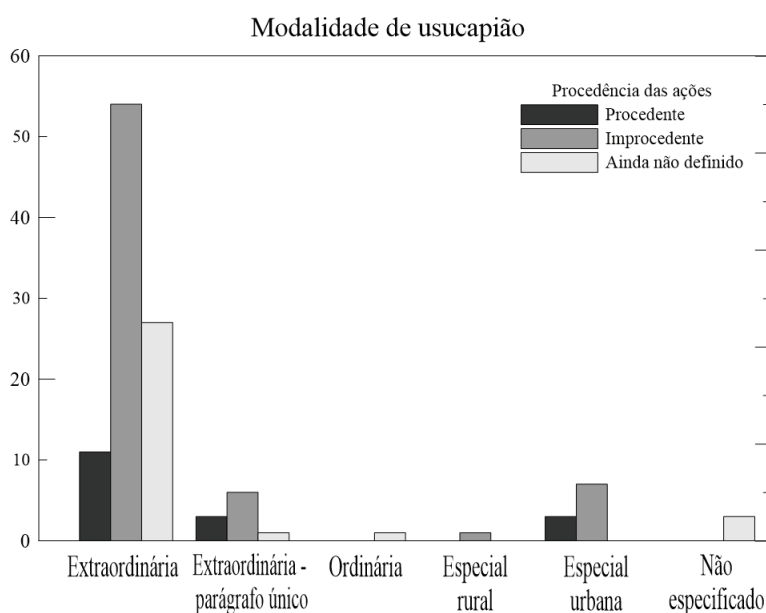
Gráfico 4 – Motivos pelos quais algumas demandas declaratórias de usucapião foram julgadas improcedentes.



O Gráfico 4 demonstra que a maior parte das ações julgadas improcedentes falharam na demonstração dos requisitos do *animus domini* ou da posse exclusiva, essenciais para a prescrição aquisitiva entre herdeiros.

Também se mostrou relevante identificar quais foram as modalidades das ações de usucapião nos 117 acórdãos analisados bem como identificar os índices de procedência em cada uma dessas modalidades. Essa análise é assim representada:

Gráfico 5 – Distribuição dos julgados por modalidade de usucapião e os índices de procedência em cada modalidade .



No Gráfico 5, verifica-se que a maior parte dos julgados se referia a ações de usucapião em sua modalidade extraordinária, tendo sido a maioria das ações julgadas como improcedentes pelos tribunais. Também a maioria das ações de usucapião extraordinária por posse-trabalho e usucapião especial urbana também foram julgadas improcedentes.

Apenas uma ação foi ajuizada na modalidade especial rural, a qual foi julgada improcedente pela ausência de comprovação dos requisitos necessários para a declaração da prescrição aquisitiva. Um outro julgado se referia a uma ação de usucapião ordinária, cuja procedência ficou condicionada à necessidade de maior dilação probatória na instância inferior.

6. CONCLUSÃO

A maior parte dos acórdãos nos tribunais analisados entende como possível a ocorrência da usucapião entre herdeiros no que se refere aos bens que compõem o acervo hereditário.

Contudo, um porcentual pequeno das ações foi procedente. Isso se dá, principalmente, pela dificuldade de caracterizar, no caso concreto, os requisitos necessários para a declaração da usucapião, principalmente o *animus domini* e a posse exclusiva do herdeiro se dizente usucapiente.

Por esse motivo, esta pesquisa tratou com mais atenção das controvérsias relacionadas à caracterização dos requisitos. Nesse sentido, foi possível observar a aplicação do instituto da interservação do caráter da posse como forma de se verificar o surgimento de posse dotada de efetivo *animus domini* de determinado herdeiro em relação aos bens da herança.

O fortalecimento da jurisprudência dos tribunais em torno da viabilidade da usucapião entre herdeiros em relação aos bens do acervo hereditário é resultado do interesse em favorecer o possuidor que busca cumprir a finalidade socioeconômica da propriedade privada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Terras indivisas**: ensaio theorico e pratico sobre o estado de indivisão de terras. Pelotas: Carlos Pinto & Cia, 1887.

BAUTISTA-ALDERETE, Jesús Manuel. Copropiedad y usucapión: ¿Los copropietarios pueden adquirir por prescripción adquisitiva los bienes comunes? **Advocatus**, n. 33, p. 117-130, 2016.

BOCCON-GIBOD, Thomas. Duguit, et après? Droit, propriété et rapports sociaux. **Revue internationale de droit économique**, v. 28, n. 3, p. 285-300, 2014.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 11, n. 1, p. 73-91, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.631.859/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 22 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (11. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0672.99.000816-7/001**. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, 7 de novembro de 2012.

BUSSAB, Wilton O.; MORETTIN, Pedro A. **Estatística básica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CORTIANO JUNIOR, Eroulths; ROBL FILHO, Ilton Norberto. O ensino do direito civil: breve ensaio sobre o ensino do direito das sucessões. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- COSTA, Dilvanir José da. Usucapião: doutrina e jurisprudência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano XXXVI, n. 143, p. 321-334, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/524/r14325.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 20 out. 2019.
- CUNHA, Fernando Antonio Maia da; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Usucapião de coisa própria: pode o proprietário usucapir bem que lhe pertence? In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (org.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018.
- DE GIORGI, Maurizio. **L'usucapione. Aspetti sostanziali e profili processuali controversi**. Milano: Giuffrè, 2012.
- FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. **Revista de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, p. 113-122, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/6075/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 out. 2019.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **A posse no Código Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1964.
- FREIRE, Aderbal. Natureza da prescrição da ação "familiae erciscundae" (Interpretação do art. 1.772, § 2º, do Código Civil). **Revista da Faculdade de Direito**, v. 12, n. 1, p. 146-169, 1958.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- GUEDES, Jefferson Carús. A exceção de usucapião: ações em que é admitida e os efeitos do acolhimento. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 55-56, p. 107-136, 2001.
- HERKENHOFF, Henrique Geaquinto; LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **Primeiras Linhas de Direito das Coisas**: aspectos processuais e materiais. Vitória: [s. n.], 2020.
- HUMBOLDT, Lucrecia Maisch von. El derecho del copropietario a usar el bien común: tres soluciones diversas y discrepantes en el Código Civil de 1984. **Ius et Praxis**, n. 5, p. 91-96, 1985.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. **O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 6.
- MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. Função social, propriedade e as modalidades sociais da usucapião. **Revista Autônoma de Direito Privado**, n. 2, p. 151-152, 2007.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. A detenção no direito civil brasileiro. In: CAHALI, Yusseff Said (coord.). **Posse e Propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A função social da posse no Código Civil. **Revista de Direito da Cidade**, v. 2, n. 1, p. 15-74, 2013.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Usucapião (comum ou especial)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986.
- OLIVEIRA, Márcio Berto Alexandrino de. A usucapião entre herdeiros e o direito de herança. **Revista de Direito Privado**, v. 98, p. 85-105, 2019.
- PEGHINI, Cesar Calo; DE MOURA, Sandra Oshiro. Usucapião de área comum em condomínio. **Revista FMU Direito**, ano XXIX, n. 43, p. 18-32, 2015.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUZO, Cezar (org.). **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. Barueri: Manole, 2010.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1996. v. 6.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020.

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

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIANA, Marco Aurelio S. Do Conceito Moderno de Posse. **Revista Da Faculdade Direito – Universidade Federal Minas Gerais**, v. 28, p. 301-332, 1985.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 29/08/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/08/2020
- Avaliação 1: 15/10/2020
- Avaliação 2: 02/07/2021
- Decisão editorial preliminar: 08/07/2021
- Retorno rodada de correções: 15/07/2021
- Decisão editorial/aprovado: 22/07/2021

Equipe editorial envolvida

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

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: UM OLHAR A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW: A LOOK FROM A DEMOCRATIC PERSPECTIVE

NATAL DOS REIS CARVALHO JUNIOR¹
FLÁVIA DE ALMEIDA MONTINGELLI ZANFERDINI²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o instituto da discricionariedade administrativa a partir da perspectiva do Estado Constitucional de Direito, confrontando sua aplicação com o sistema democrático. A discricionariedade é instituto relevante para o Direito Administrativo, até mesmo diante da impossibilidade da lei regular todas as situações fáticas. E deve ser compreendida a partir de uma perspectiva de legalidade e de um poder-dever do administrador de encontrar a melhor solução possível para o caso concreto. No Estado Constitucional de Direito a discricionariedade administrativa não pode extrapolar para a arbitrariedade ou desvio de poder e deve ser interpretada a partir do conjunto de princípios e direitos constitucionais.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa; direito fundamental; Estado Constitucional de Direito.

ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of administrative discretion from the perspective of the Constitutional State of Law, comparing its application with the democratic system. Discretion is a relevant institute for Administrative Law, even in the face of the impossibility of the law to regulate all factual situations. And it must be understood from the perspective of legality and the administrator's power-duty to find the best possible solution for the specific case. In the Constitutional State of Law, administrative discretion cannot extrapolate to arbitrariness or misuse of power and must be interpreted based on the set of constitutional principles and rights.

Keywords: administrative discretion; fundamental right; Constitutional Rule of Law.

- 1 Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP - SP). Professor e pesquisador e extensionista do Curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Educacional Guaxupé (UNIFEG - MG). Professor colaborador na Faculdade de Direito de Franca (FDF - SP). Bolsista CAPES, código de financiamento 001. Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-8965-7284>.
- 2 Mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC - Brasil). Professora da graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de São Carlos-SP e Presidente do Colégio Recursal da 12ª Circunscrição Judiciária - São Carlos/SP. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-0444-5416>.

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

CARVALHO JUNIOR, Natal dos Reis; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito: um olhar a partir de uma perspectiva democrática. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 77-95, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8984>.

1. INTRODUÇÃO

A discricionariedade administrativa³ é um dos mais importantes temas que circundam o Direito Administrativo. A sua validade em um Estado de Direito, entretanto, nem sempre foi livre de controvérsias. De instrumento arbitrário a mecanismo legítimo, o instituto passa pelo estudo e debate de muitos doutrinadores. O seu estudo é fundamental para o desenvolvimento deste trabalho e para que se compreenda a função do administrador diante das políticas públicas.

O objetivo deste estudo é compreender os conceitos e evolução do tema da discricionariedade quando utilizada pelo administrador público e a sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, para que ao final se possa concluir se a atuação amparada pela escolha discricionária do administrador é compatível com o modelo de democracia adotado pela Constituição brasileira.

Para isso, utiliza-se um conceito de discricionariedade administrativa que tenha como pressuposto a ideia de legalidade do Estado Constitucional de Direito. Também é necessário delimitar o espaço da atuação discricionária, separando-o do campo da interpretação, dado que são elementos distintos. Faz-se relevante que se confronte a discricionariedade com a arbitrariedade, já que uma das características dos Estados Absolutistas é justamente a ampla discricionariedade do governante. Da mesma forma, contemporaneamente a finalidade voltada ao atendimento do interesse público marca os atos administrativos fazendo com que seja imprescindível reflexão sobre o desvio de finalidade em atos discricionários. Nesse trabalho será feita a análise do espaço de decisão dado ao administrador e do dever que possui diante de decisões discricionárias.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SUA PRÉVIA NOÇÃO DE LEGALIDADE

O entendimento da discricionariedade na administração pública contemporânea pressupõe a compreensão da legalidade. Isso porque a legalidade é uma das marcas definitivas dos Estados Constitucionais. Nos antigos “Estados de Polícia” da Europa dos Séculos XVI a XVIII a ampla discricionariedade era uma das características que destacavam o poder absoluto dos monarcas, já que um governo absolutista não se subordina à lei (KRELL, 2013, p. 13).

Com a Revolução Francesa e a derrocada dos Estados absolutistas⁴ a ideia de governo das leis ganha espaço em detrimento da ideia de governo dos homens. Será a lei, sinônimo da vontade geral do povo, o novo paradigma que norteará os Estados a partir do século XIX contra

3 A expressão discricionariedade administrativa aqui é utilizada para delimitar o objeto de estudo, contudo, Luís Henrique Madalena alerta para a impropriedade da expressão “administrativa”, vez que não se distingue de qualquer outra discricionariedade ligada ao relativismo e a indeterminação dos sentidos (MADALENA, 2016, p. 20).

4 Nada obstante a Revolução Francesa se constitua como marco efetivo na queda do absolutismo e construção de um novo modelo de Estado é preciso que se reconheça que no Estado Medieval já se percebiam direitos reconhecidos a categorias privilegiadas, especialmente aos senhores feudais. Também dentro dos feudos as regras eram claras. Não, como hoje, direitos descritos em uma norma geral e abstrata, mas principalmente direitos reconhecidos pelos costumes e pela natureza das coisas cotidianas. Os direitos e liberdades nos Estados Medievais guardavam características corporativas ligadas a administração e vivência dos feudos (FIORAVANTI, 1998, p. 28-33).

o arbítrio dos governantes. No Estado de Direito, o mérito do governo não é mais medido a partir do poder dos governantes, mas pela quantidade de direitos que usufruem os indivíduos em uma relação diametralmente oposta ao modelo anterior (CADEMARTORI, 2007, p. 47- 61).

Em 1789 a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão prevê em seu artigo 5º que: “A Lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena” (FRANÇA, 1789), tradução nossa. Em seu artigo 6º contempla a lei como expressão da vontade geral, devendo ser para todos e abrangente de todas as dignidades.

No mesmo diapasão, o artigo 3º da Constituição Francesa de 1791, em tradução livre, prevê que “não há na França autoridade superior à da lei. O Rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência” (FRANÇA, 1791). É dessa concepção que decorre também a criação de um poder independente para decidir litígios de maneira imparcial, garantindo igualdade aos cidadãos diante do direito pleiteado. A Constituição francesa, deste modo, passou a limitar pela lei o poder do monarca, constituindo-se em uma relevante marca do triunfo da legalidade.

As ideias principais que embasam o princípio da legalidade surgiram, por um lado, sob a inspiração de Rousseau, de que o único poder legítimo resulta da vontade geral do povo estampada na lei e acima dessa vontade, nenhuma outra se coloca, nem mesmo a do monarca (ROUSSEAU, 1973). De outro lado, nas ideias de Montesquieu, o princípio da separação dos poderes dá primazia ao Poder Legislativo, colocando os outros dois poderes (Executivo e Judiciário), sob a égide da Lei, executando as normas emanadas do Legislativo. Para Montesquieu, o que difere um governo republicano ou monárquico de um governo despótico é justamente a observância das leis (MONTESQUIEU, 1973).

Cediço que após a segunda guerra mundial se consolidou o Estado Social ou Estado de Bem Estar. A preocupação do Estado, então, desloca-se da liberdade para a igualdade. Para cumprir essa missão admite-se a intervenção do Estado na ordem social e econômica de modo a beneficiar os menos favorecidos. O individualismo marcante no Estado Liberal começa a ceder espaço para a necessidade da observação de interesses públicos, o que gera uma expansão da publicização do direito. Nesse cenário o Poder Executivo que havia ficado muito subjugado ao Poder Legislativo no período anterior volta a se robustecer para promover igualdade.

No Brasil, hodiernamente, a legalidade está estampada no artigo 37 da Constituição Federal, que abriga a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A máxima da legalidade vem esculpida no inciso II, do artigo 5º, da Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

É preciso, contudo, saber que a legalidade terá aplicações diversas no âmbito público e na esfera privada. Enquanto a máxima “tudo o que a lei não proíbe é permitido” se aplica no âmbito das relações sociais e privadas, para o Direito Administrativo entende-se que o Estado somente terá permissão de fazer aquilo que foi previamente estabelecido em lei. Contemporaneamente também ganha nova leitura o poder político, incluindo-se aí o poder de elaborar leis, que passa a estar subordinado ao Direito considerado numa perspectiva mais ampla. Nesse sentido, Peña Freire:

[...] según esta nueva formulación del principio, sólo serán Estados de Derecho aquellos modelos político-institucionales que incorporen normativamente una serie de límites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político. Es decir, todos los actos del producción y ejecución jurídica llevados a cabo por cualesquiera poderes del Estado están, de diversos modos sometidos a derecho em todos sus aspectos, esto es, tanto em aspectos formales o procedimentales como materiales y de sentido (PEÑA FREIRE, 1997, p. 131)^{<?>} .

Juvêncio Borges da Silva e Ricardo dos Reis Silveira destacam a partir da inteligência do art. 5º, que a Constituição Federal resguarda uma “esfera de individualidade” em que vigora apenas o querer do sujeito, marcando de maneira inequívoca a delimitação entre o que é particular e o que é público, entre o que pode ser disciplinável ou não pelo Estado, formando, assim, uma barreira contra eventuais pretensões totalitárias do Poder Político. Para os autores, a expressão “invioláveis” que surge no “caput” do art. 5º, marca essa fronteira da individualidade, pertencente a cada pessoa e inatingível ao Poder Público (SILVA; SILVEIRA, 2020). Gilmar Ferreira Mendes, por seu turno, destaca que os Direitos Fundamentais, enquanto detentores de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por disposição expressa da própria Constituição ou por lei ordinária que encontre seu fundamento imediato a Constituição (MENDES; BRANCO, 2021).

Deste modo a legalidade que para o cidadão é um escudo de proteção contra o arbítrio, para o Estado será um comando de submissão à lei, mas não outra lei senão aquela que formal e materialmente se revista de sentido diante do ordenamento jurídico.

2.1 AS LIMITAÇÕES DO LEGISLADOR DIANTE DE TODAS AS POSSIBILIDADES DA REALIDADE

O instituto da discricionariedade também tem como missão a solução de um problema concreto: a impossibilidade do Estado de regulamentar toda a realidade. O universo de acontecimentos possíveis é infinito em face da limitada possibilidade legislativa. Assim, deixar margem para que a solução ideal seja aferida diante do caso concreto consiste em técnica legislativa em busca da melhor solução diante do cenário concreto.

A Administração terá a tarefa de atender às inúmeras necessidades coletivas que a cada dia se tornam mais complexas e mutáveis diante da velocidade do tempo da tecnologia. Novas posturas e demandas surgem, modificam-se e extinguem-se com a rapidez da *internet*, e se mostram incompatíveis com o ritmo do processo legislativo. Atender ao interesse público diante de uma realidade como essa exige da administração pública certa margem de flexibilidade. Nesse contexto, a discricionariedade vai se justificando como indispensável a essa demanda administrativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que a discricionariedade evita o automatismo a que a administração estaria submetida caso tivesse que rigorosamente buscar uma solução legislativa a cada caso concreto. Para a autora, a discricionariedade se desenvolve como uma atividade formalmente necessária a fim de que a administração pública atinja as suas finalidades de maneira eficaz atingindo o bem estar coletivo (DI PIETRO, 2012, p. 62-63).

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a discricionariedade pode decorrer de três situações: I) da hipótese da norma: quando a discricionariedade surge pela maneira imprecisa da descrição da lei ou então pela omissão da descrição; II) do comando da norma: quando houver aberto para o agente público alternativas de conduta, a) seja quanto a possibilidade de realizar ou não o ato, b) seja pela alternativa quanto a forma de realização, c) seja pela oportunidade adequada de realização ou d) por lhe haver sido delegada a competência para resolver qual será a medida satisfatória diante da circunstância; e III) da finalidade da norma: quando a finalidade e palavras a valores ou conceitos plurissignificativos ou vagos e imprecisos, também chamados de fluidos e indeterminados (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 19).

É certo que embora exista uma dificuldade prática ou possa se constituir uma missão inútil à tentativa de esgotar na lei todas as possibilidades de interação entre o cidadão e a administração pública, Fiorini aduz que a discricionariedade não pode ser compreendida como uma falha do legislador ou negligência administrativa. É, ao contrário, instituto necessário para o desenvolvimento de uma gestão em que deve prevalecer o bem estar coletivo. Revela-se será necessária para o eficaz desenvolvimento da administração pública, de maneira que sem a discricionariedade seria inviável a plena realização dos interesses sociais. Assim, não se tratará de um esquecimento do legislador, mas de uma faculdade consciente criada em benefício da administração pública e da sua gestão de interesses públicos. É uma ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que na gestão dos interesses sociais atenda as necessidades de cada momento (FIORINI, 1952, p. 31-41). Ademais, o instituto também deve ser interpretado à luz da independência que a Constituição brasileira garante aos poderes⁵, não sendo razoável a tutela absoluta da lei a todos os atos do Poder Executivo.

Consuelo Sarria afirma que o exercício das funções estatais não pode limitar-se ao automatismo. Como o fim da administração pública será a consecução do interesse geral, também será necessário que se leve em consideração nas decisões administrativas às circunstâncias de cada momento. Sendo o interesse geral mutável e adaptável a realidade do momento, atividades absolutamente regradas fariam com que a administração não conseguisse atingir a sua finalidade (SARRIA, 1982, p. 106).

Conclui-se, portanto, que sendo inviável ao legislador lançar mão da tentativa de legislar a respeito de todas as possibilidades de interação da administração com a comunidade não deve ser a causa decisiva da discricionariedade. A discricionariedade existirá não como uma consequência inevitável das circunstâncias, mas como uma opção desejável pelo legislador e pelo ordenamento jurídico para que o interesse público possa ser melhor atingido. O administrador não deve ser visto como a figura que se aproveita da falha do legislador para decidir ao seu bel prazer, mas ao contrário, será aquele se vale do instrumento jurídico delegado pelo ordenamento para diante da realidade buscar a melhor solução.

2.2 PROPOSTAS DE CONCEITO PARA A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Postas estas primeiras considerações para a compreensão do instituto da discricionariedade administrativa, cumpre, agora, buscar um conceito para o prosseguimento da reflexão.

5 CF: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que há discricionariedade quando pela maneira do Direito regular o campo de atuação administrativa restar para o administrador uma área de liberdade em cujo interior caberá uma interferência subjetiva quanto ao modo de se proceder no caso concreto. Diante desse campo aberto, o administrador não terá meios de agir com objetividade (já que a lei não possibilita essa solução) e deverá atuar com base em critérios de conveniência e oportunidade administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 9).

Da reflexão de Bandeira de Mello é possível extrair-se a conclusão de que a discricionariedade independe da opção do administrador, mas de sua impossibilidade de atuar objetivamente diante da postura adotada pelo Direito. Houvesse na lei clareza quanto à solução pela qual deveria se guiar o agente administrativo não haveria que se falar em discricionariedade, ficando o agente sobre a imperiosa regra da submissão da administração a legalidade.

Os atos administrativos, pode-se afirmar, nunca se apresentam como absolutamente discricionários já que em alguma medida estarão sempre sujeitos lei. A discricionariedade observará, pois, alguma gradação como regra. Dir-se-á que serão vinculados aqueles atos administrativos cuja conformação está estritamente regulada pela lei. Nestes atos não serão relevantes os aspectos volitivos do agente que se limita a aplicar a solução legal (CADEMATTORI, 2007, p. 21). De outra banda, os atos discricionários envolverão uma maior liberdade de agir. O agente aqui agirá com um juízo de conveniência e oportunidade para praticar ou não um ato ou para escolher uma ou outra medida a ser implementada, ou mesmo o grau dessa implementação (FAGUNDES, 1984, p. 127).

Nesse contexto, Juarez Freitas ressalta que a escolha discricionária somente se legitima na medida em que se coaduna de maneira lógica e coerente com o ordenamento jurídico. Falar, pois, de discricionariedade em um estado de direito não significa a tolerância a qualquer ato que envolva elementos de vontade do agente (FREITAS, 2009, p. 24). Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que na discricionariedade administrativa, diante do caso concreto, o agente terá mais de uma opção de escolha dentro da legalidade. Discricionariedade administrativa será “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, 2012, p. 62).

Enfim, estaremos diante da Discricionariedade Administrativa quando por opção do ordenamento jurídico a administração recebe certa margem de liberdade se posicionar politicamente, escolhendo o modo mais conveniente e o momento mais oportuno para a prática de determinado ato administrativo, optando por uma entre opções legalmente válidas, de modo a posicionar-se com coerência diante do ordenamento jurídico apresentando a melhor solução para o interesse público no caso concreto.

3. OS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS

Uma discussão relevante quando se debate a discricionariedade é a dos conceitos legais indeterminados, uma vez que para além da dificuldade prática de aplicação, é necessária a compreensão se consistem ou não em uma forma de discricionariedade.

A expressão “conceito legal indeterminado” ou “conceito jurídico indeterminado”, embora muito criticada, se estendeu por vários países como Alemanha, Portugal, Espanha, Itália, e mais recentemente no Brasil para tratar de expressões utilizadas pela lei sem um sentido preciso ou determinado (DI PIETRO, 2012, p. 90). Expressões como “boa-fé”, “bem comum”, “conduta irrepreensível”, “pena adequada”, “ordem pública”, “notório saber”, “moralidade”, “razoabilidade”, entre tantas outras aparecem com frequência na legislação. No direito administrativo esse tema fica mais destacado por conta da relação que carrega com a discricionariedade administrativa. Antônio Francisco de Souza assevera que esse fenômeno se deve justamente por conta da função da Administração Pública de busca dos interesses sociais. Diante disso, os conceitos abertos são um instrumento privilegiado para que o legislador permita uma ação administrativa que reaja a tempo e modo adequado diante dos imponderáveis da vida (SOUSA, 1987, p. 73).

Celso Antônio Bandeira de Mello anota que para a moderna doutrina Alemã, os conceitos indeterminados ou fluidos somente conservariam essa característica quando observados abstratamente, pois no momento da aplicação concreta ganhariam consistência. Assim, diante da situação prática sempre se poderia reconhecer se algo é ou não urgente, se o interesse é relevante, se o perigo é grave, e assim por diante. Todavia, embora seja verdadeira a ideia de o caso concreto auxilia no preenchimento de sentido dos conceitos vagos, seria forçoso afirmar que a realidade seria sempre suficiente para dissipar as dúvidas de aplicação desse conceito. Em inúmeras situações mais de uma interpretação é razoavelmente admissível, não se podendo afirmar que um entendimento divergente será incorreto. Noções como “pobreza”, “velhice”, “tranquilidade pública” e tantas outras, comportam gradações de aplicação diversa mesmo diante do caso concreto. É até possível, afirmar-se que alguém é indubitavelmente “pobre” ou “velho”, todavia, em outros casos não se poderia rechaçar opiniões divergentes sobre os mesmos conceitos (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 22-23).

Cumprido ponderar, destarte, se sempre que a Administração lidar com conceitos indeterminados estaremos diante do fenômeno da discricionariedade? No Brasil, Regina Helena da Costa discorda da doutrina alemã que entende não haver discricionariedade quando a lei usa conceitos indeterminados. Para a doutrina alemã esta será uma questão de interpretação da lei. Mas a autora leciona que a interpretação não será, em muitos casos, suficiente para afastar a indeterminação do conceito, sendo que nesta hipótese a administração estará autorizada a optar entre mais de uma significação possível, sempre que tiver como parâmetro, o princípio da razoabilidade. Quando terminada a interpretação e mesmo assim restar um campo nebuloso do conceito que não pode ser afastado, complementar o sentido por meio de uma apreciação subjetiva não será outra coisa senão a própria discricionariedade. A consequência dessa distinção tem importância porque em se tratando exclusivamente de interpretação, o controle judicial seria amplo, na medida em que é função típica do Poder Judiciário interpretar o alcance das normas jurídicas para sua justa aplicação. Em se tratando de análise por meio de interpretação subjetiva do órgão administrativo (discricionária), o controle judicial será apenas de contornos e limites sob pena de substituir-se a discricionariedade administrativa pela judicial (COSTA, 1988, p. 79-108). A partir desse pensamento, a grande zona de tormento estará em buscar-se em cada caso saber se a lei deixa margem a discricionariedade ou se estará tratando tão somente de interpretação.

Andreas Krell anota que não existirá discricionariedade diante de conceitos vagos, fluidos ou expressões indeterminadas na legislação. Esses conceitos deveriam, então, ser preenchidos a partir de uma inteligência cognitiva, intelectual, permitindo apenas uma única decisão justa ou correta (KRELL, 2013, p. 45).

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que operações mentais intelectivas (interpretação de conceitos legais) e volitivas (opções de conveniência e oportunidade) constituem realidades logicamente distintas, mas que terão os mesmos efeitos jurídicos que integram aquilo que se entende por discricionariedade e por esta razão teriam que ser tratadas de forma idêntica pelo direito.

Também não seria possível a existência de discricionariedade diante de conceitos técnicos, ou seja, quando a lei usa conceitos que dependem de análise de órgão técnico não cabendo à administração mais do que uma solução válida ao caso concreto. Assim, quando a Lei assegura o direito a aposentadoria por invalidez, a decisão da Administração fica vinculada ao laudo técnico fornecido pelo órgão que concluirá pela invalidez ou não para o trabalho (DI PIETRO, 2012, p. 119).

3.1 INTERPRETAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Discernir a diferença entre os casos de simples interpretação e poder discricionário acaba se mostrando uma das maiores dificuldades para a aplicação da lei diante de conceitos indeterminados, conforme o debate do tópico anterior. Ambas as hipóteses envolverão um trabalho intelectual prévio ao momento de aplicação ao caso concreto.

Nos Estados Absolutistas o problema de interpretação das leis resumia-se à interpretação do direito privado, já que a Administração era essencialmente livre (QUEIRÓ, 1948, p. 41). Quando se instaura o Estado de Direito, com ele vem o império da lei e a lei demanda interpretação. Assim, é possível tanto ao Poder Judiciário, quanto à Administração promover a interpretação da lei antes de sua aplicação.

No Estado de Direito com a possibilidade de interpretação da Lei pela Administração é que surge o conflito entre o momento em que existe discricionariedade e o momento de simples interpretação. Antes de qualquer coisa, é prudente que se registre que não faz mais qualquer sentido o antigo brocardo que enunciava “quando a lei é clara, cessa a interpretação”. Toda lei não somente comporta interpretação como a exige por parte do órgão que a aplicará, seja o Estado Juiz ou o Estado Administrador.

A efetiva incidência de um determinado comando legal somente se efetiva através da sua relação com outros dispositivos e em conformidade com o método sistemático e contextual de interpretação, ou seja, toda lei comporta interpretação, mesmo quando seja aparentemente clara (LEITE, 2006, p. 111). É, por isso, razoável a afirmação de que não existe uma interpretação unívoca, mesmo quando o texto interpretado tenha conceitos precisos, porquanto, o objeto da interpretação não é somente a norma, mas o ordenamento jurídico. Leciona Norberto Bobbio que “o Direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo” (BOBBIO, 1999, p. 21).

Tem-se interpretação diante de uma atividade cognoscitiva-volitiva do aplicador que busca o significado das normas legais bem como seus propósitos. De outro modo, fala-se em discricionarietà como uma decorrência de atuação optativa, que implica procedimento caracterizado por um juízo subjetivo a cargo das autoridades administrativas. A discricionarietà, desse modo, terá lugar somente diante da específica hipótese de inexistir prefixação de modo e fins imediatos da norma legal, indicadores do “iter” a ser adotado. E nesse sentido, sendo a discricionarietà caracterizada pela escolha que deve preceder a expedição do ato administrativo por parte do órgão aplicador, fundada em uma atribuição implícita outorgada pela moldura legal a agentes e órgãos, esta faculdade é delimitada quanto ao seu exercício a essa singular e restrita hipótese e, mais que isso, direcionada ao cumprimento da finalidade traçada pelo ordenamento jurídico (LEITE, 2006, p. 82-86).

Nas lições de Laun, discricionarietà há somente quando o agente não encontra pré-fixados nem a vontade, tampouco a intenção ou os fins do legislador ou, mais concretamente, os seus fins imediatos, e é por isso autorizado a determinar, ele próprio, quais devem ser os fins próximos de seu agir. E mais: “o legislador deixa então ao órgão a determinação do que, em cada um desses casos, deve considerar-se o interesse público a atingir” (LAUN apud QUEIRÓ, 1948, p. 45). Marçal Justen Filho discorre sobre o tema:

Mas, ainda, que a interpretação-aplicação envolva algum tipo de contribuição pessoal do aplicador, isso não equivale a identificar a atividade de aplicação do direito com a discricionarietà administrativa.

A distinção não se funda no resultado ou na influência da vontade do intérprete: muitas vezes, o resultado da interpretação reflete inovações em face do texto legislativo que são extremamente relevantes, refletindo concepções pessoais do sujeito encarregado da atividade de aplicação do direito.

A diferença entre interpretação e discricionarietà reside na opção adotada pelo legislador. A discricionarietà é um modo de construção da norma jurídica, caracterizada pela atribuição ao aplicador do encargo de produzir a solução por meio da ponderação quanto às circunstâncias. Ou seja, a discricionarietà significa que a lei atribui ao aplicado o dever-poder de realizar a escolha.

Já a interpretação corresponde a uma tarefa de (re)construção de vontade normativa estranha e alheia ao aplicador. O intérprete não atribui a sua conclusão a um juízo de conveniência próprio, mas ao sistema jurídico. Na interpretação, o aplicador não revela a vontade do legislador, mas a vontade legislativa, que é determinada pelo sistema jurídico em si mesmo. Na discricionarietà, a vontade do aplicador é legitimada pelo direito, que não impôs uma solução pré-determinada ao caso concreto (JUSTEN FILHO, 2017, p. 278).

Outra consideração pertinente ao tema é a de que uma vez esgotado o exercício de interpretação, tendo remanescido apenas uma opção, estaríamos efetivamente diante de caso de interpretação somente. Não seria razoável, por exemplo, que o Poder Judiciário, em sua atividade típica de interpretação, impusesse obrigação a alguém diante da opção igualmente válida de não se valer de tal ato de coerção. Todavia, se superada a interpretação restarem mais de uma opção igualmente válidas, estaríamos diante da discricionarietà, devendo a escolha ser feita com base em critérios administrativos (e não jurídicos). Daí a conclusão de que o Poder Discricionário começa onde termina a interpretação (DI PIETRO, 2012, p.127).

4. DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE

Tema relevante e que não deve ser olvidado é a relação entre a discricionariedade e a arbitrariedade, já que aqui analisamos a percepção dos limites de exercício do poder discricionário dentro de padrões democráticos, de acordo com as regras da Constituição da República⁶.

Conforme destacado em tópicos anteriores no Estado de Polícia, sob a égide das monarquias absolutistas, o poder discricionário do rei era quase ilimitado ou absoluto. Mesmo devido ao fato da inexistência de separação de poderes autônomos, ficando todas as funções estatais, e própria ideia de Estado concentradas na pessoa do monarca. A isso se acresciam vários princípios consuetudinários que legitimavam a autoridade real: “regis voluntas suprema” (a vontade do rei é a lei); “quod principi placuit legis habet vigorem” (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei); ou “the king can do no wrong” (o rei não erra). O modelo estatal confundia as esferas do público e do privado devido à personificação que a figura real detinha sobre os organismos políticos (CADEMARTORI, 2007, p. 36-37).

Por este motivo traçaram-se tentativas de separar as instâncias públicas e privadas promovendo uma certa institucionalização mais racionalizada do poder. Os juristas do reino elaboraram o conceito de “Coroa”, concebida como um tipo de entidade da qual o rei era somente a cabeça e os membros eram formados pelos diversos estamentos. A Coroa podia ser representada como uma corporação da qual o rei era o “curator”, mas não o “dominus”. A Coroa era como um centro de produção de atos político-jurídicos diferenciados e superiores ao próprio Rei, expressando, destarte, a unidade do Reino. A partir deste modelo, a Coroa passava a ser uma pessoa jurídica diferente da pessoa física do Rei, que era somente um representante seu, permitindo inclusive a separação do patrimônio do príncipe, impedindo que o rei pudesse dividir o reino entre os seus sucessores⁷.

As marcas do iluminismo acrescentaram novas reflexões à concepção de um Estado que permitia ao Rei poder de vida e de morte sobre os súditos. Alguns monarcas, influenciados pelo movimento iluminista, tornaram-se “esclarecidos”, gerando daí a expressão “despotismo esclarecido” que marcou reinados absolutistas em meados do século XVIII. Apesar das “novas luzes”, é pertinente destacar que Administração Pública não estava submetida, de maneira geral, a nenhum tipo de norma que não emanasse do próprio Rei, os novos direitos e os novos institutos estatais, como o fisco, não passavam de concessões do próprio soberano esclarecido. Por esta razão é que o período é marcado como “império do arbítrio”, não no sentido de injusto, mas no sentido de que os poderes do Rei não eram limitados (CADEMARTORI, 2007, p. 40). Para Fiorini (1952, p. 47-48) um ato discricionário emanado nesta época tanto poderia significar um ato arbitrário em sentido pejorativo quanto um ato oportuno e justo. Para Fernando Garrido Falla (1962, p. 223) o Direito pode ser negado em suas exigências de fundo ou em sua forma. O momento típico da arbitrariedade é o segundo, ou seja, a negação do Direito quanto à sua forma. Daí torna-se possível a dedução de que a arbitrariedade, em princípio, não

6 Georges Abboud separa a discricionariedade do próprio direito. Para o autor “onde a discricionariedade começa, o direito termina”, destaca “No fim, podemos concluir que o direito e a discricionariedade são elementos excludentes. Na realidade, a discricionariedade pode ser traduzida como o nome jurídico que o direito criou para tratar das hipóteses em que era exce-tuada sua aplicação ou incidência” (ABBLOUD, 2016).

7 Essa ideia também é parcialmente desenvolvida na obra de Ernest Kantorowicz que apresenta a teoria dos dois corpos do rei. De um lado, o corpo natural, lastrado pelas efemeridades humanas. De outro, o corpo místico e político do rei, relacionado à ideia de verdade, legitimidade e perenidade (KANTOROWICZ, 1998).

necessariamente será igualada a injustiça. São conceitos distintos. Arbitrariedade pode ser justa ou injusta.

Bobbio aduz que o iluminismo foi um movimento de ideias cujas origens remontam ao século XV, embora tenha vivenciado o seu auge no século XVIII, o “século das luzes”. Este movimento justamente visava estimular a luta da razão contra a autoridade (autoritarismo) em um confronto da luz contra as trevas. Deve-se destacar que esse movimento não se constituiu em uma escola sistematizada ou homogênea. Foi, antes de mais nada, uma mentalidade ou atividade cultural e espiritual que não se restringia aos filósofos, mas espalhou-se por toda a sociedade burguesa, indo de intelectuais até alguns soberanos.

No Estado Moderno o poder se torna despersonalizado e a dominação estatal passa por um fundamento lógico-racional, que decorre do próprio Contrato Social, do qual surge a dominação burocrática weberiana, na qual pode ocorrer a criação e modificação de direitos mediante um estatuto sancionado pela forma/procedimento correto (WEBER, 1986, p. 40-41). Com o Estado de Direito, após as revoluções burguesas, os poderes do Rei e mesmo do Estado ganham nova dimensão e a discricionariedade passa a cada novo passo evolutório a ser encarada com maior desconfiança. No Estado de Direito a discricionariedade quase ilimitada do monarca cede diante da legalidade. Quem impera é a lei e não mais “a vontade livre de um governante”.

O motivo de aqui tratar-se em linhas gerais da história não deve ser outro que não o de reconhecer suas consequências no presente, e a partir daí, projetar-se as perspectivas de futuro, para que a discricionariedade possa ser colocada com naturalidade pelo Direito Administrativo como um fenômeno perfeitamente compatível com a realidade de uma Constituição Democrática, é preciso que não se perca de vista a sua origem despótica, arbitrária e autoritária.

O resgate do instituto da discricionariedade pode perfeitamente, conforme se permita a sua manipulação, servir de uso aos detentores do poder, para a justificação de atos não compatíveis com um interesse público legítimo. Conforme vimos, a criação de institutos como a “Coroa” ou mesmo o “Fisco” podiam fazer com que o rei não fosse mais o proprietário de tudo, mas isso pouco significava diante de uma realidade em que ele era o legítimo representante de Deus na Terra. Logo, não era o proprietário de tudo, mas os proprietários eram seus súditos pela força do Poder de Deus. Assim, algumas reflexões devem ser realizadas já que o discurso do próprio Estado Democrático de Direito pode, agora, transmitir a impressão de que o administrador tudo pode em sua discricionariedade, já que é o legítimo representante do povo (de quem emana o poder); como outrora, o rei era o legítimo de Deus (de quem emanava todo poder). Como foi abordado, os argumentos modernos em defesa da discricionariedade da administração estão centrados na ideia de legalidade. No Estado Democrático de Direito a legalidade é tomada como o fio condutor contra o arbítrio capaz de justificar toda legitimidade do Direito e cumprir as promessas da modernidade (GRAU, 2011, p. 167).

A legalidade fundada em um paradigma (neo)liberal⁸ serve mais como limite para a atividade administrativa em face dos indivíduos do que um comando para favorecer a coletividade.

8 A legalidade sob o prisma do Estado Social dava a lei um sentido de comando autorizativo para que as promessas de cunho social (tão presentes na Constituição Brasileira) pudessem ser implementadas reduzindo as desigualdades. A leitura sob a ótica neoliberal retoma a legalidade com um sentido de limite para a atuação do Estado, acabando por favorecer, dentro desse contexto, as classes que já gozavam de posição privilegiadas.

Isso leva a uma situação em que a Administração se aparelha em favor dos seus próprios interesses e de maneira contrária a grande massa de excluídos, em desacordo aos desígnios constitucionais. Uma vez que não consegue superar este pensamento (neo)liberal, a legalidade torna-se “oca” e sem qualquer preenchimento substancial, servindo como uma capa de sentido para a atividade discricionária da Administração Pública (MADALENA, 2016, p. 41-42)⁹.

Sérgio Buarque de Holanda na clássica obra *Raízes do Brasil* narra a relação de cordialidade e até de familiaridade que o brasileiro estende ao Estado, o que certamente dificulta os contornos entre o público e o privado aos indivíduos ocupantes de posição na organização estatal (HOLANDA, 1995, p. 141-146). Em um Estado carregado de tantas marcas de pessoalidade e que minimiza um natural caráter burocrático (weberiano) em benefício de um olhar particular sobre os assuntos do Estado, falar-se em discricionariedade administrativa exige, no mínimo, uma reflexão aprofundada de acordo com os ideais constitucionais. Uma discricionariedade que brota dessa realidade é temerária. Relativizar o instituto, sem maiores considerações democráticas pode colocar o Estado a serviço dos detentores do poder.

Luís Henrique Madalena (2016, p. 24-25) explica que as concepções sociológicas brasileiras evidenciam os severos prejuízos que uma discricionariedade administrativa trabalhada de maneira inconsequente pode trazer ao Estado Democrático de Direito. Nossa análise histórica remonta a um país tripulado pelas elites, dominantes da massa ignara. Um tratamento relativista do Direito se limita a reproduzir um retrato social que aí está posto a mais de quinhentos anos, traíndo a missão transformadora que também foi repassada ao Direito pela Constituição de 1988.

Falar na possibilidade de controlar-se a atividade discricionária, traduz-se em alguma medida na possibilidade de controlar o próprio estado que devido ao caráter dirigente de nossa Constituição deve atender a todas as mudanças propostas no texto de 1988 (MADALENA, 2016, p. 46-47).

4.1 DISCRICIONARIEDADE E O RISCO DO DESVIO DE PODER

Um dos graves riscos da discricionariedade é a possibilidade de desvio de poder. Pretende-se do Estado uma atuação impessoal delineada pelo esquadro da legalidade. Nesse diapasão é a lição de Ruy Cirne Lima (1962, p. 20-22) já na década de 60:

O fim – e não a vontade – domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de direito. (...). Administração, segundo nosso modo de ver é a atividade do que não é proprietário – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio do administrado. (...). Opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou a personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir.

9 “A política de legalidade, desta sorte, conduz à neutralidade axiológica do direito e à anulação do direito de resistência contra o direito ilegítimo. O que importa, desde a perspectiva instalada na consagração do princípio, tal como ainda atualmente concebido, é que as normas jurídicas sejam rigorosamente cumpridas. Importam os meios, as custas dos fins. Por consequência, a legalidade assume caráter de dogma” (GRAU, 2011, p. 173).

Assim, a administração pública não é o lugar do “dominus” ou do mando, diferente da propriedade em que impera a autonomia da vontade. Na administração impera a finalidade como obrigatória.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 56) pondera que o desvio de poder é a “utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”. Dessa maneira, o desvio de poder acaba por mostrar-se uma das modalidades de abuso de direito aplicadas à esfera pública. O desvio de poder nem sempre será evidente e nisso residirá a maior necessidade de atenção do administrado para o abuso. Bandeira de Mello (2012, p. 57-59) em assevera que o administrador pode burlar a lei “violando-a a força aberta, pisoteando a boca cheia e sem recato as disposições normativas, como pode fazê-lo a capucha, à sorrelfa, de modo soez, embuçado sob capuz de disfarce a pretexto de atender o interesse público.” O desvio de poder poderá apresentar-se em duas modalidades. Uma quando o agente administrativo se vale de sua competência para buscar uma finalidade alheia ao interesse público. Nesse caso atua para atingir interesse pessoal favorecendo ou prejudicando alguém, ou mesmo buscando interesse individual do próprio agente. Outra quando o agente público se vale de suas competências para atender um interesse público que, todavia, é diverso daquele da competência utilizada. Ou seja, vale-se de uma competência inadequada para atingimento de uma finalidade diversa que almeja.

A lei, enfim, jamais dará poderes ao administrador senão subentendendo que serão utilizados em atendimento ao interesse público. O Estado de Direito é uma garantia para os cidadãos de que o Poder Público não só irá buscar as finalidades previstas na lei, mas que também ao buscá-las se valerá dos meios que o direito concebeu como adequados. Se mesmo a busca por uma finalidade lícita é capaz de configurar desvio de poder quando realizada pelos meios impróprios, o vício será mais grave quando realizado para busca de interesses próprios de perseguição ou favoritismo. Não raramente nestas situações o agente administrativo estará impulsionado pelo propósito de “captar vantagem indevida, angariar prosélitos ou cegada por objetivos torpes de saciar sua ira contra inimigos ou adversários políticos, buscando molestá-los, ou, pior ainda, vergá-los as suas conveniências” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 60-62).

5. A DISCRICIONARIEDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Importante, neste ponto, destacar algumas características da discricionariedade a partir da perspectiva do Estado Constitucional de Direito. Peña Freire (1997, p. 53) destaca que o absolutismo monárquico dos séculos XVII e XVIII deu lugar a um sistema de poder, no século seguinte, em que a supremacia jurídica e política se concentrou nas mãos do Poder Legislativo. Nesse novo modelo, a lei passou a ser considerada instância máxima contra o arbítrio dos governantes, abrindo portas para ampliar a discricionariedade do poder estatal, isso porque a

lei, como instância soberana não obedecia, ela própria, nenhuma limitação de conteúdo quanto ao que pudesse ser legislado.

Como consequência, a legalidade ganha um caráter acentuado e profundamente formalista, de modo que qualquer poder deveria ser conferido pela lei e o seu exercício e procedimentos seriam exclusivamente por ela outorgados, sem a observância de quaisquer parâmetros axiológicos. Essa formalização da lei decorre de uma nova maneira de legitimar o poder político sobre uma base de impessoalidade que era amparada por um respeito incondicional das disposições legais. Tudo isso gera a imagem de um Estado que passou a proclamar-se integrador, igualitário e protetor da vida, liberdade e propriedade dos cidadãos em nome da lei (CADEMARTORI, 2017, p. 60-61).

A divergência entre o mundo do “dever ser” e a realidade social acarreta uma formalização absoluta da legislação como tentativa de separar essas duas esferas da realidade, evitando qualquer conexão material entre o social e o Direito. Isso faz com que o direito se esvazie de qualquer referência substancial, tornando-se um receptáculo de quaisquer decisões adotadas via processo legislativo. Diante desse quadro, os modelos jurídico e político ficam reduzidos a uma convenção formal e vazia de orientação pragmática ou qualquer pretensão de adequação à realidade social (CADEMARTORI, 2017, p. 62).

Dois fatores levaram a superação desse modelo legislativo de Estado. Primeiramente deve-se destacar que nas primeiras décadas do século XX, o excessivo relativismo axiológico da lei, associado ao profundo formalismo, fizeram com que a lei ficasse isolada da realidade social e econômica. Isto deixa patente que um Estado de Direito não poderia somente ser concebido como um instrumental técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional. Um Estado de Direito autêntico deveria ser imbuído de uma forte dimensão axiológica que o fundamentasse e o definisse com primazia do pessoal e do social nas relações do poder. A esfera do jurídico, nesse contexto, não se mostrava como mero marco de organização social, mas como avanço civilizatório. Era o ressurgimento da ideia iluminista de que o poder não tem sentido se não estiver subordinado a centralidade da pessoa e da sociedade, tendo como desiderato fundamental a garantia dos direitos e interesses dos indivíduos (PEÑA FREIRE, 1997, p. 54).

O segundo fator da crise da legalidade no Estado Legislativo foi a constatação do conflito entre a realidade social e a ideia de um direito neutro frente a essa realidade. Verificou-se que a lei também faz parte desse conflito social e que longe da ideia de ser um produto da vontade geral, a lei era produzida por uma maioria contingente com interesses específicos e dispersa no espectro social (PEÑA FREIRE, 1997, p. 54-55).

A partir dessa constatação, a lei deixa de ser um tipo de salvaguarda frente ao Estado e se transforma em um mecanismo de legitimação do poder político e expressão da vontade estatal. A lei não mais se compreenderia como um elemento unificador que representava a vontade geral, mas um produto personalizado imbuído de interesses sociais e políticos ligados a contextos parciais. Esses elementos abrem espaço para um novo modelo de Estado, capaz de restaurar a eficácia do Direito como limite ao poder da lei: o Estado Constitucional de Direito. Esse modelo afirma o caráter normativo das Constituições que passaram a integrar um plano de juridicidade superior, acentuando linhas de princípio vinculantes e indisponíveis para todos os poderes do Estado (CADEMARTORI, 2017, p. 64).

Ao Descrever o fenômeno do Estado de Direito, Norberto Bobbio (1990, p. 51) destaca que ao processo de emancipação da sociedade frente ao Estado, seguiu-se um processo inverso de reapropriação da sociedade por parte deste. Isso representou que o Estado de Direito se transformou em Estado Social, ou seja, não somente um Estado que perpassou pela sociedade (com variadas formas de regulação na ordem econômica), mas também um Estado que foi perpassado por ela (CADEMARTORI, 2017, p. 65).

É possível, afirmar, portanto, que a Administração Pública submete-se ao núcleo de valores insculpidos na Constituição, e conforme Gustavo Binenbojm (2008, p. 12) a consequência mais relevante deste fato é o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo:

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do Direito Administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como **núcleos de condensação de valores**. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa a ocupar também posição central na constituição de um Direito Administrativo Democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. (grifo do autor).

Neste sentido a Constituição Brasileira é clara em seu artigo 37 ao estabelecer que a administração pública “direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)” (BRASIL, 1988).

Da Constituição se extrai, ainda, que outros princípios gerais terão incidência também sobre a Administração Pública, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e pertencendo ao núcleo fundamental do ordenamento jurídico. Assim, todas as normas que integram o ordenamento jurídico necessitam ser interpretadas sob o prisma da dignidade da pessoa humana, já que há um comprometimento da Constituição com a realização desse princípio¹⁰. É de se destacar que a Administração estará, ainda, vinculada a um conjunto de direitos fundamentais, especialmente os destacados no artigo 5º da CF.

O processo de constitucionalização do Direito Administrativo rompeu com muitos paradigmas tradicionais da Administração Pública dentre os quais destacamos três pontos: i) a reformulação da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado; ii) vinculação do administrador público à Constituição e não apenas à lei ordinária; iii) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo (VARESCHINI, 2014, p. 106).

Já para Pérez Luño (2001, p. 93-95) a diferença entre Estado de Direito (Estado Liberal Clássico) e Estado Constitucional reside em um tríptico deslocamento do papel que desempenham em termos institucionais, as normas constitucionais: i) deslocamento da primazia da lei para a primazia da Constituição; ii) Deslocamento da reserva legal para a reserva constitucional; e iii) deslocamento do controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade.

10 Para Ingo Wolfgang Sarlet a CF em seu art. 1º, III: “erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito. Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com o seu texto – pode ser considerada como uma Constituição comprometida com a plena realização da pessoa humana, ainda que não raras vezes este dado venha a ser desconsiderado e não corresponda muitas vezes à realidade (SARLET, 2008, p. 177-210).

Os parâmetros aqui destacados do fenômeno de constitucionalização devem ser aplicados mesmo (e principalmente) quando a administração atua com discricionariedade. É certo, pois, que a discricionariedade deve estar vinculada ao sistema constitucional e aos direitos fundamentais. Juarez Freitas (2009, p. 17-18) destaca que qualquer exercício de discricionariedade legítima exige um controle das motivações que se constituirão na vigilância de compatibilidade entre o ato administrativo e os comandos constitucionais. No Estado Democrático de Direito não basta que a Administração Pública haja com legalidade. Ela deverá apresentar uma atuação focada na eficiência e na consecução das necessidades da sociedade. O seu dever último será o da boa administração, entendida esta como atuação pautada nos princípios e deveres constitucionais primando pela concretização dos direitos fundamentais, atendendo assim ao interesse público (VARESCHINI, 2014, p. 108-109). Princípios constitucionais como a motivação, razoabilidade e proporcionalidade, servem como limitadores e ao mesmo tempo legitimadores da discricionariedade administrativa.

6. DEVER DISCRICIONÁRIO: A BUSCA DA SOLUÇÃO IDEAL

Terminada a era napoleônica na França, a monarquia é reestabelecida em 1815, mas a Administração Pública perde grande parte de sua força. O mesmo acontece com o Conselho de Estado Francês que para evitar confrontos com o Poder Executivo limita suas próprias competências. Assim, o Conselho de Estado decide que as questões de Governo ficavam de fora de seu controle. Desse modo passava-se a construir a ideia de que os “atos discricionários” também chamados de “atos de pura administração” ou “atos puramente administrativos” eram livres de controle. Para saber se um ato era discricionário fazia-se necessário identificar se ele feria algum direito adquirido. Quando isso acontecia, o ato tornava-se passível de controle judicial, quando não era entendido como discricionário e ficava livre desse controle (DI PIETRO, 2012, p. 82).

Com a elaboração da Teoria do Desvio de Poder e Excesso de Poder, de que tratamos em tópicos anteriores, passam a ser admitida a imposição de limites à discricionariedade administrativa admitindo-se análise de finalidade do ato pelo Conselho de Estado. A tese que se constrói é que diante da omissão legislativa em algum aspecto, surgiria para a Administração a possibilidade de apreciar a oportunidade e conveniência das medidas que deveriam ser adotadas para se alcançar as finalidades legais. A partir de então, se deixa de falar em ato discricionário para falar-se em Poder Discricionário. O Administrador era considerado como a pessoa mais apta para resolver determinados casos por estar mais próximo da realidade. Os tribunais ficavam com a competência de controlar a legalidade, não podendo ingressar nos aspectos deixados à liberdade do administrador. Essa doutrina foi amplamente desenvolvida no início do século XX por autores como Michoud, Duguit, Hauriou, Bonnard, Jèze, Waline (DI PIETRO, 2012, p. 83-84).

Desde então, especialmente pelas mãos da doutrina mais tradicional de Direito Administrativo, capitaneada em um primeiro momento pelos autores mencionados anteriormente, enfatiza-se a ideia de um “Poder Discricionário” que é entregue ao Administrador Público para eleger uma entre as soluções possíveis ao caso concreto. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 15-32), contudo, de modo incisivo afirma que a discricionariedade não deve ser vista como um

“poder”, mas ao contrário como um “dever discricionário” do administrador. A partir dessa concepção não se pode afirmar que o Direito se quede indiferente às escolhas que são feitas pelo administrador dentro da discricionariedade. Ao administrador caberá uma escolha específica: aquela que for a opção mais coerente para adequar o ato administrativo a finalidade legal.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 33-36) ainda destaca que efetivamente não faria sentido que quando a lei pudesse oferecer uma solução ideal para atender ao interesse público ela o relegasse ao administrador para que o fizesse de modo discricionário. Assim, ela só o faz quando diante do caso concreto o administrador consiga apurar de maneira mais adequada a solução ideal.

A lei só autoriza, portanto, a específica decisão, ou a decisão ideal, para atender a sua finalidade com perfeição. Dessa feita, a discricção administrativa não será um campo de liberdade para que o administrador, entre várias possibilidades comportadas pela norma, eleja quaisquer delas. Deverá optar somente por aquela que for ideal. As circunstâncias fáticas formarão balizas complementares à discricção que está traçada abstratamente na norma. A partir das circunstâncias fáticas vão se reduzindo as hipóteses discricionárias até que o Administrador esteja somente diante da solução ideal que se completa com a finalidade prevista na norma abstratamente (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 33-36).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo analisou-se o instituto da discricionariedade administrativa e algumas reflexões sobre a sua compatibilização com um Estado Constitucional de Direito observador da democracia e dos direitos fundamentais.

Pertinente destacar que a discricionariedade quando observada de uma perspectiva tão somente literal pode comportar aplicação tanto em estados absolutistas e tiranos, quanto em estados democráticos. Assim, é necessária a busca de elementos que a afastem do arbítrio rumo ao Estado Constitucional.

Inegável, conforme se ponderou ao longo do estudo, a tradição histórica do Estado Brasileiro para o patrimonialismo e a personificação da coisa pública, o que demanda ainda mais controle para que os contornos discricionários na Administração não se convertam em instrumentos de pessoalidade que beneficia alguns e persegue outros, colocando as políticas públicas e o interesse público em um segundo plano.

Indispensável será, pois, que a atividade administrativa do Estado se paute por uma observância contundente maior que legalidade, mas do ordenamento jurídico como um todo, especialmente as normas e princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

A leitura do instituto deve abandonar a ideia de “poder discricionário” dando vez a um “dever discricionário”. A discricionariedade não pode ser um lapso legislativo, mas uma opção consciente do legislador que delega ao administrador público o dever de, diante do caso concreto, encontrar a solução ideal para o atingimento da finalidade da norma e a consecução do interesse público em última análise. Assim, o administrador não terá um leque de opções a seu dispor entre as quais escolherá indistintamente, mas o dever de encontrar a ideal.

REFERÊNCIAS

- ABBOUDS, Georges. **Revista de processo**, v. 251, 2016. Disponível em http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/ABBOUD-Georges_Discricionariade-e-penhora.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. I.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Editora Juruá, 2007.
- CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariade Administrativa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, v. 29, p. 79-108, jun. 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FALLA, Fernando Garrido. **Las transformaciones del regimen administrativo**. Madri: Instituto de Estudios, 1962.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 1998.
- FIORINI, Bartolome A. **La discrecionalidad en la administración pública**. Buenos Aires: Alfa, 1952.
- FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. França, 1789.
- FRANÇA. **Constituição Francesa**. França, 1791.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Editora Fórum, 2017.
- KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do Rei: um estudo sobre teologia política medieval**. Tradução Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KRELL, Andreas J. **Discricionariade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MADALENA, Luís Henrique. **Discricionariade administrativa e hermenêutica**. Salvador: JusPodvm, 2016.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Constituição dos novos direitos**. Núbia Fabris: Porto Alegre, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat Baron de la Brèd e de. Do Espírito das Leis. In: **Os Pensadores**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. **La garantia em el Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O poder discricionário da administração**. Coimbra: Coimbra Editora, 1948.

SARRIA, Consuelo. **Discrecionalidad administrativa**. In: ACTO Administrativo. Tucuman: Unsta, 1982.

SILVA, Juvêncio Borges da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. O início da concepção dos Direitos Inalienáveis no Leviatã de Thomas Hobbes. In: TEORIA dos Direitos Fundamentais. Aracaju: CONPEDI, 2015. p. 252-276. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/3a01aj5a/n15s6yf2cN7KF4M8.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

SOUSA, Antônio Francisco de. **A discricionabilidade administrativa**. Lisboa: Danúbio, 1987.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean Jaques. Do Contrato Social. In: OS PENSADORES. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionabilidade administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

WEBER, Max. Os três tipos de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (org.). **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1986.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 21/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 08/04/2022
- Avaliação 2: 20/04/2022
- Decisão editorial preliminar: 08/05/2022
- Retorno rodada de correções: 27/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 16/06/2022

Equipe editorial envolvida

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

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA SOB O PARADIGMA DA SOLIDARIEDADE - ENSAIO SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS

LAND REGULARIZATION AS A WAY OF EMBRACING
THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING UNDER
THE SOLIDARITY PARADIGM - ESSAY ON THE
SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY REGISTER

JULIANA FOLLMER BORTOLIN LISBOA¹

JORGE RENATO DOS REIS²

RESUMO

A solidariedade é um tema antigo, contudo, no âmbito jurídico, enquanto paradigma, é um tema alvissareiro. O direito à moradia é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal Brasileira, assim como o direito à propriedade. Diversos estudos demonstram que o acesso à propriedade, é, também, uma forma de concretização da dignidade da pessoa humana e promove a inclusão social. Assim, busca-se responder à seguinte problemática: Existe uma função social desempenhada pelo Registrador de Imóveis, no procedi-

1 Doutoranda da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA Canoas. Registradora de Imóveis de Lajeado/RS. Autora do livro *A atividade notarial e registral como delegação do poder público*, Porto Alegre: Editora Norton, 2004. Especialista em Direito Notarial e Registral pela IBEST e em Direito Civil Negocial pela Universidade Anhanguera. Integrante do grupo de pesquisas *Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado*, coordenado pelo Professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, ligado ao PPGD-Unisc. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9206-5634>.

2 Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul - FISC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação, mestrado e doutorado da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. Coordenador do grupo de estudos *Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado*, ligado ao PPGD - Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. É advogado atuante. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0925-5328>.

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

LISBOA, Juliana Follmer Bortolin; REIS, Jorge Renato dos. A regularização fundiária como forma de concretização do direito fundamental à moradia sob o paradigma da solidariedade - ensaio sobre a função social do registrador de imóveis. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 96-109, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8237>.

mento de regularização fundiária urbana para fins de concretização do direito fundamental à moradia? Para responder ao questionamento proposto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, visando duas hipóteses: uma hipótese, confirmando a existência da função social do Registrador e outra hipótese, refutando tal função no decorrer do processo de regularização fundiária urbana. Trata-se a regularização fundiária de um instituto que permite o acesso à propriedade do bem imóvel e, em consequência, à própria moradia. O Registrador de Imóveis desempenha um importante papel neste cenário, ao conduzir o processo de regularização fundiária, nos termos da Lei Federal 13.465/2017. Conclui-se que o Registrador de Imóveis desempenha, dentre várias outras atribuições definidas na Lei Federal 8.935/94, um papel relevante para a efetivação da regularização fundiária de ocupações irregulares consolidadas e informais, exercendo uma verdadeira função social.

Palavras-chave: direito fundamental à moradia; propriedade; registro de imóveis; regularização fundiária; solidariedade.

ABSTRACT

Solidarity is an old theme, however, in the legal sphere, as a paradigm, it is a good topic. The right to housing is a fundamental right enshrined in the Brazilian Federal Constitution, as is the right to property. Several studies show that access to property is also a way of achieving human dignity and promoting social inclusion. Thus, seeks to answer the following problem: Is there a social role played by the Property Register, in the urban land regularization procedure for the purpose of realizing the fundamental right to housing? In order to answer the proposed questioning, the hypothetical-deductive method is used, aiming at two hypotheses: one hypothesis, confirming the existence of the Register's social function and another hypothesis, refuting this function in the course of the urban land regularization process. It is the land regularization of an institute that allows access to the property of the immovable property and, consequently, to the housing itself. The Property Register plays an important role in this scenario, when conducting the land regularization process, under the terms of Federal Law 13.465/2017. It is concluded that the Real Estate Register performs, among several other attributions defined in Federal Law 8.935/94, a relevant role for the effectiveness of land regularization of consolidated and informal irregular occupations, exercising a true social function.

Keywords: fundamental right to housing; property; real estate registration; land regularization; solidarity.

1. INTRODUÇÃO

A solidariedade tem sua origem na ética aristotélica e no Cristianismo, passando pela fraternidade da Revolução Francesa, contudo, sua importância, no contexto jurídico, é um tema, relativamente novo, de cunho alvissareiro.

O presente artigo pretende identificar o importante papel social desempenhado pelo Registrador de Imóveis na sociedade brasileira, em especial no processo de regularização fundiária que visa garantir o direito social à moradia, bem como o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade, além de assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O acesso dos cidadãos ao direito fundamental à moradia formal, por meio da regularização fundiária, é função social do Registrador de Imóveis ao desempenhar suas atribuições, que se sustenta no paradigma da Solidariedade.

Em 2004 foi publicada a Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu a tônica da desjudicialização de diversos procedimentos antes somente possíveis através do Judiciário. Muitas inovações legislativas se seguiram, no sentido de permitir um procedimento mais facilitado,

célere e desjudicializado, com redução de custos, dos serviços, para os usuários. São exemplos da desjudicialização: o divórcio realizado na esfera extrajudicial, o inventário e a partilha extrajudicial, a retificação administrativa de nome, retificação administrativa do imóvel (art. 213 da Lei Federal 6015/73), a usucapião administrativa (art. 216-A da Lei Federal 6015/73), dentre tantos outros exemplos.

A regularização fundiária de núcleos urbanos informais, igualmente, teve um grande avanço a partir da Lei Federal 13.465/2017, que facilitou o seu procedimento, com o oferecimento de opção de sua realização através da via extrajudicial ou administrativa, com a tramitação de processo administrativo junto ao Registro de Imóveis da zona da localização do núcleo urbano informal, tornando o procedimento muito mais célere.

Quanto à abrangência do estudo, busca-se analisar a atuação do Registrador de Imóveis, delegatário de Função Pública, o qual, utilizando-se do paradigma da solidariedade, insculpida como Princípio Constitucional no artigo 3º. da Constituição Federal, tem sua atuação orientada por uma função social que atua na concretização da dignidade da pessoa humana. Esta atuação é analisada, no presente estudo, através da regularização fundiária de núcleos urbanos informais, atendendo a todos os requisitos legais e, sobretudo, assegurando um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, questiona-se se, efetivamente, há – ou não – a função social na atuação do Registrador de Imóveis neste processo de regularização fundiária.

Assim, busca-se responder a seguinte problemática: Existe uma função social desempenhada pelo Registrador de Imóveis, no procedimento de regularização fundiária urbana?

Através do método hipotético-dedutivo, a problemática consiste em responder duas hipóteses: uma hipótese, confirmando a existência da função social do Registrador e outra hipótese, refutando tal função no decorrer do processo de regularização fundiária urbana.

Para tanto, analisar-se-á o texto constitucional federal, a lei federal pertinente à regularização fundiária urbana, bem como algumas fontes doutrinárias e princípios registrares, além da análise da solidariedade enquanto novo paradigma da ciência do direito, a partir do conceito de paradigma de Thomas Kuhn.

2. DIREITO À MORADIA, O INFORMALISMO HISTÓRICO E OBJETIVOS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

As dimensões continentais e a extensão territorial do Brasil, revelam realidades sociais fáticas muito distintas de região para região. O País enfrenta graves problemas sociais, fruto de problemas históricos como a desigualdade social que gera a miséria, a fome, a falta de educação, a dificuldade de acesso à saúde, entre outros. Na área da moradia, não é diferente! A miséria contribui para que muitas famílias se alojem em núcleos urbanos informais, muitas vezes em áreas não tituladas ou até mesmo em zonas de risco à saúde e à própria vida.

Tantos direitos fundamentais são perdidos ou violados. Infelizmente, as minorias gritam por direitos no Brasil. Nesta triste realidade socioeconômica, o Brasil possui um texto constitucional promissor, que assegura direitos fundamentais a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui se encontram. A Constituição Federal Brasileira, denominada de Constituição cidadã, pois

tutela direitos fundamentais e, sobretudo, fortalece a democracia e a cidadania. Dessa forma, a Carta Magna brasileira prestigia os princípios da justiça social e do bem-estar e do desenvolvimento social, garantindo padrões mínimos de existência para todos os seres humanos.

O direito à moradia é consagrado como um direito social no art. 6º da Constituição Federal do Brasil, inserido pela emenda constitucional número 26 de 14 de fevereiro de 2000. Portanto, um instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, princípio maior da Constituição Federal, é permitir que a população brasileira tenha acesso à moradia digna. O instituto da regularização fundiária urbana é um eficiente meio para efetivar o direito à moradia formal e o direito à propriedade.

A legislação federal do Brasil fornece mecanismos jurídicos para promover a regularização fundiária, retirando, assim, uma grande parcela da população de núcleos urbanos informais e irregulares - muitas vezes clandestinos -, e passando a assegurar não apenas a moradia digna, com equipamentos urbanos adequados, mas também, fornecendo aos seus moradores a propriedade imobiliária titulada.

Em outras palavras, a regularização fundiária trata dos institutos que buscam a adequação de um empreendimento imobiliário ao ordenamento jurídico, permitindo outorgar título de propriedade a quem se encontra ou se encontrava na clandestinidade, atingindo, assim a concretização da dignidade da pessoa humana.

Conforme a Lei Federal 13.465/2017, a Regularização Fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O professor da Universidade de Milão-Bicocca na Itália, Luigino Bruni (2010), propõe um debate muito inovador e interessante sobre a atuação do poder público, ao tratar da felicidade pública:

O adjetivo *público* associado à palavra felicidade é muito importante: diferentemente do uso corrente nos dias de hoje, que liga o termo à intervenção do governo, naqueles autores dizer que a felicidade era pública significava reconhecer que, ao contrário do que ocorre com a riqueza, a felicidade só pode ser gozada graças com e graças aos outros: eu posso ser rico até sozinho, mas, para ser feliz, preciso da companhia de pelo menos mais uma pessoa. Além disso, a felicidade era dita pública não por se referir tanto à felicidade do indivíduo como tal, mas às *precondições institucionais e estruturais que permitem aos cidadãos desenvolver* (ou, quando faltam, não lhes permitem desenvolver) sua felicidade individual (BRUNI, 2010, p. 65).

Numa citação importante sobre o tema, o Professor da escola da USP, Celso Fernandes Campilongo (2014, p. 156), trata do informalismo quanto à moradia e à propriedade imobiliária e a triste realidade social vigente:

A literatura sociológica sobre as favelas, especialmente de sociologia jurídica, registra formas precárias de “notariado popular”. Sem acesso aos Tabelionatos de Notas e aos registros Imobiliários, os possuidores desses imóveis vivem à mercê de todo tipo de “substituto” funcional do sistema notarial e registral. Farmácias, papelarias e até bares funcionam com precariedade e abusividade fáceis de imaginar, como arquivos extraoficiais de “lavatura” e

“registro” de transferência de imóveis. Não há solução fácil para esse grave problema social, jurídico e econômico. Entre as fronteiras do que a lei determina e do que a vida impõe, notários e registradores já desempenham e, pode-se vaticinar, desempenharão papel extremamente relevante para a regularização judiciária dos imóveis. Aqui também, nossos estudiosos ainda não se deram conta de quanto aos custos de transações e externalidades positivas para a economia de mercado, da atuação mais intensa das serventias extrajudiciais (CAMPILONGO, 2014, p. 156).

O conceito de Regularização Fundiária merece ser entendido, portanto, como um verdadeiro processo social, jurídico e econômico de transformação, com a intervenção do Poder Público na propriedade privada ou pública, em decorrência de evidente interesse social, visando legalizar a permanência de possuidores em núcleos urbanos informais que se encontram em desconformidade com a legislação brasileira.

Dessa forma, concretiza-se o direito social à moradia, a função social da propriedade e até mesmo da própria cidade. O ordenamento jurídico pátrio permite que a pessoa que já possua a sua moradia, possa se tornar proprietária, isto é, titular do direito de propriedade, que seu título seja recepcionado no Registro imobiliário, migrando da informalidade para o direito formal dotado de segurança jurídica.

A legislação que trata da regularização fundiária urbana permite a regularização de núcleos urbanos informais e tem como prerrogativa fundamental a busca de melhorias para as condições ambientais do espaço urbano, isso como premissa fundamental à integração social, à salubridade e à qualidade de vida da população brasileira.

No âmbito constitucional verifica-se a total relevância constitucional da dignidade da pessoa humana – em alemão denominado de *“Die Würde des Menschen”*, um verdadeiro vetor constitucional – ao estabelecê-lo como cláusula pétrea constitucional, no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV e ao prestigiar a dignidade de cada ser humano, garantindo a ele direitos mínimos de sua existência.

Para compreender a atual posição do ser humano, numa análise da constitucionalização do direito privado e as mudanças que o direito privado tem passado, Reis (2009, p. 135) trata do papel central que a pessoa com a constitucionalização do direito privado:

Ocorre, assim, a repersonalização do direito privado, no sentido de (re)colocar o indivíduo no topo da proteção deste direito privado, onde se pode citar, nesse sentido, o atual Código Civil Pátrio, que regula institutos civilísticos como a propriedade e os contratos, subordinados à sua função social e à boa-fé (REIS, 2009, p. 135).

A regularização fundiária urbana tem como base legislativa a Lei Federal 13.465/2017 - regulamentada pelo Decreto 9.310/2018, que aprimora institutos introduzidos pela Lei Federal 11.977/2007, bem como introduz algumas novidades, como o direito de laje e a legitimação fundiária, além do estudo de outros diplomas legais. Tal diploma jurídico consagra três espécies de regularização fundiária: a) a regularização fundiária urbana de interesse social - Reurb de interesse social (art. 13, inc. I) – que terá o Município como responsável pela adequação das obras de infraestrutura social e se limita a núcleos urbanos informais ocupados por pessoas de baixa renda (isto é, a renda familiar não pode ser superior ao quádruplo do salário mínimo vigente no Brasil); b) a regularização fundiária urbana de interesse específico - Reurb de interesse específico (art. 13, inc. II) – dirige-se a núcleos urbanos informais ocupados por pessoas

que não se incluam no conceito de pessoas de baixa renda, sendo que nesta modalidade de regularização fundiária, o projeto que definirá quem será o responsável pela implantação ou adequação; c) a regularização fundiária urbana inominada - Reurb inominada (art. 69), refere-se à regularização de loteamentos antigos, isto é, anteriores à vigência da lei de loteamentos (Lei Federal 6.766/1979).

Os objetivos das Reurbs são apresentados no art. 2º do Decreto 9.310/2018, que esclarecem exatamente os propósitos da regularização fundiária urbana:

I - identificar os núcleos urbanos informais a serem regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;

II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;

III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;

IV - promover a integração social e a geração de emprego e renda;

V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;

VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;

VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;

VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

IX - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;

X - prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;

XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher; e

XII - franquear a participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária (BRASIL, 2018).

O doutrinador constitucionalista José Afonso da Silva (2018), ao referir o direito urbanístico brasileiro, menciona:

A função urbanística, em sua atuação mais concreta e eficaz, como temos dito, é exercida no nível municipal. Foi aí que nasceram os planos de desenvolvimento urbano, em forma de *planos diretores*, que estabeleciam regras para o desenvolvimento físico das cidades, vilas e outros núcleos urbanos do Município.

Atualmente, com a Constituição de 1988, assume o plano diretor, a função de instrumento básico da política urbana do Município, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar da comunidade local (art. 182) (SILVA, 2018, p. 98).

Rogério Gesta Leal, no seu artigo doutrinário *Proposições interpretativas do ato administrativo no âmbito da teoria constitucional e social da administração pública*, trata da importância da publicidade, transparência dos atos, ensina:

Considerando-se que a democracia constitucional que se põe à prática contemporânea tem como pressuposto fundante contar com a participação direta dos cidadãos, especialmente, para efeito de fiscalização, controle da juridicidade e da moralidade administrativa, há que se concluir que não se pode cuidar de exercer os direitos políticos sem o conhecimento do que se passa no estado. Mais do que isso, a partir deste parâmetro conceitual, organizacional e operacional do Estado Constitucional brasileiro de que estamos falando, mister é reconhecer, na verdade, a participação da cidadania em todos os momentos da gestão do espaço civilizatório em que vive (inclusive o que está representado no Estado Administrador), como condição de legitimidade e mesmo validade das ações estatais - notadamente naquelas circunstâncias em que tal situação se apresenta como condição de ação do ente administrador (LEAL, 2005, p. 1319).

A Lei Federal 13.465/2017 institui, no ordenamento jurídico pátrio, normas gerais e procedimentos aplicáveis à regularização fundiária urbana/Reurb, revelando a importância da conjugação de esforços do Município, do Judiciário, do Ministério Público, do Notário, do Registrador de Imóveis, de profissionais da área arquitetura e de ambientalistas, importando numa verdadeira atuação multidisciplinar para a busca da regularização fundiária.

Tratando de direitos sociais, cabe mencionar a perspectiva do bem comum em sociedade, o Professor Alenilton da Silva Cardoso sentencia:

De nada adianta o país se desenvolver em termos de economia, se em contrapartida degrada o seu meio ambiente. Por trás dessa relação, persiste a existência e a dignidade da pessoa humana condicionando a legitimidade da própria economia, que se sujeita, também, ao atendimento da justiça social. Desenhado por este novo paradigma constitucional, o direito contemporâneo tem seus institutos jurídicos redimensionados em prol do bem comum em sociedade, rompendo-se com o comportamento egoístico do século passado. De uma concepção individualista, passa a ordem jurídica de hoje a uma fase cunhada pelos ideais de Justiça distributiva e social, relacionadas, por seu turno, à transmutação dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões (CARDOSO, 2014, p. 207).

Necessária, portanto, a atuação do registrador de imóveis, norteadada pelo paradigma jurídico da solidariedade, para que possa, juntamente com demais atores institucionais, trabalhar para amenizar o problema social da moradia do brasileiro, como se verá no capítulo seguinte.

3. A ATUAÇÃO DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS E A SOLIDARIEDADE ENQUANTO PARADIGMA JURÍDICO

Inicialmente, será abordada a Solidariedade, na sua atuação jurídica, em decorrência do seu status de Princípio Constitucional, previsto no artigo 3º., da Constituição Federal brasileira. A solidariedade conduz a uma nova forma de entender e compreender a relação existente entre a pessoa e a sociedade, assim como entre a pessoa e o Estado. Não se confunde, portanto, solidariedade com filantropia ou piedade, haja vista, tratar-se estas últimas de atos de liberalidade, de fraternidade, enquanto solidariedade é tratada como norma jurídica. Trata-se, assim, de uma nova forma de pensar e encarar a sociedade de um modo geral.

O vetor principal é a dignidade da pessoa humana, enquanto indivíduo, mas surge uma sutil e importante perspectiva: modifica-se a forma de encarar as relações jurídicas, altera-se a forma de viver em comunidade, altera-se o arquétipo, prima-se pelo bem-estar social, pensa-se em prol da outra pessoa e em prol do coletivo.

Para estudar esse tema dos paradigmas, parte-se da teoria de Thomas S. Kuhn, na obra *La estructura de las revoluciones científicas* (1996), traduzida por Agustin Contin, sendo que na versão original, o título da obra é *The structure of scientific revolutions* (1961). O autor aborda o estudo da prioridade dos paradigmas. Ao estabelecer conclusões preliminares sobre o tema das prioridades dos paradigmas, ele propõe um questionamento e sentencia:

Si la ciencia normal es tan rígida y si las comunidades científicas están tan estrechamente unidos como implica la exposición anterior, como es posible que un cambio de paradigma afecte sólo a un pequeño subgrupo? Lo que hasta ahora se há dicho, puede haber parecido implicar que la ciencia normal es una empresa única, monolítica y unificada, que debe sostenerse o derrumbarse tanto con cualquiera de sus paradigmas como con todos ellos juntos. Pero, evidetentemente, la ciencia raramente o nunca es de esse tipo (KUHN, 1996, p. 89).

Kuhn esclarece que, com frequência vendo todos os campos ao mesmo tempo, parece mais uma estrutura desvencilhada com muita pouca coerência entre as suas diversas partes. E conclui (KUHN, 1996, p. 89):

Sin embargo, nada de lo dicho hasta este momento debería entrar em conflicto con esa observación tan familiar. Por el contrario, sustituyendo los paradigmas por reglas podremos comprender com mayor facilidade la diversidad de los campos y las especialidades científicas. Las reglas explícitas, cuando existen, son generalmente comunes a un grupo científico muy amplio; pero no se pude decirse lo mismo de los paradigmas (KUHN, 1996, p. 89).

Assim, o paradigma refere-se a uma nova ordem, uma nova realidade, que rompe com o modelo anterior, para construir um novo modelo. O paradigma parte de pressuposto de que não existem verdades absolutas, todas as verdades são transitórias, até que se prove o contrário, por meio da ciência. E mais, não existe um único método científico, mas o autor revela que se pode pesquisar um determinado tema e chegar a paradigmas diferentes. E até a métodos diferentes.

Kuhn (1996), na referida obra, sobre a resolução das revoluções - *resolución de las revoluciones* – ensina que:

Sin embargo, está implicado algo más que la inconmensurabilidad de las normas. Puesto que los nuevos paradigmas nacen de los antiguos, incorporan ordinariamente gran parte del vocabulário y de los aparatos, tanto conceptuales como de manipulación, que previamente empeló el paradigma tradicional. Pero es raro que empleen exactamente del modo tradicional a esos elementos que han tomado prestados. En el nuevo paradigma, los términos, los conceptos y los experimentos antiguos entran en relaciones diferentes unos com otros. El resultado inevitable es lo que debemoos llamar, aunque el término no sea absolutamente correcto, um malentendido entre las dos escuelas em competencia (KUHN, 1996, p. 231).

Quando se tem paradigmas, tem-se transações paradigmáticas. Isto se dá quando determinado tema - objeto da pesquisa – muda, sofre mudanças. Em suma, a ideia do paradigma não significa apenas mudança do curso, mas sim, significa que ocorre uma mudança geral,

em outras palavras, numa linguagem bem acessível significa que “muda tudo”, muda o conhecimento, transforma, ou melhor, rompe com os fundamentos originais e passa a se trabalhar com novas referências. Daí dizer-se que ocorre uma mudança paradigmática.

O Princípio da Solidariedade pertence ao rol de princípios constitucionais, que determinam uma nova interpretação, isto é, uma nova hermenêutica do ordenamento jurídico, já que a solidariedade é inserida no sistema jurídico brasileiro como um verdadeiro paradigma jurídico.

Nesse sentido, Cardoso, um dos precursores sobre a temática da solidariedade enquanto paradigma ético do direito contemporâneo ensina que:

Visto que o valor da solidariedade está sedimentado como uma posição contrária à indiferença social e ao egoísmo exacerbado, imbricando, pois, num sistema jurídico voltado para a dignidade plena do ser humano, onde a todos se atribui a responsabilidade social, compete agora analisar o tema como confirmação para o Direito de um novo paradigma (CARDOSO, 2014, p. 166).

A fraternidade também é tema largamente debatido entre doutrinadores renomados. Baggio na obra *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*, estabelece algumas conclusões relevantes:

Concluindo, considero que é possível dizer que a fraternidade assume uma dimensão política adequada – sendo, portanto, intrínseca ao próprio processo político, e não estranha ou a ele aplicada como algo externo, somente se realizam pelos menos duas importantes condições: a primeira: a fraternidade passa a fazer parte constitutiva do critério de decisão política, contribuindo para determinar, junto com a liberdade e a igualdade, o método e os conteúdos da própria política; a segunda: consegue influir no modo como são interpretadas as outras duas categorias políticas, a liberdade e a igualdade. Deve-se, de fato, garantir uma interação dinâmica entre os três princípios, sem deixar de lado nenhum deles, em todas as esferas públicas: a política econômica (decisões sobre investimentos, distribuição de recursos), o legislativo e o judiciário (equilíbrio dos direitos entre pessoas, entre pessoas e comunidades, entre comunidades) e o internacional (para responder às exigências das relações entre os Estados, bem como para enfrentar os problemas de dimensão continental e planetária (BAGGIO, 2008, p. 23).

Cardoso (2014) propõe, ainda, uma interessante reflexão sobre o futuro do direito privado e do direito público:

O Direito Privado hodierno e, também, o direito Público encontra-se diante de um novo paradigma. Às voltas com a ética e com a constatação de que o mundo só tende a piorar caso os seres humanos não se importarem uns com os outros, o valor da solidariedade traz a reflexão acerca da função social do Direito, do Estado, mas, sobretudo, dos particulares, principalmente, porque estes também são responsáveis pela desigualdade instituída na civilização humana, haja vista o egoísmo a indiferença e o excesso de individualidade que até aqui temos tratado (CARDOSO, 2014, p. 167).

Feitas tais considerações sobre o novo paradigma da solidariedade, cabe, neste momento, tratar da relevância do papel dos registradores no sistema jurídico brasileiro. A Carta Magna brasileira estabelece que a delegação da atividade registral aos particulares, está descrita no artigo 236 da Constituição Federal Brasileira, que prescreve que a delegação da atividade registral dá-se a particulares que ingressem na atividade por Concurso Público de Provas e Títulos, conforme dispõe o referido art. 236 regulamentado pela Lei Federal 8.935/94, que é o

verdadeiro regime jurídico constitucional da atividade registral. Sendo que o papel do registrador no sistema jurídico pátrio é de suma importância, para a busca da segurança jurídica e a manutenção da paz social.

Sobre a natureza jurídica da atividade registral, cabe esclarecer que se trata de uma natureza *sui generis*, pois não se equipara a qualquer outra modalidade de delegação pública. Já que a delegação é conferida a um particular, submetido e aprovado em concurso público, sua atuação profissional é fiscalizada pelo Poder Judiciário. O registrador é responsável pela administração do serviço, contratação de todos os colaboradores, além de suportar todas as despesas decorrentes da serventia extrajudicial.

Os princípios da atividade registral- enquanto mandamentos de otimização - são verdadeiros pilares da área registral. Muitos são os princípios norteadores da atividade registral imobiliária apontados pela doutrina brasileira, menciona-se alguns mais relevantes: O princípio da legalidade, o princípio da publicidade, o princípio da instância ou rogação - segundo o qual o registrador de imóveis é o receptor passivo dos títulos a serem trazidos ao folio real, que dependem da atuação do interessado -, o princípio da conservação dos livros e documentos dos quais promova a custódia -, o princípio da prioridade do título que primeiro ingressar no Registro - que terá preferência sobre outro título que será apresentado posteriormente - o princípio da autonomia e independência registral, o princípio da especialidade objetiva, dentre outros.

A solidariedade, enquanto Princípio Constitucional, conduz, como se viu, a uma nova forma de entender e compreender a relação existente entre a pessoa e a sociedade, assim como entre a pessoa e o Estado.

Na visão do constitucionalista alemão Konrad Hesse (1991, p. 11), a Constituição prestigia a natureza individual do presente, o que permite constantes modificações da sua interpretação, embora mantendo o seu texto original, tornando a Constituição viva e não um pedaço de papel (*ein Stück Papier*) como preconizava Ferdinand Lassalle mencionado na obra de Konrad Hesse.

O desembargador e doutrinador Ricardo Dip (2017) aborda magistralmente o tema da segurança jurídica no âmbito do registro imobiliário:

A certeza relativa do registro é a “certeza da segurança”, quer dizer, não é a certeza gnosiológica ou sólida adesão mental a um dado conhecimento, mas, isto sim, a repercussão subjetiva, pessoal e comunitária, de que o registro custodia situações jurídicas e não permitirá vicissitudes que as prejudique, salvo com o consentimento de seus beneficiários inscritos ou mediante processos regulares com sua vocação e possível defesa.

Não se saberia mitigar a importância desta função defensiva: o registrador, ao ser custódio de “seus” registros, é a sentinela dos direitos de toda a comunidade; ao guardar, no registro predial, a inscrição jurídica da propriedade imobiliária, o registrador é também, com isto, um zeloso militante do bem comum, um defensor das liberdades pessoais concretas (DIP, 2017, p. 38-39).

Por fim, a análise do papel do registrador de imóveis na sociedade brasileira atual, passa, também, pela análise da força normativa da Constituição, (*Die normative Kraft der Verfassung*, à luz da teoria de Konrad Hesse, com a demonstração de que a Constituição tem uma força própria, que motiva e ordena a vida do Estado e da sociedade, todavia, para alcançar a eficácia da norma deve-se levar em conta as concepções sociais e o *baldrame axiológico que influenciam as normas*. Assim, Konrad Hesse (1991) ensina:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas (HESSE, 1991, p. 14).

Críticas são disparadas sobre a burocracia no Brasil, querendo, alguns, afirmar que o serviço registral é burocrático. Contudo, não se pode confundir segurança jurídica com burocracia. O que os registradores e notários buscam é a segurança jurídica das relações privadas, para tanto é dever profissional, observar rigorosamente o preenchimento de todos os requisitos legais, a fim de concretizar o direito.

Insta esclarecer que os registradores desempenham um papel de grande destaque no importante movimento da desjudicialização dos procedimentos, que, a exemplo do inventário e da partilha, do divórcio extrajudicial, da retificação administrativa, da usucapião extrajudicial, tem enaltecido o relevante papel do registrador para a diminuição da morosidade dos procedimentos – o que tem sido constantemente elogiado pela sociedade – o que tem determinado a efetivação dos direitos de forma mais célere. Neste sentido, o registrador imobiliário é agente colaborador para a efetivação do direito constitucional à moradia e da concretização da regularização fundiária à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988 e dos princípios norteadores de tal atividade.

Os princípios da legalidade, publicidade, concentração da matrícula, dentre outros - enquanto mandamentos de otimização - verdadeiros pilares norteadores da área registral - norteiam o agir do registrador, pautado na busca da segurança jurídica.

O registrador de imóveis desempenha suas atribuições legais, atentando ao dever de prudência, formando o seu juízo da consciência, que após firmado, autoriza o registro ou a averbação, conforme o caso em questão. Lembrando que as origens da prudência remontam aos ensinamentos aristotélicos.

Ricardo Dip (2018) ensina sobre a prudência do registrador de imóveis;

O que se pode nomear “prudência registral” (na medida em que seja uma das espécies da prudência jurídica) atrai uma complexa congregação cognoscitiva, desde um conhecimento de caráter universal, que diz respeito aos princípios e às leis da conduta (entre elas, as regras humanas determinativas, que são condicionantes externos e variáveis para a ação) até um conhecimento de natureza particular, que concerne às circunstâncias do caso objeto (é dizer, da ação a que se visa). Este último conhecimento, o do singular, é próprio da cogitativa humana ou *ratio particularis* (trata-se de um sentido interno que, sob o influxo do entendimento, capta os entes e os valores particulares) (DIP, 2018, p. 132).

No mesmo sentido, além de conferir dignidade à pessoa que passou a ser um feliz proprietário de um imóvel urbano que passa a chamar de seu – concretizando o direito à felicidade -, a Reurb é um instituto que regulariza e incorpora núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano, efetivando o direito à moradia para centenas ou milhares de pessoas, o que vem ao encontro do propósito do Princípio da Solidariedade.

Pode-se afirmar que é obrigação/dever do Estado regularizar os núcleos urbanos informais, para dar efetividade às diretrizes constitucionais sobre política urbana, contribuindo para o a difusão do direito à cidade.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar que o direito de moradia é um direito social. Por outro lado, ficou evidenciado a importância da solidariedade como vetor dos direitos sociais, como forma de pensar o direito constitucional na atualidade.

A solidariedade consagrada como objetivo da Carta Magna – no art. 3º - é considerada, pela doutrina, como direito de terceira dimensão e como verdadeiro instrumento de concretização da dignidade humana, princípio *mater* da Constituição Federal. Conforme exposto pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 316), os direitos de terceira dimensão, também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação) caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa).

Assim, a solidariedade passa a ser um dos paradigmas sociais, e remete a uma nova compreensão da relação existente entre a pessoa e a sociedade, assim como entre a pessoa e o Estado, mas, também, e especialmente, entre uma as pessoas nas suas relações intersubjetivas. Trata-se de uma nova forma de pensar e encarar a sociedade de um modo geral. Em outra perspectiva, pode-se afirmar que se modifica a forma de encarar as relações jurídicas, altera-se a forma de viver em comunidade, prima-se pelo bem-estar do outro e em consequência, no bem-estar social, pensa-se em prol do coletivo – e não apenas em prol do bem-estar individual.

Destacou-se, também, que com o advento da Reurb (regularização urbana) – prevista na Lei Federal 13.465/2017, vieram instrumentos facilitadores para a regularização de núcleos urbanos informais, retirando inúmeras famílias de uma situação de informalidade, conferindo-lhes a propriedade de suas moradias e promovendo a inclusão social. O que também traduz na concretização da dignidade da pessoa humana, pois diversas pessoas, que jamais imaginaram ser titulares de um bem imóvel, passaram a ter a propriedade definitiva da sua moradia, traduzindo-se numa ideia de felicidade, de realização pessoal, permitindo dispor de seu bem imóvel, inclusive, deixar o patrimônio para seus descendentes, por ocasião da morte do titular da propriedade.

A aludida legislação federal está à disposição dos entes públicos e dos particulares, que pretendam regularizar núcleos urbanos informais, elevando tais situações à categoria de bens imóveis formais titulados, que passam a ter ingresso no fôlio real.

Para a regularização fundiária há a conjugação de esforços conjuntos de vários atores distintos: Município, Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Juízes, Procuradores Municipais, Tabeliães, Registradores de Imóveis, juntamente com Engenheiros, Topógrafos, Agrimensores, Arquitetos, dentre outros, que atuam em conjunto para o desenvolvimento urbano adequado da sociedade brasileira, que concretizam a regularização urbana.

Pode-se, assim, concluir que o Registrador de Imóveis desempenha, dentre várias outras atribuições definidas na Lei Federal 8.935/94, um papel relevante para a efetivação da regularização fundiária de ocupações irregulares consolidadas e informais, exercendo uma verdadeira função social. E a regularização fundiária urbana concretiza, assim, o direito fundamental à moradia formal e o direito à propriedade, o que, por sua vez, representam, em apertada síntese,

a concretização da própria dignidade da pessoa humana, instrumentalizada pelo novo paradigma do Princípio da Solidariedade.

Para finalizar, reitera-se que a solidariedade desperta os sentimentos de colorir aquelas cenas tristes, isto é, toda a discriminação, tratamento desigual, desumano, são cenas gris, que embrutecem a natureza humana. A solidariedade tem como objetivo espancar as desigualdades, cenas que nos pareciam preto e branco antes, aparecem agora, com o colorido do equilíbrio, do respeito, do bem comum.

A própria Pandemia da Covid-19, revela, mais nitidamente, o nascimento de um hábito de se unir, de gerar união, de reforçar a necessidade do cuidado ao outro, para construir um mundo melhor, onde todos possam ser agentes de mudanças, um mundo onde uns se preocupam com os outros.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antônio Maria. **O princípio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução: Durval Cordas. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

BRUNI, Luigino. **Eficiência, equidade, felicidade pública**. Tradução Durval Cordas. Vargem Grande Paulista/SP: Editora Cidade Nova, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado**: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo/SP: Saraiva, 2014.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Ed. Ixtlan, 2014.

DIP, Ricardo. **Registro de imóveis (princípios)**. Tomo I. Descalvado, SP: PrimVs, 2017.

DIP, Ricardo. **Registro de imóveis (princípios)**. Tomo II. Descalvado, SP: PrimVs, 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Fabris Editor, 1991.

KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. Tradução Agustin Contin. Buenos Aires: Fondo de Cultura económica, 1996.

LEAL, Rogério Gesta. Proposições interpretativas do ato administrativo no âmbito da teoria constitucional e social da administração pública. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (coord.). **Direitos Sociais e Políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul/RS: Edunisc, 2005.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para análise. **Revista Atos e Fatos**, Caxias do Sul, v. 1, p. 126-139, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 03/09/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/09/2020
- Avaliação 1: 14/10/2020

- Avaliação 2: 06/01/2022
- Decisão editorial preliminar: 30/01/2022
- Retorno rodada de correções: 12/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 15/05/2022

Equipe editorial envolvida

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

MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PESSOAS: REFLEXÕES SOBRE O ADVENTO DA TECNOLOGIA E SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO¹

ELECTRONIC MONITORING OF PEOPLE:
THOUGHTS ON THE ADVENT OF THE TECHNOLOGY AND
ITS APPLICATION IN THE BRAZILIAN CONTEXT

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH²
MARIANA CHINI³

RESUMO

A pesquisa objetiva analisar o advento da tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas e sua aplicação no contexto nacional, sentido em que levanta a seguinte problemática: a tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas em esfera penal no Brasil é ferramenta de expansão de liberdades ou de ampliação de controle sobre os indivíduos monitorados? Como hipótese preliminar, portanto, suscita-se a perspectiva de que, em que pesem as possibilidades de maior liberdade apresentadas pelo dispositivo, em esteira prática, o limiar de controle que estabelece acaba por superá-las. No intuito de analisar tal hipótese, o artigo subdivide-se em duas seções, sendo a primeira concernente a reflexões sobre o advento da tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas e a segunda voltada para o estudo de sua aplicação no contexto penal brasileiro, utilizando-se de parâmetros metodológicos de abordagem hipotético-dedutiva, seguida de análises bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais.

Palavras-chave: ampliação de controle; expansão de liberdades; garantias fundamentais; monitoração eletrônica de pessoas.

- 1 Pesquisa realizada no âmbito do Projeto "REDE DE COOPERAÇÃO ACADÊMICA E DE PESQUISA: EFICIÊNCIA, EFETIVIDADE E ECONOMICIDADE NAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA COM UTILIZAÇÃO DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E INTEGRAÇÃO DE BANCOS DE DADOS", mediante financiamento do Edital PROCAD/CAPES nº 16/2020 – Segurança Pública e Ciências Forenses.
- 2 Doutor em Direito Público (UNISINOS). Professor do Curso de Direito da UNIJUÍ e do Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ. Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). Pesquisador Gaúcho – Edital FAPERGS nº 05/2019. Coordenador do Projeto PROCAD/CAPES "Rede de cooperação acadêmica e pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de serviços de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados". LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0354947255136468>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-7365-5601>.
- 3 Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bolsista pelo Programa de Cooperação Acadêmica em Segurança Pública e Ciências Forenses - PROCAD/CAPES. Mestra na área de Novos Paradigmas do Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Integrante dos Projetos de Pesquisa: "Eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados", "Eficiência e economicidade de políticas de monitoração eletrônica de pessoas no âmbito penal no Brasil" e "Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política". Integrante dos Grupos de Pesquisa: "Dimensões do Poder e Relações Sociais" e "Biopolítica e Direitos Humanos", ambos certificados pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/8024774011734693>.

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

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CHINI, Mariana. Monitoração eletrônica de pessoas: reflexões sobre o advento da tecnologia e sua aplicação no contexto brasileiro. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 110-123, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8854>.

ABSTRACT

The research aims to analyze the advent of the technology of electronic monitoring of people and its application in the national context, sense in which raises the following problem: is the technology of electronic monitoring of people in penal sphere in Brazil a tool of extension of freedom or one of control enlargement on the monitored individuals? Therefore, as a preliminary hypothesis, it is prospected that, despite the possibilities of more freedom presented by the device, in practice, the threshold of control that is established ends up overcoming them. In order to analyze this hypothesis, the article is divided into two sections: the first concerning about reflections on the advent of electronic monitoring of people and the second one focused on the study of its application in the Brazilian criminal context, being used methodological parameters of a hypothetical-deductive approach, followed by bibliographic, legislative and jurisprudential analyzes.

Keywords: control enlargement; fundamental guarantees; extension of freedom; electronic monitoring of people.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em uma análise histórico-temporal pode-se compreender a tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas como novidade, especialmente no Brasil, onde a primeira hipótese de utilização surge a partir de medida legislativa proposta em 2007, havendo posterior instituição apenas em 2010, com o advento da Lei Federal nº 12.258/2010 (BRASIL, 2010).

Todavia, em termos genealógicos, a tecnologia antecede a estas datas, tendo iniciado sua constituição em 1969, nos Estados Unidos, com a intenção inicial de possibilitar a detecção de sinais físicos e neurológicos – à distância - de pessoas consideradas socialmente inaptas, vindo a ser testada em âmbito penal apenas a partir de 1982, no mesmo país.

Em uma verificação voltada para a conjuntura tecnológica contemporânea pode-se depreender que mais de meio século é um grande transcurso, porém, muitos problemas verificados na época da criação, e de pesquisas iniciais acerca da ferramenta, sofreram prolongamento ao longo do tempo, não tendo ainda alcançado soluções satisfatórias, como é o caso da tendência de utilização do dispositivo apenas para vigilância e não para reabilitação e de uma forma de invasão de privacidade que se estende para além do cárcere e ocupa todos os espaços da vida, não apenas dos monitorados, mas igualmente daqueles que os cercam.

Dessa forma, suscita-se a problemática: a tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas em esfera penal no Brasil é ferramenta de expansão de liberdades ou de ampliação de controle sobre os indivíduos monitorados?

Em termos iniciais se compõe a hipótese de que, embora a tecnologia seja apresentada como possibilitadora de maior liberdade, em um contexto prático, o limiar de controle por ela estabelecido acaba superando tais possibilidades.

Para verificar a confiabilidade, ou não, de tal hipótese, segue-se, portanto, uma abordagem metodológica hipotético-dedutiva, seguida de análises bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais, subdividindo-se o artigo em duas seções: a primeira concernente a reflexões sobre o advento da tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas e a segunda voltada para o estudo de sua aplicação no contexto penal brasileiro.

2. MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PESSOAS: REFLEXÕES SOBRE O ADVENTO DA TECNOLOGIA

Investigar a gênese da tecnologia de monitoração eletrônica é um exercício significativo não apenas para compreender as intenções iniciais da ferramenta, mas também para melhor identificar o cerne das problemáticas que afligem o contexto atual de sua utilização.

Um primeiro ponto essencial a ser compreendido é o de que a real intenção da tecnologia tem uma vinculação intrínseca com a noção de controle, pois desde as primeiras experiências que a envolvem observa-se o objetivo de possibilitar a localização – a qualquer tempo e em qualquer lugar - de indivíduos considerados perigosos. Como diriam Lima, Almeida e Fayet (2019, p. 78), o objetivo do monitoramento seria “controlar o indivíduo que cumpre pena ou que está de alguma forma custodiado pelo Estado sem retirá-lo do seu meio social”.

Observa-se que, em 1964, dois pesquisadores do Comitê Científico de Experimentação Psicológica da Universidade de Harvard - os irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel⁴ -, iniciaram pesquisas voltadas à possibilidade de criar um sistema capaz de detectar, à distância, sinais físicos e neurológicos de pessoas consideradas inaptas socialmente, o que foi feito a partir da utilização de “um conjunto de tecnologias de transmissão de dados resultante da interconexão entre os recursos disponibilizados pelas telecomunicações, a informática e a engenharia eletrônica, mediante o que foi posteriormente denominado de comunicação telemática” (CAMPELLO, 2019a, p. 17).

O experimento resultou na criação de um transmissor portátil denominado Transmissor-Ratificador de Comportamento⁵ (AZEVEDO E SOUZA, 2016, tradução nossa), que continha uma bateria, um transmissor e um sensor, emitindo sinais para um laboratório, no qual se produziam gráficos capazes de apresentar a localização do usuário (AZEVEDO E SOUZA, 2016).

Um dos criadores do dispositivo, o pesquisador Ralph Schwitzgebel, em 1969, já sinalizava benefícios, como a possibilidade de que a ferramenta apresentasse novas alternativas para o encarceramento de infratores, todavia, também alertava para a existência de perigos potenciais na utilização do sistema (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 597).

A título de benefícios, Ralph apontava para os sistemas de resgate e reabilitação de pessoas, que traziam a possibilidade de monitorar a frequência cardíaca e a localização de pacientes com problemas de coração, os quais teriam maiores facilidades para pedir e receber socorro em casos de infarto, por exemplo. Além disso, em relação às situações de encarceramento, o pesquisador asseverava que a utilização adequada do equipamento poderia servir para “estender os direitos de reincidentes ou pacientes mentais, facilitando seu retorno precoce a maior liberdade na comunidade”⁶ (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 597-598, tradução nossa).

Essa visão benéfica é utilizada, inclusive no Brasil, quando da apresentação de Projeto de Lei sobre a monitoração eletrônica de pessoas (PL nº 175), proposto pelo Senador Magno Malta (PL/ES) em 2007, quando ele argumenta que o dispositivo auxiliaria na reinserção social

4 Em 1983, o sobrenome “Schwitzgebel” foi encurtado para “Gable” (GABLE, 2015, p. 4).

5 Behavior Transmitter-Reinforcer (BT-R). (AZEVEDO E SOUZA, 2016).

6 “[...] extend the rights of recidivists or mental patients by facilitating their early return to greater freedom in the community” (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 597-598).

de condenados e na manutenção de vínculos familiares, empregatícios e sociais (BRASIL, 2007, p. 1).

Por outro lado, as possíveis consequências negativas da utilização da ferramenta – mesmo tendo sido apontadas ainda em seu processo de criação – foram ignoradas ao longo dos anos. Ressalte-se que Schwitzgebel (1969, p. 598, tradução nossa) já apontava que “o mau uso de tecnologia eletrônica poderia ter consequências extremamente graves para as liberdades civis dos infratores e do público em geral”⁷.

Na esteira das consequências indesejadas da utilização da tecnologia pode-se verificar o exemplo da invasão de privacidade, que ganha contornos mais aprofundados no monitoramento telemático, pois, quando o indivíduo é preso no cárcere usual, a invasão de sua privacidade fica restrita a esse espaço, mas quando ele está utilizando o dispositivo de vigilância eletrônica, todos os espaços que ocupa – bem como as relações que mantém e as atividades que exerce - são também invadidos. Dessa forma, estende-se o controle sobre a pessoa para além dos limites das infrações cometidas por ela (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 606-607).

Nesse sentido, Campello compreende que, na realidade brasileira, “a supervisão eletrônica tem sido aplicada de maneira complementar ao cárcere, *ampliando* e *intensificando* os controles penais [...]” (CAMPELLO, 2019b, p. 84, grifo do original). A complexidade é tamanha, que o autor aponta até mesmo situações em que os indivíduos que fazem uso da tornozeleira eletrônica chegam a se esconder dos vizinhos, construindo muros ou permanecendo dentro de seus quartos (CAMPELLO, 2019b, p. 93).

Outros grandes riscos sublinhados por Schwitzgebel (1969, p. 607-608, tradução nossa) são o da tendência em utilizar o sistema de reabilitação eletrônica apenas para vigilância e não para a reabilitação, bem como “a extensão da vigilância involuntária a grupos geralmente não encarcerados”⁸. Nessa constante, realizar-se-iam prisões de membros de grupos por conta de pequenas violações (que em geral não levariam à prisão), apenas para libertá-los posteriormente com o dispositivo, possibilitando a manutenção de vigilância, não apenas sobre o indivíduo previamente detido, mas sobre o grupo, como um todo.

A partir de suas pesquisas com pessoas monitoradas eletronicamente, Campello (2019a, p. 63-65, grifos do original) descreve uma realidade similar à preocupação esboçada por Schwitzgebel. Conforme o autor, em São Paulo, “o uso de tornozeleiras, em determinado momento, tonou-se uma via de identificação do pertencimento ao Primeiro Comando da Capital” e, de acordo com relatos de monitorados, “os presos de unidades que pertencem ao PCC utilizavam a *pulseira* na perna direita, ao passo que aqueles que pertenciam a unidades da *oposição* utilizavam na esquerda”, sendo que muitos indivíduos monitorados sequer sabiam da “identificação” realizada “pelas articulações entre o PCC e os agentes prisionais das unidades de regime semiaberto”, a qual visava marcar “aqueles que pertenciam ao *partido do crime* e diferenciá-los de seus inimigos, os *coisa*” (CAMPELLO, 2019a, p. 63-65).

Isso corrobora a problemática da estigmatização para além da vigilância, rememorando-se que, desde o início, a tecnologia já objetivava marcar os indivíduos considerados perigosos. De acordo com Burrell e Gable (2008, p. 102-103, tradução nossa),

7 “[...] the misuse of electronic technology could have extremely serious consequences for the civil liberties of offenders and general public alike” (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 598).

8 “[...] the extension of involuntary surveillance to groups not generally incarcerated” (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 607-608).

A inspiração para o sistema veio quando o chefe do projeto de pesquisa, Ralph Kirkland Schwitzgebel, estava assistindo ao filme *West Side Story*, no qual o herói é morto por um membro de uma gangue adversária. Schwitzgebel teve a ideia de que se o herói pudesse receber ajuda ou um aviso, sua vida teria sido salva⁹. (BURREL; GABLE, 2008, p. 102-103)

Após a criação do sistema de monitoração eletrônica, na década de 1960, houve um período em que o mesmo ficou ignorado, sendo que sua retomada enquanto objeto de pesquisa assídua se dá apenas em 1977, a partir do interesse de um Juiz distrital do estado do Arizona, nos Estados Unidos, em buscar soluções para as problemáticas da superlotação carcerária e da fuga de prisioneiros.

O Juiz, chamado Jack L. Love, teve o interesse cooptado por um artigo de jornal que apresentava tecnologias de medição de temperatura de gado, bem como por uma biblioteca com dispositivo de triagem e, de forma curiosa, por uma série em quadrinhos do Homem-Aranha, na qual “o vilão anexa um ‘bracelete de identificação de grandes dimensões’ ao Homem-Aranha, o qual permite que o vilão localize, por radar, a localização do Homem-Aranha a qualquer tempo”¹⁰ (GABLE, 2015, p. 5, tradução nossa).

A partir dessas inspirações, em 1982, o Juiz estava convencido sobre a possibilidade de utilizar uma pulseira transmissora, próximo a um dispositivo de leitura de cartão, para saber se alguém estava onde designado, e tentou vender a ideia para várias companhias de computadores, obtendo sucesso apenas quando um representante de vendas de uma das companhias, chamado Michael T. Gross, gostou da ideia e deixou a empresa onde trabalhava para fundar a “Serviço Nacional de Monitoramento e Controle de Encarceramento”¹¹ (GABLE, 2015, p. 5, tradução nossa). Assim, 1983, o Juiz contratou a empresa e realizou um experimento em que três detentos em liberdade condicional foram postos sob toque de recolher durante a noite e fins de semana ao longo de três meses (GABLE, 2015, p. 5).

Uma inesperada, mas não necessariamente indesejável, consequência foi o estigma associado ao uso do dispositivo. Criminosos associados ao primeiro infrator, um usuário de heroína, não queriam estar perto dele porque temiam que o dispositivo fosse capaz de transmitir conversas¹² (GABLE, 2015, p. 5).

Com base nisso, percebe-se que as problemáticas, ditas contemporâneas, em torno do monitoramento eletrônico de pessoas em esfera penal já eram vislumbradas desde as primeiras experiências com o dispositivo. Todavia, o sistema penal neoliberal, utilizado em países como o Brasil, objetiva gestar e desenvolver “uma racionalidade de tipo econômico e eficientista”, na qual é promovida uma indústria do controle do crime em que a vigilância é cada vez mais alargada (CAMPELLO, 2019, p. 123).

Desde os primeiros experimentos realizados pelos irmãos Gable, a mídia já reportava o dispositivo como tendo aspectos Orwellianos. Os pesquisadores, por sua vez, entendiam que

9 “The inspiration for the system came when the head of the research project, Ralph Kirkland Schwitzgebel, was watching the film, *West Side Story*, in which the hero is killed by an opposing gang member. Schwitzgebel had the idea that if the hero could have received help or a warning, his life would have been saved” (BURREL E GABLE, 2008, p. 102-103).

10 “[...] the villain attaches an ‘oversized I.D. bracelet’ on Spiderman that allows the villain to locate, by radar, Spiderman’s location at any time” (GABLE, 2015, p. 5).

11 “National Incarceration Monitor and Control Services, Inc. (NIMCOS)”. (GABLE, 2015, p. 5).

12 “One unexpected, but not necessarily undesirable, consequence was the stigma associated with wearing the device. Criminal associates of the first offender, a heroin user, did not want to be around him because they feared that the device was capable of transmitting conversations” (GABLE, 2015, p. 5).

“A ameaça social mais séria da tecnologia não é o controle excessivo no estilo do *Admirável Mundo Novo* ou *1984*, mas sim a anarquia, o caos ou a desorganização massiva”¹³; além disso, asseveravam que a humanidade chegou a um estágio em que se possui conhecimento técnico e ferramentas suficientes para implementar metas sociais que não dependam de procedimentos tradicionais de punição e detenção (GABLE; GABLE, 2016, p. 15, tradução nossa).

Em termos de reabilitação, o confinamento domiciliar é uma espécie de perversão da demonstração de monitoramento móvel original da década de 1960. A natureza punitiva do confinamento domiciliar (embora menos drástica do que a prisão) não permite o reforço positivo do comportamento de desejo em situações sociais naturais. Se os programas de supervisão forem desenvolvidos dentro da filosofia tradicional de contenção, os dispositivos móveis poderiam se tornar pouco mais do que um Panóptico de bolso (a prisão de vigilância que tudo vê proposta pelo filósofo do século 18, Jeremy Bentham). No entanto, se feito no contexto de “persuasão” em vez de “controle”, o rastreamento por GPS oferece oportunidades ampliadas para a socialização informal¹⁴ (GABLE; GABLE, 2016, p. 24, tradução nossa).

Em tal sentido, quando trata do indivíduo monitorado como “carcereiro de si mesmo”, Campello (2019a, p. 59) assevera que “o diagrama panóptico é desfigurado, redimensionado em detecção móvel, fragmentada e pulverizada, sem centro, sem rosto, acoplada ao corpo do elemento inspecionado”, de modo que “o corpo-presos converte-se em corpo-prisão” e indivíduo punido e agente prisional já não conseguem desvincular-se, pois são um só.

Conjectura-se que esta não seria a ideia inicial dos pesquisadores Gable, sendo sua pretensão voltada para a utilização da tecnologia somente pelos infratores que concordassem, voluntariamente, com seu uso, e não a partir de imposições compulsórias determinadas, única e exclusivamente, pelo sistema de justiça penal; verificando-se que, desde o início das pesquisas, os infratores não eram tratados como “sujeitos experimentais”¹⁵, mas sim, contratados como “assistentes de pesquisa”¹⁶, de modo a aconselhar os diretores do projeto sobre o design experimental, sendo ouvidos, respeitados, e tendo sugestões implementadas (DUNCOMBE, 1967, p. 116, tradução nossa).

Percebe-se que o projeto dos irmãos Gable visa a possibilidade de que comportamentos ofensivos específicos possam ser socialmente previstos ou regulamentados, no intuito de que as prisões não sejam mais necessárias para controlar os comportamentos ilegais e proteger a sociedade. Nessa senda, para os pesquisadores, “A bola e a corrente deram lugar ao pátio da prisão, e o pátio da prisão agora está dando lugar à casa de reabilitação. Algum dia as prisões podem se tornar museus ou monumentos à desumanidade e ineficácia da retribuição social”¹⁷ (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 598, tradução nossa).

13 “The most serious social threat of technology is not over-control in the style of *Brave new world* or *1984* but rather anarchy, chaos, or massive disorganization” (GABLE; GABLE, 2016, p. 15).

14 “In terms of rehabilitation, home confinement is something of a perversion of the original mobile monitoring demonstration of the 1960s. The punitive nature of home confinement (albeit less drastic than prison) does not allow for positive reinforcement of desire behavior in natural social situations. If supervision programs are developed within the traditional philosophy of containment, mobile devices could become little more than a pocket Panopticon (the all-seeing surveillance prison proposed by 18th Century philosopher, Jeremy Bentham). However, if done in the context of “persuasion” rather than “control”, GPS tracking offers expanded opportunities for informal socialization” (GABLE; GABLE, 2016, p. 24).

15 “experimental subjects” (DUNCOMBE, 1967, p. 116).

16 “research assistants” (DUNCOMBE, 1967, p. 116).

17 “The ball and chain have given way to the prison courtyard, and the prison courtyard is now giving way to the half-way house. Someday prisons may become museums or monuments to the inhumanity and ineffectiveness of social retribution” (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 598).

Os irmãos Gable, na atualidade, continuam buscando alternativas para que o monitoramento de infratores seja menos invasivo e mais reabilitador. Com base em pesquisas recentes, os investigadores estão focalizando em uma abordagem baseada em *smartphones* ao invés de tornozeleiras (GABLE, 2017, p. 46).

Conforme Gable (2017, p. 48), décadas de pesquisa psicológica demonstram que a melhor forma de reabilitar infratores consiste em uma combinação de punição e recompensa. Assim, seria interessante combinar algo que já se tornou parte da vida das pessoas, e que é “uma das primeiras coisas que uma pessoa libertada da prisão deseja”¹⁸ -um celular -, com a possibilidade de rastreamento por esse meio (GABLE, 2017, p. 48, tradução nossa).

Todavia, para evitar fraudes na utilização do aparelho, algumas medidas são apresentadas como complementares ao uso do *smartphone*. Observe-se:

Um aplicativo da *Corrisoft*, sediada em Lexington, Kentucky, mantém uma opcional tornozeleira à prova de violação que se comunica sem fio com o telefone do infrator via Bluetooth. *Outreach Smartphone Monitoring* de Montrose, Colorado, e *House Arrest App* de Ft. Smith, Arkansas, emparelham seus aplicativos com uma opcional pulseira à prova de violação. *AryrTrax* de Decatur, Geórgia, dispensa tornozeleiras e pulseiras, exigindo, ao invés disso, que o usuário ocasionalmente comprove sua identidade falando no celular. *First Place for Youth* de Oakland, Califórnia faz com que os jovens adultos em risco com os quais trabalha tirem selfies com *smartphone* como um meio de verificar sua localização antes de dar incentivos positivos tangíveis. Nenhum equipamento de rastreamento de mísseis sendo requerido¹⁹ (GABLE, 2017, p. 48, tradução nossa).

Compreende-se, neste primeiro momento, que as vantagens desse tipo de dispositivo não estaria apenas em diminuir o estigma para os infratores, mas também, na possibilidade de utilização para lembrar datas de audiências, consultas médicas, compromissos de trabalho. Entretanto, com a justificativa de que o uso de drogas e álcool contribui com comportamentos criminosos, “sensores biométricos são frequentemente usados para verificar o cumprimento das condições de liberdade vigiada ou liberdade condicional”²⁰ (GABLE, 2017, p. 48, tradução nossa).

Nesse sentido, é possível questionar qual o limite previsto pela racionalidade penal neoliberal para a invasão nos corpos de indivíduos considerados perigosos e até que ponto se é capaz de chegar, em nome de uma suposta segurança pública.

De acordo com Pimenta,

é preciso retomar algumas definições e discussões essenciais na construção de consensos nesse campo, principalmente em função da repercussão de representações fundadas no senso comum e no imaginário punitivista, que insistem em considerar a monitoração eletrônica como uma espécie de “benefício” ou de “regalia” e que, portanto, não seria um instrumento punitivo e próprio do controle penal “suficiente” para aqueles que violaram a lei. Os

18 “[...]”one of the first things that a person released from prison wants” (GABLE, 2017, p. 48).

19 “An app by *Corrisoft*, based in Lexington, Ky., supports an optional tamper-proof anklet that communicates wirelessly with the offender’s phone via Bluetooth. *Outreach Smartphone Monitoring* of Montrose, Colo., and *House Arrest App* of Ft. Smith, Ark., pair their apps with an optional tamper-proof wrist bracelet. *AryrTrax* of Decatur, Ga., dispenses with ankle and wrist bracelets, instead requiring the user to occasionally verify his or her identity by speaking into the smartphone. *First Place for Youth of Oakland*, Calif., has the at-risk young adults it works with take smartphone selfies as a means of verifying their location prior to giving tangible positive incentives” (GABLE, 2017, p. 48).

20 “[...] biometric sensors are frequently used to verify compliance with the conditions of probation or parole” (GABLE, 2017, p. 48).

serviços de monitoração eletrônica de pessoas estão, notadamente, na esteira dos dilemas estruturantes e das reiteradas situações de violações de direitos ocorridas no âmbito do sistema penal (PIMENTA, 2018, p. 23-24).

É nesse contexto que se afirma uma grande importância em atentar para a realidade atual da medida, voltando-se, neste momento, para um estudo acerca da utilização da ferramenta de monitoração eletrônica de pessoas em âmbito penal na conjuntura brasileira contemporânea.

3. TECNOLOGIA DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PESSOAS EM ESFERA PENAL: APLICAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Mesmo com apenas uma breve mirada no sistema de monitoração eletrônica de pessoas em âmbito penal no Brasil, já é possível perceber que as promessas iniciais dispostas no Projeto de Lei (BRASIL, 2007, p. 1) que envolveu a medida, não foram efetivadas, trazendo ao contexto prático muitas complexidades, relativas, especialmente, ao não cumprimento de condições essenciais relativas à concretização de direitos fundamentais aos indivíduos monitorados.

Verifica-se que, ainda em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), declarou - em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 - o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro (BRASIL, 2015a)²¹, compreendendo-se que, no condão da monitoração eletrônica de pessoas, também ocorre a mesma forma de inefetividade de garantias, verificando-se, portanto, uma extensão dessa inconstitucionalidade para além-muros, abrangendo as formas alternativas de cumprimento de pena.

Conforme apontado por Pimenta (2018, p. 8), a prisão no Brasil ainda é sistematizada por “encarceramento em massa e seletividade penal”, compreendendo Campello (2019, p. 19), no mesmo sentido, que ao tempo em que a monitoração eletrônica de pessoas avança no país, a quantidade de pessoas encarceradas também avança, demonstrando-se que “o controle telemático de apenados tem sido aplicado de maneira complementar ao cárcere, repercutindo na dilatação e densificação dos controles penais”.

Ao analisar estudos teóricos e empíricos sobre a temática no Brasil, Wermuth e Mori (2021, p. 109) identificam “uma série de problemas que solapam a possibilidade – ainda que reduzida – de produzir algum efeito benéfico no contexto penitenciário brasileiro”, de modo especial, quanto a “evitar que mais pessoas sejam presas e contribuir para a desprisionalização, e, em uma visão mais otimista, auxiliar na redução da reincidência e na reinserção social das pessoas condenadas (ou não condenadas, mas presas provisoriamente)”.

Em relatório do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, juntamente com o Conselho Nacional de Justiça, apresentam-se, a partir do exemplo de decisões judiciais do Paraná, situações concernentes à aplicação de pena e adequação de regime nas quais a monitoração eletrônica é tida como alternativa, mas não no sentido de verificarem-se os “direitos do réu e

21 Sobre o tema, consultar: CASTRO, André Giovane de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Estado de coisas inconstitucional: a violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2021.

as condições da prisão”, e sim, apenas as necessidades do sistema em relação à superlotação carcerária (BRASIL, 2021a, p. 310-311).

Do mesmo modo, outras jurisprudências também demonstram que a monitoração eletrônica não somente não tem sido pensada para benefício dos apenados, como também tem sido utilizada como possibilidade de aumento punitivo. Conforme anteriormente referido a partir de Campello (2019a, p. 59) no que diz respeito à transformação do indivíduo monitorado em um híbrido - apenado e “carcereiro de si mesmo” -, alargam-se as responsabilizações às quais os indivíduos estão expostos. Assim, em qualquer deslize, seja enquanto monitorado, seja enquanto agente prisional, quem sofre as consequências é sempre o mesmo corpo.

Observe-se:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. APENADO QUE DEIXOU DESCARREGAR A BATERIA DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA E VIOLOU A ZONA DE INCLUSÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO, PASSANDO À CONDIÇÃO DE FORAGIDO, QUE, IN CASU, ACARRETA A ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE NOVA PROGRESSÃO DE REGIME E A PERDA DE 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. Reconhecimento da falta grave. Tendo o apenado deixado descarregar a bateria da tornozeleira eletrônica, além de violar a zona de inclusão do monitoramento, passando à condição de foragido do sistema prisional, configurada está a falta grave. Alteração da data-base para concessão de nova progressão de regime. Praticada a falta grave, é cabível a alteração da data-base para a concessão de nova progressão de regime, tendo em vista o disposto no parágrafo 6º ao Art. 112 da Lei de Execução Penal, o qual foi inserido pela Lei nº 13.964/19. Perda dos dias remidos. Por ser proporcional e compatível com o sistema, nada impede a perda de até 1/3 (um terço) dos dias já declarados remidos pelo juízo. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravado de Execução Penal, Nº 50363574920218217000, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em: 10-06-2021). (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Nesse contexto, verifica-se que a incumbência pela tornozeleira é dada ao monitorado, que deve responsabilizar-se pelos aspectos práticos do dispositivo - desde os cuidados básicos com o equipamento, até a manutenção da bateria em todos os momentos -, sendo as consequências para o não cumprimento desses requisitos voltados ao papel de “carcereiro” do apenado, não constituindo-se em meras punições administrativas, mas sim, em graves prejuízos no caminho para o cumprimento definitivo da pena e consequente liberdade real.

Conforme asseverado por Wermuth e Mori (2021, p. 109), no que diz respeito ao uso de tecnologias na esfera penal, é importante observar que “em um momento em que pessoas transformam-se em números e ‘tendências’, não se deve esperar que, no âmbito do sistema penal, surgirá uma atenção nova aos efeitos das tecnologias de controle e vigilância nos direitos individuais”.

Dizendo-se de outro modo: é crucial questionar-se “se haveria limites para uma intervenção tecnológica, já que empresas, governos e grupos detentores de toda essa informação poderão se beneficiar pela vulnerabilidade de muitos seres humanos” (WERMUTH; CARDIN; WOLOWSKI, 2021, p. 280).

A vulnerabilidade aqui se compreende a partir do recorte apresentado por Divan, Ferreira e Chini (2021, p. 237) – no sentido de uma crítica do direito penal, enquanto reconfiguradora do conceito frente à seletividade do poder punitivo -, correlacionando-se importantes definições,

como necropolítica e precarização, no intuito de propiciar uma definição criminológica crítica atualizada. Nesse sentido, a vulnerabilidade na esfera penal é potencializada por uma atração que “coliga os alvos da necropolítica com a marca precarização”, apoiada nas “consequências de uma estratificação política e social resumida ao critério econômico – ou tendo esse como a nota mais pujante de marginalização” (DIVAN; FERREIRA; CHINI, 2021, p. 238-239).

De acordo com Divan (2020, p. 29), mesmo o garantismo penal enfrenta dificuldades ao tratar das violências punitivas, pois, mesmo sendo “uma potente força discursiva contra uma série de resquícios punitivistas que se aglutinam também em torno de visualizações neoliberais e reclames necessários nessa toada” - bancando aumentos regulatórios no âmbito punitivo e abstendo-se em campos preventivos e/ou assistenciais -, guarda “uma estranha relação ambivalente nesse ponto”:

De um lado, combate em solo franco, por vezes epidérmico, as camadas mais evidentes do rescaldo punitivista que de um modo ou outro advêm desse confuso maquinário neoliberal. De outro lado, porém, colabora imagética e politicamente para que a situação de normalidade em relação às múltiplas violências punitivas se perpetuem como espécie de fator de verificação que realiza, com elas, um jogossimbótico [...] (DIVAN, 2020, p. 29-30).

No que diz respeito à monitoração eletrônica de pessoas, verifica-se que ela também subsiste nesse campo de simbiose entre: horizontes de combate ao punitivismo desprovido de objetivos ressocializadores e estratégias de controle do crime calcadas em “parâmetros econômico-políticos de custo-eficiência”, que se afunilam em uma lógica de “penalidade neoliberal” (CAMPELLO, 2019a, p. 122-123). Ou, como diria Wermuth, em uma esfera de política penal atuarial, na qual aparece como “vigilância virtual e tecnológica de baixo custo” para “delinquentes eventuais” (WERMUTH, 2017, p. 2051).

Compreende-se que toda essa conjuntura de práticas punitivas já vem se desenvolvendo desde as investigações de Foucault (2008, p. 4) sobre a “racionalização da prática governamental no exercício da soberania popular”, levando ao que se costuma definir, na contemporaneidade, como racionalidade neoliberal - tida não apenas como política econômica, mas como sistema normativo que influencia o mundo todo, “estendendo sua lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida” - (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 7).

Assim, mesmo que os avanços tecnológicos possam ser vistos como consequências benéficas de um formato de racionalidade calcado em otimização - de tempo, dinheiro ou serviços -, é importante considerar-se que os progressos científicos e tecnológicos devem estar alinhados a perspectivas jurídicas e éticas, no sentido de que:

A evolução das pesquisas deve respeitar um núcleo basilar legal, formado pelo ordenamento jurídico, e, mesmo sem previsão, os ditames éticos, também. Tal premissa é consubstancial em virtude da pretensão global de se alcançar e oferecer dignidade aos seres humanos. A par disso, no instante em que o estudo da vida e a intervenção no corpo extrapolam e obstam a concretude dessa almejada dignidade, há que se sopesar até que ponto a produção científica está caminhando em compasso, ou descompasso, com a busca máxima de uma vida digna (WERMUTH; DE CASTRO, 2019, p. 32).

Neste panorama, não se pretendem negar os avanços obtidos com as novas tecnologias, mas atentar para “possíveis prejuízos aos direitos humanos e da personalidade que poderão ser violados nesse processo”, dado que a chamada Revolução 4.0, com o “avanço do proces-

samento de dados, inteligência artificial e o *machine learning* pode tornar o ser humano ainda mais vulnerável pela instrumentalização de arbitrariedades”. Em outras palavras, por meio das tecnologias, “a vulnerabilidade humana se torna ainda maior, inclusive diante de governos, uma vez que o processamento de dados pessoais possibilita o aumento do controle social, justificando, ‘por razões de segurança’” (WERMUTH; CARDIN; WOLOWSKI, 2021, p. 280).

Com vistas a contrapor a “desumanização do direito penal expressa nas atuais práticas atuariais e securitárias”, Wermuth e Mori (2021, p. 110) propõem que o sujeito seja “recolocado no centro das preocupações”. Na mesma senda, a legislação brasileira já propõe que haja promoção e garantia de direitos fundamentais para as pessoas monitoradas, “mobilizando e fortalecendo potencialidades através do acesso a serviços e políticas públicas já instituídos, considerando sempre a pluralidade e a diversidade próprias das trajetórias de cada indivíduo.” (BRASIL, 2020, p. 105).

De acordo com o Decreto nº 7.627/2011, cabe aos órgãos de gestão o acompanhamento das pessoas monitoradas por meio de programas e equipes multiprofissionais de acompanhamento e apoio (BRASIL, 2011). No mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ -, por meio da Resolução nº 213/2015, reforça esse papel dos órgãos de gestão, frisando que as chamadas “Centrais Integradas de Alternativas Penais” devem ser estabelecidas, preferencialmente, em nível de Poder Executivo em cada estado da federação, atuando em conjunto com equipes multidisciplinares que possam realizar os encaminhamentos necessários para o SUS (Sistema Único de Saúde) e para o SUAS (Sistema Único de Assistência Social), além de outros programas e políticas públicas disponíveis no país (BRASIL, 2015b).

Ademais, o CNJ ainda propõe, no art. 8º da Resolução 412,/2021, que “a medida de monitoramento eletrônico buscará assegurar a realização de atividades que contribuam para a inserção social da pessoa monitorada”, em especial em relação a: estudo e trabalho, “incluindo a busca ativa, o trabalho informal e o que exige deslocamentos”; atenção à saúde e também aquisição, com regularidade, de itens que sejam necessários para a subsistência; atividades que digam respeito ao cuidado com filhos e familiares; e o “comparecimento a atividades religiosas”. (BRASIL, 2021b).

A partir dessa realidade, percebe-se a importância de um olhar responsável e cuidadoso sobre as questões que envolvem a utilização de tecnologias de monitoração eletrônica por seres humanos, focando na realização de estudos científicos que possam minimizar as implicações negativas da ferramenta ou propor alternativas menos invasivas e mais voltadas aos princípios constitucionais que envolvam a proteção dos indivíduos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa elaborada expõe aspectos importantes sobre o modo como a tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas tem prolongado problemáticas ao longo do tempo, mesmo trazendo como promessa uma melhora no modo de cumprimento de penas e medidas cautelares em âmbito penal.

Do mesmo modo como os irmãos Schwitzgebel já apresentavam, em 1969, preocupações acerca de possíveis violações de privacidade e excesso de controle a partir da utilização da ferramenta em sede criminal e do mesmo modo como o Juiz Jack L. Love, em 1983, já aventava preocupações relativas à estigmatização dos monitorados, as pesquisas atuais também demonstram tais inquietações, seguidas, ainda, por um domínio de racionalidades economicamente totalizantes e desvinculadas da necessidade de garantia de direitos fundamentais.

Nesse panorama, compreende-se que a hipótese constituída inicialmente é verdadeira, dado que embora a tecnologia seja apresentada como possibilitadora de maior liberdade, em um contexto prático, o limiar de controle por ela estabelecido acaba superando tais possibilidades, de modo que se torna imperioso buscar modos de modificar essa realidade.

Propõe-se, portanto, um movimento de maior atenção às políticas públicas voltadas à promoção de garantias fundamentais, convergindo esforços para que as mesmas sejam efetivadas e a medida seja, cada vez mais, envolta em aspectos humanitários, e não apenas econômicos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. As origens do monitoramento eletrônico. In: CANAL Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/as-origens-do-monitoramento-eletronico/> - Acesso em: 7 jun. 2021.

BRASIL. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). **Mídia, sistema de justiça criminal e encarceramento:** narrativas compartilhadas e influências recíprocas - campo temático 1 - relatório final / Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap); Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). – Brasília: CNJ, 2021a. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/05/Relatorio_Midia-Sistema-de-Justica-Criminal-e-Encarceramento-1.pdf - Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Modelo de gestão para monitoração eletrônica de pessoas** [recurso eletrônico]. Departamento Penitenciário Nacional, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Modelo_Monitoracao_miolo_FINAL_eletronico.pdf - Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, 2015b. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 412, de 23 de agosto de 2021.** Estabelece diretrizes e procedimentos para a aplicação e o acompanhamento da medida de monitoramento eletrônico de pessoas. Brasília, 2021 b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/dj216-2021-resolucao412-2021.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010.** Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm - Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/l12403.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 175, de 2007**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) para dispor sobre o monitoramento eletrônico. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/7/docs/projeto_lei_senado__175_2007_pulseira_semi.pdf - Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347) (Informativo 798). Brasília, 2015a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> - Acesso em: 25 maio 2021.

CAMPELLO, Ricardo Urquizas. **Faces e interfaces de um dispositivo tecnopenal**: o monitoramento eletrônico de presos e presas no Brasil / Ricardo Urquizas Campello; orientador Marcos César Alvarez. – São Paulo, 2019a. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16122019-185040/publico/2019_RicardoUrquizasCampello_VCorr.pdf – Acesso em: 25 maio 2021.

CAMPELLO, Ricardo Urquizas. O carcereiro de si mesmo. **Tempo Social revista de sociologia da USP**, v. 31, n. 3, p. 81-97, set/dez., 2019b. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/7BwG3knGMGFZMbqCRFVGkfh/?lang=pt> – Acesso em: 08 jun. 2021.

BURREL, William D.; GABLE, Robert S. From B. F. Skinner to Spiderman to Martha Stewart: The Past, Present and Future of Electronic Monitoring of Offenders. **Journal of Offender Rehabilitation**, v. 46, n. 3/4, 2008. Disponível em: <https://rgable.files.wordpress.com/2012/02/j-offender-rehabilitation-pdf.pdf> - Acesso em: 06 jun. 2021.

CASTRO, André Giovane de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Estado de coisas inconstitucional**: a violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro. São Paulo: Dialética, 2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi; FERREIRA, Carolina Costa; CHINI, Mariana. Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 180, ano 29. p. 235-263, jun. 2021.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Revolução permanente**: ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal. - Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2020.

DUNCOMBE, David C. **Review of Religious Research**, v. 8, n. 2, 1967, p. 115–116. JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/3510725 - Acesso em: 06/06/2021.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979); edição estabelecida por Michel Senellart; sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GABLE, Robert S. On Their Last Legs: smartphones should replace GPS ankle bracelets for monitoring offenders. **IEEE Spectrum – Institute of Electrical and Electronic Engineers**, v. 54, n. 8, p. 44-49, August, 2017. Disponível em: <http://www.rgable.net/wp-content/uploads/2017/09/Last-Legs-Spectrum.pdf> - Acesso em: 06 jun. 2021.

GABLE, Robert S.; GABLE, Ralph Kirkland. Remaking the Electronic Tracking of Offenders into a “Persuasive Technology”. **Journal of Technology in Human Services**, v. 34, n. 1, p. 13-31, 2016. Disponível em: <http://www.rgable.net/wp-content/uploads/2018/07/Journal-Technology-Human-Services-2016-2.pdf> - Acesso em: 06 jun. 2021.

GABLE, Robert S. The Ankle Bracelet Is History: An Informal Review of the Birth and Death of a Monitoring Technology. **The Journal of Offender Monitoring**, 2015. Disponível em: <https://www.civresearchinstitute.com/online/PDF/The%20Ankle%20Bracelet%20Is%20History.pdf> - Acesso em: 06 jun. 2021.

LIMA, Bruna Andrino de; ALMEIDA, Janaína Fassinato Pio de; FAYET, Paulo. “Prisão sem grades: do monitoramento eletrônico de uma pessoa em situação de rua e a saúde mental do apenado”. In: MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado; FINCO, Matteo [organizadores]. **Direito à saúde**: ponte para a cidadania. Porto Alegre: Evangraf, 2019.

PIMENTA, Izabella Lacerda. **Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica**. Supervisor: Marcus Castelo Branco Alves Semeraro Rito / Ministério da Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional; Governo Federal; 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/monitoracao-eletronica/arquivos/diagnostico-monitoracao-eletronica-2017.pdf> – Acesso em: 25 maio 2021.

SCHWITZGEBEL, Ralph K. Issues in the use of an electronic rehabilitation system with chronic recidivists. **Law and Society Review**, v. 3, n. 4, p. 597-611. 1969. Disponível em: www.jstor.org/stable/3052751 - Acesso em: 06 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Execução Penal n. 5036357-49.2021.8.21.7000/RS**, 10.06.2021, rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. CARDIN, Valéria Silva Galdino. WOLOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. Biopolítica e novas tecnologias: direitos humanos sob ameaça? **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 1, p. 276-296, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/598/0> - Acesso em: 18 jun. 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. DE CASTRO, André Giovane. A artificialização e a negação da vida humana: o (des)compasso entre a tecnologia e o direito de viver humanamente. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 2, 1 maio 2019. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/295> - Acesso em: 18 jun. 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. MORI, Emanuele Dallabrida. Monitoramento eletrônico no âmbito penal brasileiro: Maximização da liberdade versus reforço do controle. In: STURZA, Janaína Machado; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho (Orgs). **Políticas públicas de acesso à justiça e direitos humanos em tempos de COVID-19** [recurso eletrônico] - Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Revista Direito e Práxis** [online], v. 8, n. 3, p. 2043-2073, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/22314> - Acesso em: 27 maio 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 30/12/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/01/2022
- Avaliação 1: 21/01/2022
- Avaliação 2: 26/02/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/04/2022
- Retorno rodada de correções: 08/06/2022
- Decisão editorial/aprovado: 16/06/2022

Equipe editorial envolvida

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

O *DISTINGUISHING* E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: A ADEQUADA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE DISTINGUISHING AND THE DUE PROCESS OF LAW: THE ADEQUATE JURISDICTIONAL PROVISION AS A FUNDAMENTAL RIGHT UNDER FEDERAL CONSTITUTION'S SIGHT

JOÃO FABRÍCIO DANTAS JÚNIOR¹

RESUMO

O interesse da pesquisa surge sobre o papel do *distinguishing* no sistema de precedentes obrigatórios, adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro, mais especificamente em seu Artigo 927. Desse modo, a natureza do argumento de distinção, assim, pede que se busque elementos acerca da natureza jurídica do ato, de seus limites jurídicos e ainda como tal sistema de precedentes reforçou a importância da atividade interpretativa e argumentativa daquele que pretende afastar a aplicação do precedente, seja ele parte, seja ele julgador. As alterações trazidas pela técnica do precedente, passando pela construção de um sistema vinculante de fundamentação, trouxe também elevada importância aos argumentos jurídicos para o *distinguishing*. Essa técnica de julgamento com fundamentação vinculada também encorajou a pesquisa sobre princípios processuais e como eles continuariam respeitados no modelo de cooperação processual atualmente adotado.

Palavras-chave: diferenciação; precedente; fundamentação; devido processo.

ABSTRACT

The research's interest arises from the distinguishing's role in the system of mandatory precedents, adopted by the Brazilian Code of Civil Procedure, specifically in its Article 927. Thus, the core of the distinction's argument, therefore, demands the seeking elements about the judicial nature of the act, its legal elements and also how such a system of precedents reinforced the importance of the interpretative and argumentative activity of the one who intends to rule out the application of the precedent, whether he is a party or a judge. The changes brought by the technique of precedent, through the construction of a binding system of reasoning, also brought high importance to the legal arguments for distinguishing. This judgment technique with linked reasoning also encouraged the research on procedural principles and how they would continue to be respected in the currently adopted procedural cooperation model.

Keywords: *distinguishing; precedent; reasoning; due process.*

¹ Mestre em Direito, com concentração em Constituição e Garantias de Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-Graduado em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Advogado. Professor de Direito Penal em Pós-Graduação junto a UNI-RN (Centro Universitário do Rio Grande do Norte). LATTESiD: <http://lattes.cnpq.br/4172333716816646>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6012-4775>.

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

DANTAS JÚNIOR, João Fabrício. O *distinguishing* e o devido processo legal: a adequada prestação jurisdicional como um direito fundamental à luz da Constituição Federal. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 124-136, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8992>.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil trouxe a figura do precedente judicial. Dentre suas espécies, encontra-se aquele que carrega a qualidade de vinculante: no caso, a todos os órgãos do Judiciário submetidos ao tribunal que proferiu a decisão; e ainda à Administração Pública do Poderes Executivo e ainda do Poder Legislativo, excetuando-se atividade legiferante do Legislativo

Tal técnica, adotada no Artigo 927 do Código de Processo Civil, impõe que a criação da norma geral, dentro da fundamentação decisória, vincularia outras decisões futuras do Judiciário e da Administração Pública.

Conforme o precedente aplicado ao caso concreto, tese fixada para vincular um órgão ao tribunal, enfrentar-se-ia, eventualmente, a adequabilidade da prestação da jurisdição, como um direito presente na Constituição. Doravante, o objeto da pesquisa exsurge no direito à prestação judicial adequada, que se molde tanto às características do objeto, da parte e ainda à necessidade e o tamanho da urgência processual, de um lado; de outro, como a imposição de um precedente ao caso concreto ensejaria direito a provar diferença, para que se receba um procedimento que se julgue adequado, com uma decisão conforme às características do caso concreto.

Avaliar-se-á o embate principiológico que precedente judicial vinculante produziria sobre a segurança jurídica, a razoabilidade do tempo procedimental, o direito a não surpresa, de um lado; e como referida técnica de modernização do sistema de prestação jurisdicional dialogaria com princípios da ampla defesa, do direito de petição e da congruência decisória, de outro.

A Seção 1 buscará responder qual a natureza jurídica dos institutos jurídicos do precedente judicial e do *distinguishing*; ainda, quais princípios jurídicos constitucionais e processuais são conformes e destoantes de tais técnicas.

Para a Seção 1, utilizar-se-á as doutrinas de Cássio Scarpinella Bueno, Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira.

Na Seção 2, buscar-se-á responder como a adoção da técnica do precedente judicial vinculante valorizaria princípios processuais, como a celeridade, a segurança jurídica e ainda a coesão jurisdicional.

Para a Seção 2, utilizar-se-á as doutrinas de Leonardo Carneiro Cunha, Luís Roberto Barroso e Lênio Luiz Streck.

Na Seção 3, a pesquisa delimitará eventuais conclusões alcançadas na Seção 2 e aprofundar-se-á sobre o direito e a impugnação processual denominada *distinguishing*. Para tanto, busca-se responder como o instituto se relaciona ao direito de acesso ao Judiciário e ainda como tal ferramenta seria meio de participação popular na manutenção da coerência e coesão de precedentes judiciais, além de fiscalização e controle da atividade judicante.

Para a Seção 3, utilizar-se-á as doutrinas de Daniel Sarmento, Daniel Mitidiero, Luís Roberto Barroso, Peter Härbele, Konrad Hesse, Luiz Guilherme Marinoni, Jorge Reis Novais e Yara Maria Pereira Gurgel.

Ao final, serão arregimentadas as conclusões parciais, alcançando um entendimento sobre o objeto principal da pesquisa, qual seja, o exercício do *distinguishing* diante de imposição de precedente judicial vinculante no Judiciário brasileiro.

A pesquisa utilizar-se-á de fontes doutrinárias, documentais e ainda jurisprudenciais.

A pesquisa utilizar-se-á ainda do método dedutivo de argumentação científica.

Como metodologia, a pesquisa buscará definir como são balanceadas na lei as técnicas argumentativas do precedente vinculante, de um lado, e o *distinguishing*, de outro, posto servirem à construção e à adequada aplicação de um sistema de fundamentações jurídicas uniformes. Tais delimitação e diferenciação servirão à busca dos efeitos ao sistema jurídico de tais técnicas, permitindo analisar se valores como celeridade, segurança jurídica e ainda adequada prestação jurisdicional seriam protegidos.

Junto à pesquisa, colacionar-se-á jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

2. A NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL E DO DISTINGUISHING

Na Seção 1, busca-se responder qual a natureza jurídica dos institutos do precedente judicial e do *distinguishing*. Por primeiro, opta-se por alcançar definições jurídicas dos institutos, haja vista que só assim, num segundo momento, se poderia coloca-los numa classificação, agrupando semelhantes.

Como o objeto principal do estudo restringe-se ao precedente vinculante, vale observar as palavras de Dimoulis e Lunardi (2016, p. 193), quando alertam que os precedentes vinculantes se originaram nos países de *common law*. Segundo os autores, os precedentes com eficácia vinculante, além das leis que regulamentaram os efeitos de decisões de Cortes Constitucionais estrangeiras, serviram de modelo para fortalecer a eficácia das decisões proferidas, garantindo uniformidade decisória. Tal referência também é apontada por Mendes e Branco (2020, p. 838), quando o autor afirma que os países com tradução do *common law* construíram a prática do precedente judicial vinculante, onde a *ratio decidendi* de um alto tribunal seria, em princípio, obrigada aos tribunais inferiores. Segundo o autor, a técnica do precedente dá racionalidade até mesmo aos países que adotam de tradição romanista, apesar de usarem técnicas mais formais.

Registre-se, por outro lado, que Bueno (2019, p. 353) afirma que o modelo de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro nada traz de *distinguishing* ou de *overruling*, e em nada se assemelharia ao instituto de regimes de *common law*. Segundo o autor, a superação se daria tanto ao entendimento jurisprudencial, como ainda na verificação de eventual surgimento de nova legislação que teria o condão de afastar o precedente. Segundo o autor: algo típico do *civil law*, onde preponderar-se-ia a norma jurídica legislada, e não a julgada.

A técnica do precedente, desse modo, por entendimento majoritário, extrai uma norma da fundamentação decisória, ou seja, de uma fundamentação de uma decisão individual (uma tese jurídica) a ser aplicado a outras decisões. Respeitando-se o corte da presente pesquisa,

atem-se ao precedente vinculante. Sobre os precedentes, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 37) são assertivos: as razões das decisões judiciais das Cortes Superiores, quando concorrentes os requisitos pertinentes, servem como precedentes, guiam o comportamento dos destinatários dos dispositivos e ainda dão significado dos dispositivos à luz do caso concreto. Segundo os autores, os precedentes são normas jurídicas advindas da interpretação.

Ainda sobre os precedentes judiciais, tomando o cuidado de não alargar o referente campo de designação epistemológica e teleológica do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal arregimentou organização de sua jurisprudência, seguindo os ditames do Código de Processo Civil. Tal técnica pode ser observada na Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário 639.228-RJ (BRASIL, 2011), quando utilizou-se da tese fixada no Recurso Especial 584.608.

Junto ao Código de Processo Civil, há disposição que garante a vinculatividade da fundamentação de uma decisão. Há agora entendimento sobre a construção da norma individualizada, sobre o exercício hermenêutico de um órgão jurisdicional capaz de produzir decisão e de onde se extrai a tese que vincularia outros órgãos: o Artigo 927 do Código de Processo Civil prevê a construção de um sistema de teses que vinculam juízes e tribunais inferiores.

Com a tese fixada em algum tribunal, alguma parte que alegue direito ou ofensa a direito, poderá observar que, para sua específica demanda, aquele órgão jurisdicional já possui tese fixada que vincula ou, ainda, estaria outro órgão já vinculado à referida tese. Por outro lado, sempre haverá o direito processual de demonstrar que há discrepância entre o caso apresentado e a tese fixada, com o intuito de construção de norma individualizada nova, específica para o caso, algo que em não violaria o princípio da segurança jurídica.

O *distinguishing*, assim, busca demonstrar que um caso não se alinha aos fatos que ensejaram a produção de um entendimento, cuja tese pretende o órgão julgador aplicar ao caso concreto. Didier, Braga e Oliveira (2016, p. 346) entendem que o juiz precisa interpretar o texto legal para verificar se os fatos concretos se conformam à hipótese narrativa. Para os autores, pelo *distinguishing* o juiz da causa interpretaria o precedente para verificar a adequação da situação concreta à *ratio decidendi* daquele, e eventualmente aplicá-lo.

Observe-se que o juiz pratica o *distinguishing*, nada obstando que o próprio autor também o faça, na fundamentação de seu pedido, se já observar que há precedente vinculante que possa ser interpretado contra ele: argumentaria para provar que seu caso não se alinha à tese vinculante referida, e que poderia vir a ser adotada pelo juiz. Ou ainda, argumentaria para provar que algum específico precedente vinculante existe, lhe é favorável, e deveria ser adotado.

O Supremo Tribunal Federal (v. definiu o *distinguishing* como confrontação entre os fatos materiais de dois casos, de modo a afastar a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática. Tal entendimento é corroborado por Mendes e Streck (2018, p. 1.416), quando os autores apontam que o Supremo Tribunal Federal tem procedido ao devido *distinguishing* em casos específicos, com vistas a elidir a aplicação de súmula para alguns casos que, enfrentando a fundamentação outrora adotada, buscam concessão de liminar em *habeas corpus*.

Junto ao Superior Tribunal de Justiça (v. *Resp. N° 1.677.414-SP*) (BRASIL, 2021), em recente julgamento, retratou-se o *distinguishing* também como um ônus para a parte que queira afastar a aplicação de um precedente, por interpretação da parte contrária ou ainda do órgão julgador. Para o caso, esse tribunal superior apontou que, diante das recorrentes decisões junto

ao Supremo Tribunal Federal, acerca da ilegalidade da cobrança pelo uso de faixas de domínio das rodovias, mesmo que concedidas, se a autora quiser que tal precedente do Pretório Excelso seja afastado da decisão do Superior Tribunal de Justiça, deveria também trazer fatos e argumentos que mostrem distinção do precedente vinculante, sob pena de vê-lo imposto ao caso.

O *distinguishing*, desse modo, mostra-se uma técnica de interpretação para a construção da norma jurídica individualizada pelo juiz, na qual interpreta tomando normas gerais de observância obrigatória, produzidas por órgãos jurisdicionais superiores a quem ele se vincula, para alcançar que a tese não serve ao caso concreto. O *distinguishing*, quando praticado pelo juiz da causa, deve estar expresso na fundamentação da decisão. Do mesmo modo, para fugir das amarras que poderiam lhe atingir, tal argumentação já poderia ser levantada pela parte, na petição inicial, quando pretender e entender que seu caso pode ser atingido pelo precedente; nesse caso, deve demonstrar que os fatos apresentados não merecem interpretação fixada em tese vinculante, e mereceriam interpretação diferente: o *distinguishing* como técnica de interpretação.

O precedente judicial vinculante, por sua vez, se mostra uma técnica de julgamento que adota tese fixada em outras decisões, decisões essas capazes de produzir precedente vinculante, e cuja adoção seria virtualmente automática. O precedente vinculante, desse modo, é uma tese oriunda da fundamentação de uma decisão, e que seria capaz de ser aplicada como modelo de interpretação jurídica, orquestrando a fundamentação jurídica da decisão individual por similitude dos fatos relatados, ensejando uma decisão adequada para a segurança jurídica e para o alinhamento ao que fora decidido em tribunais capazes de produzir o precedente vinculante. O precedente judicial vinculante, assim, é uma técnica de fundamentação.

3. O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FERRAMENTA DE CELERIDADE PROCESSUAL, SEGURANÇA JURÍDICA E COESÃO JUDICIAL

Observadas definições e efeitos jurídicos do precedente judicial vinculante e ainda da técnica do *distinguishing*, precisa-se responder como o precedente judicial daria celeridade ao sistema jurisdicional, como ele influenciaria o princípio da segurança jurídica e ainda como poderia valorizar a coerência da atividade jurisdicional.

Por primeiro, o precedente vinculante tem a capacidade de permitir decisões antecipatórias. Assim, diante de petição inicial que demanda contrariamente a um precedente judicial com força vinculante, poderia o juiz da causa antecipar o julgamento, ao ponto de não haver nem mesmo angulação, haja vista que não haveria nem mesmo citação.

O precedente judicial permite que, sendo vinculante, finde-se o processo antecipadamente e com mérito. Cunha (2017, p. 101) observa que, firmada tese jurídica por tribunal, seja em julgamento de casos repetitivos, ou ainda em julgamento de incidente de assunção de competência, diante de eventual caso futuro proposto com fundamento que contrarie referida tese, o juiz julgaria liminarmente improcedente o pedido, independentemente da citação do réu, desde que não haja necessidade de produção de provas a respeito dos fatos alegados pelo autor.

A celeridade processual, um fato que não guarda doutrina nem jurisprudência calmas sobre esse suposto princípio, impõe que o procedimento seja célere. Em verdade, julga-se nesse artigo que a velocidade do procedimento deve ser adequada, por prazos e etapas definidos na lei ou em acordos processuais. A celeridade de algum instituto jurídico só pode ser aferida quando posto em alguma comparação — é célere ou lento comparado a algo —; sem isso, restar-se-ia simplesmente o prazo legal: então, não haveria avaliação de sua celeridade, mas sim avaliação de cumprimento de lei.

A segurança jurídica, por seu turno, é protegida e valorada com a técnica do precedente vinculante. Barroso (2020, p. 274) observa que o intérprete deve procurar observar os precedentes e impedir variações não fundamentadas de entendimento. O autor arremata dizendo que o respeito à jurisprudência é forma de promover a segurança jurídica e ainda resguardar a isonomia: ao juiz seria permitido exercer a criatividade, mas nunca romper a integridade do Direito. Para o afastamento de um precedente, o autor aponta que são necessárias justificativas cuidadosas, algo que evitaria algumas injustiças flagrantes.

O entendimento de Luís Roberto Barroso escancara um dos principais efeitos da técnica do precedente vinculante: na medida em que não se trata de meras afirmações, como soa a técnica redacional das súmulas, incluindo aquelas vinculantes produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, os precedentes vinculantes dão modelos de fundamentação, como técnica de construção de um modo de pensar e concluir o raciocínio jurídico; os precedentes vinculantes não dariam apenas um resultado, um dispositivo sentencial: com o precedente vinculante, dá-se algo que consolida e dá inteireza ao sistema jurídico e à prestação jurisdicional, na medida em que aprofunda entendimentos com fundamentos explícitos, mostrando o caminho argumentativo até alcançar-se o resultado.

Diante de súmulas, o argumento útil para afastá-las do caso concreto, demonstrando diferenciação, demandaria exercício interpretativo forte, mesmo que diante de enunciado meramente afirmativo. Por outro lado, quando se está diante de um precedente vinculante, que já carrega consigo, além do enunciado — como a súmula —, ainda as razões de interpretação para alcançar tal enunciado genérico, aplicável a todos, o esforço argumentativo para o *distinguishing* deve ser ainda maior.

Quando um sistema judicial adota um sistema de precedentes judiciais vinculantes, observa Streck (2018, p. 21), as decisões precedentes não são meras recomendações ao juiz da causa, mas sim obrigatórias regras legais contidas em decisões. Segundo o autor (STRECK, 2018, p. 37), a decisão judicial apresenta dupla função: a primeira, que não é peculiar àquele direito, é definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal; depois, a decisão judicial tem a função de estabelecer um precedente em face do qual um caso análogo, a surgir no futuro, será provavelmente decidido dessa forma.

Sobre as qualidades dos institutos jurídicos, na medida em que o precedente tem natureza de catalizador para a solução do processo proposto, tomando o entendimento encontrado nas fundamentações decisórias de tribunais superiores, por outro lado o *distinguishing* põe-se como instituto de prossequibilidade, prova de que os fatos narrados não se alinhariam ao cenário que ensejou do precedente, e que o processo deve continuar.

No cenário apresentado, adotado um sistema de precedentes vinculantes, velar-se-ia pela segurança jurídica, pela uniformidade de entendimento e, ainda, individualmente, a própria

celeridade procedimental. A função jurisdicional exercida pelos componentes do Judiciário, assim, apresentaria coesão, coerência e ainda higidez e imposição às decisões e à prestação jurisdicional, evitando arroubos inventivos, que trariam insegurança jurídica.

4. O *DISTINGUISHING* COMO MÉTODO DE COOPERAÇÃO PROCESSUAL, DE DEMOCRATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E DE DEFESA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Averiguou-se na Seção 1 que o precedente judicial vinculante teria natureza jurídica de técnica de julgamento, onde adota-se fundamentações fixadas em tese obrigatória anteriores, ao passo que o *distinguishig* porta-se como técnica de interpretação para a construção da norma jurídica individualizada, onde se prova que a tese já fixada em precedente obrigatório e anterior não serve ao caso atual.

Observou-se na Seção 2 que o sistema de precedente vinculante reforça, no sistema judicial brasileiro, elementos de segurança jurídica, de uniformidade e ainda técnicas e regras de celeridade procedimental. Ao sistema e à função jurisdicional, haveria mais coesão, coerência e ainda higidez de decisões cotidianas, evitando surpresas e velando-se pela segurança jurídica.

Na Seção 3, busca-se responder como a técnica do *distinguishing*, levantada por argumentos da parte, serviria de meio de acesso ao Judiciário e ainda como método cooperativo da atividade jurisdicional no Brasil.

O *distinguishig*, como se alcançou até aqui, é uma técnica de interpretação voltada a mostrar que o caso concreto é composto por elementos factuais ou jurídicos que o separam de uma fundamentação que, eventual e potencialmente, seria adotada para o caso. Em sendo vinculante essa eventual interpretação, presente em técnicas ou itens oriundos de órgãos jurisdicionais superiores a serem impostas à fundamentação desenvolvida por órgãos jurisdicionais inferiores, estar-se-ia de frente à um sistema de precedentes vinculantes.

O controle da atividade jurisdicional, através do *distinguishing*, não se mostra como ato censor, como soaria os recursos processuais, eventuais atos correccionais administrativos que velam pelo correto procedimento adotado em órgãos inferiores. Através do *distinguishing*, protege-se e controla-se o próprio sistema de entendimento jurisdicional, por ato de cooperação jurídica e processual, alargando o leque de intérpretes do sistema de teses adotadas pelo tribunal.

Observe-se que o *distinguishing* permite o exercício do controle e da defesa da unidade do sistema de teses, mas não garante a aceitação da proposição. Algo que não atinge sua natureza jurídica.

Com esse alargamento dos atores de controle, defesa e promoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes, mesmo que por técnicas negativas — com soa o exemplo, em que se defende a não adoção do precedente vinculante ao caso concreto —, a atividade jurisdicional beneficia-se por receber interpretações dadas por partes que ajudam a promover o sistema de precedentes. Tal abertura e, principalmente, a cooperação, reconhece-se que é

medida de defesa ou pedido individual, mas que poderá ganhar efeitos *erga omnes*, se adotado o entendimento.

O exercício interpretativo aberto do sistema e a ferramenta do *distinguishing* ganham roupagem de participação da formação do precedente. Com a fundamentação jurídica do *distinguishing*, se está também dando interpretação ao sistema jurídico como um todo, composto de elementos similares ao que é encontrado no controle de constitucionalidade concentrado. Härbele (1997, p. 13), que se debruçou sobre a interpretação constitucional, alega que nesse específico processo, estariam potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado de intérpretes da Constituição. Segundo o autor (HÄRBELE, 1997, p. 13), a interpretação constitucional seria um elemento resultante de uma sociedade aberta.

Um excelente exemplo brasileiro sobre uma interpretação democrática da Constituição e do sistema jurídico pode ser apontado nas audiências públicas que precedem o controle de constitucionalidade. Método de cooperação jurídica para o exercício jurisdicional, assim como defende-se seja o *distinguishing*. Tais audiências públicas, previstas no parágrafo 1º, do Artigo 9º, da Lei 9.868, de 1999, espécie normativa que disciplina a Ação Direta de Constitucionalidade e ainda a Ação Declaratória de Constitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal, é claramente uma técnica de abertura do leque de autores que interpretarão a Constituição e avaliarão a adequação constitucional da espécie normativa posta em cheque no referido controle. Ao *distinguishing*, a cooperação se daria para a interpretação do precedente eventualmente vinculante, quando do julgamento do caso concreto ordinário — e não do controle concentrado, como exemplificado acima.

O *distinguishing* também se mostra um método de acesso ao Judiciário, na medida em que serve a defesa de um procedimento maduro, em que o mérito seja resolvido depois de produção probatória exauriente, haja vista que serve a impedir a aplicação de precedente que resultaria em solução antecipada meritória da lide. Pode-se defender que o *distinguishing* é método para a prestação jurisdicional adequada, desse modo.

A consagração do direito de participação, em matéria de controle de constitucionalidade, através das audiências públicas, e ainda nos casos de impugnação da aplicação do precedente ao caso concreto, conforme visto, se adequam ao que defende Härbele (2007, p 17). O autor observa que, quanto mais um país for participante de relações internacionais, mais entenderá que os Ordenamentos Jurídicos internos precisam adequar-se, para também preencherem e alinharem interesses dos participantes internacionais da relação, abrindo o sistema jurídico interno. Para o autor, o Estado Constitucional Cooperativo precisa entender que seu texto constitucional não atenderá somente ao Estado, devendo ser plural na sua revelação e interpretação.

A depender do grau alcançado do Estado em suas relações internacionais, o autor (HÄRBELE, 2007, p. 55-56) aponta que pode existir uma liga de interpretação da Constituição, onde criar-se-ia uma cooperação jurídica para a confecção de textos legais internos que facilitem e promovam a cooperação jurídica. Conforme observa, um movimento que ainda engatinha, mas ganha corpo.

Desse modo, quando o órgão competente para interpretar e impor a norma individualizada tem permissão legal para abrir o leque de atores interpretantes, como soa ocorrer com a técnica do *distinguishing*, abre-se também a possibilidade de democratizar as relações sociais

que correm junto ao Judiciário. Para Härbele (1997, p. 19), o processo de interpretação jurisdicional aberto é uma consequência do conceito republicano de interpretação, que haveria de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional.

A técnica do *distinguishing*, desse modo, pode ser considerada como um método de participação popular no controle e na cooperação jurídica da interpretação do sistema jurídico brasileiro, na medida em que há participação popular direta na confecção da norma individualizada; mais: procede trazendo ao debate elementos externos, de controle positivo e amplo — a própria tese aplicada —, como método de participação popular na construção da higidez do sistema e de acesso ao Judiciário como um meio de obter o direito de prestação adequada.

O *distinguishing* também se conforma ao exemplo de embate levantado por Hesse (1991, p. 10), quando o autor demonstra sua discordância às ideias de Ferdinand Lassale e aos fatores reais de poder. Para Konrad Hesse, se consideramos que a força afigura-se sempre maior que a força das normas jurídicas, a normatividade submeter-se-ia à realidade fática, o que não ocorre. Para Hesse (1991, p. 32), a prova de que a Constituição poderia impor uma força normativa sobre o poder dos fatos é algo que não se poderia nem mesmo comprovar, o que também impediria a comprovação dos eventuais fatores reais do poder propostos por Ferdinand Lassale. O *distinguishing* por argumento da parte torna-se, assim, um exercício de poder na construção da norma e, ainda, sobre seu referido alcance.

Visto que o *distinguishing* é método de defesa e garantia do devido processo legal, faceta processual ao adequado direito de acesso ao Judiciário, deve o direito a uma decisão ser prestado também adequadamente. Uma jurisdição mal exercida é desrespeito à garantia e ao direito constitucionais referidos. O *distinguishing*, de tal modo, exercido em cooperação jurídica, poderia salvaguardar o exercício da jurisdição e ainda o direito de receber prestação jurisdicional de forma adequada.

A imponência do devido processo legal é expressado por Sarmiento (2016, p. 87), quando ele lembra que o país de Israel afirma que tal princípio legal é reflexo direto da dignidade da pessoa humana.

Tal viés interpretativo, de cooperação e controle do Judiciário, para defesa do devido processo legal, através da ferramenta do objeto da pesquisa — o *dinstinguishing* diante da aplicação de precedente judicial vinculante —, também é levantado por Gurgel (2018, p. 70). Segundo a autora, o valor da dignidade humana tem se mostrado presente na jurisprudência americana quando se discutem direitos derivados do *Due Processe Clause*. A autora aponta que a XIV Emenda estabelece garantias processuais, como a exigência do devido processo.

Também considerando que o respeito ao devido processo como modo de defesa do cidadão contra o Estado, portanto, uma garantia constitucional, Barroso (2014, p. 47) observa que, nos Estados Unidos, proíbe-se buscas e apreensões arbitrárias. O autor exemplifica com uma decisão da Suprema Corte Americana, datada de 1962, na qual decidiu que a extração compulsória de cápsulas de drogas do estômago de alguém violaria o devido processo e, portanto, a violação de técnicas legais de obtenção de provas seria, assim, violação da própria dignidade.

Um outro prisma do exercício do *distinguishing*, para afastar uma interpretação e uma fundamentação jurídica modelo, de acordo com o devido processo legal e ainda com a própria dignidade, seria, ao fim, elemento da própria isonomia constitucional. Ao Estado não seria per-

mitido tratar diferentemente aqueles que se encontram em situação factual e jurídica similar. Novais (2003, p. 799) define o princípio da igualdade como um elemento essencial de vinculação jurídica de toda a atividade estatal de concretização e realização de direitos fundamentais e, conseqüentemente, também de estruturação e racionalização das ponderações de bens invocadas como fundamento, justificação e delimitação dos alcances das restrições que nesse contexto se desenvolvam.

O devido processo legal seria defendido e imposto, através da técnica do *distinguishing*, no entendimento de Marinoni e Mitidiero (2017, p. 763). Para os autores, no já antigo Estado de Direito (*Rschsstaat, État Légal*), o processo era concebido como um anteparo ao arbítrio legal, ao passo que hoje, segundo eles, o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) teria por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo. Algo que seria alcançável, diante de uma pretensão de um precedente vinculante não adequado ao caso, com o exercício do direito de *distinguishing*.

A técnica dos precedentes vinculantes, ao fim e ao cabo, seria um meio de adequar à jurisdição e a interpretação jurídica entregue pelo Judiciário aos parâmetros da isonomia, haja vista que nada mais pretende que entregar uma decisão individualizada semelhante a todos os casos apresentados também semelhantes.

O *distinguishing*, por seu turno, seria a outra face da moeda, pois pretenderia demonstrar que não haveria isonomia entre os casos a quem o órgão julgador poderia entregar o mesmo modelo de fundamentação jurídica.

O Judiciário no Brasil é Poder da República; o fato de seus órgãos poderem dizer solução como terceiro desinteressado, solução essa imperativa e que poder se tornar indiscutível, não o exime de seguir outras regras e princípios, constitucionais e infraconstitucionais, de cotejo democrático e participativo: um processo e uma solução com participação e, ainda, controle.

O *distinguishing*, desse modo, nada mais é que técnica de cooperação, com já visto, e ainda de participação da parte, como cidadão, no exercício e controle da prestação jurisdicional, mas que atinge não apenas a interpretação aplicada ao caso concreto: ela atua sobre parâmetro de entendimentos adotados como precedentes jurídicos obrigatórios ao sistema onde se encontra. O *distinguishing* não conseguirá, por isso, interferir no entendimento e nos efeitos do precedente objeto de sua análise; por outro lado, conseguirá delimitar o alcance prático do precedente, haja vista que, em sendo a técnica de interpretação vitoriosa, afastaria o precedente vinculante de imposição para o caso concreto.

O *distinguishing*, portanto, é exercício argumentativo em defesa do devido processo legal, é método de abertura do leque dos agentes da interpretação e, ainda, se mostra ato processual cooperativo, quando permite que a parte e o próprio juiz não se restrinjam à confecção da norma individualizada, pois a interpretação se daria tomando o sistema de precedentes, e não apenas a norma para o caso concreto.

Um processo devido, adequado, não genérico, que entregue, além de um procedimento adequado, ainda uma interpretação adequada na própria fundamentação. Mais: permite-se a abertura dos atores interpretantes e a democratização da atividade judicante, apesar de, também, caber ao juiz da causa a decisão final.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou responder como o exercício do *distinguishing*, durante um procedimento civil, mostrar-se-ia método de participação, de democratização e ainda de próprio controle da atividade judicante.

Na Seção 1, alcançou-se o entendimento de que o *distinguishing* tratar-se-ia de técnica de interpretação, na construção de norma individualizada, através da qual se demonstra que a tese temática, corrente e vinculante, não deveria ser aplicada ao caso concreto. Para tanto, ao juiz da causa, tal exercício se daria na fundamentação da decisão; ao passo que, à parte, caberia demonstrar na narrativa dos fatos que ao seu caso, em específico, não adequar-se-ia tal precedente.

Ainda na Seção 1, sobre o próprio precedente judicial vinculante, alcançou-se o entendimento de que tratar-se-ia de técnica de julgamento que adota a tese fixada em outra decisão, tese essa que poderia servir de modelo de interpretação jurídica, de onde retirar-se-ia de um caso concreto uma norma geral aplicável a todos.

Na Seção 2 da pesquisa, averiguou-se os efeitos práticos da adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes, ao que se alcançou o entendimento que a celeridade processual é algo que não guarda unanimidade: em verdade, o que o processo deve cumprir são os prazos legais, nem mais, nem menos. Portanto, na medida em que se alcançou que algo só seria célere se comparado a outro item com similitude e o tempo que levaria para cumprir uma mesma tarefa, não haveria como classificar a aplicação de precedentes acerca da celeridade.

Por outro lado, sobre o tempo gasto para que o procedimento ganhe natural fim, preferencialmente meritório, observa-se, sim, que a técnica do precedente judicial vinculante tenderia a resolver o mérito de um processo num momento anterior ao que o procedimento ordinário prevê nas leis processuais.

Outro efeito alcançado pela adoção de um sistema de precedentes obrigatórios é a segurança jurídica, na medida em que força a que todos os órgãos judiciais vinculados ao autor do precedente obrigatório adotem um modelo de fundamentação, algo que avança, em muito, além da simples adoção de uma súmula, por exemplo. Com tal técnica, será valorada decisivamente a segurança jurídica das posições jurisdicionais e ainda da prestação jurisdicional.

Outro efeito alcançado, nas conclusões da Seção 2, ao calço da segurança acima aponhada, foi a uniformidade de entendimento do Judiciário, algo que trará harmonia à atividade: a própria eficiência da prestação jurisdicional.

Na Seção 3, a pesquisa averiguou se, dentro do sistema de precedentes, qual seria o papel do exercício do *distinguishing*. Na pesquisa, alcançou-se que a argumentação trazida ao processo, que separaria os fatos narrados de uma eventual aplicação de um precedente obrigatório, seria de defesa do direito de acesso ao Judiciário, haja vista que pretende que tal função jurisdicional, além de ser prestada, seja ainda adequada, exauriente e meritória. Ele serviria, ainda, como meio de cooperação processual, na medida em que traria argumentos ao processo que não se voltariam completamente à defesa ou à decisão da causa, mas sim como meio de interpretação adequada do próprio sistema jurídico, de democratização da interpretação e ainda de defesa do devido processo.

Ao juiz da causa, o *distinguishing* demandaria fundamentação decisória para além da decisão sobre os fatos da causa, haja vista que pediria ainda fundamentação para afastar os elementos do precedente, que porventura pretende não aplicar. Desse modo, surgiria, como ônus ao juiz da causa, obrigatória fundamentação fática sobre elementos que não estão na narrativa dos fatos nos autos.

A necessidade desse exercício argumentativo da parte e do juiz da causa — no afastamento de um eventual precedente vinculante, o que serviria à adequada prestação jurisdicional, ao direito constitucional de acesso ao Judiciário e ainda à alguns parâmetros da dignidade —, por fim, seria face de uma prestação jurisdicional adequada, o que velaria o próprio devido processo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: volume 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 8. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Lei N° 13.105 de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso: 7 fev. 2022.

BRASIL. Lei N° 9.868 de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso: 8 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário N° 639.228-RJ*. Relator: Ministro Presidente César Peluso. Julgado em 16 de Junho de 2011. Publicado em 31 de Agosto de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626891>. Acesso: 7 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg na Ação Rescisória N° 2.792-PB*. Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 30 de Agosto de 2019. Publicado em 16 de Setembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750833042>. Acesso: 9 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial N° 1.677.414-SP*. Primeira Turma. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Julgado em 14 de Dezembro de 2021. Publicado em 1 de Fevereiro de 2022. Acesso: 8 fev. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Processo Civil**. 11 ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 4. ed. rev., atual., ampl., São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Intepretação Pluralista e `Procedimental` da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HÄRBELE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Conteúdo Normativo da Dignidade da Pessoa Humana e suas Implicações Jurídicas na Realização dos Direitos Fundamentais**. 2018. Tese (Pós-Doutoramento) – Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Vol 1**. 5 ed. rev., atual., ampl., São Paulo: Ed Thompson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. p. 762-829. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed., São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020. (Séria IDP).

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luis. Art. 102 da Constituição Federal. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Sério IDP).

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2003. Tese (Doutoramento) – Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2018.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 20/04/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 07/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/08/2022

Equipe editorial envolvida

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

O BRASIL: UMA ANÁLISE SOB O PONTO DE VISTA DAS EPISTEMOLOGIAS DO SUL EM BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

IN BRAZIL: AN ANALYSIS FROM THE POINT OF VIEW OF
SOUTHERN SPSTEMOLOGIES IN BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

THAMYRIS BARBOSA XAVIER AVILA¹
GABRIELA OLIVEIRA FREITAS²

RESUMO

O presente artigo científico tem como finalidade apresentar o contexto social em que o Brasil está inserido, demonstrando que, apesar da instituição dos direitos fundamentais no texto constitucional, a desigualdade social ainda é permanente no Estado Democrático de Direito. Como saída para o problema, aborda-se a ideia de Epistemologias do Sul, desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos, que permite justificar a desigualdade social estruturante no Brasil, apontando, ainda, uma saída para tal problema. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo.

Palavras-chave: direitos fundamentais; epistemologias do sul; desigualdade social.

ABSTRACT

This scientific article aims to present the social context in which Brazil is inserted, demonstrating that, despite the institution of fundamental rights in the constitutional text, social inequality is still permanent in the Democratic State of Law. As a way out of the problem, the idea of Epistemologies of the South, developed by Boaventura de Sousa Santos, which allows justifying the structural social inequality in Brazil, is approached, also pointing out a way out of this problem. Bibliographic research and the deductive method will be used.

Keywords: fundamental rights; southern epistemologies; social inequality.

- 1 Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC (2021). Graduação em Direito pela Universidade FUMEC (2016). Possui pós-graduação lato sensu pela Faculdade Internacional Signorelli em Direito Constitucional e Políticas Públicas (2020). Membro da Associação Mineira dos Advogados do Direito Imobiliário. Pesquisadora PRUNART-UFMG- Faculdade de Direito (2021). Palestrante. Participações em Workshop sobre pesquisas científicas e treinamento de biblioteca virtual. Professora Avaliadora de banca de TCC do curso de direito- Faculdade Estácio de Sá MG. Advogada. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/4571514731331933>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4798-2182>.
- 2 Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas. Coordenadora-Adjunta e Pesquisadora do IMDP – Instituto Mineiro de Direito Processual. Editora Chefe das Revistas Cadernos Jurídicos do IMDP e Revista Jurídica IMDP. Diretora Institucional e de Comunicação do INPEJ – Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professora de disciplinas de Direito Processual em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/4971454368506778>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5644-782X>.

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

ÁVILA, Thamyris Barbosa Xavier; FREITAS, Gabriela Oliveira. O Brasil: uma análise sob o ponto de vista das epistemologias do sul em Boaventura de Sousa Santos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 137-148, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8775>.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o problema da desigualdade social enfrentada no Brasil, tratando-a como obstáculo para a concretização do projeto de construção do Estado Democrático de Direito e apresentando a proposta de Epistemologias do Sul como solução para a superação deste problema.

A desigualdade social é uma marca histórica do país, causa grandes consequências para a sociedade, tais como o aumento da violência e da criminalidade, a severa exclusão social e, principalmente, a dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Levando em consideração que o Direito é uma ciência social aplicada, o estudo da sociologia jurídica como meio de refletir sobre as mazelas sociais que o país possui é necessário e urgente. Assim, pretende-se demonstrar que a redução da desigualdade social é medida necessária para possibilitar a democratização e que uma análise crítico-sociológica pode possibilitar o enfrentamento de tal obstáculo.

Para tanto, adota-se como marco teórico a ideia de Epistemologias do Sul, desenvolvida por Boaventura de Sousa, uma vez que permite a inclusão na sociedade dos conhecimentos desenvolvidos pelas sociedades colonizadas e oprimidas, retirando-as, por consequência, de uma marginalização sociológica.

Demonstrar-se-á, a partir deste marco teórico, que, a colonização do mundo se por uma dominação europeia repercute até os dias atuais, sendo necessário resgatar os conhecimentos desenvolvidos pelos povos colonizados como forma de romper com esta dominação. Boaventura de Sousa apresenta, portanto, as Epistemologias do Sul como uma proposta de análise sociológica invertida, conferindo mais validade à produção de conhecimento e experiências daqueles que foram historicamente dominados. Sob este viés é que se pretende analisar a realidade das comunidades brasileiras.

Para tanto, abordar-se-á o contexto social do Brasil, a fim de demonstrar que a desigualdade social é uma decorrência do histórico de colonização. Em seguida, analisar-se-á a questão da efetivação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, apontando a necessidade da busca de uma isonomia social. Tais considerações permitirão a construção, nos tópicos seguintes, de uma base para a utilização das Epistemologias do Sul como saída para o problema da desigualdade social.

Para o presente estudo, utilizar-se-á ainda a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

2. CONTEXTO SOCIAL DO BRASIL

Historicamente, a construção social do Brasil não adota, e nunca adotou, uma epistemologia coletiva ou social. Pensa-se muito em interesses individuais em detrimento das questões

sociais. Como dado histórico também, não se pode desconsiderar a colonização portuguesa, com toda a sua exploração de recursos naturais e, principalmente, a escravidão.

Esse colonialismo sofrido pelo Brasil ocasionou não somente uma exploração do território, mas uma “relação extremamente desigual de saber-poder, que conduziu à supressão de muitas formas de saber próprias dos povos e/ou nações colonizados” (SANTOS; MENESES, 2009, p. 13). Suprimiu-se, assim, toda a cultura que não pertencia aos colonizadores, causando, por consequência, a marginalização cultural e social, que reflete até os dias atuais.

Além disso, as consequências desse colonialismo também chegaram até as condições sociais em que vivem aqueles que descendem dos que foram colonizados e escravizados. Por tal motivo é que se verifica a gritante desigualdade social no contexto brasileiro.

Vale destacar que catequização e dominação dos índios e a escravização de africanos ocorreram de forma a sepultar a dignidade e a cultura desses povos. E o fim da escravização no Brasil não aconteceu de forma adequada, sendo que os ex-escravizados não tiveram garantidos seus direitos à moradia.

Assim, pode-se dizer que, “apesar dos escravos terem sido libertos, suas condições de vida e de moradia, pouco mudaram, o que se conclui, mais uma vez, que a abolição vivida pelos escravos no Brasil foi inacabada” (COSTA; AZEVEDO, 2016, p. 150), resultando no surgimento de favelas no ambiente urbano.

Nesse sentido:

[...] apesar da libertação dos escravos (as), os (as) mesmos (as) continuaram sem acesso a oportunidades que tornassem possível uma mudança e uma melhoria de fato, em suas vidas, uma vez que, como já dito, a abolição da escravatura no Brasil, foi inacabada.

Em virtude dessa abolição incompleta não ter conseguido romper com as heranças escravocratas, a população negra no país, se viu obrigada a continuar morando em espaços multifamiliares, onde não havia qualidade de água e luz e, portanto, as condições de higiene eram ínfimas, como os cortiços, em décadas passadas, e barracos de madeira atualmente. (COSTA; AZEVEDO, 2016, p. 152)

Sob o ponto de vista histórico, é notável que os habitantes das comunidades carentes no Brasil são os descendentes do povo escravizado, que tiveram que se organizar nessas vilas para a sobrevivência. O Estado brasileiro não promoveu qualquer ajuda para estas pessoas, a fim de possibilitar o direito a uma moradia digna.

Percebe-se que o colonialismo possibilitou o a perpetuação das desigualdades sociais no Brasil, nítidas nas maiorias das cidades brasileiras, decorrente da formação histórica do país, bem como da negligência dos detentores do poder público em resolver o problema.

Com a busca de implementação de direitos fundamentais, que, no Brasil, tem como marco histórico a promulgação da Constituição de 1988, foi necessário a inclusão dos direitos sociais para tentar concretizar a justiça social que estava defraudada com o liberalismo econômico. Necessária foi a intervenção estatal para regular a situação de indivíduos frágeis nas relações sociais. Neste contexto, destaca-se o artigo 7º da Constituição Federal, bem como a Consolidação das Leis Trabalhista.

Em que pese a proteção constitucional dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, o contexto social do Brasil, mesmo no momento pós Constituição de 1988, é visualizado sob a égide de uma subordinação de condição, em que as pessoas socialmente pobres estão excluídas da sociedade e, por consequência, das atuações do Estado, principalmente os moradores de comunidades e aglomerados.

Assim é que, apesar de um extenso rol de direitos fundamentais previstos no texto constitucional, o “Brasil está entre os dez países mais desiguais do mundo”, com taxa de 0,539 pelo índice de Gini³ (AGÊNCIA SENADO, 2021),

Vale destacar, como indicativo dessa desigualdade social, o fato de que, no anos de 2020, “mais de 30% dos 211,8 milhões de residentes nos 5.570 municípios brasileiros tiveram de ser socorridos na etapa inicial do auxílio de R\$ 600 aprovado pelo Congresso” (AGÊNCIA SENADO, 2021).

Esta situação de contínua desigualdade social impede as pessoas de atuarem em igualdade na vida em sociedade, uma vez que claramente, uns tem privilégios em relação aos outros. Neste caso, a classe pobre no Brasil é totalmente oprimida e esquecida pelo Estado.

Assim:

Se os padrões institucionalizados consideram a inferioridade ou exclusão de alguns atores sociais, temos, evidentemente, uma questão de reconhecimento equivocado ou subordinação de status, que ela denomina como modelo de status de reconhecimento. Desse modo, Fraser considera que o reconhecimento equivocado inserido dentro de um modelo de status de reconhecimento constitui uma relação institucionalizada de subordinação e uma violação da justiça e impede a participação como igual na vida social.” (SPAGNOL, 2020, p. 8).

Vê-se que esta realidade configura um verdadeiro Estado de Exceção, tal como trabalhado por Giorgio Agamben, havendo uma suspensão da ordem em relação às classes sociais despatrimonializadas e excluídas das relações de poder. Essas classes são tratadas por Agamben pela nomenclatura de *homo sacer*, representando aqueles cuja “vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão” (AGAMBEN, 2014, p. 16).

A exclusão do *homo sacer* é o que assegura a inclusão de outros e é o que ocorre com a população de baixa renda no Brasil: existe uma evidente segregação dos moradores de favela, em relação aos demais habitantes do país.

A desigualdade social no Brasil é extrema e causa muito dissabores, como o aumento da violência e altos índices de criminalidade. Só existe uma justificativa plausível para esta situação: abandono e negligência do Estado na efetivação dos direitos fundamentais de toda a população.

Boaventura de Sousa afirma que existe uma lei própria nessas comunidades, que eles mesmo tiveram que se organizar e, portanto, sobrevivem por si próprios, sem auxílio do Estado, alertando que esse modo de vida deles deveria ser respeitado pelos demais indivíduos da sociedade. (SANTOS, 2018, p. 28).

3 “O Índice de Gini, criado pelo matemático italiano Conrado Gini, é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos. Numericamente, varia de zero a um (alguns apresentam de zero a cem). O valor zero representa a situação de igualdade, ou seja, todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem) está no extremo oposto, isto é, uma só pessoa detém toda a riqueza.” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2004).

Percebe-se o oposto, eis que para as comunidades carentes no Brasil sobrou o desrespeito, preconceito e negligência do Estado. Nota-se que o Estado Democrático de Direito, compreendido como aquele em que todo o poder emana do povo, não chegou às favelas do Brasil.

Para Enock da Silva Peixoto, o direito é elitista, não atinge a todos, sempre existem os separados, os que vivem a vida nua em um espaço de exceção, excluídos da atuação do Estado, bem como vida política “legítima” (PEIXOTO, 2020).

Assim, afirma Agamben:

[...] é necessário, antes de mais, perguntar-se por que a política ocidental se constitui primeiramente através de uma exclusão (que é, na mesma medida, uma implicação) da vida nua. Qual é a relação entre política e vida, se esta se apresenta como aquilo que deve ser incluído através de uma exclusão?” (AGAMBEN, 2014, p. 14).

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.

A criação voluntária de um estado de emergência permanente, com a contínua “sacerização” do homem, tornou-se uma das práticas primordiais do Brasil desde a colonização, sendo ainda um problema não resolvido, mesmo em tempos de busca da concretização do Estado Democrático de Direito.

Portanto, dentro desse contexto social de má distribuição e reconhecimento, que o Brasil se enquadra. As epistemologias do Sul, trabalhada por Boaventura de Sousa sugere uma nova visão a respeito do assunto.

3. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ISONOMIA SOCIAL

Diante da instituição do Estado Democrático de Direito, pela previsão contida no art. 1º da Constituição Federal de 1988, um extenso rol de direitos fundamentais e sociais foram incluídos no ordenamento jurídico, na tentativa de efetivar a cidadania, de forma isonômica, de toda a população.

Ao apresentar este rol de direitos fundamentais, dispõe o art. 5º da Constituição que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Percebe-se, então, que o texto constitucional busca tratamento igualitário de todos, o que exige a superação das desigualdades sociais, desigualdades de oportunidades e desigualdades de participação.

Não se pretende que todos sejam considerados iguais, mas que haja igual oportunidade de participação na esfera político-social, o que, obviamente não acontece diante de um cenário em que parcela da população não consegue ter acesso aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição deveriam ser considerados como líquidos, certos e exigíveis, não dependendo de um ato de uma autoridade para que se discuta como e quando devem ser implementados, sob pena de regredir ao modelo de Estado Social.

Considerando o paradigma democrático, ocorre, por consequência, uma revisitação do conceito de isonomia, buscando superar o tradicional dogma de que este princípio se resume a garantir tratamento igualitário de todos perante a lei. Essa concepção faz com que se reconheçam insuperáveis diferenças no que tange ao exercício de direitos fundamentais, exigindo, como consequência lógica, o tratamento diferenciado entre aqueles que apresentam tais diferenças.

Conforme Rosemiro Pereira Leal, seria um disparate, “falar em desigualdade fundamental de direitos, porque, uma vez cumpridos os já constitucionalmente acertados direitos fundamentais, o que se tem são desníveis patrimoniais e de personalidades” (LEAL, 2005, p. 80).

Assim, no Estado Democrático de Direito, a isonomia não se limita a um reconhecimento do direito à diferença, devendo ser compreendida como um direito das partes à igualdade argumentativo-procedimental na defesa e reconhecimento de seus direitos, o que a torna essencial para a construção e aplicação normativa (LEAL, 2005, p. 79).

O que se percebe é que somente existe isonomia se devidamente reconhecidos os direitos fundamentais como direitos acertados pelo devido processo, o que depende da observância, em sua base, da isonomia, permitindo que os sujeitos tenham igualdade argumentativa em tal acertamento de direitos. Ou seja: não basta que a isonomia exista no nível instituído do direito, sendo necessário, para a verdadeira configuração do Estado Democrático, que esta também exista nos níveis constituinte e instituinte do Direito.

Portanto, para que exista isonomia no Estado Democrático, exige-se que haja, previamente, o acertamento dos direitos fundamentais, a partir do devido processo, o que impediria a chamada “desigualdade fundamental”. Sendo assegurado a todos o efetivo exercício dos direitos fundamentais, em razão de sua liquidez e certeza, essa suposta desigualdade no exercício de direitos seria inviável.

Por isso, tendo em vista a igualdade fundamental já estabelecida constitucionalmente, Roberta Maia Gresta aponta a necessidade de “descortinar as ideologias que subjazem à resistência à autoinclusão dos cidadãos na fundamentalidade do direito” (GRESTA, 2014, p. 61). A fim de descortinar tais ideologias, é que, como saída para a desigualdade social permanente no Estado Democrático de Direito, aborda-se neste trabalho a ideia de Epistemologias do Sul, como será apresentado no tópico seguinte.

4. EPISTEMOLOGIAS DO SUL

Boaventura de Sousa Santos desenvolve a ideia de Epistemologias do Sul, que se afigura essencial para a alcançar uma possível melhora do contexto social brasileiro.

De início, é de se ressaltar que “epistemologia é toda noção ou ideia, reflectida ou não, sobre as condições do que conta como conhecimento válido” (SANTOS; MENESES, 2009, p. 9). Assim, ao tratar de epistemologias do Sul, Boaventura de Sousa Santos apresenta a neces-

sidade de se visitar quais os conhecimentos sociais são considerados válidos no contexto cultural e político.

Esclarece que “as epistemologias do Sul referem-se à produção e validação de conhecimentos ancorados nas experiências de resistência de todos os grupos sociais que têm sido sistematicamente vítimas da injustiça, opressão e destruição causadas pelo capitalismo, pelo colonialismo e pelo patriarcado” (SANTOS, 2018, p. 19).

Assim, o termo “epistemologias do sul” vai além de uma ideia de um sul geográfico, representando, em verdade, o conjunto de saberes suprimidos ou ocultados pelo colonialismo. O Sul pode ser compreendido como uma “metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo” (SANTOS; ARAÚJO; BAUMGARTEN, 2016, p. 16). Veja-se:

O Sul é aqui concebido metaforicamente como um campo de desafios epistêmicos, que procuram reparar os danos e impactos historicamente causados pelo capitalismo na sua relação colonial com o mundo. Esta concepção do Sul sobrepõe-se em parte com o Sul geográfico, o conjunto de países e regiões do mundo que foram descobertos ao colonialismo europeu e que, com exceção da Austrália e da Nova Zelândia, não atingiram níveis de desenvolvimento econômico similares ao do Norte Global (Europa e América do Norte) (SANTOS; MENESES, 2009, p. 12-13).

Conforme afirma Boaventura: “a dimensão epistêmica se articula com a dimensão prática de um conhecimento solidário e consciente das lutas contra a injustiça, a opressão e a exclusão” (SANTOS, 2018, p. 24).

As raízes históricas de opressão, colonização e dominação intensificam a questão da desvalorização de tudo aquilo que diz respeito ao Sul, ou seja, aos colonizados, diante da notável dominação das epistemologias do Norte colonizador. Assim, “o cidadão, na sociedade civil, é instrumentalizado, eis que adestrado para celebrar e reproduzir os modos de vida civilizada, ainda que nunca possa destes usufruir integralmente” (GRESTA, 2019, p. 164).

Nesse sentido:

Uma pergunta que supõe não só questões teóricas, mas também inquirir as dificuldades para articular uma pesquisa que esteja vinculada com as resistências anticapitalistas, antipatriarcais e anticoloniais, e com as lutas por um mundo melhor. Superar estas dificuldades exige superar o reducionismo que o paradigma hegemônico de conhecimento impunha e ao qual também sucumbiu muita teoria que quer ser crítica. E para fazê-lo é preciso não renunciar a enfrentar perguntas fortes, aspectos subteorizados, para não cair na imagem de quem procurava o objeto perdido ao lado da luz, não porque o tivesse perdido ali, senão porque ali havia luz. Exige também recuperar outras formas de conhecimento, outras formas de sociabilidade que foram invisibilizadas. (SANTOS, 2018, p. 25).

Desse modo, a ideia de Epistemologias do Sul parte da consideração de que “na dor e na luta, desigualmente distribuídas pelo mundo, cabem uma multiplicidade de conhecimentos invisibilizados e desperdiçados pela modernidade” (SANTOS; ARAÚJO; BAUMGARTEN, 2016, p. 16), identificando a necessidade de que estes conhecimentos sejam considerados na construção social, ocasionando, por consequência, uma inclusão daqueles que ainda são considerados excluídos e marginalizados.

As Epistemologias do Sul surgem como uma proposta epistemológica subalterna, insurgente, resistente, alternativa contra um projeto de dominação capitalista, colonialista e patriarcal, que continua a ser hoje um paradigma hegemônico. Na sua fundação, encontra-se a ideia-chave de que não há justiça global sem justiça cognitiva global, isto é, as hierarquias do mundo só serão desafiadas quando conhecimentos e experiências do Sul e do Norte puderem ser discutidos a partir de relações horizontais e sem que as narrativas do Sul sejam sempre sujeitas à extenuante posição de reação (a periferia que reage ao centro, o tradicional que reage ao moderno, a alternativa que reage ao cânone). As Epistemologias do Sul existem porque existem Epistemologias do Norte que se arrogam universais. (SANTOS; ARAÚJO; BAUMGARTEN, 2016, p. 18).

A partir do estudo da teoria das Epistemologias do Sul é que se identifica a origem do problema da desigualdade social no Brasil, sugerindo a possibilidade de inclusão social a partir da validação dos conhecimentos que ainda são invisibilizados e suprimidos pela hegemonia dos conhecimentos do Norte colonizados. Boaventura de Sousa revela justamente esta proposta da visão da realidade social, com críticas construtivas para o melhor desenvolvimento.

Portanto, o estudo das epistemologias do Sul em Boaventura retrata a necessidade de um novo ponto de vista para a realidade social no mundo, em especial no que diz respeito às desigualdades sociais no Brasil, buscando a possibilidade de uma isonomia argumentativa, tal como exposto no tópico anterior.

Assim:

Esse

[...] é um projeto exigente que nos desafia a desaprender a alegada universalidade do pensamento monocultural e a superar as abordagens dicotômicas que têm por referência o cânone moderno, reiteradamente agregando nas categorias homogeneizadoras do outro lado do polo uma diversidade enorme de experiências cujas especificidades, potencialidades e possibilidades de aprendizagens se desperdiçam. (SANTOS; ARAÚJO; BAUMGARTEN, 2016, p. 23).

E, considerando a necessidade de inclusão social e redução (ou até mesmo a superação) da desigualdade social como condição para a concretização do Estado Democrático de Direito, tem-se por imperiosa a necessidade de estudos sociológicos na literatura jurídica.

5. EPISTEMOLOGIAS DO SUL E A DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL

Boaventura preceitua que o seu trabalho sobre as Epistemologias do Sul viabiliza “de modo crescente, como propõe o projeto das epistemologias do Sul, recuperando o que a fratura abissal do colonialismo negou” (SANTOS, 2018, p. 25).

Como se sabe, o Brasil foi colonizado por Portugal, o que fez com que o povo brasileiro sofresse o golpe da dominação colonizadora, com a clara supressão dos saberes do povo colonizado, como indígenas, incluindo-se aqui, também, os povos escravizados

A realidade histórica do país culminou em uma enorme desigualdade social: por um lado é verificado poucas pessoas com muitas riquezas e, por outro, muitas pessoas com muito pouco patrimônio.

É notável a má distribuição de riquezas no país e a negligência e/ou dificuldade do poder público em trabalhar na busca de uma solução para problema. Essa dificuldade da Administração Pública em buscar soluções para a questão da desigualdade social ocorre justamente por estar pautada nas chamadas ideologias do Norte.

As políticas públicas controladas pelo Estado pressupõem o reconhecimento de uma desigualdade fundamental, com a mínima concessão de direitos para as chamadas minorias sociais, que passa pela percepção de uma elite sobre o que seria considerado o mínimo para a existência (vida nua) de determinados grupos.

Não há, portanto, uma atenção voltada para as diferenças culturais, que foram silenciadas pela colonização.

Nesse sentido:

Deve estar, pelo contrário, aberta a estudar as diferentes legalidades, as ilegalidades e ilegalidades entrecruzadas, presentes nas experiências sociais. A concepção moderna do direito, positivista jurídica em termos gerais, identifica de forma reducionista o direito com o direito do Estado e assume seu estudo em termos formalistas que legitimam uma suposta despolitização do direito. A aceitação das pluralidades e complexidades jurídicas que propõe Boaventura se faz a partir da identificação de três elementos estruturais do direito, da retórica, da burocracia e da violência, o que supõe um marco para o estudo da presença variável destes elementos nos distintos direitos dados, ao mesmo tempo que permite a consideração dos jogos de inter-legalidades presentes no pluralismo jurídico. (AÑÓN, 2018, p. 26).

A partir dessa perspectiva, torna-se possível buscar compreender os direitos fundamentais, o que depende da desconstrução da ideia de que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos que alcançaram a expressa proteção no ordenamento jurídico constitucional.

Direitos fundamentais não são aqueles direitos inerentes à natureza humana, que foram positivados. Isso porque compreender que existam direitos inerentes ao homem consiste em criar uma natureza mística dos direitos, ou mesmo reconhecê-los como “uma cortesia irrecusável de uma história deontológica inesclarecida e ofertada pelos Estados ou povos ditos civilizados” (LEAL, 2006, p. 1).

Canotilho no seu livro “Estudos sobre direitos fundamentais” apresenta uma análise acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, os direitos de segunda dimensão. O autor observa que nas constituições que lidam com este assunto é comum a técnica de positivação dos direitos a prestações ser uma eleição racional de enunciados semânticos, realizada em situação de liberdade hipoteticamente igual (CANOTILHO, 2008, p. 37).

Segundo o autor, esta atitude científica abre viés para os vários tipos de positivação jurídico constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, como a possibilidade de serem normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado de conteúdo social, emancipação de medidas relevantes no plano social, econômico, social e cultural, como também a positivação dos direitos sociais através da consagração constitucional de garantias institucionais, obrigando o legislador a proteger esses direitos (CANOTILHO, 2008, p. 37- 38).

Então, a mera positivação de direitos fundamentais não é suficiente para garantir sua efetivação de forma isonômica, sendo que, mesmo com a previsão constitucional de tais direitos, estes continuam a ser negados a uma considerável parcela da população, marginalizada.

Isso se dá em razão da exclusão das epistemologias do Sul, sendo que Direito ser elitista, socorre apenas os mais ricos. O Estado Democrático de Direito está longe de ser viabilizado para a maioria da população brasileira: os pobres. Assim, os excluídos têm negada sua dignidade humana, “uma vez que em relação a eles é aceitável a não aplicação dos direitos fundamentais” (GRESTA, 2014, p. 53).

Segundo Canotilho:

Compreender a conflitualidade das estruturas subjetivas é, afinal, a tarefa que se impõe a um órgão como o Provedor de Justiça, na sua qualidade de garante dos direitos fundamentais do cidadão. Se ele, nos espaços comunicativos do Estado de Direito, puder contribuir para a solidificação de uma sociedade de homens livres, onde os espaços de autonomia sejam entretecidos pelos princípios básicos de justiça, terá cumprido a sua missão. (CANOTILHO, 2008, p. 96).

Para Canotilho a dogmática sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais é vaga, o que é comum este tipo de observação dentro das ciências sociais. E com isso, muitos juristas quando abordam estes assuntos não sabem o que propor, justamente por causa dessa indeterminação do assunto (CANOTILHO, 2008, p. 99). E ainda continua: “Ao abordarmos o direito à universidade, teremos nós, constitucionalistas, alguma ideia sobre a estrutura da procura de trabalho e da bolsa de emprego?” (CANOTILHO, 2008, p. 99).

Do mesmo modo, Rosemiro Pereira Leal aponta a existência de uma “massa de excluídos que sofrerá, por compressão, o processo de civilização (colonização cultural) desenvolvido intensamente, no curso histórico, pelos civis e seus aliados cidadãos já paternalizados pelo sistema social e político civilmente adotado” (LEAL, 2005). Aponta, assim, que “na formação da opinião e da vontade, há segmentos sociais que não se incluem na estrutura discursiva voltada ao desempenho da função social integradora” (LEAL, 2005).

Conforme denúncia André Del Negri, esse silenciamento é típico de sociedades totalitárias, não atendendo aos propósitos de uma sociedade que se pretende democrática:

As sociedades totalitárias são avessas ao debate. Silenciam o discurso dos atores sociais, tanto quanto. Em face dessa não possibilidade de manifestar opinião, o outro é anulado. Por isso, a importância de estudos que buscam a emancipação dos indivíduos num contexto que privilegie a pluralidade de vozes e de visões de mundo. (DEL NEGRI, 2011, p. 41).

Desse modo, tem-se que, não havendo a implementação de direitos fundamentais para todos, notadamente diante do silenciamento e exclusão das minorias e dos despatrimonializados, também não se pode falar em concretização do Estado Democrático de Direito. E parte-se da ideia de Epistemologias do Sul para demonstrar que, enquanto não houver uma valorização do conhecimento construído pela resistência colonizadora, esta concretização continua distante.

6. CONCLUSÃO

Este presente artigo científico teve por objetivo enfatizar a desigualdade social do Brasil, interligando-a com os estudos das epistemologias do Sul em Boaventura de Sousa Santos, apontando tais epistemologias como possível solução para o problema identificado na sociedade brasileira.

Verificou-se que a origem histórica do país revela as consequências da colonização e dominação da população brasileira, constatando-se a supressão e o silenciamento da cultura e do conhecimento dos colonizados (sul), prevalecendo o conhecimento imposto pelos colonizadores (sul). Não é diferente no que diz respeito ao direito, importado das mais altas elites do mundo, ele chega até o Brasil de maneira impositiva, por meio da dominação.

Neste viés, o direito é elitista, atendendo aos interesses dos patrimonializados, com pequenas concessões de direitos para garantir apenas a existência (vida nua) dos marginalizados, aqueles cujos conhecimentos foram silenciados pelo procedimento de colonização.

Boaventura de Sousa Santos apresenta a ideia de que deve ter um resgate jurídico e sociológico das Epistemologias do Sul, o que, conforme apontado, pode ser uma medida para permitir a isonomia social, essencial para a concretização de um Estado Democrático de Direito.

Demonstrou-se que com a validação de conhecimentos e culturas suprimidas pela colonização seria possível alcançar uma igual possibilidade de participação do povo, inclusive dos que são atualmente marginalizados, nas decisões político-sociais, caminhando na efetivação dos direitos fundamentais e na concretização do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua, I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

AGÊNCIA SENADO. **Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres**. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/recordista-em-desigualdade-pais-estuda-alternativas-para-ajudar-os-mais-pobres> Acesso: 10 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Duane Brasil; AZEVEDO, Uly Castro de. Das Senzalas à Favela: por onde vive a população negra brasileira. **Socializando**, ano 3, n. 1, p. 145-154, jul. 2016.

DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ESTADO de Direito! Pluralismo jurídico em Boaventura de Sousa Santos. mar. 2019. Disponível em: encurtador.com.br/lwKTV. Acesso em: 19 fev. 2021.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRESTA, Roberta Maia. Uma leitura de Processo Civil e Sociedade Civil: chaves de compreensão para a construção processualizada da sociedade democrática. In: LEAL, André Cordeiro *et al.* (org.). **Processo como Democracia na Contemporaneidade**: colóquios em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **O que é?** - Índice de Gini. 2004. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28. Acesso em: 10 out. 2021.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. **Revista Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <https://silo.tips/download/3526629-629-5rvhplur3huhlud-hdo>. Acesso em: 10 out. 2021.

LEAL, R. P. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: GALUPPO, M. C. (org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

PEIXOTO, Enock da Silva. Análise sobre a concepção de vida nua: por uma política vital. **Investigação Filosófica**, v. 11, n. 01, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/investigacaofilosofica/article/view/5389>. Acesso em: 10 out. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Construindo as epistemologias do sul**. Buenos Aires: Clacso, 2018. Parte III. Direito para outro mundo possível. p. 23-335.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almeida, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza; ARAÚJO, Sara; BAUMGARTEN, Maíra. As Epistemologias do Sul num Mundo fora do Mapa. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 18, n. 43, p. 14-23, set./dez. 2016.

SPAGNOL, Catarina. **Nancy Fraser**: introdução a uma proposta de reconhecimento e redistribuição. 2020. p. 8.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 23/11/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/11/2021
- Avaliação 1: 14/12/2021
- Avaliação 2: 21/03/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/04/2022
- Retorno rodada de correções: 15/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 15/05/2022

Equipe editorial envolvida

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

DIREITOS TRABALHISTAS NA PERSPECTIVA DA CIDADANIA SOCIAL

LABOR RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE
OF SOCIAL CITIZENSHIP

MAX EMILIANO DA SILVA SENA¹

RESUMO

Este artigo propõe-se a responder a seguinte indagação: qual é o papel dos direitos trabalhistas na perspectiva da cidadania social? Adotou-se como marco teórico a teoria de Robert Castel acerca da proteção dos direitos sociais enquanto instrumentos de cidadania, o que confronta com as propostas do neoliberalismo, fundadas no individualismo. Como resultado, constatou-se que os direitos trabalhistas são fundamentais para a promoção da cidadania social do indivíduo. Utilizou-se o método de abordagem indutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica e documental, por meio da consulta de obras e legislação.

Palavras-chave: cidadania; direito trabalhistas; neoliberalismo; proteção social; sociedade de semelhantes.

ABSTRACT

This article proposes to answer the following question: what is the role of labor rights in the perspective of social citizenship? Robert Castel's theory on the protection of social rights as instruments of citizenship was adopted as a theoretical framework, which confronts the proposals of neoliberalism, based on individualism. As a result, it was found that labor rights are fundamental to the promotion of the individual's social citizenship. We used the inductive approach method and the dogmatic-legal research of bibliographic and documental nature, through the consultation of works and legislation.

Keywords: citizenship; labor law; neoliberalism; social protection; similar society.

1 Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC-Minas. Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC (Instituições Sociais, Direito e Democracia). Especialista em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Especialista em Direito Público pela FADIVALE - Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Atualmente é Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho (desde outubro de 2010) e professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito Vale do Rio Doce (Fadivale). Foi professor de Direito Constitucional e de Direitos Humanos da Universidade Vale do Rio Doce (Univale), de 2015/2018. Ex-Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (1999/2007). Ex-Analista Processual do Ministério Público do Trabalho (2007/2010). Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: valor social do trabalho, dignidade da pessoa humana e inclusão social. Autor do livro "A força normativa do valor social do trabalho", publicado pela Editora Lumen Juris, e de vários artigos jurídicos. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-2466-9449>.

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

SENA, Max Emiliano da Silva. Direitos trabalhistas na perspectiva da cidadania social. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 149-162, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8554>.

1. INTRODUÇÃO

Os períodos que se sucederam às duas grandes guerras mundiais ocorridas no século XX marcaram o surgimento de um sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto na perspectiva individual quanto na perspectiva coletiva e social, por meio da garantia de direitos de primeira dimensão (liberdade, igualdade formal e propriedade), de direitos sociais (saúde, educação, trabalho e previdência social) e de direitos transindividuais (meio ambiente e consumidor). A dignidade da pessoa humana foi eleita como o limite ético que deveria pautar as ações dos Estados, a par da centralidade humana no sistema global e nos ordenamentos jurídicos domésticos.

Nesse movimento de garantia de direitos humanos, os direitos sociais trabalhistas receberam especial destaque na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, inspirando outros Estados, inclusive o Brasil, que igualmente inseriram nos textos constitucionais direitos e garantias em favor dos trabalhadores.

Não obstante, nos últimos anos o movimento neoliberal vem ganhando espaço e passou a colocar em xeque a necessidade de previsão de direitos trabalhistas, haja vista que possuem como consequência, segundo argumenta-se, a criação de entraves ao crescimento econômico, impactando diretamente na extinção de postos de trabalho.

A presente pesquisa possui como finalidade a análise estrutural dos direitos trabalhistas, para além de simples contraprestações contratuais, propondo-se a pesquisar resposta ao seguinte tema problema: qual é o papel dos direitos trabalhistas na perspectiva da cidadania social? Adotou-se como marco teórico a teoria de Robert Castel acerca da proteção dos direitos sociais enquanto instrumentos de cidadania e, nesse sentido, será a exposição baseada no livro do referido autor, intitulado “El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo”, mediante diálogo com vários outros autores e fontes bibliográficas.

O presente artigo encontra-se dividido em quatro capítulos, incluindo este capítulo primeiro, destinado à introdução. No capítulo segundo os direitos trabalhistas serão analisados enquanto meio de proteção social. O capítulo terceiro dedicar-se-á à leitura da proteção trabalhista à luz do conceito de cidadania social. Por fim, o capítulo quarto será palco das considerações finais, uma vez que não se tem a pretensão de esgotamento da temática.

Para o alcance do objetivo proposto, utilizaram-se o método de abordagem indutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras e legislação.

2. DIREITOS TRABALHISTAS E PROTEÇÃO SOCIAL

Os movimentos de reivindicação dos direitos trabalhistas remontam à Revolução Industrial do século XIX, diante das precárias condições de trabalho infligidas aos trabalhadores, os quais eram submetidos a jornadas de até dezesseis horas e não contavam com um meio ambiente de trabalho saudável e seguro e nem tampouco com direitos face a acidentes de trabalho e outros infortúnios ocorridos no exercício ou em função do trabalho.

Não obstante, no mundo neoliberal os direitos sociais e em especial os direitos trabalhistas são considerados um estorvo ao expedito crescimento econômico e, portanto, inimigos do progresso. Cleber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida enumeram algumas características do neoliberalismo, enquanto maneira de ser do capitalismo, valendo destacar, para fins desta exposição as seguintes: a) superexploração dos trabalhadores; b) hipofetichização do mercado, mais que da mercadoria; e c) expansão das formas não-salariais de controle do trabalho, com destaque para a escravidão e a servidão. (ALMEIDA; ALMEIDA, 2020, p. 21-22).

Um dos pontos centrais da doutrina liberal reside na retração do Estado, que deve deixar o mercado resolver as questões por si mesmo, mediante a estratégia de promoção da liberdade de escolher a ser garantida aos atores envolvidos, principalmente empresas e empregados. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 236).

A partir da insurgência do neoliberalismo contra os direitos trabalhistas, surgem discussões acerca do nível de proteção que deve ser conferida aos trabalhadores, nomeadamente se a proteção deve ser garantida a todos ou de maneira individualizada.

Robert Castel deflagra essa discussão sobre a abrangência da proteção social, fixando os seguintes pontos: deve ser universal, no sentido de assegurar a todos os membros da sociedade uma proteção social geral, uma seguridade social efetiva, ou deve selecionar os beneficiários dessa proteção, de modo a alcançar aqueles indivíduos e grupos que experimentam dificuldades particulares? Em suma, a proteção deve ser universal, em favor de todos, ou seletiva, alcançando apenas os ditos “mais desprotegidos”? Ainda, a proteção social consiste em oferecer a todos o acesso a uma cidadania social, ou em garantir uma base mínima de recursos para evitar a decadência completa das categorias menos favorecidas da população?

A respeito dessa discussão, Juan Raso Delgue pontua que o Direito do Trabalho, nova disciplina nascida no século XX, diferencia-se pelo reconhecimento de um ponto de partida distinto daquele adotado pelos demais ramos da ciência jurídica, o qual reside na desigualdade das partes contratantes. Enquanto os demais ramos do Direito e fundamentalmente o direito privado civil adotam o princípio da igualdade das partes, o Direito do Trabalho centra-se na desigualdade, na medida em que ao empregador são conferidas faculdades normativas diretivas e sancionatórias, às quais o empregado deve acatamento.

Nesse ponto, a propósito da universalidade ou seletividade da proteção social em favor do trabalhador, é de se indagar se as condições materiais, de *per si*, são capazes de afastar essa desigualdade entre empregados e empregadores. Adiante, serão lançadas reflexões a respeito.

Ganha corpo aqui uma discussão bastante interessante acerca do significado ou do conteúdo dos direitos trabalhistas, se são apenas prestações materiais contratuais ou se possuem papel mais elevado e estratégico na ordem democrática. A análise consiste em tentar perceber se os direitos decorrentes da relação de trabalho desempenham papel para além de prover a existência do indivíduo. Trabalha-se apenas para prover o sustento material? Trata-se de uma reflexão importante para se descortinar possíveis razões fora daquilo que comumente se discute a respeito da natureza material desses direitos.

Castel observa que na França e na maioria dos países da Europa ocidental, vêm ocorrendo transformações nos sistemas de proteção social, notadamente no que tange à limitação de sua abrangência e à concepção das prestações sob condições do uso de recursos públicos, que

precisa levar em consideração, segundo entende-se, as dificuldades particulares das pessoas a serem socorridas (CASTEL, 2010).

No próximo capítulo, será discutido o significado da proteção social conferida aos trabalhadores, para que se reunir elementos teóricos capazes de trazer resposta ao tema problema desta pesquisa, consistente na perquirição do papel dos direitos trabalhistas na perspectiva de uma cidadania social.

3. CIDADANIA SOCIAL COMO FINALIDADE DA PROTEÇÃO TRABALHISTA

A instrumentalização assistencialista da proteção social dá uma resposta muito restritiva à pergunta: o que significa estar protegido?

Na opinião de Robert Castel, essa indagação possui uma dimensão socioantropológica que ultrapassa o aspecto meramente assistencial da proteção social. Essa dimensão socioantropológica é compreendida como base de recursos e direitos que proporcionam ao indivíduo moderno converter-se em um membro da sociedade com direito próprio (CASTEL, 2010).

Partindo dessa concepção de “membro da sociedade com direito próprio”, vislumbra-se o papel emancipatório da proteção social proporcionada pelos direitos trabalhistas, ou seja, ao contrário de significar uma dependência, alcança-se a promoção de uma cidadania social e da afirmação de uma identidade do trabalhador enquanto indivíduo e integrante da coletividade.

Não se olvidam as dificuldades que enfrenta a sociedade como um todo para acompanhar as vicissitudes em geral, notadamente de ordem econômica, comumente opostas como obstáculos à manutenção de uma rede de proteção social mais sólida para a classe trabalhadora. A ideia do bem comum, todavia, deve ser objeto de reflexões nessa questão, na medida em que justifica a razão de ser e de existir da vida em sociedade e do próprio Estado, o qual deve ser considerado, na linha de Paulo Bonavides, “[...] como meio para todos os fins sociais possíveis.” (BONAVIDES, 2008, p. 112).

Juan Delgue lembra que a evolução do Direito do Trabalho liga-se especialmente às mudanças dos contextos sociais, econômicos e políticos dos diversos países, de molde que inexistem um Direito do Trabalho imutável na história do trabalho e, por consequência, também das regras jurídicas que regem as relações entre empregados e empregadores (DELGUE, 2016). Há, sim, um processo complexo de retroalimentação entre tais normas e essas mudanças ocorridas na sociedade.

Todavia, na sociedade de indivíduos é necessária a realização de uma proteção para que os seus membros caminhem ligados por relações de interdependência (contra o individualismo). Segundo Robert Castel, “no sentido forte da palavra, a proteção social representa uma condição sine qua non para fazer sociedade’ com os semelhantes” (CASTEL, 2010, p. 190, tradução nossa)².

2 “En el sentido fuerte de la palabra, la protección social representa una condición sine qua non para hacer sociedad con los semejantes.” (CASTEL, 2010, p. 190).

No que tange à necessidade de uma atualização da proteção social, Robert Castel pondera que não houve uma mudança brusca do regime das proteções na Europa, embora se assista a um deslizamento progressivo de um modelo generalista de proteções baseadas na seguridade vinculadas ao trabalho, em direção a um modelo minimalista, do que se poderia dizer que procede por subtração, ou seja, abrange todos aqueles que não podem ingressar no regime da seguridade, geralmente porque permanecem fora do trabalho (CASTEL, 2010).

Interessante notar a estratégia do discurso utilizada pelos adeptos do minimalismo da proteção social, a qual vem sendo larga e habilidosamente manejada também no Brasil para levar a efeito a reforma trabalhista. Para tornar palatável, ameno e atrativo o discurso, os termos linguísticos são criteriosamente escolhidos.

A propósito da indigitada atualização da proteção social, tem-se que remete à ideia de descompasso, de algo ultrapassado, e que precisa de atualizado, repaginado. No entanto, será que algumas particularidades vivenciadas por grupo de pessoas servem para fundamentar a diferenciação da proteção em favor ou em desfavor de quem trabalha, ou de quem não trabalha, de quem possui seguro particular e de quem não o possui? Juan Raso Delgue lembra, com propriedade, que: “A confrontação ‘capital/lucro – trabalho/salário constituirá a essência do conflito entre empresas e trabalhadores.” (DELGUE, 2016, p. 23, tradução nossa)³. Há uma relação claramente assimétrica que reclama proteção em favor da parte mais fragilizada. Isso é uma apreensão da realidade, que tem sido levada em consideração ao longo da história do Direito laboral.

Não se ignora, a depender do nível de proteção garantida pelo Estado, ser possível, em tese, levar em consideração algumas particularidades apresentadas pelas pessoas em termos de dificuldades sociais. De qualquer forma, a sutileza da diferenciação e da seletividade pode acabar por significar o início da completa erosão da estrutura de proteção, o que, aliás, vem ocorrendo no Brasil.

A propósito da estratégia do discurso, no caso da reforma trabalhista brasileira, processo ainda em andamento, manejou-se bastante o termo “modernização das leis trabalhistas”, remetendo-se igualmente à ideia de algo obsoleto e ultrapassado, carente de “modernização”, sem, no entanto, esclarecer a população de que considerável parte do texto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) já sofreu algum tipo de alteração ao longo do tempo, normalmente para atender aos reclamos do poder econômico.

Na linha de Robert Castel, a par dessa tendência à individualização das proteções, é importante frisar que: “A concepção originária da seguridade social era, primeiro, combater a insegurança e a pobreza, protegendo coletivamente os trabalhadores contra as vicissitudes da existência; logo, progressivamente, ao conjunto dos cidadãos.” (CASTEL, 2010, p. 191, tradução nossa)⁴.

Portanto, a perspectiva coletiva representa elemento fundante dessa rede de proteção social, como forma de garantia das pessoas contra os males da pobreza, do medo, da insegurança e da precariedade, os quais, na linha de Raffaele de Giorgi, impulsionam a “des-regu-

3 “La confrontación ‘capital/lucro – trabajo/salario’ constituirá la esencia del conflicto entre empresas y trabajadores.” (DELGUE, 2016, p. 23).

4 “La concepción originaria de la seguridad social era, primero, combatir la inseguridad social y la pobreza protegendo colectivamente a los trabajadores contra los avatares de la existencia; luego, progresivamente, al conjunto de los ciudadanos.” (CASTEL, 2010, p. 191).

lação”, que na verdade significa a “re-regulação (nova regulação)”, em claro esgotamento da velha representação entre o público e o privado, com o recuo do Estado e o avanço da finança. (GIORGI, 2017, p. 66).

Todavia, o mesmo Robert Castel pondera a respeito da situação atual:

Estar protegido hoje depende cada vez mais de situações particulares: carecer de recursos, estar sem trabalho, pertencer a uma família dissociada ou especialmente desfavorecida, viver em espaços urbanos degradados, sem contar as diferentes formas de diminuição das deficiências que dependem do direito a ajuda. (CASTEL, 2010, p. 191, tradução nossa)⁵.

O que se busca atualmente é plasmar uma nova concepção do Estado de bem-estar, o qual se tornaria residual, passivo, como forma de afastar laços de dependência do indivíduo em relação à estrutura estatal.

Será que essa individualização da proteção não pode surtir efeito contrário quanto a essa suposta “liberdade” ou “libertação” do indivíduo? Isso porque, “livre” do Estado, ficará o indivíduo à mercê do poder econômico.

Vale lembrar, na linha de Castel, que a proteção social teve função de desmercantilização, de promover garantias em favor de cada pessoa, numa perspectiva também de inserção coletiva.

Assiste-se, todavia, cada vez mais a uma descoletivização ou a uma reindividualização da organização do trabalho, mas também dos programas institucionais que enquadram os indivíduos e os socializam a normas coletivas. Com efeito, “O indivíduo responsável por se proteger a si mesmo, assume os riscos que leva e se constitui, mobilizando seus próprios recursos” (CASTEL, 2010, p. 193, tradução nossa)⁶. O Estado encarregado de garantir o bem comum acaba por deixar o indivíduo fragilizado a depender da própria sorte.

Para Juan Delgue: “[...] existe uma justificação da intervenção do Estado na economia, quando nesta se produzem falhas de mercado e se rompe o equilíbrio da competição” (DELGUE, 2016, p. 47, tradução nossa)⁷.

No que tange ao Brasil, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu um novo Estado fundado em valores reputados de alta relevância pelo povo, sendo oportuno aqui destacar os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e da livre iniciativa, previstos em seu artigo 1º, incisos III e IV, o que eleva a preponderância dos valores humanos sobre quaisquer outros (BRASIL, 1988).

E, para além disso, o constituinte originário determinou no artigo 170 da Constituição de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, 1988). Essa ordem econômica, conforme incisos que se seguem ao artigo 170, deve observar vários princípios, entre eles a “função social da propriedade” (inciso III), a “redução

5 “Estar protegido hoy depende cada vez más de situaciones particulares: carecer de recursos, estar sin trabajo, pertenecer a una familia disociada o especialmente desfavorecida, vivir en espacios urbanos degradados... sin contar las diferentes formas de disminución y de deficiencias que dependen del derecho a la ayuda.” (CASTEL, 2010, p. 191).

6 “El individuo responsable se protege a sí mismo, asume los riesgos que toma y se contruye movilizando sus propios recursos.” (CASTEL, 2010, p. 193).

7 “[...] existe una justificación de la intervención del Estado em la economía, cuando en esta se producen fallas de mercado y se rompe el equilibrio de la competencia”. (DELGUE, 2016, p. 47).

das desigualdades regionais e sociais” (inciso VII) e a “busca do pleno emprego” (inciso VIII) (BRASIL, 1988).

Os princípios acima referidos conectam-se aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e, notadamente, aos objetivos previstos no artigo 3º, da Constituição de 1988 e que justificam a razão de ser e de existir da República então inaugurada, consistentes em:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988).

É perceptível o claro compromisso da nova ordem constitucional brasileira com o respeito aos direitos humanos e especialmente os direitos dos trabalhadores, por meio da imposição de condicionamentos ao poder econômico, que não é um fim em si mesmo, mas, sim, instrumento para a promoção da dignidade humana e do valor social do trabalho. Os aspectos qualitativos e humanos devem se sobrepôr aos frios números das estatísticas e dos indicadores econômicos.

Por oportuno, Max Emiliano da Silva Sena pondera: “O conteúdo jurídico do valor social do trabalho converge para a impositividade de que o ser humano trabalhador seja considerado em sua plenitude, a partir de uma visão holística e não instrumental de mero fator de proteção, a serviço do poder econômico.” (SENA, 2019, p. 147).

E qual é a importância de se garantir prestações materiais em favor das pessoas? Castel responde: “[...] para existir positivamente como indivíduo, este necessita de suportes protetores.” (CASTEL, 2010, p. 194, tradução nossa)⁸. Existir positivamente vai além da mera existência, e remete a uma existência ativa, com significado e que permita o exercício pleno da cidadania.

Na linha de Valquíria Lúcia Melo de Mendonça, “não é possível falar em cidadão sem fazer referência a um indivíduo que pensa, vê, sente, faz escolhas, é escolhido, enfim, se posiciona no mundo. (MENDONÇA, 2006, p. 51). A cidadania não se cinge à capacidade eleitoral ativa e passiva, ou ao direito de votar e ser votado. Ser cidadão é ter a capacidade e as condições favoráveis para atuar positiva e efetivamente nos destinos do país, mediante um agir consciente e livre. Não é possível se falar em cidadania sem liberdade e não é possível conceber liberdade em situações de miséria, exclusão e desigualdade.

Robert Castel pontua a imprescindibilidade das proteções em favor das pessoas, em contraponto ao sofisma da ideia de “libertação” por meio do individualismo: “De fato é sobre uma visão curta da história social e sobre uma concepção ingênua do indivíduo que baseia a ideia de que este ganha sua independência social libertando-se das proteções.” (CASTEL, 2010, p. 194).

Não obstante, conforme esclarecem Osvaldo Blanco Sepúlveda e Dasten Alfonso Julián Vejar: “A precariedade avança como fenômeno transversal de degradação das condições de trabalho e vida, que, somada à estrutura dual (formal / informal) do mercado de trabalho, problematiza os antigos espaços de reconhecimento e identificação.” (SEPÚLVEDA; VEJAR, 2019,

8 [...] para existir positivamente como indivíduo, éste necesita soportes protectores.” (CASTEL, 2010, p. 194).

p. 100, tradução nossa)⁹. De fato, impõe-se registrar que a precarização da proteção que deve ser conferida à classe trabalhadora provoca várias vulnerabilidades na vida das pessoas, não se cingindo a uma questão apenas trabalhista, dada a transversalidade desse fenômeno social.

Eros Roberto Grau aduz que “o processo de desenvolvimento deve levar a um salto, no nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário”, provocando mudanças não apenas quantitativas, mas principalmente qualitativas. Isso porque, “não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento.” (GRAU, 2017, p. 211).

Crescimento econômico não se confunde com desenvolvimento, este considerado direito humano a ser garantido a todas as pessoas. Desenvolvimento, para além de crescimento econômico quantitativo, abrange o incremento no gozo de direitos humanos fundamentais pelas pessoas, bem como a liberdade para o pleno exercício da cidadania.

3.1 A REABILITAÇÃO DOS NÃO PROPRIETÁRIOS

Abordando a questão da reabilitação dos não proprietários, Robert Castel pondera que a crítica de inspiração liberal contra a proteção social é fundada em uma visão limitada da história social, deixando de considerar a excepcionalidade do período que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial, durante o qual um crescimento econômico forte e o domínio que tinham os Estados dos principais parâmetros de seu desenvolvimento permitiram a realização simultânea de programas econômicos e sociais ambiciosos. A conjuntura posterior à Segunda Guerra permitiu a elaboração de um compromisso social muito específico e globalmente vantajoso para as duas partes, entre os interesses do mercado e os interesses do mundo do trabalho (CASTEL, 2010).

Nesse ponto, avulta a natureza pacificadora dos direitos trabalhistas, por intermédio da previsão de garantias e proteções em favor das pessoas, seja no âmbito doméstico, seja no âmbito global. Com efeito, o viés econômico possui forte influência nas guerras em geral, embora externamente outras motivações possam ser divulgadas como sendo a gota d’água da deflagração dos conflitos armados.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919 e fruto do armistício estabelecido para a cessação da Primeira Guerra Mundial, representa grande avanço nesse pacto pela paz mundial. Logo no preâmbulo da Constituição da OIT, restou assentado que a paz, para ser universal e duradoura, deve se basear sobre a justiça social, de modo que, sem justiça social não há se falar em paz. Assentou-se, ainda, que condições de trabalho que implicam miséria e privações acabam por gerar descontentamentos que põem em perigo a paz e a harmonia universais. (CONSTITUIÇÃO..., 1919).

Robert Castel lembra que o primeiro caso da história das proteções ao nível de construção da modernidade refere-se à proteção por propriedade, quando o indivíduo se afasta ou é afastado das regulações tradicionais de dependência e interdependência, mas, ao mesmo tempo,

9 “La precariedad avanza como un fenómeno transversal de degradación de las condiciones de trabajo y de vida, que, sumado a la estructura dual (formal/informal) del mercado laboral, problematiza los viejos espacios de reconocimiento e identificación.” (SEPÚLVEDA; VEJAR, 2019, p. 100).

necessita da propriedade para ter uma existência com um mínimo de consistência (CASTEL, 2010, p. 195).

Fundado em John Locke, que definiu o indivíduo “pela propriedade de si mesmo”, vez que ele é “indissociável da propriedade de seu trabalho e seus bens”, Castel assenta não ser possível ao indivíduo ser dono de si mesmo sem que tenha a possibilidade de se apoiar em recursos que lhe são fornecidos pela propriedade”. Afirma que “é a propriedade que assegura a independência social.” (CASTEL, 2010, p. 195, tradução nossa).¹⁰

Castel ainda registra que a modernidade liberal que vigou ao longo do século XIX promoveu uma concepção extremamente restritiva do indivíduo, chamando a atenção para o fato de que a ordem social é fundada nas relações contratuais entre indivíduos livres e iguais. Como nem todos os indivíduos são livres e iguais, tem-se que nem todos os indivíduos fazer parte do corpo político.

Não obstante as garantias multiníveis, previstas nos ordenamentos jurídicos internos e no âmbito internacional, o movimento neoliberal exerce pressão suficiente sobre os governos, no sentido de impor a sua ideologia e implementar a sua agenda, na qual a desconstrução dos direitos trabalhistas e a desidratação da proteção social em geral ocupam espaço considerável.

Cleber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida destacam o poder normativo neoliberal: “O neoliberalismo também é normativo porque impõe determinado modo de ser ao Estado, à sociedade e aos seres humanos.” (ALMEIDA; ALMEIDA, 2019, p. 3). Isso se explica porque o neoliberalismo não traduz apenas um discurso ou uma ideologia bem formatada e fundada na racionalidade. Além de se impor na maneira de pensar, sentir e agir das pessoas, atuando no campo afetivo, o neoliberalismo induz a edição de leis, programas de governo e também a forma de ser e de agir dos órgãos estatais, inclusive do Judiciário, o qual na interpretação das espécies normativas não raras vezes adota posturas que privilegiam a doutrina e a pauta neoliberal.

Não se pode descurar, no entanto, que os direitos trabalhistas, para além de serem contraprestações materiais decorrentes de um contrato, representam instrumento que viabiliza a cidadania do indivíduo. A esse respeito, Robert Castel discorre:

Sobre a base desses direitos sociais, primeiro vinculados com o trabalho, se pode falar de uma verdadeira generalização, ou democratização, da cidadania. [...] É nesse sentido forte que se pode dar a proteção social. Ela é a condição básica da cidadania social. Vemos que preocupa ou deveria preocupar a todos, porque é também a condição básica da filiação a uma sociedade democrática. (CASTEL, 2010, p. 197, tradução nossa).¹¹

O mesmo Robert Castel, prossegue: “A proteção social entendida no sentido forte da palavra é assim a condição básica para fundar uma ‘sociedade de semelhantes’.” (CASTEL, 2010, p. 198, tradução nossa).¹²

10 “[...] es la propiedad la que asegura la independencia social”. (CASTEL, 2010, p. 195).

11 “Sobre la base de esos derechos sociales, primero vinculados con el trabajo, se puede hablar de una verdadera generalización, o democratización, de la ciudadanía. Es el sentido fuerte que se puede dar a la protección social. [...] Vemos que concierne o que debería concernir a todo el mundo, porque es también la condición de base de la pertenencia a una sociedad democrática.” (CASTEL, 2010, p. 197).

12 “La protección social entendida en el sentido fuerte de la palabra es así la condición de base para fundar una ‘sociedad de semejantes.’” (CASTEL, 2010, p. 198).

A sociedade de semelhantes não se trata de uma sociedade de pessoas exatamente iguais, haja vista as diferenças existentes e facilmente constatáveis. Essa sociedade de semelhantes é aquela em que as pessoas dispõem das condições básicas para, apesar das diferenças, exercerem de forma autônoma e livre a cidadania social.

O Brasil, conforme demonstram os dados estatísticos, é o oitavo país mais desigual do mundo e apresenta índices preocupantes de desigualdade social. Segundo os dados divulgados em dezembro de 2020, “o 1% mais rico da população brasileira detém 28,3% da renda e os 10% mais ricos ostentam 42,5%. Enquanto isso, os 40% mais pobres possuem 10,4%. Os dados estão no relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), divulgado nesta terça (15), que mostra que a concentração de renda continua pornográfica por aqui.” (SAKAMOTO, 2020). Cidadania não floresce em terrenos de miséria, segregação e desigualdade social.

Uma adequada distribuição de renda, entre outros mecanismos de inclusão social, pode ser viabilizada por meio de relações de trabalho protegidas e dignas, as quais possuem o potencial de prover recursos materiais para o indivíduo, mas, muito mais, de contribuir para a promoção de sua identidade individual e coletiva em sociedade. Gabriela Neves Delgado, discorrendo acerca da identidade social por meio do trabalho, destaca:

Na compreensão da identidade social do homem é indissociável o conceito de trabalho humano, já que o ser social revela-se potencialmente pelo trabalho. Identificar o homem trabalhador enquanto indivíduo social é garantir-lhe espaço de relação com outros homens que também disponham da força de trabalho. Dessa maneira, é concedida ao homem a possibilidade de formação de sua identidade pelo trabalho. (DELGADO, 2006, p. 134).

Portanto, a garantia de direitos trabalhistas é inerente a ideia de trabalho digno e, para além de benefícios materiais, representa espaço de formação de identidade social da pessoa que trabalha, por meio do trabalho que exerce.

3.2 ESCOLHENDO UM TIPO DE SOCIEDADE

No que se refere à promoção de uma escolha de sociedade, Robert Castel recorda que essa construção protetiva começou a sofrer fraturas como efeito da grande transformação que se iniciou nos anos setenta, podendo-se falar de uma tendência à “privatização da propriedade social ou da mercantilização das proteções” (CASTEL, 2010, p. 200, tradução nossa).¹³

Segundo o autor, não se pode perder de vista que, na verdade, como frisado antes, a “renovação” atual da proteção social vai no sentido da redação de sua jurisdição e da seleção de seus beneficiários, sendo que esta “evolução” está

[...] sustentada por dinâmicas econômicas e sociais poderosas que ameaçam desembocar numa concepção muito diferente da ‘sociedade dos indivíduos’: uma sociedade na qual os indivíduos estariam entregues a si mesmos, à competição de todos contra todos e divididos entre os ganhadores e os perdedores das transformações em curso. O contrário de uma sociedade de semelhantes. (CASTEL, 2010, p. 200, tradução nossa).¹⁴

13 “[...] la privatización de la propiedad social o a la mercantilización de las protecciones.” (CASTEL, 2010, p. 198).

14 “[...] sustentada por dinâmicas económicas y sociales poderosas que amenazan con desembocar em una concepción muy diferente de la ‘sociedad de los individuos’: una sociedad em la cual los individuos estarían librados a ellos mismos,

Para Castel, a defesa de uma estrutura forte para promover a proteção social não significa em absoluto preconizar uma concepção sobredimensionada das proteções, na medida em que o Estado social não tem que ser um Estado de bem-estar que assumiria o papel de redistribuir a todos e em todas as direções um conjunto de subsídios e nem pouco de chamar para si o encargo de fazer face a todas as desventuras do mundo e de todas as pessoas (CASTEL, 2010).

As generalizações de viés dogmático são artimanhas que intentam asfixiar um conhecimento crítico e aprofundado das questões atinentes à proteção social conferida aos trabalhadores. Não se afasta a pertinência do estabelecimento de critérios, mas, na verdade, o que se objetiva com a individualização objeto de análise nessa exposição é abrir espaço para o afunilamento cada vez maior até o completo esfacelamento da rede protetiva social em favor da classe trabalhadora.

De acordo com Castel: “O Estado social deve ser essencialmente Estado protetor, entendido com a exigência de garantir, efetivamente a todos e sob a forma de um direito, o mínimo de recursos e de reconhecimento necessário para participar de todas suas vantagens e direitos na sociedade” (CASTEL, 2010, p. 201, tradução nossa).¹⁵

A cidadania social não pode ficar a depender do beneplácito do poder econômico. A cidadania é a capacidade que deve ser garantida, preservada e robustecida, para que o indivíduo tenha o poder de efetivamente participar da vida social, num patamar de adequação em relação aos seus semelhantes.

Robert Castel aduz que “uma pequena dezena de direitos sem dúvida seriam necessários e suficientes para formar a estrutura da cidadania social” (CASTEL, 2010, p. 201, tradução nossa).¹⁶ Para além do aspecto quantitativo, muito bem frisado por Castel, a rede de proteção deve ser qualitativa e eficaz o bastante para promover a cidadania social em favor das pessoas.

Não concebe um Estado leniente, omisso e que compactue com a debilidade ou a debilitação da cidadania, compreendida num espectro amplo e estrutural da própria democracia. Isso vai de encontro com a concepção vigente do Estado enquanto promotor, defensor e garantidor do bem comum, ou seja, do benefício de toda a sociedade e não apenas de alguns.

Nessa perspectiva, aduz Robert Castel:

Não se pode viver em uma sociedade de indivíduos protegida, onde os indivíduos possam coexistir com seus concidadãos, se for entregue à insegurança civil, mas tampouco se está minada por insegurança social. O Estado, em sua dupla figura de Estado de direito e Estado social, é portanto mais necessário para regular uma sociedade de indivíduos, que seja também uma sociedade de semelhantes. (CASTEL, 2010, p. 204, tradução nossa).¹⁷

entregados a la competencia de todos contra todos y divididos entre los ganadores y los perdedores de las transformaciones em curso. Lo contrario de una sociedad de semejantes.” (CASTEL, 2010, p. 200).

15 “El Estado social debe ser esencialmente um Estado protector, entendido como la exigencia de garantizar, efetivamente a todos y bajo la forma de um derecho, el mínimo de recursos y de reconocimiento necesario para participar con todas suas ventajas y derechos en la sociedad.” (CASTEL, 2010, p. 201).

16 “Una pequeña decena de derechos sin duda serían necesarios y suficientes para formar el armazón de la ciudadanía social.” (CASTEL, 2010, p. 201).

17 “No se puede vivir em una sociedad de individuos protegida, donde los individuos puedan coexistir com sus ciudadanos, si es entregada a la inseguridad civil, tampoco si está socavada por la inseguridad social. El Estado, e su doble figura de Estado de derecho y de Estado social, es por tanto muy necesario para regular uma sociedad de individuos que sea también una sociedad de semejantes.” (CASTEL, 2010, p. 204).

Ao contrário do que defende o discurso liberal, cujo destaque é a individualidade da pessoa, não há absolutamente nenhuma incongruência ou antagonismo, como aduz Castel, “entre a exigência de ser plenamente um indivíduo a existência de regulações fortes cujo principal executor e garante é o Estado social”. (CASTEL, 2010, p. 199, tradução nossa).¹⁸

Tais regulações são necessárias diante da coisificação do ser humano trabalhador, conforme pontua Byung-Chul Han: “As pessoas são controladas pela técnica de dominação neoliberal que visa explorar não apenas a jornada de trabalho, mas a pessoa por completo, a atenção total, e até a própria vida. O ser humano é descoberto e tornado objeto de exploração.” (HAN, 2018, p. 47).

Com efeito, a proteção garantida pelo Estado, seja por meio dos direitos trabalhistas, seja por intermédio de outros direitos sociais, promove a inclusão do indivíduo na sociedade de semelhantes, fortalecendo ainda mais a individualidade de cada pessoa, na medida em que lhe proporciona as condições adequadas para atuar e influenciar no meio em que se encontra (ou deveria estar) inserido.

Portanto, a discussão ora travada revela-se de fundamental importância, por enfrentar os mais importantes aspectos que permeiam as nebulosas argumentações em prol da desconstrução da proteção social conferida aos trabalhadores, que precisa ser analisada e debatida numa perspectiva mais ampla e estrutural de promoção, garantia e concretização da democracia, especialmente no Brasil, cuja Constituição funda-se em valores que privilegiam a cidadania por meio do trabalho, enquanto fator de efetivação da justiça social.

Reduzir os direitos trabalhistas a meras contraprestações materiais decorrentes de um contrato é desprezar os aspectos e os poderes estruturais mais relevantes neles condensados e que possuem reflexos decisivos na manutenção ou erosão da democracia, da cidadania e das finalidades essenciais da vida em sociedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos neoliberais questionam a necessidade de previsão de direitos sociais, notadamente de direitos trabalhistas, sob o argumento de que cabe ao próprio mercado atuar na solução de seus problemas, sem intervenção do Estado. Argumenta-se que a garantia de direitos nas relações de trabalho gera desemprego e afeta o crescimento econômico, além de asfixiar as possibilidades de negociação entre os atores interessados.

A grande discussão, nesse sentido, repousa sobre a abrangência de direitos sociais, se devem beneficiar a todos ou somente a determinados indivíduos e grupos que experimentam dificuldades particularizadas.

No entanto, a dimensão antropológica da questão ultrapassa o aspecto meramente assistencial dos direitos sociais, compreendendo uma base de recursos e direitos que devem proporcionar ao indivíduo a inclusão social, como membro da sociedade com direito próprio.

¹⁸ “[...] entre la exigencia de ser plenamente un individuo y la existencia de regulaciones sociales fuertes cuyo principal ejecutor y garante es el Estado social.” (CASTEL, 2010, p. 199).

O papel emancipatório da proteção social proporcionada pelos direitos trabalhistas, ou seja, ao contrário de significar uma dependência, alcança-se a promoção de uma cidadania social e da afirmação de uma identidade do trabalhador enquanto indivíduo e integrante da coletividade.

Numa sociedade de semelhantes, aos indivíduos deve ser garantida a realização de uma proteção para que os seus membros caminhem ligados por relações de interdependência (contra o individualismo), ou seja, é necessária uma base mínima de direitos e garantias para a promoção de um patamar humanizante de existência.

Os direitos trabalhistas são um dos importantes instrumentos para a promoção da cidadania social, possuindo, ademais, uma natureza pacificadora, por intermédio da previsão de garantias e proteções em favor das pessoas, seja no âmbito doméstico, seja no âmbito global, servindo de meio para evitar os abusos concorrenciais.

A maior e mais efetiva proteção do trabalho é resultado de um verdadeiro desenvolvimento, o qual, para além do crescimento econômico quantitativo, implica o incremento dos direitos humanos fundamentais que são garantidos para os indivíduos, bem como a liberdade para o pleno exercício da cidadania.

Em arremate, assenta-se que sociedade de semelhantes não se trata de uma sociedade de pessoas exatamente iguais, haja vista as diferenças existentes e facilmente constatáveis. Essa sociedade de semelhantes é aquela em que as pessoas dispõem das condições básicas para, apesar das diferenças, exercerem de forma autônoma e livre a cidadania social.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cléber Lúcio de Almeida; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida. **Neoliberalismo, subjetividades e mutação antropológica e política**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.
- ALMEIDA, Cléber Lúcio de Almeida; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida. El capitalismo neoliberal y la alienación subjetiva y colonial de los trabajadores: deseos y afectos en el mundo del trabajo. **Revista Chilena de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social**, Santiago, Chile, v. 10, n. 20, 2019 p. 1-21.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 jan.2021.
- CASTEL, Robert. **El ascenso de las incertidumbres**: trabajo, protecciones, estatuto del individuo. Trad. de Victor Goldstein. 1.ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: Ltr, 2006.
- DELGUE, Juan Raso. El derecho del trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras. **Revista Chilena de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social**, Santiago, Chile, v. 7, n. 13, 2016, p. 13-52.
- GIORGI, Raffaele de. O futuro do trabalho e o seu direito. Tradução de Luciano Nascimento Silva e Davi Pessoa. **Revista de direito Mackenzie**. São Paulo: 2017, v. 11, n. 11, p. 52-72.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.

MENDONÇA, Valquíria Lúcia Melo de. **Novos modos de subjetivação e cidadania**: uma articulação necessária. 2006. 87f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Psicologia_MendoncaVL_1.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

CONSTITUIÇÃO da organização internacional do trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia). 1919. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 23 jan.2021.

SENA, Max Emiliano da Silva. **A força normativa do valor social do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SAKAMOTO, Leonardo. Com 1% do país concentrando 28% da renda, Brasil não tem como dar certo. **UOL**, São Paulo, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/12/15/com-1-do-pais-concentrando-28-da-renda-brasil-nao-tem-como-dar-certo.htm#:~:text=O%201%25%20mais%20rico%20da,pobres%20possuem%2010%2C4%2>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SEPÚLVEDA, Osvaldo Blanco; VEJAR, Dasten Alfonso Julián. Una tipología de precariedad laboral para Chile: la precariedad como fenómeno transclasista. **Revista de la CEPAL**. Santiago, Chile, n. 129, dez. 2019, p. 99-137.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 07/06/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/06/2021
- Avaliação 1: 29/08/2021
- Avaliação 2: 30/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 30/08/2021
- Retorno rodada de correções: 08/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/05/2022

Equipe editorial envolvida

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

A RELEVÂNCIA DO COMPLIANCE TRABALHISTA NA ATUAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES DE ASSÉDIO NAS EMPRESAS

THE RELEVANCE OF LABOR COMPLIANCE IN THE PERFORMANCE OF HARASSMENT INVESTIGATIONS IN COMPANIES

PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN¹
CECÍLIA AYRES BUZZO²

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar a utilização dos Programas de Compliance aplicados ao âmbito do Direito do Trabalho, baseado na ética e na formação de uma cultura de integridade nas empresas, bem como na prevenção de condutas discriminatórias, especialmente assédio moral e sexual. A prática e a disseminação dessa cultura, alinhada às orientações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) com a caracterização de um trabalho decente busca a concretização de alguns objetivos, tais como: diversidade e inclusão, igualdade de gênero, respeito aos Direitos Humanos e aos direitos do trabalhador. O estudo terá como foco a análise de como o Compliance Trabalhista atua na prevenção, detecção e no tratamento de casos de assédio nas empresas, compreendendo também questões ligadas à desigualdade de gênero. A pesquisa desenvolvida será qualitativa, baseada em fontes primárias (análise documental) e fontes secundárias (revisão bibliográfica), a fim de demonstrar que a implementação de um Compliance Trabalhista é uma alternativa eficaz, que poderá ser usada como eventual defesa perante as autoridades, mitigação de riscos reputacionais, e identificação de falhas na cultura organizacional da empresa.

Palavras-chave: compliance trabalhista; cultura de integridade; investigações de assédio.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the use of Compliance Programs applied to the scope of Labor Law, based on ethics and on the development of an integrity culture in companies, as well as on the prevention of discriminatory conducts, especially moral and sexual harassment. The practice and dissemination of this culture, in line with the guidelines of the International Labour Organization (ILO) with the characterization of decent work, seeks to achieve some goals, such as: diversity and inclusion, gender equality, respect for Human Rights and labor rights. The study will focus on analyzing how Labor Compliance acts in prevention, detection and treat-

- 1 Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo, com pós-doutorado pela Superintendência de Educação e Pesquisa da Fundação Carlos Chagas. É Professora Permanente do Programa de pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie e líder do grupo de pesquisa "Mulher, Sociedade e Direitos Humanos". Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1063419819265955>.
- 2 Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7012134159072763>.

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

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BUZZO, Cecília Ayres. A relevância do compliance trabalhista na atuação de investigações de assédio nas empresas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 163-184, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8966>.

ment of harassment cases in companies, also including issues related to gender inequality. The research will be qualitative, based on primary sources (document analysis) and secondary sources (literature review), in order to demonstrate that the implementation of a Labor Compliance is an effective alternative, which can be used as a possible defense before authorities, mitigation of reputational risks, and identification of flaws in the company's organizational culture.

Keywords: labor compliance; culture of integrity; harassment investigations.

1. INTRODUÇÃO

O interesse pelo Compliance surgiu nas relações empresariais e adquiriu considerável importância no Brasil após a promulgação da Lei nº 12.846/2013 – conhecida como Lei Anticorrupção. A relevância desse sistema de gestão de ética e conformidade nas organizações (CARVALHO, 2020) vem se destacando porque as infrações cometidas pelas empresas no desenvolvimento de suas atividades passaram a ser punidas de forma mais rigorosa, e sua reputação passou a ser cada vez mais prejudicada.

Logo, temos vivenciado, nos últimos anos, o aumento das expectativas e da demanda da sociedade no sentido de que as instituições observem uma conduta íntegra, responsável e transparente (OLIVEIRA; ACOCELLA, 2020, p. 13). E uma das iniciativas mais importantes tomadas pelas empresas é a da implementação de um programa de Compliance – também chamado de programa de conformidade ou de integridade.

Cabe acrescentar que medidas como a implementação de um programa de Compliance têm sido amplamente incentivadas pelo Poder Público. A Controladoria-Geral da União, por exemplo, criou o “Selo Pró-Ética”, iniciativa que busca fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas à prevenção, detecção e remediação de atos ilícitos.

Podemos definir um programa de Compliance como um sistema de autorregulação e autocontrole de uma empresa, intimamente relacionado à diminuição de riscos e incertezas em relação a eventos futuros. O Decreto Federal nº 11.129/2022, em seu art. 41, indica que esse programa de uma pessoa jurídica consiste em mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, além da aplicação efetiva de códigos de ética, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos.

Por ser pluridisciplinar, o Compliance alcança áreas como o Direito Tributário, Direito Ambiental, Direito Administrativo e o Direito do Trabalho, por exemplo. Especificamente com relação ao Compliance Trabalhista ou Compliance Laboral, este vem ganhando visibilidade exatamente por tangibilizar um ativo que muitas vezes passa despercebido pela maioria das companhias: a gestão do Direito Coletivo e Individual do Trabalho pela Gestão dos Recursos Humanos e pelo auxílio na tomada de decisões dos dirigentes – que possuem alto impacto na saúde financeira de uma organização (BARBOSA, 2016) e na sua reputação.

Embora não seja obrigatório, e sim recomendado, muitas empresas têm optado por implementar programas de Compliance, notadamente no âmbito laboral, como meios de controle

e minimização de riscos trabalhistas, acarretando na redução do passivo litigioso e evitando autuações administrativas. Aliado a isso, o Compliance Trabalhista promove a melhoria da produtividade, com potencial de agregar valor ao empreendimento em médio e longo prazo (TAVEIRA, 2020). A adoção de um efetivo programa de conformidade laboral potencializa também outras consequências extremamente positivas, entre elas: proteção e promoção dos direitos humanos – em especial os direitos dos trabalhadores (TAVEIRA, 2020).

Vivenciamos hoje um contexto neoliberal de império de mercado em que as empresas, em geral, buscam o sucesso econômico a todo custo. Dessa forma, o essencial desse mercado está na concorrência (FOUCAULT, 2010, p. 161); na característica de tornar seus agentes cada vez mais competitivos. Há, portanto, a indubitável necessidade de regular essas interações. É essencial que se tenha um incentivo de condução de boas práticas e de disputas concorrenciais mais equilibradas – e o Compliance entra como forma de realizar esse incentivo, bem como de regulamentar as interações e condutas das empresas.

Quando uma empresa implementa um programa de Compliance, este poderá tutelar várias áreas da organização, jurídicas e não jurídicas (gerenciais) que serão abrangidas pelas políticas da empresa, englobando desde o combate à corrupção até as relações interpessoais de seus empregados. A principal meta ligada ao Direito do Trabalho é a proteção aos riscos trabalhistas que a empresa possa vir a sofrer em decorrência da prática de condutas ilegais.

O Compliance Laboral vai muito além de seguir as normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, acordos e convenções coletivas de trabalho e normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho. Amplia-se para uma gestão de empresa ética e sustentável, de forma a não suprimir nenhum direito trabalhista e criar um ambiente saudável para o trabalhador, gerando, assim, prosperidade para a empresa.

Cabe lembrar que o artigo 1º, III e IV, da Constituição Federal consagra como fundamentos a dignidade humana e as funções sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ademais, o artigo 7º prevê os direitos fundamentais dos trabalhadores, dentre eles: a vedação à dispensa arbitrária, proibição à discriminação, direito a redução de riscos inerentes ao trabalho, tutela do trabalho das mulheres, além de regras sobre saúde, salário e jornada de trabalho (BRASIL, 1988).

Um programa de Compliance aplicado ao Direito do Trabalho abrange áreas como execução de critérios legais na contratação de empregados e terceiros, demissões, normas de segurança do trabalho, normas de saúde, assédio moral e sexual, riscos da empresa, conflito entre empregados, aplicação de penalidades disciplinares, remuneração, jornada de trabalho, normas coletivas, entre outros. Portanto, regula e fiscaliza o ambiente laboral como um todo.

Insta salientar que as empresas possuem considerável poder de transformação em nossa sociedade. Isto porque os temas relacionados à ética corporativa não tiveram berço no setor público, mas sim no setor privado (BERNARDO, 2020), que, após alguns escândalos empresariais, entendeu a necessidade de rever os comportamentos éticos de suas lideranças e processos internos de caráter moralmente duvidosos. A título de exemplo, um caso que refletiu, à época, tal necessidade é o do empresário e produtor estadunidense Harvey Weinstein, acusado de assédio sexual cometido contra aproximadamente 70 mulheres, no âmbito de seu ambiente de trabalho. Os relatos abordam um histórico de abusos ocorridos no decorrer das últimas três décadas, e que tinham como alvo mulheres jovens que almejavam uma carreira na indústria cinematográfica. Weinstein foi condenado a 23 anos de prisão (ENTENDA, 2018).

O presente artigo teve como objetivos analisar e compreender como o Compliance Trabalhista auxilia na prevenção, detecção e tratamento de casos de assédio nas empresas, entendendo também questões relacionadas a gênero ligadas à ocorrência desses casos – como a desigualdade de gênero e a culpabilização de mulheres no ambiente de trabalho. A pesquisa também teve por objetivo evidenciar se estamos diante de uma nova forma de assédio – o assédio virtual – gerado pela pandemia da COVID-19.

A pesquisa foi desenvolvida de forma qualitativa, baseada em fontes primárias (análise documental) e fontes secundárias (revisão bibliográfica), ambas voltadas para a área do Compliance aplicado ao Direito do Trabalho. Foi realizada uma análise bibliográfica de obras que abordam os pilares e objetivos de um programa de Compliance, as melhores práticas relacionadas ao tratamento e investigação de casos de assédio nas empresas, e o histórico feminino no mercado de trabalho no Brasil. Foram também analisados artigos e jurisprudência que abordam o tema de programa de Compliance e investigações relacionadas a assédio moral e sexual nas empresas.

2. OS PILARES DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE

Os valores que um programa de Compliance agrega se demonstram pela percepção da conduta ética de seus funcionários, bem como pela transparência de seus negócios (OLIVEIRA; ACOCELLA, 2020, p. 25). E isso inclui, indubitavelmente, o respeito aos direitos humanos, direitos fundamentais, e os direitos do trabalhador.

Insta salientar que a Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece os programas de conformidade trabalhista como instrumentos de tutela e promoção dos direitos humanos, capazes de fomentar a sustentabilidade social da atividade empresarial.³

No documento, o Conselho de Direitos Humanos da ONU prescreve três princípios gerais além de outros vinte e quatro princípios orientadores que, de acordo com o órgão, devem ser observados pelos Estados e pelas organizações empresariais, visando à tutela e à promoção dos direitos humanos, em especial dos trabalhadores (CONNECTAS, 2012).

Entre os diversos princípios enunciados no documento, merece especial destaque o de número 12, no qual se consubstancia o dever das empresas de respeitar todas as normas internacionais de direitos humanos, inclusive:

[...] os direitos enunciados na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho (CONNECTAS, 2012, p. 10).

Para que tais direitos sejam colocados em prática, há a necessidade de um programa de Compliance efetivo nas empresas. A esse respeito, os pilares de um programa de Compliance

3 O Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou em 2011 um documento preconizando os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (denominados de Princípios de John Ruggie, ex-Representante Especial do Secretário-Geral da ONU para Empresas e Direitos Humanos). Em que pese a declaração dos Princípios de John Ruggie não tenha natureza de tratado internacional, não sendo, portanto, dotada da mesma eficácia jurídico-normativa que os tratados e convenções internacionais (*hard law*), é certo que sua aprovação unânime por órgão tão eminente reforça o reconhecimento da necessidade da atuação das empresas na busca da proteção dos Direitos Humanos.

envolvem: (i) Suporte da Alta Administração; (ii) Avaliação de Riscos; (iii) Elaboração de um Código de Ética e demais políticas da empresa; (iv) Controles Internos; (v) Treinamentos e Comunicação; (vi) Canal de denúncias; (vii) Investigações internas; (viii) Procedimentos de *Due Diligence*; (ix) Auditoria e Monitoramento; e (x) Diversidade e Inclusão (D&I). Acerca de cada um:

- i. **Suporte da Alta Administração:** é de extrema importância que a Alta Administração dê suporte e siga o programa de Compliance, para que todos os empregados os vejam como um exemplo a ser seguido. Além disso, é necessário nomear um profissional para o cargo responsável pela área de Compliance – com autonomia e recursos suficientes (SIBILLE; SERPA; FARIA, 2019, p. 5).
- ii. **Avaliação de Riscos:** é imprescindível que a companhia mapeie, previna e avalie todos os riscos aos quais está exposta. Trazer a centralidade da gestão de riscos para os programas de integridade é olhar o perfil da organização, suas transações, suas partes interessadas, seu ambiente, e, a partir daí, mapear os riscos aos quais a empresa pode estar sujeita (BRAGA, 2021).
- iii. **Elaboração de um Código de Ética e políticas de Compliance:** um programa de Compliance eficiente deve contar com um Código de Ética adaptado à realidade da empresa, de forma que estejam presentes diretrizes sobre os seguintes assuntos, dentre outros: (i) Princípios e Valores; (ii) Diretrizes de Conduta; (iii) Procedimentos de Compliance; (iv) Previsão sobre treinamentos; (v) Previsão das medidas disciplinares em caso de violação; (vi) Previsão sobre o Canal de Denúncias da empresa; (vii) Proibição de qualquer tipo de discriminação; e (viii) Proibição de qualquer forma de assédio, seja moral ou sexual. Importante ressaltar que no Código de Ética a empresa deve demonstrar o seu total respeito aos direitos fundamentais do trabalho, comprometendo-se a proporcionar qualidade no ambiente laboral, visando garantir a integridade física e moral de todos os seus colaboradores, administradores e terceiros⁴.

As demais políticas da empresa também devem estar adaptadas à sua realidade. Dentre as políticas mais comuns relacionadas a Compliance podemos citar a Política de Relacionamento com Terceiros, Política de Gerenciamento de Riscos, Política do Canal de Denúncias, Política de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Financiamento ao Terrorismo, e a Política Anticorrupção.

- iv. **Controles Internos:** outro pilar importante para que se construa um programa de Compliance robusto é a formalização de políticas e procedimentos da empresa a fim de minimizar riscos operacionais e de Compliance. Os controles internos estabelecem regras para revisão e aprovação de atividades, documentação, e registros de transações (BRAGA, 2021).
- v. **Treinamentos e Comunicação:** é de suma importância que todas as políticas e códigos sejam devidamente comunicadas para o restante da empresa. Os treinamentos e comunicações visam a disseminação e estudo contínuo dos canais de educação interna (BRAGA, 2021). Importante lembrar, ainda, que os treinamentos são elencados pelo art. 57 do Decreto Federal nº 11.129/2022 como parte dos elementos fundamentais para um programa de integridade efetivo e, portanto, são indispensáveis para

4 Ademais, para que o Código de Ética seja efetivo, é necessária sua divulgação, seja por meio de sistema de rede interna da empresa, site, ou alocação em áreas de acesso comum a todos os empregados.

remover ou mitigar a responsabilidade legal da empresa em caso de investigações de possíveis irregularidades. É recomendado que, como forma de comprovação da atuação da área de Compliance, sejam elaboradas semanas de treinamentos de divulgação, com o preenchimento de listas de presença pelos participantes (GIMENEZ, 2017, p. 10).

- vi. **Canal de denúncias:** o canal de denúncias é um meio pelo qual a empresa pode averiguar se o seu programa de Compliance é efetivo. Além disso, é o principal instrumento para que sejam denunciados assédios, condutas discriminatórias, dentre outras condutas imorais ou antiéticas, descumprimento de regras trabalhistas, e até mesmo casos de fraude e corrupção. Por esse motivo, é necessário que o canal possua garantias de confidencialidade e não retaliação de denunciante de boa-fé⁵, e que os reportes possam ser feitos de forma anônima.

Um canal de denúncias efetivo também permite que o denunciante acompanhe o desdobramento de sua denúncia. Devido à sua relevância, deve ser disponibilizado a todos os empregados e terceiros da empresa, e seus meios devem ser amplamente divulgados. É importante que a empresa reforce a comunicação constantemente, a fim de melhorar as denúncias – as melhores práticas apontam no sentido de incentivar a “cultura da fala” entre os funcionários.

- vii. **Investigações internas:** as empresas devem possuir processos internos que permitam investigações para atender às denúncias de comportamentos ilícitos ou antiéticos – conforme será abordado à frente. Tais processos devem garantir que os fatos sejam apurados, as responsabilidades identificadas e, caso seja necessário, definir as sanções (medidas disciplinares, por exemplo) e ações corretivas mais apropriadas e consistentes a serem aplicadas, não importando o nível do agente que as causou (SIBILLE; SERPA; FARIA, 2019, p. 14).

- viii. **Procedimento de Due Diligence:** antes de estabelecer qualquer vínculo com terceiros, é de extrema importância que seja realizado o procedimento de *Due Diligence* para conhecer melhor o fornecedor, empregado ou cliente com quem a empresa pretende se relacionar. Esse procedimento ocorre através dos Recursos Humanos, do Departamento Jurídico e da Direção da empresa.

Um dos fatores a serem verificados é se as empresas prestadoras de serviços e fornecedoras cumprem com a legislação trabalhista e se têm condições de realizar suas obrigações contratuais sem desrespeitar os direitos trabalhistas de seus respectivos empregados. Por meio da *Due Diligence*, a empresa em compliance reduz o risco de que todos aqueles trabalhadores que de alguma forma se vinculam a sua cadeia produtiva tenham seus direitos fundamentais violados, por exemplo (TAVEIRA, 2020).

- ix. **Auditoria e Monitoramento:** as auditorias internas constituem meios de verificação do cumprimento do programa de Compliance. A empresa pode identificar pontos do programa que contenham falhas e se o Código de Ética e as demais políticas estão sendo seguidas. A menor das irregularidades pode resultar em melhorias para a empresa.

5 O Decreto nº 11.129/2022 prevê no art. 57, inciso X que “[...] o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: [...] canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé”.

Portanto, esses processos investigativos internos devem ser instaurados sempre que se verificarem indícios de práticas irregulares.

- x. **Diversidade e inclusão (D&I):** um programa de Compliance pode auxiliar na definição de políticas de D&I, propor ações, treinamentos e monitorar em que medida as metas estão sendo seguidas e alcançadas. A política de D&I não se resume ao recrutamento e seleção de um time diverso, mas abarca a construção de toda uma cultura (CARMONA; SILVEIRA, 2021), conforme será abordado abaixo.

3. CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS DO COMPLIANCE TRABALHISTA

Abaixo serão brevemente elencadas algumas das consequências positivas da correta implementação de um Programa de Compliance aplicado ao âmbito do Direito do Trabalho, quais sejam: (i) o respeito aos direitos trabalhistas; e (ii) maiores incentivos à diversidade e à inclusão nas empresas.

3.1 PROMOÇÃO DO RESPEITO AOS DIREITOS TRABALHISTAS

Visto que a finalidade de um programa de Compliance é a de implementar a cultura da ética e da conformidade à atuação empresarial, temos que um programa de conformidade efetivo deve se ater aos mandamentos constitucionais e às convenções da OIT, com especial atenção para os direitos do trabalhador. Conforme ensina Eleutério (2017, p. 128):

O trabalho sempre foi inerente à condição humana, sendo a base estruturante de toda e qualquer pessoa que, não só almeja o reconhecimento da dignidade, mas o reconhecimento de que suas funções são fundamentais para o desenvolvimento do capitalismo.

Ademais, conforme assevera Dias (2012, p. 63):

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais dos trabalhadores são fundados na dignidade da pessoa humana, nas suas dimensões jurídica, política e econômica, pois os trabalhadores são sujeitos de direito na ordem social, protegidos os atributos da personalidade de um ser humano [...].

As políticas de um programa de Compliance produzem efeitos de maneira direta nas relações jurídicas empresariais – sejam elas decorrente de legislação trabalhista ou de quaisquer outros segmentos. E é indubitável que os empregados são os mais atingidos pelas consequências da implementação de um programa de Compliance – desde as ações que praticam na atividade laboral até a garantia da aplicação de seus direitos.

Nesse sentido, a tutela dos direitos fundamentais dos empregados deve ser um dos principais objetivos do programa de Compliance. As empresas devem respeitar os direitos trabalhistas de seus empregados, oferecendo condições adequadas, seguras e saudáveis de trabalho, além de combater condutas discriminatórias. Ademais, deve haver também o pagamento de um salário digno, capaz de satisfazer às necessidades materiais básicos do trabalhador, a seu turno, como forma de realização dos direitos humanos sociais.

Conforme explicitado acima, o Compliance como ferramenta regulatória e de busca por integridade e por conformidade com a lei é um instrumento extremamente relevante para que haja a proteção e promoção dos direitos dos trabalhadores – conforme reconhecido pela ONU (TAVEIRA, 2020).

3.2 INCENTIVOS À DIVERSIDADE E INCLUSÃO

Nos últimos anos, tem crescido no âmbito empresarial a necessidade de se estabelecer algumas mudanças no que tange à governança corporativa. Dentre essas mudanças, podemos citar a inclusão de grupos anteriormente marginalizados nos quadros empresariais (PINHATA, 2021). A diversidade e inclusão é hoje considerada como uma das maiores tendências globais, consolidando-se de diferentes formas. Institucionalmente, surge como demanda no Fórum Econômico Mundial e nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU; ecoa nas ruas em movimentos sociais como *Black Lives Matter* e na cultura dos fatores de *Environmental, Social and Governance (ESG)*, que vem ganhando cada vez mais importância no mundo corporativo (CARMONA; SILVEIRA, 2021).

Tal necessidade não surgiu à toa. Recente estudo realizado pela DDI e pela *Ernst & Young* concluiu que a diversidade impulsiona diretamente o resultado de um negócio. O estudo fez um panorama sobre a liderança global sob várias perspectivas, como diversidade, transformação digital, propósito, cultura, entre outros (PINHATA, 2021). Foram analisados dados de 2,4 mil empresas de 54 países, e a pesquisa concluiu que nas empresas com maior diversidade a chance de os líderes trabalharem de forma colaborativa para criar novas soluções e oportunidades é duas vezes maior.

Hoje, a falta de uma política de D&I representa até mesmo um risco reputacional para as empresas, e pode significar a perda de oportunidade e de novos negócios (CARMONA; SILVEIRA, 2021). Logo, há a necessidade de fomentar a diversidade e a inclusão, bem como a busca por tratamento digno a esses colaboradores – o chamado Compliance antidiscriminatório.

Por possuir um caráter também preventivo, o programa de Compliance pode auxiliar nos treinamentos, disseminação de boas práticas, e na criação de uma política de tolerância zero a comportamentos discriminatórios. Ademais, essas ações devem ser recorrentes, para que as empresas possam ter uma política realmente efetiva de D&I.

4. ASSÉDIO MORAL E SEXUAL PRATICADOS CONTRA A TRABALHADORA

Como foco do presente artigo, abaixo serão apresentados: (i) um estudo sobre o histórico do trabalho feminino no Brasil; (ii) a discriminação e desigualdade de gênero ainda enfrentadas pelas mulheres hoje; (iii) explicações acerca do assédio moral e sexual; (iv) como se dão as investigações internas de assédio moral e sexual nas empresas; e (v) quais consequências as empresas podem vir a sofrer se não realizarem tais investigações.

4.1 DESAFIOS ENFRENTADAS PELAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO

A história recente do trabalho realizado pelas mulheres brasileiras demonstra que existiram diversos desafios. A mulher brasileira do início do século XX não tinha voz, direitos ou participação plena no espaço público – havia a completa invisibilidade da mulher.⁶ O patriarcado, à época ainda mais forte, fazia com que houvesse uma cultura de pressionar as mulheres para que tivessem uma alta “moralidade”. A mulher que trabalhasse arriscava sofrer com a imagem de “mulher pública” ou seja, teria sua reputação de “mulher honesta” abalada (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 49).

A carga da maternidade, dos cuidados para com o marido e a casa recaía completamente sobre as mulheres. Portanto, as mulheres que optavam por trabalhar fora de casa eram vistas como relapsas para com suas obrigações. De acordo com Bertolin e Andreucci (2010, p. 50):

Os médicos e higienistas acreditavam que o trabalho da mulher fora de casa destruiria a família, debilitaria a raça, pois as crianças não teriam a vigilância da mãe. As mulheres deixariam de ser mães dedicadas e atenciosas, além de se desinteressarem pelo casamento e pela maternidade.

Indubitavelmente, tal discurso aplicava-se às mulheres da elite. As mulheres de classe média e alta, que moldaram o pensamento feminista da época viam sua ascensão ao mercado de trabalho como forma de libertação (CARDOZO, 2021). Já as mulheres pobres não tinham poder de escolha e sempre trabalharam. As mulheres negras, por sua vez, sofriam triplamente as dificuldades: pelo seu gênero, pela sua cor e pela sua condição social (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 50). Após a abolição da escravatura, elas passaram a trabalhar nos setores mais desqualificados do mercado de trabalho. De acordo com Silva (2019, p. 128):

A discriminação por gênero atravessa todo o tecido social já que vivemos em uma sociedade androcêntrica, mas consideramos que há diferenças enormes entre o poder de emancipação e reação de uma mulher culta e da elite e de uma mulher pobre e analfabeta. Culturalmente as duas sofrem a mesma opressão e discriminação de gênero, mas de formas distintas [...].

Mesmo com tantas dificuldades, o trabalho feminino era inevitável (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 49). E este era marcado por discriminações relacionados a gênero. Conforme trazem Bertolin e Andreucci (2010, p. 49):

Era comum vincular o assédio sexual às operárias fabris. Os processos judiciais espelham bem essa realidade. O discurso da época não estava muito a favor das mulheres, que eram vistas não como vítimas, mas sim como excitadoras, pois a sedução era da natureza feminina.

Se, de início, as mulheres não reagem, com o passar dos anos foram cada vez mais se envolvendo nos sindicatos; descobrindo novos espaços de liberdade e formas de expressão (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 50). O debate acerca de problemáticas como o assédio moral e sexual contra mulheres no mercado de trabalho lentamente se iniciava.

6 Cabe o adendo de que discorrer sobre a história das mulheres, em qualquer âmbito que seja, traz algumas dificuldades, principalmente quanto a suas fontes historiográficas, porque as mulheres ficavam de fora dos relatos. Ademais, as mulheres nunca deixaram tantos vestígios através da história – o acesso à escrita foi tardio quando comparado ao dos homens (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 39).

Na década de 1960⁷, com o ingresso de grande número de mulheres no mercado laboral, o assédio começou a entrar na pauta de debates do mundo jurídico e corporativo para que os dois universos pudessem entender quais eram as regras aceitáveis para serem adotadas ambiente de trabalho, uma vez que havia um vácuo legislativo sobre o tema (ANDRADE, 2021).

Os sindicatos trabalhistas em geral sempre procuraram uma legislação protetora para a exploração física do trabalho feminino, mas pouco se preocuparam quanto ao comportamento sexual predatório no local do trabalho contra as trabalhadoras, até porque esses comportamentos eram, em sua maioria, normalizados. Apenas com o crescimento do movimento feminista o tema começou a sair da invisibilidade. A título de exemplo, a expressão *sexual harassment* foi criada em 1975 por um grupo de mulheres da *Cornell University* (ANDRADE, 2021).

Esse tipo de comportamento agressivo e discriminatório tem nas mulheres suas vítimas preferenciais.⁸ Por isso, o assédio sexual é mais visto como preconceito de gênero (ANDRADE, 2021). De acordo com Mackinnon (2007, p. 129), a violação sexual simboliza e atualiza o status social subordinado das mulheres em relação aos homens⁹.

Não obstante a globalização ter proporcionado muitas mudanças em prol do reconhecimento dos direitos das mulheres no mercado de trabalho, ainda existem consequências advindas da desigualdade de gênero – como a opressão e discriminação de gênero. De acordo com Eleutério (2017, p. 102):

Por certo que houve um avanço significativo que inseriu a mulher no trabalho, entretanto, está claro que a mulher ainda está em condição de desigualdade, não é respeitada pela sua condição e tudo isso está intimamente relacionado com todos os processos históricos em que a mulher participou (ou foi excluída).

Complementa a autora que

As competências das mulheres são vistas como inferiores se comparadas às dos homens, estes além de serem considerados mais aptos às funções, avançam mais rápido nas carreiras e ganham salários melhores e, ainda, não sofrem as discriminações pelas suas condições, já as mulheres, reiteradamente, são violentadas (ELEUTÉRIO, 2017, p. 107).

É indubitável que ainda há um grande conflito entre a independência econômica das mulheres alcançada pela atividade produtiva e séculos de cultura sexista. Portanto, para muitas mulheres, o ambiente trabalhista continua sendo hostil. De acordo com uma pesquisa da Agência Patrícia Galvão realizada em 2021, 76% das mulheres já sofreram violência e assédio no trabalho (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, c2018).

Sobre o assunto, Dias (2012, p. 69) traz que

[...] se a igualdade formal entre homem e mulher levou séculos para ser conquistada, muitas barreiras ainda devem ser ultrapassadas para a igualdade material ou fática, considerando-se os mitos, valores, conceitos, e preconceitos sobre o papel da mulher na sociedade que foram quase indelevelmente gravados e transmitidos de geração em geração no decorrer da história.

7 Cabe trazer que, no Brasil, o movimento foi mais acentuado a partir da década de 80, formulando críticas sobre as relações hierárquicas entre os gêneros, demonstrando que tais relações são um dos mecanismos para a perpetuação da subordinação feminina ((BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 52).

8 A Convenção 190/2019 e a Recomendação 206/2019 da OIT, que abordam a violência e assédio no trabalho, reconhecem a “violência e assédio de gênero” dirigidos contra as pessoas com base em seu sexo ou gênero, ou que afetam desproporcionalmente pessoas de um sexo ou gênero específico.

9 *Sexual violation symbolizes and actualizes women's subordinate social status to men* (MACKINNON, 2007, p. 129).

Tão grande se faz a disparidade de tratamento entre os gêneros masculino e feminino no ambiente de trabalho, mesmo com tantos avanços, que o Ministério Público do Trabalho dispõe atualmente de uma Cartilha sobre violência contra a mulher no ambiente de trabalho, que explicita razões pelas quais as mulheres são as principais vítimas e explica conceitos – tais como assédio moral, assédio sexual, feminicídio, importunação sexual, entre outros (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019b).

Cabe ainda trazer que a respeito dessa problemática, podemos perceber que ainda temos, como sociedade, a ideia de que o trabalho da mulher é algo secundário, pois ainda é percebido como de difícil conciliação com o trabalho doméstico e as funções maternas, que seriam os papéis primários (GOSDAL, 2007, p. 74). Há a divisão sexual do trabalho, que corresponde à atribuição de tarefas e lugares sociais diferentes e separados para homens e mulheres, em que a atividade masculina é mais valorizada socialmente e ocupa um papel hierárquico superior em relação a atividade feminina. Sua base é a distinção entre trabalho reprodutivo – associado à mulher – e trabalho produtivo – associado ao homem, dentro de um modelo binário de gênero (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019b, p. 16).

Na década de 90, com a globalização, houve uma ampliação do trabalho feminino, chamada de Feminização do Trabalho, porém o trabalho doméstico seguiu inalterado (NOGUEIRA, 2010, p. 59-62). Ainda hoje ele é associado como uma função feminina – o que acaba por gerar duplas e triplas jornadas para as mulheres. Em pleno século XXI continuamos a discutir se mulheres devem ou não trabalhar fora e como o cuidado com a família ainda é responsabilidade feminina (SILVA, 2019, p. 120). – e tais pressões foram acentuadas na pandemia da COVID-19, especialmente quando as creches e escolas estavam fechadas (FRANCO, 2021). Isto nos leva a pensar no quanto não conseguimos romper com as barreiras impostas pela desigualdade de gênero (FRANCO, 2021).

Aliado a isso, subsiste ainda em nossa cultura a visão das mulheres como seres de segunda classe; logo, condutas como discriminação estética, dupla jornada, salários inferiores a dos homens e assédio moral e sexual no ambiente de trabalho são recorrentes e normalizadas. Conforme observa Mackinnon (2007, p. 187, tradução nossa):

A transformação do moralismo para a igualdade, de tratar bem ou mal as pessoas para tratá-las sem a classificação de grupo, deve ocorrer para que uma lei igualitária possa promover a igualdade de gênero de fato¹⁰.

Desta forma, resta claro que é necessária a disseminação de uma cultura igualitária e íntegra no ambiente laboral, aliado com o tratamento de ocorrências de assédio, conforme será abordado a seguir.

4.2 INVESTIGAÇÕES INTERNAS DE ASSÉDIO MORAL E SEXUAL

De início, cabe salientar que discriminação é gênero da qual o assédio é espécie. Desta feita, assédio é o termo utilizado para a classificação de toda e qualquer conduta que tenha como consequência o constrangimento psicológico ou físico à pessoa (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 128).

10 *The transformation from moralism to equality, from treating people poorly or well to treating them without group rank, must occur for equality law to promote sex equality in substance* (MACKINNON, 2007, p. 187).

Os dois tipos de assédio contemplados pela doutrina brasileira são similares aos desenvolvidos por advogadas feministas nos anos de 1970, como Catharine MacKinnon, que ajudou a transformar uma teoria jurídica a esse respeito, distinguindo dois tipos de assédio – aquele que cria um ambiente hostil para mulheres e o *quid pro quo*, no qual a oportunidade para ascender na carreira só surge em troca de favores sexuais. Há o assédio cometido por intimidação e o cometido por chantagem (ANDRADE, 2021).

Especificamente sobre o assédio sexual, Mackinnon (2007, p. 111, tradução nossa) traz que:

Como o primeiro ato ilegal a ser definido pelas mulheres, o assédio sexual foi chamado de invenção feminista. As mulheres eram submetidas a atenção sexual que não estavam em posição de recusar muito antes de o Estado reconhecer isso como uma lesão em algumas circunstâncias. A lei de discriminação sexual agora proíbe exigir conformidade sexual em troca de sobrevivência material ou benefícios educacionais e tolerância a propostas sexuais ou por diversão como uma condição de trabalho, bem como uniformes provocativos obrigatórios que fazem as mulheres parecerem estar “pedindo por isso” no trabalho¹¹.

Importante distinguir que o assédio sexual¹², diferentemente do assédio moral¹³, possui uma definição em lei (artigo 216-A do Código Penal):

Código Penal - Art. 216-A Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função (BRASIL, 1940).

O assédio sexual pode se manifestar de diversas formas: através de palavras, mediante chantagens, toques, e, em situações mais extremas, violência física (UCHÔA, 2016, p. 100). E para que ocorra a tipificação do assédio sexual não é necessária a repetição nem a sistematização da conduta; basta um único ato de assédio sexual.

Podemos elucidar suas duas formas mais comuns: (i) o assédio sexual *por intimidação*, caracterizado por incitações sexuais com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil ou de abuso no trabalho; e (ii) o assédio sexual *por chantagem*, que consiste em exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de emprego (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019a, p. 20).

O assediador deve estar em mesmo nível hierárquico ou superior ao da vítima, e a conduta do assediador deve ser indesejada pela mesma. É possível, ainda, que o autor da conduta de assédio sexual seja pessoa estranha à empresa, desde que o ato seja praticado com a conivência do empregador.¹⁴

11 *As the first legal wrong to be defined by women, sexual harassment has been called a feminist invention. Women were subjected to sexual attention they were not in a position to refuse long before the state recognized it as an injury under some circumstances. Sex discrimination law now prohibits requiring sexual compliance in exchange for material survival or educational benefits and tolerance of sexual propositions or byplay as a condition of work, as well as compulsory provocative uniforms that make women appear to “ask for it” on the job* (MACKINNON, 2007, p. 111).

12 Cabe trazer que, de acordo com Uchôa (2016, p. 101-102), há também o assédio por razão de sexo. Essa modalidade de violência no trabalho se difere do assédio sexual porque, neste caso, o que acontece não é a chantagem libidinosa ou a tentativa de se tirar proveitos sexuais da vítima, mas sim de intimidá-la e ofuscá-la pela razão de ser mulher; por exemplo quando se tenta desacreditar a capacidade de exercício de uma atividade pela trabalhadora.

13 No Brasil, há o Projeto de Lei nº 1.521/2019, em trâmite na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que objetiva tipificar o assédio moral no Código Penal.

14 Cabe acrescentar que o empregador é responsável pelos atos de seus empregados e responde solidariamente caso o assediado resolva buscar as vias judiciais, ainda que ele não seja o agressor. De acordo com o STJ, o empregador tem o dever

Acerca da importância da tipificação desse crime e do reconhecimento de suas consequências psíquicas para as mulheres, Mackinnon (2007, p. 111, tradução nossa) ensina que:

O assédio sexual, agora um termo jurídico, permite a alegação de que as iniciativas sexuais que os homens podem interpretar como comportamento de papel sexual “normal e previsível” – assim como os homens podem ver como “sexo” os mesmos encontros que as mulheres vivenciam como estupro ou erótico os mesmos materiais gráficos que as mulheres consideram como violadores – podem ser prejudiciais às mulheres. A doutrina jurídica tende a se identificar com as perspectivas socialmente masculinas sobre essas lesões. Do ponto de vista do assediador do sexo masculino, e isso é considerado em alguns casos, não há prejuízo se não houver a intenção de causá-lo [...]”¹⁵.

Cabe ainda trazer que, de acordo com a autora, as dificuldades na identificação da conduta do assédio – em especial o sexual – se dão porque, na maioria dos casos, os assediadores são protegidos por outros assediadores ou por pessoas coniventes com tais condutas – e, em alguns casos, pelas próprias vítimas, que têm medo das consequências de denunciar. Por medo de retaliações, muitas vítimas escolhem sofrer em silêncio – daí o entendimento de que muitos casos não são notificados. As mulheres têm medo de serem “desacreditadas” (MACKINNON, 2007, p. 112).

As mulheres vítimas de assédio sexual, em sua maioria, enfrentam condutas tais como mensagens, gestos, comentários e e-mails de cunho sexual ou convites insistentes e inapropriados por colegas de trabalho, gerentes e supervisores (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019b, p. 11).

Acerca do assédio moral (*mobbing, bullying, harcèlement moral*, manipulação perversa ou terrorismo psicológico) (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 128), este se caracteriza por ser uma conduta abusiva que é atentatória à dignidade psíquica da vítima. O trabalhador que sofre assédio moral é exposto a situações humilhantes, constrangedoras, e que causam ofensa à sua personalidade, dignidade e/ou sua integridade psíquica. Logo, o ambiente de trabalho torna-se hostil e deteriorado.

A Cartilha da Política de Prevenção e Combate ao Assédio Moral no Tribunal Superior do Trabalho e no Conselho Superior da Justiça do Trabalho conceitua o assédio moral¹⁶ da seguinte forma:

Assédio moral é a exposição de pessoas a situações humilhantes e constrangedoras no ambiente de trabalho, de forma repetitiva e prolongada, no exercício de suas atividades. É uma conduta que traz danos à dignidade e à integridade do indivíduo, colocando a saúde em risco e prejudicando o ambiente de trabalho. O assédio moral é conceituado por especialistas como toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se por comportamentos, palavras, atos, gestos ou escritos que possam trazer danos à personalidade, à

de assegurar a tranquilidade necessária para o exercício das atividades no ambiente de trabalho (TRT 12ª Região, 2ª T. RO 2.125/2000, Rel. José Luiz Moreira Cacciari, 26/03/2001).

15 *Sexual harassment, now a legal term of art, permits the claim that sexual initiatives that men may perceive as “normal and expectable” sex role behavior – just as men may see as “sex” the same encounters women experience as rape, or as erotic the same graphic materials women find violating – can be damaging to women. Legal doctrine has tended to identify with socially male perspectives on these injuries. From the standpoint of a male harasser, and that taken in some cases, there is no harm if none is meant. [...]* (MACKINNON, 2007, p. 111).

16 Cabe acrescentar que há grande proximidade entre os conceitos de *assédio moral* e *discriminação*, pois o assédio moral pode ser causado por algum preconceito, de forma que, na prática, muitas vezes não é possível identificar o motivo da conduta.

dignidade ou à integridade física e psíquica de uma pessoa, pondo em perigo o seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho (SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TST, 2019, p. 6).

Ainda de acordo com a Cartilha, o assédio moral é uma forma de violência que tem como objetivo desestabilizar emocional e profissionalmente o indivíduo, e pode ocorrer por meio de ações diretas (acusações, insultos, gritos, humilhações públicas) ou indiretas (propagação de boatos, isolamento, recusa na comunicação, fofocas e exclusão social), que são chamadas também de “agressões leves” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019a, p. 10).

Uma das formas assédio moral é o assédio moral organizacional (ou *Straining*), caracterizado por uma série de condutas abusivas de qualquer natureza, exercidas de forma sistemática durante certo tempo e que resulte no vexame, humilhação, constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração do local de trabalho.¹⁷ Em tempos de produtividade desenfreada e romantização da cultura *workaholic*, essa modalidade de assédio moral é muitas vezes utilizada como estratégia para atingimento de metas abusivas ou impossíveis de serem cumpridas – e fere direitos fundamentais como a saúde do trabalhador.

Ademais, o assédio moral por ser vertical (*bossing, mobbing*) ou horizontal. Na primeira forma, caracteriza-se quando a conduta abusiva é praticada pelo empregador, que se utiliza de sua condição hierárquica para constranger seus subordinados (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 129). Na segunda forma, caracteriza-se quando um empregado busca o constrangimento do outro, com a finalidade de excluí-lo do grupo – seja por competição ou pura discriminação (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 129).

Ainda são enumerados como formas de assédio moral o *mobbing* combinado e o *mobbing* ascendente, de acordo com o Dr. Heinz Leymann, psicólogo e cientista alemão que estudou o fenômeno do assédio moral desde a década de 1980. O *mobbing* combinado é quando o superior hierárquico e os colegas assediam um funcionário, com a intenção de excluí-lo. Já o *mobbing* ascendente ocorre quando um subordinado se julga merecedor do cargo de chefia ou quando um grupo de funcionários visa sabotar um chefe (BERTOLIN; ANDREUCCI, 2010, p. 129). As mulheres vítimas de assédio moral geralmente passam também por situações vexatórias tais como piadinhas sexistas, perseguições, exposição a situações vexatórias, supervisão excessiva, ameaças, exigência de tarefas impossíveis, críticas grosseiras, utilização de palavras de baixo calão, brincadeiras inapropriadas e isolamentos no ambiente de trabalho (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019b, p. 10).

Insta salientar que, devido à pandemia da COVID-19, estamos diante de uma nova modalidade do assédio: o *assédio virtual*, que se dá no teletrabalho ou *home office*. De acordo com levantamento realizado pela ICTS Protiviti, temos agora uma “epidemia do assédio”, pois as denúncias de práticas desta natureza cresceram 187% no ambiente remoto (RIZZO, 2021). Os ofensores “se adaptaram ao chamado *novo normal*” (CAMPOS, 2021). De acordo com Pamplona Filho e Sabino (2021, p. 2):

A crise da saúde pública promoveu rápidas ingerências sobre os hábitos e estilos de vida, com o achatamento do setor produtivo e dos serviços de economia, a precarização das relações de trabalho e aumento do desemprego. No

ambiente de calamidade pública, as desigualdades sociais se aprofundam e, com isso, os conflitos nas relações de trabalho e o espaço para a perpetração de assédio moral.

A vulnerabilidade do trabalhador no período da pandemia agrava sua sujeição a comportamentos abusivos e atentatórios à sua dignidade no ambiente de trabalho (PAMPLONA FILHO; SABINO, 2021, p. 8), o que explica o crescimento de denúncias de casos de assédio nesse período. Ademais, a ausência de modalidade de controle de jornada e o fato de que muitos empregadores consideram que os empregados devem “estar sempre disponíveis” para o trabalho foram também responsáveis pelo aumento de casos de assédio moral especificamente.

Cabe ainda trazer que condutas como o assédio são nomeadas como condutas de “violência laboral”, conceito trazido pela Organização Internacional do Trabalho, que debate esse fenômeno específico do mundo do trabalho como uma associação entre violência psicológica e moral (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2021). O assédio, como violência laboral, conforme visto anteriormente, pode causar danos psíquicos cumulativos a sua vítimas (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2021).

Tanto o assédio moral quanto o assédio sexual atingem muito mais as trabalhadoras do que os trabalhadores, haja vista a posição de maior vulnerabilidade que elas assumem no mundo do trabalho e na relação laboral (UCHÔA, 2016, p. 107). Isso porque o gênero feminino é historicamente mais sexualizado e objetificado do que o gênero masculino.

Os fatores que catalisam o assédio no local de trabalho contra mulheres são os seguintes: há a cultura de naturalização do comportamento de “virilidade” e machismo. Somado a isso, existem também fatores relacionados ao ambiente laboral – como desrespeito aos direitos dos trabalhadores – e a desigualdade de gênero na valoração do mesmo trabalho.

Existe ainda a crença de que o trabalho executado por um homem é visto como “mais valioso” do que um mesmo trabalho executado por uma mulher (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2021). E como se não fosse suficiente, há também a culpabilização da vítima – parte da cultura do estupro, essa expressão criada nos anos 70 pelo movimento feminista designa a tendência de naturalizar os comportamentos violentos de natureza sexual e culpabilizar a vítima (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019b, p. 13)

Todos esses fatores fazem com que muitas mulheres não denunciem casos de assédio e outras discriminações – o que aumenta a crença na impunidade por parte dos agressores. Há, portanto, a necessidade de que as empresas possuam um Compliance de gênero, que busque prevenir, detectar, e remediar tais condutas. A esse respeito, Monica Sapucaia Machado, doutora em direito político e econômico, fundadora do projeto Compliance de gênero e autora do livro “Direitos das Mulheres”, traz que:

O objetivo do compliance de gênero é garantir que a cultura da empresa e as regras que organizam essa cultura estejam alinhadas com a promoção da igualdade de fato e o impedimento de ações, ilegais ou não, que violentem, excluam, rebaixem e/ou oprimam as mulheres em qualquer nível hierárquico ou de colaboração com a atividade (PELLEGRINI, 2020).

Ademais, ao receber denúncias, a empresa deve realizar uma apuração, também chamada de investigação interna. Sobre as investigações internas a serem realizadas em uma empresa, Franco (2020, p. 208) observa que:

Várias são as fontes e os fatores que podem deflagrar uma investigação interna. Denúncias, relatórios de inconformidade de auditoria, monitoramentos automatizados de processos e até mesmo autoconfissões podem dar início a uma investigação interna envolvendo uma gama gigantesca de desvios de conduta, cada qual com sua complexidade e impactos a serem considerados.

O processo de investigação de uma empresa deve estar alinhado à legislação trabalhista, frisar pelo respeito por todas as pessoas nele envolvidas, e possuir um planejamento e estruturação prévios (FRANCO, 2020, p. 220). É recomendável¹⁸ que a empresa:

[...] tenha um Processo ou Procedimento interno que, em linhas gerais, dê clareza para o empregado de como funciona o procedimento investigatório interno da empresa, estabelecendo, por exemplo, as fases da investigação, recebimento da preocupação, forma de comunicação do caso ao Comitê, como será realizada a oitiva de testemunhas, quais assuntos serão tratados internamente ou com auxílio de escritório externo, prazos para cada etapa e prazo limite para a conclusão da investigação. (GIMENEZ, 2017, p. 10).

Cabe destacar que as empresas não são obrigadas por lei a realizar investigações. Não obstante, as investigações, como parte do poder diretivo da empresa, podem ser extremamente necessárias em casos mais graves, como, por exemplo, casos de assédio e discriminação. Cabe trazer ainda que, mesmo que a empresa tenha divulgado em suas políticas e no Código de Ética a vedação a práticas antidiscriminatórias, é recomendado que inicie uma investigação efetiva e correta dos fatos. Conforme entendimento recente do TRT-2 acerca de um caso de assédio moral cometido em face de uma empregada:

ASSÉDIO MORAL. CÓDIGO DE CONDUTA OU CANAIS FORMAIS DE DENÚNCIA NÃO EXIMEM DE CULPA EMPRESA QUE SE OMITI EM APURAR A DISCRIMINAÇÃO E DEGRADAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O fato de a empresa comprovar a implementação de códigos de conduta, ética ou canais formais internos através dos quais o corpo funcional poderia comunicar ou denunciar eventuais irregularidades não obsta a que, identificada prática de assédio de superior contra empregada, seguida da manifesta omissão da reclamada em apurar as denúncias, esta procure nesta especializada a reparação do dano extrapatrimonial ocasionado. In casu, a despeito das negativas da reclamada, os graves fatos referidos pela reclamante e atestados pela prova oral, configuram a discriminação, o isolamento e a desqualificação funcional, com reiterados atentados à sua dignidade, de que decorre o dever de indenizar. [...] **“Não basta ao empregador disponibilizar canais de “denúncia” ou implementar código de ética estampando fotos de trabalhadores felizes, se permite ato degradante da trabalhadora em suas dependências, sem a adoção das medidas pertinentes a coibir a prática de condutas tão perniciosas por meio de seus prepostos.”** (TRT-2 10003652220195020703 SP, Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 4ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 19/11/2019, grifo nosso) (SÃO PAULO, 2019).

O Compliance Trabalhista, conforme abordado anteriormente, é uma ferramenta de mitigação de ocorrência de diversas condutas no ambiente laboral, incluindo o assédio.¹⁹ Além

18 Cabe acrescentar que o art. 223-C da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista, estabeleceu a tutela jurídica e reafirmou o respeito à dignidade humana do trabalhador, sendo importante para proteção da prática do assédio moral: “Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.”

19 Acrescenta-se aqui que o assédio sexual e o assédio moral podem ocorrer presencialmente e também por meio de trabalho remoto, como o *home office*.

da prevenção, o Compliance Laboral é também utilizado para a identificação e o tratamento dessas condutas. Informa a Cartilha do Ministério Público do Trabalho que a prevenção do assédio moral e sexual se constitui pelos canais de comunicação eficazes e por regras claras de funcionamento, bem como com a inclusão do tema assédio na semana de prevenção a acidentes de trabalho e em palestras e cursos em geral (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019a, p. 31-32).

É também importante que haja uma parceria entre as áreas de Recursos Humanos e Compliance nas organizações para promover um ambiente de trabalho saudável e respeitoso, considerando que os casos de assédio moral e sexual no país são recorrentes. Uma pesquisa feita pela ICTS Outsourcing (2018, p. 1) – especializada em serviços contínuos de gestão de risco, ética e Compliance – mostra um aumento de 58% no número de denúncias de assédio moral entre os anos de 2010 e 2017. Tal aumento pode ser explicado pela maior conscientização e empoderamento de empregados, promulgação de regras claras providas pelas empresas e a adoção de ferramentas como o canal de denúncias.

A mesma empresa constatou, em levantamento de 2018, que as denúncias que englobam relacionamento interpessoal, principalmente práticas abusivas, como assédio moral e sexual, agressões e outros desvios de comportamento continuam sendo as mais representativas, constituindo cerca de 43,9% das denúncias recebidas pelas empresas nos últimos dez anos (LEGAL ETHICS COMPLIANCE, 2018).

É claro que a implementação de um programa de Compliance não se realiza do dia para a noite – e é necessário analisar qual o perfil e porte de cada empresa. Além disso, as empresas devem incentivar uma cultura de integridade contínua e fazer com que seus empregados a levem a sério – pois muitos ainda veem os programas de Integridade como mecanismos que servem apenas para que a empresa seja “vista como responsável” perante o mercado. O entendimento de alguns colaboradores de que os treinamentos – como, por exemplo, treinamentos contra assédio – não são importantes e “trazem o óbvio” ainda é uma realidade. Portanto, as empresas devem frisar a sua cultura de respeito e boas práticas.

Nessa linha, importante salientar que as empresas obtêm diversas vantagens quando realizam investigações corporativas, dentre elas: demonstração de proatividade da administração e do setor de Compliance Trabalhista, prevenção de gastos futuros, identificação de informações relevantes que podem vir a ser utilizadas em eventual defesa ou cooperação perante as autoridades, mitigação de riscos reputacionais, e identificação de falhas em seu programa de integridade.

5. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado acima, a correta implementação de um programa de Compliance é um investimento, pois traz ganhos para a empresa – tanto reputacionais quanto financeiros. Tal forma de regulação adotada por uma empresa é capaz de gerar reflexos sobre a imagem, produtividade, e passivo trabalhista – além de garantir a perenidade e sustentabilidade do negócio.

O que se espera em uma empresa com uma cultura sólida de Compliance é que todos os que participam do seu negócio saibam quais são suas responsabilidades e ajam de acordo com princípios éticos. A respeito dessa cultura de Compliance nas empresas, Franco (2020, p. 105) destaca que precisamos entender a base da sua estrutura, que é composta por três elementos: o conhecimento inequívoco da existência de um programa de integridade pelas partes envolvidas, a compreensão do alcance desse programa e o entendimento das crenças individuais que embasam as relações entre os profissionais diante dessas normas e políticas.

Insta salientar a importância da realização continuada de treinamentos a respeito de um programa de Compliance. Os treinamentos devem ser parte de uma estratégia de determinação de uma cultura íntegra, justa e igualitária, que irá proteger a reputação da empresa, e também prevenir condutas discriminatórias, incluindo assédio moral e sexual.

Ademais, com o Compliance, a criação de normas com linguagem simples e acessível que trate das expectativas quanto ao comportamento dos profissionais da empresa irá contribuir para a transmissão adequada de uma boa comunicação (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017).

Na Justiça do Trabalho, algumas decisões já vêm abordando o tema, conforme mencionado anteriormente. Podemos notar que existem condenações visando o implemento ou a melhoria das ferramentas de Compliance, como é o caso de julgamentos de questões de assédio, com a determinação da adoção de medidas eficientes para preservação de um meio ambiente de trabalho decente. Cabe trazer que conceitua-se como *decente* o trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, solidariedade e segurança, capaz de garantir ao trabalhador uma vida digna, com base nas qualidades essenciais que caracterizam a sua existência e com reconhecimento do seu valor social.

Também existem casos em que a empresa comprova a efetiva implementação de seu programa de Compliance, demonstra a mitigação de problemas e acaba, conseqüentemente, sendo absolvida ou tendo menores danos financeiros.

Cabe destacar que 80% das empresas brasileiras identificaram desvios de conduta nos últimos quatro anos, segundo levantamento da Deloitte (SCOGNAMIGLIO, 2021). Com a identificação surge a oportunidade de a empresa aprimorar seus controles internos e atualizar treinamentos de empregados. Os empregados, estando na linha de frente da atividade da companhia, são a principal fonte de reporte para o Compliance – daí a relevância de se ter um canal de denúncias.

Ademais, estar em conformidade com a legislação e em consonância com as normas de conduta vigentes são condições que diferenciam as empresas perante os mercados em que atuam. E, conforme abordado anteriormente, o Compliance se mostra como uma forma de incentivar as melhores práticas de mercado e de regular as empresas no atual contexto neoliberal cada vez mais competitivo.

A inércia em adotar programas de Compliance pode causar prejuízos não só à imagem, como, ainda, refletir em aumento do passivo trabalhista da empresa, queda de produtividade e aumento de fiscalização por órgãos governamentais. Dessa forma, o Compliance Trabalhista deve ser adotado independentemente do ramo de atuação ou do porte da empresa, garantindo a correta gestão de pessoas. Mais especificamente, promove um ambiente de trabalho adequado para seus empregados, prestadores de serviço, terceiros, entre outros, gerando um ambiente

sustentável. Ainda, podemos perceber que o Compliance Laboral mostra-se também como uma importante ferramenta para fomento à diversidade e inclusão de minorias no mundo corporativo.

Cabe acrescentar que o programa de cada empresa é único, pois é voltado às necessidades que cada uma apresenta. Por isso são realizadas análises prévias dos objetivos e dos problemas a serem enfrentados a fim de elaborar um programa de Compliance que seja efetivo.

Em suma, destacam-se como exemplos de melhorias no ambiente de trabalho decorrentes dos programas de integridade a redução de práticas discriminatórias e assédio moral e sexual, que, muitas vezes, ocorrem porque o empregador não instrui corretamente seus empregados, não estabelece canais de denúncia, não apura, não fiscaliza ou não pune adequadamente os assediadores (TAVEIRA, 2020).

Compreende-se, portanto, a indubitável aptidão que os programas de Compliance aplicados no âmbito do Direito do Trabalho têm de impulsionar a humanização e o respeito à legislação trabalhista, bem como de prevenir, tratar e diminuir a ocorrência de assédio moral e sexual nas empresas.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Gilda Figueiredo Ferraz de. A evolução doutrinária e cultural do assédio sexual no ambiente de trabalho. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 14 jun. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-evolucao-doutrinaria-e-cultural-do-assedio-sexual-no-ambiente-de-trabalho/>. Acesso em: 22 jun. 2021.
- BARBOSA, Fernanda. O compliance trabalhista como ferramenta de integração. **Migalhas**, [S. l.], 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/241920/o-compliance-trabalhista-como-ferramenta-de-integracao>. Acesso em: 16 mar. 2021.
- BERNARDO, Juliana. Qual o papel ético do advogado no mundo corporativo? **Migalhas**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331484/qual-o-papel-etico-do-advogado-no-mundo-corporativo>. Acesso em: 16 mar. 2021.
- BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan (org.). **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010. 1 v.
- BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. Gestão de riscos: o coração de um programa de integridade. **Migalhas**, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/338984/gestao-de-riscos-o-coracao-de-um-programa-de-integridade>. Acesso em: 16 mar. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 ago. 2022.
- BRASIL. Código Penal. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 13 ago. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022**. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm#art70. Acesso em: 13 ago. 2022.
- BRASIL. **Lei ordinária n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.
- CAMPOS, Stela. Assédio aumenta durante pandemia do home office. **Valor**, São Paulo, 6 maio 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/carreira/noticia/2021/05/06/assedio-aumenta-durante-pandemia-no-home-office.ghtml>. Acesso em: 5 fev. 2022.

CARDOZO, Mayra. O trabalho liberta as mulheres do patriarcado? **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-trabalho-liberta-as-mulheres-do-patriarcado/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

CARMONA, Tais; SILVEIRA, Santamaria N. Compliance pode ser uma nova ferramenta para a D&I. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 28 maio 2021. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compliance-pode-ser-uma-nova-ferramenta-para-a-di/#:~:text=O%20mundo%20corporativo%20est%C3%A1%20sob,procedimentos%20para%20assegurar%20essa%20meta](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compliance-pode-ser-uma-nova-ferramenta-para-a-di/#:~:text=O%20mundo%20corporativo%20est%C3%A1%20sob,procedimentos%20para%20assegurar%20essa%20meta.). Acesso em: 23 jul. 2021.

CARVALHO, André Castro. Compliance: uma prática empresarial consolidada no Brasil. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, dez. 2020. Disponível em: <https://politica-estadao-com-br.cdn.ampproject.org/c/s/politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compliance-uma-pratica-empresarial-consolidada-no-brasil/?amp>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CONNECTAS. **Empresas e direitos humanos**: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. 2012. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2017/12/2012_Empresas_Direitos_Humanos_Par%C3%A2metros_ONU.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Empresa pró-ética**. [202-?]. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Live sobre o combate ao assédio sexual no ambiente de trabalho**. Evento Especial Corregedorias: garantindo a defesa das mulheres, 2021. Disponível em: https://teams.microsoft.com/_#/broadcastPlaybackScreen. Acesso em: 30 mar. 2021.

DIAS, Edgard Santos Tavares. **O direito do trabalho e a proteção do trabalho da mulher**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/5804>. Acesso em: 13 set. 2021.

ELEUTÉRIO, Júlia Melim Borges. **(Des)igualdade de gênero nas relações do trabalho**: por um novo paradigma relacional a partir da desconstrução da cultura machista. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ENTENDA o escândalo sexual envolvendo o megaprodutor Harvey Weinstein, que se entregou à polícia. **BBC News Brasil**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44228482>. Acesso em: 17 mar. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRANCO, Isabel (org.). **Guia Prático de Compliance**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRANCO, Karin. Dupla jornada de mulheres aumenta durante a pandemia. **Jornal Hoje Centro Sul**, Irati, 2021. Disponível em: <https://hojecentrosul.com.br/dupla-jornada-de-mulheres-aumenta-durante-a-pandemia>. Acesso em: 04 jan. 2022.

GIMENEZ, Beatriz Angela de Lima. **O programa de compliance e os limites sob a ótica trabalhista da condução de investigação interna sobre preocupações reportadas em face de empregados da própria empresa**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (LLC em Direito Empresarial) – Insper, São Paulo, 2017. Disponível em: https://repositorio.insper.edu.br/bitstream/11224/2355/4/BEATRIZ%20ANGELA%20DE%20LIMA%20GIMENEZ_Trabalho.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

GOSDAL, Thereza Cristina. Direito do trabalho e relações de gênero: avanços e permanências. In: ARAÚJO, Adriane Reis de; FONTENELE - MOURÃO, Tânia (org.). **Trabalho da mulher**: mitos, riscos e transformações. São Paulo: LTr, 2007.

ICTS OUTSOURCING. **Evolução do assédio moral nas empresas brasileiras**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://ictsoutsourcing.com.br/assets/files/Publication/78/Infografico-Assedio-Moral.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **76% das mulheres já sofreram violência e assédio no trabalho**. c2018. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/76-das-brasileiras-ja-sofreram-violencia-e-assedio-no-trabalho/>. Acesso em: 17 ago. 2021.

LEGAL ETHICS COMPLIANCE (LEC). **Canal de denúncias**: estatísticas das operações da ICTS em 10 anos. 2018. Disponível em: <https://lec.com.br/blog/infografico-canal-de-denuncias-estatisticas-das-operacoes-da-icts-em-10-anos/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

MACKINNON, Catharine A. **Women's lives, men's laws**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Manual sobre a prevenção e o enfrentamento ao assédio moral e sexual e à discriminação**. 2019a. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/manual-sobre-a-prevencao-e-o-enfrentamento-ao-assedio-moral-e-sexual-e-a-discriminacao/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 16 mar. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **O ABC da violência contra a mulher no trabalho**. 2019b. Disponível em: http://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/cartilhas/o-abc-da-violencia-contra-a-mulher-no-trabalho/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 6 ago. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Portaria nº 583, de 22 de maio de 2017**. 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20242384/do1-2017-05-29-portaria-n-583-de-22-de-maio-de-2017-20242310. Acesso em: 17 ago. 2021.

NOGUEIRA, Claudia Mazzei. As relações sociais de gênero no trabalho e na reprodução. **Aurora**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 59-62, 2010. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/aurora/article/view/1231>. Acesso em: 17 ago. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. **Governança Corporativa e Compliance**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SABINO, Clarissa Nilo de Magaldi. Assédio moral em tempos de pandemia. **Revista Direito Unifacs – Debate Virtual**, Salvador, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7061>. Acesso em: 5 fev. 2022.

PELLEGRINI, Aline. Qual o papel do compliance em caso de suspeita de assédio sexual. **Nexo Jornal**, São Paulo, 4 dez. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/12/04/Qual-%C3%A9-o-papel-do-compliance-em-caso-de-suspeita-de-ass%C3%A9dio-sexual>. Acesso em: 25 jul. 2021.

PINHATA, Thaís. Compliance para a equidade. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 11 fev. 2021. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compliance-para-a-equidade/>. Acesso em: 23 jul. 2021.

RIZZO, Lia. Depois da Covid, a epidemia do assédio no trabalho. **Vogue**, São Paulo, 20 out. 2021. Disponível em: <https://vogue.globo.com/assedio/noticia/2021/10/depois-da-covid-epidemia-do-assedio-no-trabalho.html>. Acesso em: 5 fev. 2022.

SÃO PAULO. TRT-2 10003652220195020703 SP, Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 4ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 19/11/2019.

SCOGNAMIGLIO, Heloísa. 80% das empresas brasileiras identificaram desvios de conduta nos últimos quatro anos, diz pesquisa. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, abr. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,80-das-empresas-brasileiras-identificaram-desvios-de-conduta-nos-ultimos-quatro-anos-mostra-pesqui,70003672185#:~:text=Importante%20desafio%20da%20gest%C3%A3o%20empresarial,Riscos%20de%20Conduta%E2%80%9D%2C%20realizada%20pela>. Acesso em: 13 abr. 2021.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TST. **Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral**. 1. ed. Brasília: Patrícia Resende, 2019. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre; FARIA, Felipe. **Os pilares do programa de compliance**: uma breve discussão. 2019. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1601322132eBook_Pilares_2020.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

SILVA, Lisiana Lawson Terra da. Mulheres e o mundo do trabalho: a infindável dupla jornada feminina. **Revista Eletrônica Interações Sociais**, Rio Grande, v. 3, n. 1, p. 120-131, 2019. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/reis/article/view/9171>. Acesso em: 1 fev. 2022.

TAVEIRA, Vinícius de Miranda. **Compliance**: reconhecido pela ONU como importante instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos dos trabalhadores. Dicas Trabalhistas, São Paulo, ago. 2020. Disponível em: <http://dicastrabalhistas.com.br/2020/08/14/compliance-onu/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Mulher e mercado de trabalho no Brasil**: um estudo sobre igualdade efetiva baseado no modelo normativo espanhol. 1. ed. São Paulo: LTr, 2016.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 09/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 14/04/2022
- Avaliação 1: 05/06/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 21/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

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

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO MEIO DE CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

EDUCATION IN HUMAN RIGHTS AS A MEANS OF CONSTRUCTION OF AN OPEN SOCIETY OF CONSTITUTION INTERPRETERS

CLÓVIS MARQUES DIAS JÚNIOR¹

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a educação em direitos humanos e busca apresentar e analisar de que forma este tema se apresenta como um mecanismo de abertura da interpretação constitucional. O trabalho parte de uma revisão de literatura sobre educação e direitos humanos, realizando uma aproximação entre estas duas categorias, em seguida faz uma análise documental dos marcos regulatórios da temática e, por fim, discute a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, de Peter Häberle, que incluiu os atores do campo educacional como legítimos para interpretar a Constituição. Da análise, percebeu-se que uma educação voltada para os direitos humanos é aquela que visa processos pedagógicos que colaborem no desenvolvimento da personalidade humana emancipada e crítica, tendo como horizonte a construção de uma cidadania participativa. Observou-se que os marcos normativos internacionais e nacionais consagram a existência de um direito fundamental a ser educado em direitos humanos. Verificou-se, por fim, que a proposta de uma educação em direitos humanos, é exatamente a proposta de uma hermenêutica e de uma vivência dos direitos fundamentais no espaço educacional, por meio de uma pedagogia da Constituição.

Palavras-chave: educação em direitos humanos; sociedade aberta de intérpretes; hermenêutica constitucional; educação cidadã; educação democrática.

1 Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Formação Docente em Práticas Educativas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em em Direito Constitucional (Universidade Anhanguera/UNIDERP). Bacharel em Direito e Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Maranhão e Professor do Programa de Graduação em Direito da Unisulma/IESMA em Imperatriz-MA. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/5713662943696126>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7196-6566>.

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

DIAS JÚNIOR, Clóvis Marques. A educação em direitos humanos como meio de construção de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 185-199, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8994>.

ABSTRACT

This article has as its object the education in human rights and aims to present and analyze how this object presents itself as a mechanism for opening up the constitutional interpretation. The work starts from a literature review on education and human rights, making an approximation between these two categories, then makes a documental analysis of the regulatory frameworks on the subject and, finally, discusses the theory of the open society of interpreters of the Constitution, Peter Häberle, who included the actors in the educational field as legitimate to interpret the Constitution. From the analysis, it was noticed that an education focused on human rights is one that aims at pedagogical processes that collaborate in the development of the emancipated and critical human personality, having as a horizon the construction of a participatory citizenship. It was observed that international and national regulatory frameworks enshrine the existence of a fundamental right to be educated in human rights. Finally, it was verified that the proposal of an education in human rights is exactly the proposal of the hermeneutics and the experience of human rights in the educational space, through a pedagogy of the Constitution.

Keywords: human rights education; open society of interpreters; constitutional hermeneutics; citizen education; democratic education.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo discute a educação em direitos humanos e a sua relação com a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Acredita-se ser de fundamental importância que os estudos dos direitos humanos não sejam monopolizados pelos intérpretes jurídicos, mas que se construa uma sociedade aberta de intérpretes, sendo o campo educacional uma excelente opção de espaço para a difusão e debate do conteúdo e da vivência dos direitos humanos.

Partindo deste cenário, o objetivo do presente trabalho é apresentar e analisar como a educação em direitos humanos se apresenta como um mecanismo de abertura da interpretação constitucional. Para alcançar o objetivo proposto, o trabalho foi estruturado em três partes. Inicialmente, o texto aborda as premissas para a compreensão de uma educação em direitos humanos, debatendo as ideias de educação emancipadora, cidadã e democrática.

Na segunda parte do trabalho observa-se como o tema educação em direitos humanos tem sido desenvolvido em seu aspecto normativo. Por fim, este texto apresenta a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, propondo uma aproximação entre a teoria e a concepção de educação em direitos humanos.

2. PREMISSAS PARA UMA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos² têm seu conteúdo básico no conjunto de lutas pela dignidade da pessoa, garantido por normas jurídicas nacionais e internacionais, por políticas públicas, pela democracia e por uma economia aberta às exigências da dignidade (FLORES, 2009).

2 Parte considerável da doutrina sustenta a existência de um equívoco em igualar direitos humanos a direitos fundamentais. Nesta linha de raciocínio, a expressão "direitos humanos" possui afinidade com os documentos de direito internacional,

Tais direitos, mesmo estando consagrados nos textos da maioria das constituições e em diversos tratados internacionais, são violados de forma sistemática nas sociedades marcadas pela exclusão, pela injustiça institucionalizada, pelos conflitos e pelas desigualdades estruturais (BRASIL, 2013).

Diante deste cenário excludente, a efetividade dos direitos humanos é ponto de constante discussão. A efetividade corresponde a eficácia social de um direito, englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma, quanto o resultado concreto decorrente – ou não – de sua aplicação (SARLET, 2012). Trata-se da materialização de um preceito legal, no mundo dos fatos, uma aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (BARROSO, 2020).

A efetividade dos direitos humanos é um objetivo que só é (será) alcançado se cada pessoa tiver acesso garantido aos direitos fundamentais em sua plenitude e se converte em um agente ético de atuação e transformação do espaço social, exercendo seus direitos por meio do diálogo, com espírito democrático e plural. Para alcançar essa efetividade, a educação em direitos humanos surge como um instrumento de promoção das liberdades e dos direitos econômicos, sociais e culturais, é um caminho para colaborar na busca da mencionada efetividade.

Os espaços educacionais são privilegiados no processo formativo dos sujeitos, uma vez que atingem grande parcela da população por um longo período. O campo educacional é um lugar de manifestação do poder, podendo tanto funcionar como um ambiente para conservar as estruturas vigentes e reproduzir o modelo dominante, como perfazer-se em um espaço de práticas democráticas que favorecem a emancipação dos cidadãos (APPLE, 2001).

Contudo, a escola não pode ser conservadora das diferenças sociais, a educação deve emancipar, posicionar-se de modo extraterritorial. Nas palavras de Adorno (1995, p. 121), a “[...] educação tem sentido unicamente como educação dirigida a uma autorreflexão crítica”.

Feitas essas considerações, pode-se apontar três premissas para uma educação focada nos direitos humanos: ela deve ser **emancipatória, cidadã e democrática**.

A educação tem caráter de mediação no seio da prática social, visando a construção de uma sociedade qualitativamente mais igual. Uma educação para os direitos humanos é aquela que não permite processos educacionais pedagógicos conservadores das diferenças sociais, uma escola não pode ser alienada na função de “[...] transmissão de uma cultura aristocrática em seu conteúdo e espírito”, que se limita a recrutar e a selecionar os educandos capazes de satisfazerem as exigências que se lhe impõem (BOURDIEU, 2007, p. 54).

Por isso, é preciso pensar a formação do aluno cidadão como um sujeito emancipado, agente de transformação social e consciente de seus direitos. Somente desta forma poderá atuar juntos aos poderes públicos e à sociedade por uma efetividade das políticas públicas, trabalhando pelo pleno exercício dos direitos humanos em busca de justiça social.

Ser emancipado é ser incluído em uma sociedade justa, fraterna, igual e livre, a partir de uma maturidade do ser social. A pessoa emancipada pode transformar radicalmente a realidade social. Para isso, compete ao sujeito, inserido neste processo social de construção

referindo-se às posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, sem vínculo com ordem constitucional de um Estado, possuindo validade universal e caráter supranacional. Os “direitos fundamentais”, por sua vez, significam os direitos do ser humano, reconhecidos e positivados em esfera constitucional de um dado Estado. Neste sentido Sarlet (2012), contudo, neste trabalho a educação em direitos humanos será sempre compreendida com uma educação tanto voltada para concretização dos direitos humanos previstos na ordem internacional, como focada nos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

da emancipação, a adoção de estratégias e ações concretas para se chegar a esse objetivo (TONET, 2005). Aqui pode-se afirmar que a promoção da educação em direitos humanos é uma dessas estratégias de mediação para alcançar a emancipação humana.

Partindo dos valores dos direitos humanos é possível a formação de pessoas livres, solidárias e comprometidas com a justiça social. O sujeito que exercita sua liberdade ficará cada vez mais emancipado na medida que eticamente assuma a responsabilidade de suas ações. (FREIRE, 2018) No caminho para esse resultado, deve-se adotar práticas pedagógicas e processos de formação capaz de ensinar e estimular a participação da pessoa em formação nas variadas instâncias organizacionais da sociedade civil (SANTOS; LIMA; VALE, 2020). Para concretizar esse objetivo, torna-se “[...] cada vez mais urgente a promoção de processos de educação em direitos humanos que colaborem na construção de uma cultura dos direitos humanos na sociedade como um todo” (CANDAU, 2012, p. 722).

Nesta mesma linha de raciocínio, um processo educativo fundado nos direitos humanos deve ser cidadão e democrático, deve reconhecer a realidade excludente, ter a desigualdade e a democracia como possibilidade no ponto de partida e a igualdade e a democracia como realidade no ponto de chegada. Os profissionais da educação devem antever com clareza o marco inicial (onde se está) e o que se deseja como resultado, visando organizar o processo educacional voltado para transformar a possibilidade em realidade (SAVIANI, 2012).

Tanto a Constituição Federal (CF) de 1988 quanto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – Lei n. 9.394/1996) estabelecem que uma das finalidades da educação, e conseqüentemente do espaço escolar, é preparar o indivíduo para o exercício da cidadania (Art. 205 da Constituição e Art. 2º da LDB) (BRASIL, 1988, 1996).

A cidadania, conforme Marshall (1967), apresenta três elementos: o civil, o político e o social. Pensar o cidadão político é analisar o quadro humano sufragante, que se politizou (quer dizer, que assumiu capacidade decisória), ou seja, o corpo eleitoral. Além destes três elementos, o cidadão do ponto de vista jurídico ou civil exprime o conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico. É composto por todos os nacionais de um país, natos ou naturalizados (BONAVIDES, 2016).

Os dois primeiros conceitos de cidadão são relacionados às liberdades individuais e ao exercício dos direitos políticos, como o voto. Destaca-se, entretanto, o conceito social de cidadania, que:

[...] se refere a tudo que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais (MARSHALL, 1967, p. 63-64).

Dessa forma, para se pensar o cidadão inserido na vivência democrática nos três aspectos, é necessário compreendê-lo não apenas como um nacional que vota, mas como um sujeito emancipado, agente de transformação social e consciente de seus direitos. Uma pessoa preparada nesta realidade poderá atuar junto aos poderes públicos e à sociedade por uma efetividade das políticas públicas e em busca das mudanças necessárias. Além disso, a “[...] cidadania exige a integração social, a consciência de filiação não somente a uma sociedade, Estado nacional ou federal, mas também a uma comunidade ligada por uma cultura e história” (TOURAINÉ, 1996, p. 45).

A democracia é o espaço no qual o cidadão exerce essas três dimensões de cidadania, seja exercendo suas liberdades e direitos civis e políticos, seja atuando na transformação da realidade social. Partimos do cidadão para o estudo da democracia, pois “A democracia se apoia na responsabilidade dos cidadãos de um país” (TOURAINÉ, 1996, p. 93).

A democracia apenas formal não basta, o ser democrático não pode se restringir ao voto, ao processo eleitoral e à existência de leis que afirmam igualar as pessoas. O objetivo democrático só é atingido se os indivíduos do Estado têm acesso garantido à plenitude de direitos. Essa perspectiva de democracia mais ampla é nomeada democracia substancial ou material.

Compreender uma democracia substancial é compreender a democracia como valor, não basta que o Estado tenha um Governo eleito pelo povo, é preciso que tenha “[...] um Governo para o povo” (BOBBIO, 2010, p. 328). Vários elementos da democracia formal podem existir em regimes não democráticos; um governo escolhido pelo povo mediante um processo eleitoral formal pode perfazer-se em ditadura política, pois as democracias não morrem somente nas mãos de generais, mas morrem especialmente por meio de líderes eleitos que subvertem o próprio processo que os levou ao poder (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Nesta perspectiva de emancipação, cidadania social e democracia substancial é que se deve compreender o campo educacional e a educação em direitos humanos. Destacando-se os processos pedagógicos com práticas democráticas, o debate com pluralismo de ideias, o respeito à liberdade e apreço à tolerância, a vinculação entre a educação escolar e as práticas sociais e a consideração com a diversidade étnico-racial, importantes princípios norteadores deste modelo de escola, conforme enunciado no artigo 3º da LDB (BRASIL, 1996).

3. EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA

A Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948, a qual declarou no artigo 26 que a educação é um direito humano. O documento já apontava para a construção de uma educação voltada para a formação de sujeitos emancipados, deixando claro que não se desejava qualquer tipo de educação, o texto previu a necessidade de uma educação voltada para a plena expansão da personalidade humana e para o reforço dos direitos humanos fundamentais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Desta forma, pode-se assegurar que a DUDH proclama como direito humano a educação para os direitos humanos (GAOS, 2006).

O artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,³ retomou o artigo 26º da DUDH, prevendo que a “[...] educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966).

O pacto conferiu obrigatoriedade ao compromisso com uma educação voltada para os direitos humanos, que se torna vinculante e exigível em face dos Estados signatários. Em

3 Apesar de ter sido adotado pela ONU ainda em 1966, somente após a redemocratização e a Constituição Federal de 1988 o Brasil internalizou o referido tratado, promulgado em 1992 pelo Decreto n. 591.

seguida, outros documentos orientadores e normativos internacionais do sistema global de proteção dos direitos humanos, frutos de debates, conferências e interação no âmbito da sociedade civil global, também abordaram em alguma medida a educação em direitos humanos ou seus elementos, com destaque para: a) O artigo 10 da **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 1979; b) O artigo 29 da **Convenção sobre os Direitos da Criança**, de 1989; c) A **Declaração e o Programa de Ação de Viena**, de 1993; d) A proclamação da **Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos**, por meio da Resolução ONU n. 49/184, de 1994; e) A **Declaração e o Programa de Ação de Durban**, de 2001; f) O **Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos**, aprovado meio da Resolução ONU n. 59/113; g) O **Plano de Ação** da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), atualmente na quarta etapa, para concretizar o Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos; e h) A **Declaração das Nações Unidas sobre Educação e Formação em Direitos Humanos**, adotada em 2011 por meio da Resolução ONU n. 66/137.

Este último documento, a Declaração sobre Educação e Formação em Direitos Humanos, deixa expresso que a educação em direitos humanos é um direito de todas as pessoas. Expõe que: “Todas as pessoas têm direito a saber, procurar e receber informações sobre todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e devem ter acesso à educação e formação em matéria de direitos humanos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, tradução nossa).

Na perspectiva da declaração, a educação e a formação é meio essencial para a efetividade dos direitos humanos, e sem o gozo efetivo do direito à educação e do acesso à informação não existe educação em direitos humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011).

A educação em direitos humanos alcança todos os níveis de ensino, incluindo a educação pré-escolar, os ensinamentos fundamental, médio e superior, entretanto, não se restringe à escola, e deve ser compreendida como um processo que se prolonga por toda a vida e respeita a todas as idades em todos os setores da sociedade, seja no âmbito formal, informal ou não-formal, tanto no setor público como no privado e na mídia, considerando as suas necessidades e condições específicas de cada grupo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011).

O Brasil é signatário de todas as convenções que foram mencionadas como fundamento para a educação em direitos humanos, as quais estão internalizadas no direito pátrio pelos procedimentos formais e possuem força normativa vinculante por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

Já as declarações enunciadas, especialmente a Declaração Universal, a Declaração e o Programa de Ação de Viena e a Declaração sobre Educação e Formação em Direitos Humanos, mesmo tecnicamente tendo o caráter de recomendações, não podem ter sua importância diminuída, pois apesar de não possuírem o *status* de tratado, ao versarem sobre direitos humanos, integram um grupo de normas imperativas do sistema jurídico internacional (*jus cogens*) (COMPARATO, 2019), a DUDH, por exemplo, é considerada uma das pedras angulares do direito internacional (VARELLA, 2013).

O conjunto dos princípios e regras previstos nas normas internacionais sobre direitos humanos irradiou-se por diversos países, influenciando seus ordenamentos jurídicos internos. Com o Brasil não foi diferente: os marcos regulatórios do direito internacional mencionados acabaram por repercutir nas normas internas brasileiras, que positivaram os direitos humanos levando em conta as identidades social e cultural do país.

O documento que é marco jurídico e político da afirmação dos direitos humanos no Brasil é a Constituição Federal (CF) de 1988, que representou uma virada epistemológica na forma de ver todo o ordenamento jurídico nacional. A CF rompeu com o regime constitucional anterior, o da ditadura militar, que outorgou uma Carta autoritária em 1967, os Atos Institucionais e a Emenda n. 01 de 1969, marcada no campo dos direitos humanos como uma época de baixa densidade democrática e de supressão de direitos (BONAVIDES, 2015).

Ao longo de seu texto, a CF prevê uma extensa gama de direitos fundamentais de todas as dimensões, liberdades, direitos civis e políticos, direitos de igualdade e não discriminação, direitos econômicos, sociais, culturais e transindividuais. A título de exemplo, o artigo 5º protege a vida, a propriedade, as liberdades de associação, de expressão e de culto; no artigo 6º são enunciados como direitos sociais “[...] a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (BRASIL, 2018); no artigo 7º consta a proteção de direitos trabalhistas; na parte final da Constituição aparecem direitos transindividuais como o meio ambiente, a ciência, a comunicação social.

No artigo 5º, § 1º, a CF apresenta o princípio da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, de modo que o Estado brasileiro deve prezar por um efetivo cumprimento de seus direitos fundamentais. Assim, todos os direitos previstos na CF devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Cabe aos poderes públicos a missão de extrair das normas, por meio da feitura e execução da legislação ou da prestação jurisdicional, a maior eficácia possível (PIOVESAN, 2018).

Dentre os direitos humanos previstos no texto maior, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 205 que a educação é um direito fundamental de todos, sendo dever do Estado e da família provê-lo, em colaboração com a sociedade, “[...] visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988). O texto constitucional não prevê expressamente uma educação voltada para os direitos humanos, mas afirma que deve ser voltada para o exercício da cidadania e, como visto anteriormente, não existe exercício de cidadania sem conhecimento e vivência dos direitos humanos.

De outro lado, mesmo sem uma previsão expressa na CF de que a educação em direitos humanos é um direito fundamental de todos, como a dignidade da pessoa humana é o valor essencial que dá unidade e sentido à Constituição, o direito à educação só pode ser compreendido como um direito voltado para a concretização dos direitos humanos.

Cumprir destacar, ainda, a previsão do parágrafo § 2º do artigo 5º, o qual estabelece que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Partindo deste texto normativo, mesmo que um direito humano consagrado em nível internacional não esteja expressamente previsto no texto constitucional, ele será considerado um direito fundamental no Brasil (PIOVESAN, 2018). Observando essa premissa, como os diversos documentos internacionais apresentados anteriormente deixam claro que a educação em direitos humanos é um direito fundamental de todas as pessoas, essa lógica não é diferente na realidade constitucional brasileira. Temos, assim, um direito fundamental de ser educado em direitos humanos.

Na seara infraconstitucional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, aprovada em 1996, originariamente também não previu expressamente uma educação voltada para os direitos humanos. Todavia, norteou a educação com valores ligados aos direitos humanos, como o respeito à liberdade e apreço à tolerância; e a vinculação entre a educação escolar e as práticas sociais. Além disso, caracterizou a educação no Brasil como uma prática “[...] inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”, (BRASIL, 1996), tendo como finalidade o pleno desenvolvimento do educando e seu preparo para o exercício da cidadania.

Essa redação original da LDB já era indicativa de que a educação no Brasil deveria ser norteada pelos direitos humanos. Algumas alterações posteriores deixaram isso ainda mais claro, a saber: a Lei n. 12.796/2013 incluiu a consideração com a diversidade étnico-racial como princípio da educação; e a Lei n. 13.010/2014 incluiu o § 9º no artigo 26, prevendo expressamente que conteúdos relativos aos direitos humanos serão incluídos, como temas transversais, nos currículos escolares da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio.

Pode-se afirmar, partindo da leitura dos textos normativos nacionais, que no Brasil existem fundamentos jurídicos para sustentar a existência legal de uma educação em direitos humanos.

Para colocar em prática as normas definidoras de direitos humanos, os agentes governamentais precisaram agir. De 1996 a 2009 foram elaborados três Programas Nacionais de Direitos Humanos (PNDH), apresentando um conjunto de ações governamentais em matéria de direitos humanos, organizadas tematicamente. Os três programas trataram da educação.

Entre 2003 e 2006 foi realizada uma articulação institucional entre as esferas de governo das diversas unidades da federação, organismos internacionais, instituições de educação superior e sociedade civil organizada, visando a criação de um Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL, 2018).

O PNEDH contribuiu apresentando um conceito de educação em direitos humanos. Segundo o documento, ela é compreendida como:

[...] um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões:

- apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local;
- afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade;
- formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social, ético e político;
- desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados;
- fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações. (BRASIL, 2018)

O conceito visa orientar a ação educacional em direitos humanos no Brasil, apresentando a educação como um direito em si mesmo e como um meio indispensável para o acesso a outros direitos.

Como se trata de um documento orientador da política educacional em direitos humanos no Brasil, o texto do PNEHD apresentou metas e objetivos⁴ para a serem atingidos, com ênfase no papel estratégico da educação em direitos humanos para o fortalecimento do Estado Democrático e na construção de uma sociedade justa, equitativa e democrática. O PNEHD articulou o desenvolvimento de ações de educação em direitos humanos pelo poder público e a sociedade civil, efetivando os compromissos internacionais e nacionais com a educação em direitos humanos (BRASIL, 2018).

O PNEHD apontou a transversalidade da educação em direitos humanos como um caminho a ser estimulado. Afirmou também que todas as políticas educacionais devem ser direcionadas para a constituição de uma cultura de direitos humanos. O Programa também defendeu linhas de ações para a elaboração de programas e projetos, estimulando a reflexão, o estudo e a pesquisa na área da educação em direitos humanos.

Conforme o PNEHD, a educação em direitos humanos deve ser promovida em três dimensões:

- a) conhecimentos e compreensão dos direitos humanos e dos sistemas de proteção, como forma de incentivar o exercício destes na vida cotidiana;
- b) desenvolvimento nos educandos de atitudes e comportamentos de respeito aos direitos humanos;
- c) ações concretas em atividade de promoção, defesa e reparação das violações aos direitos humanos.

Para alcançar essas três dimensões, o documento preocupou-se em apresentar princípios e linhas de ação contemplando cinco eixos de atuação: a educação básica; a educação superior; a educação não formal; a educação dos profissionais dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública; e a educação nas mídias de comunicação social. A proposta segue exatamente os espaços de educação e formação em direitos humanos propostos pela Declaração da ONU sobre a temática e o plano de ação da UNESCO.

Dentre as ações programáticas propostas pelo PNEHD está a elaboração de diretrizes para a adoção de uma educação em direitos humanos. Também no artigo 8º da Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos aparece a exigência para que os Estados criem planos de estudo a serem observados pelos sistemas de ensino e

4 Os objetivos expressos no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos são os seguintes:

- a) destacar o papel estratégico da educação em direitos humanos para o fortalecimento do Estado democrático de direito;
- b) enfatizar o papel dos direitos humanos na construção de uma sociedade justa, equitativa e democrática;
- c) encorajar o desenvolvimento de ações de educação em direitos humanos pelo poder público e a sociedade civil por meio de ações conjuntas;
- d) contribuir para a efetivação dos compromissos internacionais e nacionais com a educação em direitos humanos;
- e) estimular a cooperação nacional e internacional na implementação de ações de educação em direitos humanos;
- f) propor a transversalidade da educação em direitos humanos nas políticas públicas, estimulando o desenvolvimento institucional e interinstitucional das ações previstas no PNEHD nos mais diversos setores (educação, saúde, comunicação, cultura, segurança e justiça, esporte e lazer, dentre outros);
- g) avançar nas ações e propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) no que se refere às questões da educação em direitos humanos;
- h) orientar políticas educacionais direcionadas para a constituição de uma cultura de direitos humanos;
- i) estabelecer objetivos, diretrizes e linhas de ações para a elaboração de programas e projetos na área da educação em direitos humanos; estimular a reflexão, o estudo e a pesquisa voltados para a educação em direitos humanos;
- j) incentivar a criação e o fortalecimento de instituições e organizações nacionais, estaduais e municipais na perspectiva da educação em direitos humanos;
- k) balizar a elaboração, implementação, monitoramento, avaliação e atualização dos Planos de Educação em Direitos Humanos dos estados e municípios;
- l) incentivar formas de acesso às ações de educação em direitos humanos para pessoas com deficiência. (BRASIL, 2018)

suas instituições. Atendendo a esses apelos, foram estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação⁵ as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, por meio da Resolução n. 1, de 30 de maio de 2012.

A diretriz é um texto normativo de seguimento obrigatório pelos sistemas de ensino, O texto positiva que a educação em direitos humanos é um dos eixos fundamentais do direito à educação e refere-se ao uso de concepções e práticas educativas fundadas nos direitos humanos. Determina que todos os sistemas de ensino e suas instituições devem seguir os seguintes princípios para efetivar a educação em direitos humanos: I - dignidade humana; II - igualdade de direitos; III - reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades; IV - laicidade do Estado; V - democracia na educação; VI - transversalidade, vivência e globalidade; e VII - sustentabilidade socioambiental (BRASIL, 2018).

Reforça-se, como no PNEHDH, que a educação em direitos humanos é um processo sistemático e multidimensional, orientador da formação integral dos sujeitos de direitos, e articula-se na apreensão de conhecimentos sobre os direitos humanos, nas práticas sociais, na formação da consciência cidadã, no desenvolvimento de metodologias e no fortalecimento de práticas individuais e sociais em favor dos direitos humanos (CANDAU, 2012).

Pela Diretriz, o objetivo central da educação em direitos humanos é a formação para a vida cotidiana e para a convivência social. Este objetivo deverá orientar os sistemas de ensino e suas instituições no que se refere ao planejamento e ao desenvolvimento de ações educativas, levando em consideração os seus contextos (BRASIL, 2012).

Estes instrumentos normativos são um caminho para concretização de uma educação em direitos humanos no Brasil, um caminho que ainda tem muito a ser trilhado, em um processo no qual se deve lutar para não se perder direitos e para se obter novas conquistas. Setas já se apresentam pelo caminho, o que permite à comunidade escolar e à sociedade lutarem por uma educação diferente.

4. A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE ABERTURA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como visto, a educação em direitos humanos é um direito previsto internacionalmente e positivado na ordem jurídica brasileira. Na construção de uma efetiva educação em direitos humanos os espaços educacionais se convertem em campo de formações de sujeitos emancipados, cidadãos e democráticos. Isso significa que os processos de ensino, formação e aprendizagem devem valorizar apreender os direitos fundamentais a partir da vivência e consideração dos diversos atores da comunidade escolar que se apresentam e interagem, em uma perspectiva de razão comunicativa habermasiana, em que o indivíduo que não se confina dentro do próprio e não se fecha diante do alheio (HABERMAS, 2002). O debate e a

5 O Conselho Nacional de Educação está previsto no artigo 9º, § 1º, da LDB como integrante da estrutura educacional, foi instituído pela Lei n. 9.131/1995 e é um órgão colegiado integrante do Ministério da Educação, com a finalidade de colaborar na formulação da Política Nacional de Educação e exercer atribuições normativas, de supervisão e de assessoramento.

inclusão aqui significam que a comunidade está aberta a todos, especialmente àqueles que são estranhos uns aos outros.

Essa proposta de educação em direitos humanos tem bastante relação com a tese da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

O alemão Peter Häberle identificou que o processo de interpretação constitucional vem sendo, conscientemente, limitado a uma sociedade fechada. Neste modelo, apenas os intérpretes jurídicos e os participantes formais do processo constitucional (advogados, parlamentares, juízes, membros do ministério público e outros órgãos estatais) tomam parte na interpretação da Constituição (HÄBERLE, 2002).

Diante desta problemática, Häberle desenvolveu a ideia de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, teoria para uma hermenêutica constitucional de visão republicana e democrática (COELHO, 1998), centrada na premissa de que uma sociedade aberta exige uma interpretação igualmente aberta de sua lei maior (HÄBERLE, 2002).

Essa proposta, de certa forma, possui aproximações com o pensamento de Ferdinand Lassalle, que identificou os fatores reais de poder como a essência da Constituição. A teoria da sociedade aberta dos intérpretes constitucionaliza os fatores reais de poder, na medida em que reconhece que a norma constitucional não tem existência independente da realidade, e sua eficácia não pode ser separada das condições sociais e históricas de seu contexto de realização (COELHO, 1998).

A proposta de Häberle tem sido bem recepcionada no Brasil, tanto que o Supremo Tribunal Federal tem acolhido a teoria em sua jurisprudência. Desde 2006 encontram-se votos dos ministros Sepúlveda Pertence, Celso De Mello, Cármen Lúcia e Eros Grau, proferidos na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2797 e nos Mandados de Segurança n. 26603, n. 26604 e n. 26602, mencionando a teoria.

Em 2012 tem-se, pela primeira vez, a ementa de um julgado prevendo expressamente que a teoria da sociedade aberta é compatível com a ordem constitucional brasileira. Da ementa da ADI n. 4029, que discutiu a constitucionalidade da lei de criação do Instituto Chico Mendes, julgada pelo plenário em 08/03/2012, de relatoria do Ministro Luiz Fux, pode-se extrair o seguinte trecho sobre o assunto:

A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional (BRASIL, 2012).

No voto condutor do referido julgamento o ministro relator desenvolveu a importância da teoria, ponderando que a interferência do povo na interpretação constitucional, expondo os anseios das diversas camadas sociais, prolonga no tempo a vigência da Constituição. Após este julgado, diversos outros passaram a reconhecer que a Constituição Federal não pode ter sua interpretação restrita às autoridades públicas e partes formais do processo constitucional. No âmbito do STF, o instituto do *amicus curiae* da audiência pública tem sido bastante utilizado como forma de abertura da interpretação constitucional para diversos setores da sociedade.

Com base nessa ordem de ideias, o processo de interpretação constitucional, que está geralmente vinculado aos órgãos estatais e as potências públicas fixadas em um elenco

numerus clausus, deverá ser revisto para possibilitar a participação de todos os cidadãos e grupos integrantes da sociedade (HÄBERLE, 2002).

Em sua obra Häberle apresentou um rol exemplificativo (*numerus apertus*) de indivíduos e de grupos sociais que devem ser reconhecidos como legitimados a interpretar a Constituição. O catálogo sistemático, que inclui tantos os legitimados tradicionais, quando diversos outros agentes conformadores da realidade constitucional (COELHO, 1998), estes formam uma lista que não é fechada, comporta ampliação, e pode ser organizada da seguinte forma (HÄBERLE, 2002):

a) **Na estrutura do Estado:** a Corte Constitucional; os demais órgãos do Poder Judiciário com poder de decisão vinculante passível de processo de revisão; os órgãos legislativos e os órgãos do Poder Executivo, especialmente na apresentação de projetos legislativos e execução de políticas públicas.

b) **Os participantes do processo de decisão junto à estrutura do Estado:** as partes e os outros participantes do processo constitucional, os pareceristas, os peritos, os representantes de interesses nas audiências públicas, as associações, os partidos políticos, os grupos de pressão organizados, as minorias parlamentares, os requerentes ou as partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo.

c) **A opinião pública democrática e pluralista:** a mídia e o jornalismo profissional, os leitores, a iniciativa dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada, as igrejas, os teatros, as editoras, as escolas, os pedagogos, as associações de pais.

d) **A doutrina constitucional** que tematiza a participação de outras forças e participa do processo nos diversos níveis de decisão.

Neste ponto, a teoria de Peter Häberle se harmoniza com a temática central proposta neste estudo. Como visto, o autor incluiu o campo educacional como legítimo para interpretar a Constituição, e a proposta de uma educação em direitos humanos, é exatamente a proposta de uma hermenêutica e de uma vivência dos direitos fundamentais no espaço educacional, um elemento de construção de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Em entrevista concedida durante uma acadêmica que aconteceu em 21 de abril de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Häberle já havia apontado essa relação intrínseca entre educação em direitos humanos e a sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Conforme o autor:

O paradigma da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais deveria ser objeto da Pedagogia. Em outras palavras, os Direitos Humanos já deveriam ser aprendidos na escola como objetivos da educação, como já foi proposto antes pelas Constituições do Peru e da Guatemala. Na Argentina, a juventude deveria ser incentivada desde cedo a participar dos processos de criação e interpretação do direito por meio de petições e discussões. É possível que isso ainda seja uma utopia. Ao menos nas universidades isso deveria ser exigido. Em 1974, numa conferência em Berlim, me animei a formular a seguinte hipótese: das escolas dependem a teoria constitucional que possamos desenvolver no futuro (HÄBERLE, 2009).

Desta forma, é possível observar que a proposta do autor alemão se harmoniza com o proposto na Declaração da ONU sobre Educação e Formação em Direitos Humanos, no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos e nas Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Os documentos dispõem que a construção da percepção de direitos huma-

nos deve ser um processo coletivo e comunitário, englobando os diversos atores sociais, como as instituições educativas, os meios de comunicação social, as famílias, as comunidades locais, as instituições da sociedade civil, as organizações não-governamentais, os defensores dos direitos humanos e o setor privado.

Estes atores são corresponsáveis por debater, interpretar e vivenciar os direitos fundamentais, que são o ponto central da Constituição, atuando em uma relação de comunicação e tolerância com os sujeitos do espaço democrático, com abertura ao debate público, pois “[...] a democracia só pode ser exercida como uma práxis comunitária” (HABERMAS, 2002). Essa também é a proposta de Häberle, a de uma pedagogia da Constituição ou pedagogia constitucional.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa teve como objetivo o estudo da educação em direitos humanos e a sua relação com a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, do autor alemão Peter Häberle.

Evidenciou-se que uma educação voltada para os direitos humanos é aquela que visa levar, ao campo educacional, processos de pedagógicos que colaborem no desenvolvimento da personalidade humana emancipada e crítica, tendo como horizonte a construção de uma cidadania participativa.

Os marcos normativos internacionais e nacionais consagram a existência de um direito fundamental a ser educado em direitos humanos, legitimando o campo educacional como espaço de aprendizado, formação e vivência dos direitos, paradigma educativo que se faz a partir de um processo coletivo e comunitário, englobando os diversos atores da comunidade escolar, as instituições educativas, os meios de comunicação social, as famílias, as instituições da sociedade civil nacional, dentre outros.

Os direitos fundamentais e a democracia são os elementos centrais da Constituição Federal e, como ensina Häberle, a lei maior não pode ter sua interpretação restrita às autoridades públicas e partes formais do processo constitucional, sendo de grande relevância abrir a interpretação constitucional para o espaço escolar, em um processo de pedagogia constitucional.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- APPLE, Michael W. **Educação e poder**. Porto: Porto Editora, 2001.
- BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2010, p. 319-329.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BOURDIEU, Pierre. A Escola conservadora: as desigualdades frente à escola e à cultura. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (orgs.). **Escritos de Educação**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 jan. 2022.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. 3. ed. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/educacao-em-direitos-humanos/DIAGRMAOPNEDH.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.394/1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Educação em Direitos Humanos: diretrizes nacionais**. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029**. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ibama - ASIBAMA. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, j. 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur211240/false>. Acesso em: 10 jan. 2022.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 33, n. 120, p. 715-726, jul.-set. 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/343>. Acesso em: 10 nov. 2021.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores do poder. **Revista de Informação Legislativa**, n. 138, p. 83-100, 1998b. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/516463>. Acesso em: 10 nov. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONFERÊNCIA MUNDIAL CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL, A XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA. **Declaração e Programa de Ação de Durban**, 2001. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2001. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_durban.pdf. Acesso em: 7 jan. 2022.

CONFERÊNCIA MUNDIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 1993. São Paulo: Comissão de Direitos Humanos da USP, 1993. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>. Acesso em: 7 jan. 2022.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 56. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

GAOS, Mónica Beltrán. La importancia de la educación en los derechos humanos: especial referencia a América Latina. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 8, 2006, Sevilla. **Actas** [...]. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2006. p. 2011-2028. v. 1.

HÄBERLE, Peter. Cultura e direito constitucional. Entrevistador: Raúl Gustavo Ferreyra. **Conjur**, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/entrevista-haberle-portugues.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. 2. reimp. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2018.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. New York: Assembleia Geral das Nações Unidas [1979]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 7 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. New York: Assembleia Geral das Nações Unidas [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 7 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos**. New York: Assembleia Geral das Nações Unidas [2011]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/07/PDF/N1146707.pdf?OpenElement>. Acesso em: 7 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. New York: Assembleia Geral das Nações Unidas [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 7 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 49/184**. Proclama a Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos. New York: Assembleia Geral das Nações Unidas [1994]. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/serie_decada_1_b_nacoes_unidas_educacao_dh_.pdf. Acesso em: 7 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução n. 59/113. Proclama o Programa Mundial para a Educação em Direitos Humanos. New York: Assembleia Geral das Nações Unidas [2004]. *In*: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura; Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Plano de ação do Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos**: primeira etapa. Nova Iorque: Genebra: UNESCO, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Emina Márcia Nery dos; LIMA, Francisco Willams Campos; VALE, Cassio. Decálogo da escola como espaço de proteção social: consolidando a função social da escola como espaço democratizante. **Eccos - Revista Científica**, São Paulo, n. 54, p. 1-18, e8338, jul./set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5585/eccos.n54.8338>. Acesso em: 6 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAVIANI, Demerval. **Escola e democracia**. 42. ed. Campinas: Autores Associados, 2012.

TONET, Ivo. **Educação, cidadania e emancipação humana**. 2. ed. Maceió: EDUFAL, 2005.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 05/04/2022
- Avaliação 2: 22/04/2022
- Decisão editorial preliminar: 21/05/2022
- Retorno rodada de correções: 22/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 04/06/2022

Equipe editorial envolvida

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

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL: UM CAMPO DE INDEFINIÇÃO NO FEDERALISMO BRASILEIRO

LEGISLATIVE COMPETENCE IN ENVIRONMENTAL
LAW: A SPHERE OF UNCERTAINTY IN BRAZILIAN FEDERALISM

FELIPE FRANZ WIENKE¹
CARLOS ALBERTO LUNELLI²

RESUMO

O sistema de repartição de competências legislativas em matéria ambiental estabelecido pela Constituição Federal de 1988 visou assegurar uma esfera de autonomia legislativa aos entes federados através de um mecanismo de competência concorrente. O presente artigo visa investigar a possibilidade de os estados membros e municípios introduzirem sistemas protetivos de maior rigidez em relação às normas gerais. Para tanto, propõe-se um estudo sobre decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal envolvendo possíveis conflitos de competência legislativa entre diferentes entes federados. Como hipótese, sugere-se haver uma autonomia reduzida em sede de competência suplementar, restando prejudicada a esfera de iniciativa legislativa dos estados e municípios para aprofundamento das normas protetivas.

Palavras-chave: constitucionalismo ambiental; conflitos de competência legislativa, jurisprudência ambiental

ABSTRACT

The system of division of legislative competences on environmental issues established by the Federal Constitution of 1988 aimed to ensure a sphere of legislative autonomy to the federated entities through a mechanism of concurrent competence. This article intends to investigate the possibility of states and municipalities introducing protective systems which could be more rigid in relation to the general norms. Therefore, a study is proposed on decisions of the Supreme Federal Court involving possible conflicts of legislative competence between different federated entities. As a hypothesis, it is suggested that there is a reduced autonomy regarding supplementary competence, which is harming the sphere of legislative initiative of the states and municipalities to reinforce the protective norms.

Keywords: environmental constitutionalism; conflicts of legislative competence, environmental jurisprudence

- 1 Doutor em Direito/UFRGS. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande/FURG. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social/FURG. Professor convidado da Universidade de Rennes 1. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0254612497134671>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9900-1270>.
- 2 Doutor em Direito/UNISINOS. Professor da Universidade de Caxias do Sul/UCS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul/UCS. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/5927875935175887>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4976-0719>.

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

WIENKE, Felipe Franz; LUNELLI, Carlos Alberto. Competência legislativa em matéria ambiental: um campo de indefinição no Federalismo Brasileiro. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 200-217, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8993>.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 225 da Constituição da República, ao estabelecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, estimulou o poder público a progressivamente elaborar normas que assegurem parâmetros e sistemáticas de proteção ambiental.

O sistema de repartição de competências legislativas em matéria ambiental estabelecido pela Constituição Federal de 1988, ao passo que firmou o papel da União de nortear as estratégias normativas de proteção ambiental, reconheceu a autonomia dos demais entes federados para adequar a política ambiental às peculiaridades regionais e locais. Nesta engrenagem constitucional, onde cabe à União o estabelecimento de normas gerais, as quais podem ser suplementadas pelos estados e municípios, não raramente são observados cenários de conflito normativo entre leis elaboradas por diferentes entes federados.

No entanto, resta incerto qual seria a esfera de possibilidades de suplementação legislativa por parte do estado membro (em relação às normas gerais federais) e do município (em relação às normas da União e dos próprios estados). Na busca da promoção de um meio ambiente equilibrado, a premissa de que as normas devem visar uma máxima proteção e uma vedação ao retrocesso ambiental conduziria a possibilidade de a suplementação legislativa aprofundar/qualificar os sistemas legislativos de promoção da qualidade ambiental. O problema de pesquisa apresentado no presente artigo visa responder tal questão: os estados membros e os municípios podem estabelecer normas ambientais com parâmetros mais protetivos do que aqueles instituídos pelas normas gerais (estabelecidos seja pela União, seja pelos estados membros). Como hipótese de pesquisa, sugere-se que ainda não se observa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal elementos que apontem para uma definição plena acerca desta viabilidade.

Para tanto, propõe-se a análise de quatro temáticas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo conflitos de competência legislativa entre entes federados em matéria ambiental. Os casos selecionados atenderam um (a) critério material (uma das normas envolvidas no conflito estabelecia parâmetros considerados mais protetivos) e (b) um critério temporal (temáticas cuja última decisão tenha sido proferida pelo pleno do STF a partir do ano 2015).

O objetivo do artigo é, a partir da análise das decisões selecionadas, identificar elementos que apontem limites para a atuação legislativa dos entes federados em sede de competência concorrente em matéria ambiental, averiguando se é viável o aprofundamento dos critérios protetivos nas esferas de competência estadual e municipal (face a normas gerais que já estabelecem níveis de proteção).

2. O SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

A competência legislativa em matéria ambiental não raramente apresenta situações pragmáticas de não fácil solução. A opção por uma competência legislativa concorrente buscou

valorizar a autonomia dos entes federados, mantendo, no entanto, a centralidade da União na condução das diretrizes da legislação ambiental.

Em suma, a sistemática estabelecida pelo artigo 24, incisos VI (competência para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição) e VII (competência para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico) deve ser compreendida a partir das regas de harmonização apresentadas pelos parágrafos do artigo 24, numa tentativa de conciliação entre os interesses gerais da União e as peculiaridades regionais e locais dos entes estaduais e municipais. Assim caberia a União o estabelecimento de normas gerais (parágrafo 1º), restando aos estados a competência suplementar (salvo na inexistência das normas gerais da União). A competência legislativa dos municípios foi assegurada pelo artigo 30, I, sendo competentes para legislar sobre assuntos de interesse local.

Esta engrenagem de competência concorrente, prevista no artigo 24, portanto, é classificada como vertical – “uma mesma matéria é dividida entre os diversos entes federativos, de forma concomitante, operando uma distribuição funcional de competência” (MOHN, 2010, p. 217). A fórmula brasileira se caracteriza pelo princípio do predomínio do interesse, de modo que à União cabe aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, aos estados cabem a competência para legislar sobre matérias de competência regional e, finalmente, aos municípios concernem os assuntos de interesse local (SILVA, 2005, p. 478). A lógica da concorrência, ao descentralizar a competência legislativa, buscou romper com uma tradição centralizadora observada no Estado brasileiro, pautada por uma centralização decisória na esfera federal, com um espaço coadjuvante para os atores regionais e locais. A Constituição de 1967, por exemplo, elencava como competência legislativa da União as matérias relacionadas a florestas, caça e pesca (art. 8º, XVII, h), afastando a possibilidade de competência suplementar dos Estados membros (art. 8º, parágrafo 2º)³.

A definição de um campo conceitual para o estabelecimento de normas gerais não é tarefa singela. Como destaca Tércio Sampaio Ferraz Junior (1995, p. 249-250), o “federalismo cooperativo vê na necessidade de informação de certos interesses um ponto básico da colaboração”. Nessa linha:

toda matéria que extravase o interesse circunscrito de um a unidade (estadual, e m face da União; municipal, e m face do Estado) ou porque é comu m (todos têm o mesm o interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas nu m âmbito 250 autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 249-250).

O Supremo Tribunal Federal, em decisão de 2021, salientou que “a norma geral assenta-se no pressuposto que a colaboração federativa depende de uma uniformização do ambiente normativo”. Em suma, a delimitação do campo de atuação legislativa dos entes federados requer uma interpretação que considere “(i) a intensidade da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da regra de competência; (ii) valorização do fim primário a que se destina a norma, relacionado, no federalismo cooperativo, com o princípio da predominância de interesses” (BRASIL, 2020, p. 1).

3 Observe-se aqui que a Constituição de 1946 possibilitava a competência supletiva dos Estados para legislar em matéria de florestas, caça e pesca (interpretação do artigo 5º, XV, cumulada com artigo 6º).

A regra constitucional, no entanto, não responde aos eventuais conflitos que pode haver entre normas ambientais aprovadas por entes federados distintos, sobretudo no caso de os estados e os municípios estabelecerem parâmetros protetivos mais rígidos do que a lei geral da União. As eventuais zonas de incerteza entre o que se caracterizaria como normas gerais (de competência federal) e que seria considerada como competência suplementar (de competência dos estados) ganha traços particulares em matéria ambiental.

Por exemplo, não raramente os estados federados e os municípios adotam normas com parâmetros protetivos de maior rigidez, as quais aprofundam as regras ambientais estabelecidas em sede de normas gerais. Essa maior rigidez configuraria uma contradição à norma geral ou mera suplementação e qualificação do sistema protetivo? A análise de casos julgados pelo STF possibilita traçar alguns apontamentos acerca desta questão. Para tanto, quatro temáticas foram selecionadas: (a) a vedação da exploração e comercialização do amianto, introduzida por uma lei estadual; (b) a proibição do uso do fogo no processo de colheita da cana de açúcar, estabelecido por uma lei municipal; (c) a vedação da pesca de arrasto de camarões, instituída por uma lei estadual e; (d) a proibição total da caça positivada por uma lei estadual. A análise destes casos será desenvolvida nos próximos capítulos.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E USO DO AMIANTO NO BRASIL: UM CASO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA?

A temática da proibição da utilização do amianto no Brasil convida a uma reflexão acerca dos possíveis conflitos de competência legislativa em matéria ambiental. A nível federal, a temática fora regulamentada através da lei nº 9.055 de 2000. Em linhas gerais, a lei proibia a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização do amianto, salvo a variedade crisotila, que permanecia autorizada, nos termos do artigo 2º da lei.

O Estado de São Paulo, no ano de 2001, editou a lei estadual 10.813, cujo teor passava a proibir (a partir de 2005) a importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto no território paulista (art. 1º). O governador de Goiás, um dos estados exploradores de amianto do país, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade alegando a inconstitucionalidade da lei paulista devido à possível invasão da competência legislativa federal. A ADI 2656 foi julgada procedente em 2003, reconhecendo-se a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei estadual que estabeleciam proibições mais rigorosas do que aquelas previstas na lei federal. Invocada a questão do risco ambiental, a ementa registrou a alegação de que se trata de tema de interesse nacional, não havendo razão para tratamento diferenciado e desigual do estado de São Paulo. Em suma, a lei estadual extrapolava os limites da competência suplementar dos estados membros. Havendo lei federal regulando a utilização do amianto, descrevendo quais variedades poderiam ou não ser utilizadas, qualquer regulamentação contrariante à norma geral invadiria a esfera de competência federal.

A temática retornou à pauta do Supremo Tribunal Federal com a edição de nova lei estadual do Estado de São Paulo (lei estadual 12.684 de 2007). A nova lei repetia a proibição da norma anterior, estabelecendo agora a proibição do uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham qualquer tipo de amianto (incluindo-se, portanto, a variedade crisotila, ainda autorizada pela lei federal). Em nova Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 3937, julgada em 2017, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento distinto: ao reconhecer o consenso dos órgãos oficiais acerca do caráter cancerígeno do amianto, inclusive em sua variedade crisotila, declarou que a lei federal passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, e, naquele momento, não mais se compatibilizava com a Constituição de 1988 (BRASIL, 2017, p. 3).

No entanto, a decisão salientou que, em tese, a lei estadual paulista extrapolava os limites da competência suplementar. Nos termos da decisão, não haveria “norma suplementar, mas norma contrária/substitutiva à lei geral, em detrimento da competência legislativa da União” (BRASIL, 2017, p. 3). A lei estadual permaneceu vigente devido à declaração de inconstitucionalidade de parte da norma geral, o que acarretou a devolução da competência plena ao ente federado, nos termos do artigo 24, parágrafo 3º, da Constituição da República.

Em suma, o STF reconheceu que há um limite material para o estabelecimento de normas gerais, verificado justamente nas normas principiológicas da Constituição Federal, no presente caso no artigo 225 (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado) e 196 (direito à saúde), bem como nos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro em âmbito internacional.

O caso do amianto ainda apresenta novos elementos. Em 2019, o estado de Goiás editou a lei estadual 20.514, cujo teor novamente regulamentava a extração da variedade crisotila de amianto para fins exclusivos de exportação⁴. Do ponto de vista formal, na ausência de regulamentação federal (lei federal 9.055 de 2015 já havia sido parcialmente declarada inconstitucional), os estados passaram a ter competência plena para legislar sobre o tema. No entanto, no aspecto material, o Supremo já manifestou, em decisão com efeito *erga omnes*, a incompatibilidade da extração de qualquer tipo de amianto com os preceitos da Constituição Federal⁵.

A Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho/ANPT ajuizou nova ADI perante o STF, buscando a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual de Goiás. O novo processo (ADI 6200) ainda carece de apreciação do pedido cautelar, havendo manifestação da Procuradoria geral da República pela procedência da ação⁶. O caso nos apresenta duas situações normativas pertinentes: (a) a existência de uma lei estadual de São Paulo – lei 10813 - que, na suposta esfera de competência suplementar, buscava trazer critérios protetivos mais rígidos do que a norma geral federal e; (b) a existência de lei estadual de Goiás – lei 20.514 – que na ausência de norma geral, buscou regulamentar plenamente o uso de uma variedade do amianto, ainda que exista entendimento do STF reconhecendo a inconstitucionalidade material de tal regulamentação.

4 **Lei Estadual 20.514:**

Art. 1º Fica autorizado no Estado de Goiás a extração e o beneficiamento do amianto da variedade crisotila em todo o território do Estado de Goiás.

§ 1º O amianto extraído descrito no caput deste artigo servirá exclusivamente para exportação do minério, seguindo os padrões e normas internacionais de transporte.

5 Saliente-se que, no momento em que este artigo é redigido, o julgamento da ADI 3937 ainda aguardava julgamento de embargos declaratórios, não havendo trânsito em julgado da decisão.

6 A redação do presente artigo é concluída no dia 16 de janeiro de 2022. Eventuais tramitações posteriores na ADI 6200, evidentemente, escapam da apreciação do autor.

Esta última situação (nova lei estadual de Goiás), tem menor interesse para apreciação do problema de pesquisa. A questão da (in)constitucionalidade deve se resolver na apreciação material do conteúdo da lei diretamente face à Constituição Federal, não havendo, a rigor, discussão de possível conflito de competência legislativa.

No entanto, no primeiro caso, o STF inviabilizou o estabelecimento de padrões ambientais mais rígidos pela lei estadual (ADI 2656), não havendo que se falar em competência suplementar, mas em verdadeira contradição material entre lei federal e lei estadual. No caso da ADI 3937, não houve reconhecimento de competência suplementar da nova lei do Estado de São Paulo, mas declaração de inconstitucionalidade da lei federal, a qual, diante de novas informações técnicas, se mostrou contrária aos preceitos constitucionais de proteção do meio ambiente e da saúde.

No entanto, se a lei federal, ao autorizar a utilização de uma espécie de amianto, esgota a possibilidade de regulamentação suplementar dos Estados membros, há que se questionar: qual a esfera de competência que restaria aos estados, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º da Constituição Federal? O ministro Edison Fachin, em seu voto durante o julgamento da ADI 3937, trouxe elementos para essa questão. Dialogando com os princípios da razoabilidade e da subsidiariedade, expõe que seria possível superar um conteúdo meramente formal na repartição de competências, reconhecendo-se um aspecto material, “consubstanciado, à semelhança do direito norte-americano, numa presunção de autonomia a favor dos entes menores (*presumption against pre-emption*), para a edição de leis que resguardem seus interesses” (BRASIL, 2017, p. 25).

Assim, apenas quando a lei federal claramente indicar que os efeitos de sua aplicação devem ser suportados pelos entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.

(...) é necessário não apenas que a legislação federal abstenha-se de intervir desproporcionalmente nas competências locais, como também que, no exercício das competências concorrentes, a interferência das legislações locais na regulamentação federal não desnature a restrição ou autorização claramente indicada por ela. (BRASIL, 2017, p. 25)

De forma mais objetiva ao caso concreto, reitera o Ministro:

Nesse ponto, para que não parem dúvidas acerca da incidência do princípio da subsidiariedade e do cabimento da atuação legiferante estadual, repisa-se: a Lei Federal 9.055/95 é clara ao retirar dos Estados e Municípios a possibilidade de legislar de forma a permitir o consumo do amianto no momento em que veda, em seu art. 1º, sua utilização em todo território nacional. De outro modo, a mesma lei, a partir do art. 2º, permite e disciplina a comercialização do amianto/asbesto apenas da espécie crisotila, abrindo espaço para que, neste ponto, os entes federados atuem, podendo revestir suas respectivas legislações com um caráter mais restritivo ou menos restritivo, em consonância com as peculiaridades verificadas em cada ente (BRASIL, 2017, p. 43).

Nessa linha, em busca da máxima efetivação dos direitos fundamentais, haveria que se pensar a regulamentação federal como um piso de proteção, e não como um teto. Conclui o ministro Fachin, analisando o caso concreto, que a lei paulista versa sobre temas “afeitos à competência concorrente dos Estados-membros (produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde), inexistindo, dessa forma, afastamento claro de

tal competência legislativa dos estados pela legislação federal que rege a matéria”. Conclui, outrossim, que seria constitucional a “lei estadual que, em matéria de competência concorrente, regulamenta de forma mais restritiva a norma geral, dentro do âmbito de atuação permitido por ela” (BRASIL, 2017, p. 56).

Evidentemente, o julgamento de improcedência dos pedidos formulados na ADI 3937 teve como base a declaração de inconstitucionalidade da lei federal (a partir de um processo de inconstitucionalização). Ainda assim, alguns ministros externaram a inviabilidade de a lei estadual proibir atividade expressamente autorizada por lei federal. Foi o caso, por exemplo, dos ministros Marco Aurélio⁷ e Dias Toffoli⁸.

4. O CASO DA PROIBIÇÃO DO USO DO FOGO NA COLHEITA DA CANA POR LEI ESTADUAL: UMA INVASÃO À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL EM MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL?

Em 1995, o município de Paulínia aprovou lei municipal 1.952, proibindo totalmente a queima da palha da cana de açúcar no território municipal. A lei visava eliminar uma prática tida como rudimentar no processo de colheita da cana de açúcar e cuja prática causa malefícios de ordem sanitária e ambiental⁹.

A lei municipal foi objeto de Ação Direta de Constitucionalidade proposta pelo Sindicato da Indústria da Fabricação de Alcool do Estado de São Paulo/SIFAESP e pelo Sindicato da Indústria de Açúcar no Estado de São Paulo/SIAESP. O Tribunal de Justiça, em julgamento de primeira instância, declarou a lei municipal constitucional, reconhecendo a competência municipal para legislar sobre o tema. Em sede recursal, o Supremo Tribunal Federal apreciou a possível violação do Município de Paulínia à competência legislativa do Estado de São Paulo, que legislou acerca da matéria através da lei estadual 11.241 de 2002. A referida lei estadual estabeleceu um plano de redução gradativa do uso do fogo, com a eliminação total no ano de 2031 (para áreas não mecanizáveis¹⁰, com declividade superior a 12% e/ou menor de 150 hectares) (BRASIL, 2002).

Em suma, o conflito estabelecido pela lei estadual e municipal versava sobre o nível de proteção ambiental exigido pelo poder público. Na visão do estado de São Paulo, que interpôs

7 Segundo o voto do ministro: “a proibição do comércio pode ensejar um novo capítulo de guerra federativa, no que consiste no embate dos entes políticos em busca de incremento arrecadatório, com prejuízo ao interesse público, considerado o país como um todo. Existe a possibilidade de que Estados e Municípios, pretendendo fomentar a indústria local, acabem inviabilizando a entrada de produtos de outros Estados da Federação (o crisotila, por exemplo, vem do Estado de Goiás)” (STF, 2017, p. 7).

8 Segundo o voto do ministro: “os estados podem ampliar a proteção, estabelecendo novas restrições e condições ao exercício da atividade, bem como regras de segurança e fiscalização mais exigentes, desde que não sejam incompatíveis com a norma geral. Mas os estados não têm competência legislativa para proibir atividade expressamente admitida na lei geral” (STF, 2017, p. 10).

9 Lei municipal nº 1952:
Art. 1º - Fica proibido, sob qualquer forma, o emprego de fogo para fins de limpeza e preparo do solo no Município de Paulínia, inclusive para o preparo do plantio e para a colheita de cana-de-açúcar e de outras culturas.

10 A lei estadual trouxe um conceito para áreas não mecanizáveis: “as plantações em terrenos com declividade superior a 12% (doze por cento), em demais áreas com estrutura de solo que inviabilizem a adoção de técnicas usuais de mecanização da atividade de corte de cana” (artigo 2º, parágrafo 1º, 2).

o recurso extraordinário, a proibição da queima da palha da cana transcende os limites do interesse local do Município de Paulínia, impondo consequências sobre a ordem econômica de todo o Estado. Nessa linha, a competência legislativa estabelecida pelo artigo 30, I da Constituição Federal (legislar sobre assuntos de interesse local) não autorizaria a edição de leis municipais que acarretassem influências socioeconômicas de ordem regional.

A solução proposta pelo Supremo Tribunal Federal (RE 586224) avançou na análise material da decisão política do legislativo municipal, a partir da apreciação do princípio da proporcionalidade. Em linhas gerais, o voto do ministro relator Luiz Fux, que ao final se mostrou vencedor, caminhou na análise das consequências socioeconômicas de uma e outra possibilidade de decisão:

Em outras e pormenorizadas palavras, ao julgar a constitucionalidade do diploma legal municipal, em um prisma socioeconômico, faz-se mister sopesar se o impacto positivo da proibição imediata da queima de cana na produtividade é constitucionalmente mais relevante do que o pacto social em que o Estado brasileiro se comprometeu a conferir ao seu povo o pleno emprego para o completo gozo de sua dignidade (BRASIL, 2015, p. 13).

Ressalte-se que a lei municipal que proibiu a queima da palha da cana foi editada anteriormente à lei estadual. Nessa linha, segundo a regra de competência concorrente estabelecida pelos parágrafos do artigo 24, o conflito legislativo somente nasceria em 2002, quando da edição da lei estadual, que supostamente teria esgotado a esfera de competência legislativa municipal¹¹. A decisão proferida propôs um controle da lei municipal partindo do exame da proporcionalidade na ótica constitucional. Partindo da teoria dos direitos de Robert Alexy, o ministro Luiz Fux analisou em seu voto se a lei era adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. A conclusão alcançada foi de que a lei municipal encontrava óbice na apreciação da necessidade (houve excesso na intervenção estatal, havendo meios menos incisivos sobre a esfera jurídica de terceiros) e da proporcionalidade em sentido estrito (através da comparação entre os custos e benefícios da medida restritiva)¹².

Apenas dois votos levantaram a discussão acerca da constitucionalidade material da lei estadual, votos estes proferidos pelo ministro Teori Zavascki¹³ e pela ministra Rosa Weber. Além do mais, apenas a ministra Rosa Weber expressamente reconheceu a possibilidade de a lei municipal se mostrar mais rígida do que leis estabelecidas pelos demais entes federados. A ementa da decisão, no entanto, não se mostra suficientemente objetiva em apontar se estaria caracterizada uma inconstitucionalidade material à Constituição Federal (seja por ter a lei municipal exacerbado o interesse local, seja por ter utilizado de proibição desproporcional aos

11 Este aspecto foi reconhecido pelo ministro relator Luiz Fux: “Há que se contemporizar, numa análise temporal, o conflito legislativo, visto que a lei municipal foi editada muito anteriormente à lei estadual. Assim, enquanto não havia uma política pública planejada para tratar do assunto e, havendo nítido interesse na questão, não é possível identificar problema acerca da existência de tratamento municipal” (STF, 2015, p. 20).

12 Nesse sentido, observa-se sem maiores dificuldades, a partir de todo o exposto no presente caso, que a solução trazida pela legislação ora questionada encontra óbice nas duas fases finais de análise da proporcionalidade, enquanto já se prevê uma solução menos gravosa pelo ordenamento que equilibra de maneira mais correta a relação custobenefício. Desta feita, é intransponível a conclusão pela inconstitucionalidade material da norma em voga. (STF, 2015, p. 24)

13 Nesse sentido, trecho do voto do ministro Teori Zavascki: “Parece-me que não há uma vedação constitucional à edição de uma medida legislativa que venha proibir a queima da palha de cana-deaçúcar. Não me parece que o argumento de que a proibição vai prejudicar empresas ou que vai reduzir a utilização de emprego seja um argumento que possa ser avaliado adequadamente no âmbito do controle concentrado, já que produz, em seu conteúdo, um juízo de política legislativa no Município de Paulínia, em São Paulo. Mas, do ponto de vista formal, a inconstitucionalidade se faz presente, como demonstrou o Ministro Luiz Fux, cujo voto, nesse ponto acompanho” (STF, 2015, p. 45).

fins almejados) ou um conflito de competência formal (por ter a lei estadual superveniente regulamentado matéria outrora definida em lei municipal)¹⁴.

Um terceiro caso, ainda não julgado definitivamente pelo STF, nos apresenta elementos importantes. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 861, que tem como temática lei estadual do Estado do Amapá, a qual vedou, em certas circunstâncias, a pesca de arrasto.

5. A VEDAÇÃO DA PESCA DE ARRASTO DE CAMARÕES NO AMAPÁ: O RECONHECIMENTO DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DOS ESTADOS FEDERADOS.

No ano de 1993 o Estado do Amapá aprovou a lei estadual nº 64, cujo teor disciplina a proibição da pesca industrial de arrasto do camarão e aproveitamento compulsório da fauna acompanhante dessa pesca na costa do estado do Amapá¹⁵. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 861 foi proposta com uma tripla alegação de inconstitucionalidade: a invasão da competência legislativa da União, o estabelecimento de obrigações inexecutáveis ao Poder Executivo e a criação de restrições indevidas ao exercício de profissão.

A ADI foi julgada parcialmente procedente, mantendo a vedação da pesca de arrasto de camarões no período de defeso (art. 1º, I) e no espaço de trinta milhas marítimas contadas da costa (art. 1º, II)¹⁶. A decisão do STF manteve, portanto, a esfera de competência legislativa suplementar dos estados para legislar sobre a matéria, em que pese exista lei federal tratando do tema.

De fato, a lei 11.959 de 2009, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Pesca assegurou uma esfera de autonomia aos estados federados, expondo que compete aos estados “o ordenamento da pesca nas águas continentais¹⁷ de suas respectivas jurisdições, observada a legislação aplicável, podendo o exercício da atividade ser restrita a uma determinada bacia hidrográfica” (art. 3º, parágrafo, 2º). No entanto, a lei silenciou no que se refere à competência dos estados para ordenar a pesca no mar territorial e na zona econômica exclusiva, por exemplo. Em suma, a legislação federal, ao estabelecer normas gerais, não trouxe vedação expressa a qualquer tipo de pesca, assinalando apenas que cabe ao poder

14 Acreditamos que, caracterizando-se a segunda possibilidade, não haveria que se falar em inconstitucionalidade da lei municipal, mas em mera suspensão da lei municipal (em interpretação do artigo 24, parágrafo 4º da Constituição).

15 Lei Estadual 64 de 1993 do Amapá:

Art. 1º O Poder Executivo Estadual, através dos órgãos públicos, com atribuições para fiscalizar, controlar e administrar as atividades pesqueiras, de acordo com o art. 220, Incisos I, II, e III da Constituição do Estado do Amapá, veda a pesca industrial de arrasto de camarões na costa estadual, nos casos de:

I - período de defeso, estabelecido por Lei, de 20 de dezembro a 20 de março;

II - pesca de arrasto a menos de trinta milhas marítimas da costa;

III - barcos estrangeiros arrendados que não contribuírem com transferência de tecnologia e melhores inovações, do que os barcos brasileiros, na diminuição da pesca predatória e no maior aproveitamento da fauna acompanhante.

16 A inconstitucionalidade foi declarada sobre o artigo 1º, III da lei, na medida em que o estado do Amapá teria invadido a competência da União para legislar sobre embarcações. Da mesma forma, também foi declarada inconstitucional a expressão “priorizar as empresas instaladas no Estado” contida no artigo 3º, caput, que teria afrontado o princípio da isonomia em seu aspecto federativo.

17 A própria lei 11.959 conceitua águas continentais como os rios, bacias, ribeirões, lagos, lagoas, açudes ou quaisquer depósitos de água não marinha, naturais ou artificiais, e os canais que não tenham ligação com o mar (art. 2º, XIV).

público conciliar “o equilíbrio entre o princípio da sustentabilidade dos recursos pesqueiros e a obtenção de melhores resultados econômicos e sociais” (art. 3º, caput).

Ainda assim, o STF reconheceu que a lei 11.959 se limitou a estabelecer normas gerais, podendo os Estados estabelecer restrições visando a proteção ambiental, inclusive proibindo modalidades de pesca. A definição da fronteira entre a noção de interesse geral e a competência suplementar dos estados federados novamente se mostra instigante, havendo uma zona de incerteza na precisão desta fronteira¹⁸. No caso concreto da lei estadual do Amapá, o STF reconheceu a competência suplementar para que o Estado estabelece regulamentos protetivos mais rígidos, ainda que esta imposição traga consequências sobre esferas econômicas e produtivas da esfera privada.

No modelo federativo brasileiro, estabelecida pela União a arquitetura normativa da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Pesca (hoje consubstanciada na Lei nº 11.959/2009), aos Estados compete, além da supressão de eventuais lacunas, a previsão de normas destinadas a complementar a norma geral e a atender suas peculiaridades locais, respeitados os critérios (i) da preponderância do interesse local, (ii) do exaurimento dos efeitos dentro dos respectivos limites territoriais – até mesmo para prevenir conflitos entre legislações estaduais potencialmente díspares – e (iii) da vedação da proteção insuficiente (STF, 2020, p. 1).

O trecho do voto acima transcrito apresenta elementos significativos, mas que invariavelmente restam num campo de subjetividade. O exaurimento dos efeitos (da norma estadual) dentro dos respectivos limites territoriais, quando analisado no ponto de vista econômico, se mostra de difícil concretude absoluta, na medida em que toda atividade econômica traz algum grau de repercussão (mais elevado, ou mais tímido) sobre a economia nacional (do ponto de vista arrecadatório, por exemplo). A vedação da proteção insuficiente, por sua vez, traz uma imposição aos demais entes federados: caso a norma geral traga parâmetros protetivos vagos ou a mera delegação de competência aos demais entes federados, cabe a estes estabelecerem normas suficientemente protetivas dos bens e serviços ambientais em análise. Ou seja, a norma suplementar jamais poderia ser menos protetiva do que a norma geral (federal), já que entraria em conflito com esta e, inevitavelmente, traria um prejuízo aos demais entes federados que restassem com um sistema mais rígido. No entanto, nada impediria que a legislação suplementar trouxesse disposição de maior proteção em relação à norma geral. O exaurimento dos efeitos da norma suplementar dentro do território do Estado deve ser analisado sob a luz da noção de razoabilidade: somente deve ser vedada a restrição que cause sério risco à harmonia federativa.

Outros estados atualmente enfrentam discussão semelhante, a qual aguarda análise da (in)constitucionalidade perante o STF. No Estado do Rio Grande do Sul, a lei estadual 15.223 de 2018 instituiu a Política Estadual de Desenvolvimento Sustentável da Pesca. A lei apresentou uma

18 Para demonstrar a indefinição do conceito de normas gerais, o voto da ministra Rosa Weber fez menção à precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos: *Trata-se do tipo de perplexidade que afligiu o Justice Potter Stewart, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, quando, em 1964, no julgamento do caso Jacobellis v. Ohio, se viu incapaz de formular uma definição do conceito de pornografia. Defrontado com a insuperável dificuldade de expressar em termos conceituais o motivo que o levou a concluir que o filme Les Amants, do diretor de cinema francês Louis Malle, não traduzia obscenidade, e portanto estaria ao abrigo da proteção conferida à livre expressão pela Primeira Emenda da Constituição daquele país, se limitou a registrar: eu sei o que é quando eu vejo (“I know it when I see it”)* (STF, 2020, p. 13).

vedação para a pesca de arrasto por embarcações motorizadas em todo o território estadual, incluindo o trecho de 12 milhas náuticas da zona costeira (correspondente ao mar territorial)¹⁹.

O Partido Liberal ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 6218), alegando, em suma, (a) que a lei estadual extrapolaria a competência legislativa estabelecido pela Constituição, ao legislar sobre bem público da União – o mar territorial (CF, art. 20, VI); (b) que a lei estadual contraria portaria federal (portaria SUDEPE N-26, 28 de julho de 1983), a qual limita em 3 milhas o trecho de vedação da pesca de arrasto e, (c) que a lei estadual implica em prejuízos econômicos, na medida em que cerca de 3500 embarcações de diferentes estados da federação estariam sendo prejudicadas pela vedação da lei gaúcha. Em dezembro de 2020, após pedido de reconsideração da decisão que indeferiu o pedido cautelar, o Ministro Nunes Marques (que assumiu a relatoria do processo), deferiu a suspensão provisória de dispositivos da lei estadual. Segundo a decisão, estaria configurado o *periculum in mora*, na medida em que a vedação da pesca de arrasto traria prejuízos às populações de pescadores artesanais.

A decisão cautelar proferida na ADI 6218 contrariou entendimento do plenário do STF proferido quando do julgamento da ADI 861 (que reconheceu a constitucionalidade da lei do Amapá cujo teor vedou a pesca de arrasto do camarão). Além da temática da competência legislativa acerca de atividades econômicas em mar territorial, o julgamento da ADI deve adentrar na temática da repercussão da vedação da pesca de arrasto sobre outros estados federados (na medida em que boa parte das embarcações prejudicadas são de estados vizinhos²⁰).

6. AS NORMATIZAÇÕES DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO E A VEDAÇÃO DA CAÇA: UMA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA?

O quarto e último caso cuja análise se propõe diz respeito à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 350 a qual debateu a constitucionalidade do artigo 204 da Constituição do estado de São Paulo. O dispositivo proibiu a caça no território de São Paulo, utilizando a expressão “sob qualquer pretexto²¹. A ADI foi proposta pela Procuradoria Geral da República em 1990, alegando-se em suma que, em havendo lei federal que autorizava a caça (lei federal nº 5.197 de 1967), a Constituição de um estado não poderia vedá-la, sob qualquer pretexto.

A lei federal nº 5.197 apresenta normas gerais acerca da proteção da fauna. O texto expressamente vedou a caça de animais que vivem fora de seus cativeiros²² (art. 1º), proi-

19 Lei do Estado do Rio Grande do Sul nº 15.223 de 2018:

É proibida a pesca: (...)

VI - mediante a utilização de: (...)

e) toda e qualquer rede de arrasto tracionada por embarcações motorizadas, em todo território do Estado do Rio Grande do Sul, incluindo as 12 milhas náuticas da faixa marítima da zona costeira do Estado.

20 Observe-se, nessa linha, que o próprio Estado de Santa Catarina requereu seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*.

21 Constituição do Estado de São Paulo.

Artigo 204 - Fica proibida a caça, sob qualquer pretexto, em todo o Estado.

22 Lei nº 5.197/1967. (...)

Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

bindo outrossim a pesca profissional (art. 2º). No entanto, a lei federal exceptuou a regra geral, expondo que, se peculiaridades regionais comportarem o exercício da caça, o poder público federal pode permiti-lo (art. 1º, parágrafo 1º). Nessa linha, duas modalidades de caça poderiam ser permitidas, com previsão na própria lei federal estabelecidora de normais gerais: a caça de controle (quando espécies silvestres causem risco à agricultura e à saúde pública)²³ e a caça científica (denominada pela lei de coleta)²⁴.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI, reconheceu que a lei federal não poderia ser contrariada pela suplementação realizada pela Constituição de São Paulo. No entanto, a decisão não vislumbrou a caracterização de contradição, manifestando que a vedação estadual deve ser interpretada conforme a Constituição, incorporando na lei paulista as exceções trazidas pela norma geral (autorização para caça de controle e científica). Embora o artigo 204 da Constituição de São Paulo não tenha, portanto, sido declarado inconstitucional, ele incorporou as possibilidades de caça estabelecidas pela lei federal.

Em sentido semelhante, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5977 apreciou a constitucionalidade de lei estadual de São Paulo que também proibia a caça. A lei nº 16.784 de 2018 repetiu a proibição de caça observada no artigo 204 da Constituição Estadual, utilizando a expressão “em todas as suas modalidades, sob qualquer pretexto, forma e para qualquer finalidade, em todo o Estado de São Paulo” (art. 1º). A redação trouxe uma exceção relacionada à caça de controle, a qual, no entanto, somente poderia ser realizada por agentes governamentais²⁵. Além do mais, a lei paulista não trouxe exceção relacionada à caça científica, restando silente nesse ponto.

Ambos os pontos foram objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em face da possível invasão de competência legislativa da União que, ao estabelecer as normas gerais através da lei 5.197, expressamente havia autorizado a caça de controle (mesmo realizada por agentes não governamentais) e a caça científica. Segundo a decisão, em ambos os pontos o legislador estadual extrapolou a sua competência, adentrando em matéria já legislada (com o status de norma geral) pela União: no caso da caça de controle, trazendo vedação não prevista na lei federal (caça realizada apenas por agentes estatais); no caso da caça científica, omitindo uma possibilidade prevista pela norma geral. Nessa linha, trecho do voto do ministro relator Ricardo Lewandowski²⁶:

O que afirmo é que a norma impugnada padece de vício parcial de inconstitucionalidade, por não se submeter, em sua integralidade, às regras de repartição de competências legislativas, especialmente àquela cabível à União, a quem incumbe a estipulação de normas gerais para o estabelecimento de diretrizes

23 Lei 5197/1976. (...). Art. 3º. Parágrafo 2º. Será permitida mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, lavras e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública.

24 Lei 5197/1976. (...) Art. 14. Poderá ser concedida a cientistas, pertencentes a instituições científicas, oficiais ou oficializadas, ou por estas indicadas, licença especial para a coleta de material destinado a fins científicos, em qualquer época.

25 Lei estadual de São Paulo nº 16.784 de 2018. Artigo 3º. O controle populacional, manejo ou erradicação de espécie declarada nociva ou invasora não poderão ser realizados por pessoas físicas ou jurídicas não governamentais.

26 A decisão não foi unânime (os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello votaram pela improcedência dos pedidos veiculados na ADI). O voto do Ministro Marco Aurélio rejeitou qualquer contradição entre as ordens estadual e federal:

“Indaga-se: ao impor vedação a todas as modalidades de caça, o legislador estadual usurpou atribuição normativa reservada à União, inaugurando regulamentação paralela e explicitamente contraposta à norma geral? A resposta é negativa. Atuou, de modo proporcional, dentro da margem de ação descrita na Constituição Federal para disciplinar a caça, sob o ângulo do interesse regional, buscando ampliar mecanismo de proteção do meio ambiente” (STF, 2020, p. 22).

nacionais a este respeito, restando aos Estados-membros e ao Distrito Federal editar normas particularizantes para aplicá-las em seus respectivos âmbitos políticos, e de acordo com suas realidades regionais (STF, 2020, p. 18).

Nessa linha, a tentativa da lei estadual de impor restrições mais rígidas à caça restou afastada no âmbito do controle de constitucionalidade. A ementa da decisão reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 3º da lei (caça de controle realizado apenas por agentes governamentais) e a nulidade parcial do artigo 1º, sem redução de texto, excluindo da vedação absoluta de caça tanto a coleta de animais nocivos, como a caça destinada a fins científicos.

7. LIMITES À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL DOS ENTES FEDERADOS: HÁ ELEMENTOS PARA UM APROFUNDAMENTO NA AUTONOMIA FEDERALISTA?

A análise dos julgamentos do supremo Tribunal Federal em casos que envolveram conflitos de competência legislativa em matéria ambiental, desenvolvida nos capítulos anteriores, permite o desenvolvimento de alguns apontamentos. Como encaminhamento preliminar, é possível afirmar que não se observa uma diretriz esclarecedora acerca da amplitude da competência legislativa dos estados membros e dos municípios para complementar as eventuais normas gerais aprovadas pela União. Do mesmo modo, não se consegue identificar nas decisões apresentadas qual seria o limite da esfera legislativa da União para deliberar sobre normas gerais. O quadro abaixo auxilia a compreensão de tais afirmações.

Quadro 1 - Resumo das decisões proferidas pelo STF

Processo	Ano do julgamento	Resumo	Decisão do STF
ADI 2656	2003	Lei federal (normal geral) autorizava a extração, industrialização e comércio de espécie de amianto. Lei estadual de São Paulo (mais rígida) vedava a extração, industrialização e comércio de qualquer espécie de amianto no território de São Paulo.	Lei estadual foi declarada inconstitucional por invadir esfera de competência legislativa da União
ADI 3937	2017	Lei federal (norma geral) autorizava a extração, industrialização e comércio de espécie de amianto. Lei estadual de São Paulo (mais rígida) vedava a extração, industrialização e comercialização de qualquer espécie de amianto no território de São Paulo.	Trecho da lei federal que autorizava uma espécie de amianto foi declarada inconstitucional, restando o estado de São Paulo com competência legislativa plena.

RE 586224	2015	Lei do estado de São Paulo (norma geral) autorizava queima da palha da cana de açúcar no processo de colheita, com redução gradativa da prática. Lei municipal (mais rígida) do município de Paulínia vedava totalmente a queima da palha da cana.	Lei municipal foi declarada inconstitucional foi invadir competência legislativa do estado de São Paulo.
ADI 861	2020	Lei federal (norma geral) estabeleceu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Pesca, silenciando acerca de qualquer proibição da pesca de arrasto no trecho das 30 milhas náuticas. Lei estadual do Amapá (mais rígida) instituiu a vedação da pesca industrial de arrasto do camarão no trecho de 30 milhas náuticas.	A decisão reconheceu a competência legislativa do estado do Amapá para suplementar a legislação federal, não havendo contradição entre lei federal e estadual.
ADI 350	2020	Lei federal (norma geral) vedava, como regra geral, a caça, mas autorizava expressamente a caça de controle e a caça científica. Constituição do estado de São Paulo (mais rígida) vedava a caça "sob qualquer pretexto".	Decisão conferiu interpretação conforme a Constituição na expressão "sob qualquer pretexto", de modo que não se incluem na vedação da Constituição paulista a caça para fins de controle e a coleta para fins científicos.
ADI 5977	2020	Lei federal (norma geral) vedava, como regra, a caça, mas autorizava expressamente a caça de controle e a caça científica. Lei estadual de São Paulo (mais rígida) vedava a caça, utilizando-se a expressão "em todas as suas modalidades, sob qualquer pretexto, forma e para qualquer finalidade, em todo o Estado de São Paulo". A lei paulista autorizava apenas a caça de controle, a qual, no entanto, somente poderia ser realizada por agentes governamentais.	Artigo 3º, caput, da lei estadual foi declarada parcialmente inconstitucional (limitava o controle populacional aos agentes governamentais) e o artigo 1º foi declarado nulo, sem redução de texto (excluindo-se da sua incidência a coleta de animais nocivos mediante licença de autoridade e a coleta para fins científicos).

O conjunto das decisões permite apontar uma tendência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de leis que, ao suplementar as normas gerais, traga algum nível de oposição, ainda que estas tenham incidência e repercussão prática nos seus respectivos territórios. O debate sobre eventual excesso legislativo da União (ou dos estados membros) ao estabelecer normas gerais não foi recepcionado nas decisões, restando as normas gerais prevalecentes, independentemente do reduzido nível de autonomia legislativa deixado para a competência suplementar. Como apontamento inicial, é possível afirmar que as leis suplementares (sejam dos estados, sejam dos municípios), ao estabelecer parâmetros mais protetivos em relação às normas gerais, tendem a ser localizadas em um campo de inconstitucionalidade, na medida em que invadem a competência legislativa de outro ente federado.

Os casos analisados demonstram que a apreciação das normas gerais se concentrou sobre a eventual inconstitucionalidade destas em face da Constituição Federal. É o que se evidenciou na ADI 3937 (ao reconhecer o processo de inconstitucionalização da lei federal 9055) ou no RE 586224 (ao não vislumbrar inconstitucionalidade na lei do estado de São Paulo que autorizou o uso do fogo na colheita da cana dentro de um plano regressivo). Nesses casos, a apreciação da norma geral relaciona-se prioritariamente à vedação de uma proteção insufi-

ciente do meio ambiente. Em sendo assegurada pela normal geral um parâmetro suficiente de proteção, não poderia a competência suplementar adentrar na esfera já legislada, ainda que vise qualificar o sistema protetivo.

O argumento relacionado às repercussões econômicas da norma mais protetiva também é observado nas decisões. Nessa linha um exame de proporcionalidade deve ser realizado no caso concreto, visando aferir se a norma suplementar traz repercussões excessivas. O voto do ministro Luiz Fux no julgamento do RE 586.224 demonstra esse argumento:

Por esse motivo, caso reconheça a legitimidade e/ou a constitucionalidade da proibição imediata da queima de cana, este Supremo Tribunal terá observado e entendido como razoável o impacto econômico da perda de substancial fatia da geração de renda e emprego em todo país, haja vista o reconhecimento de repercussão geral por esta Corte. (...)

Acrescendo a esse quadro brevemente exposto, um fator que considero ser de grande relevância e que tem imperiosa influência na decisão é a baixa escolaridade dos trabalhadores do cultivo da cana-deaçúcar. Afinal, o aspecto socioeconômico não pode, de maneira alguma, ser desconsiderado no presente caso. (...)

É certo, pois, que a mera e direta proibição não se coaduna, nesta esteira, com os valores constitucionais perseguidos pela sociedade, visto que o evidente aumento no índice de desemprego abrupto trará reflexos econômicos no âmbito nacional interno, no sentido de que haverá menor circulação de riqueza e, sob o ponto de vista externo, cumpre lembrar que altas taxas de desemprego contribuem para a diminuição do grau de confiabilidade no país, tanto no campo da economia, quanto da política.

Renato Monteiro Rezende em análise de decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, destaca igualmente o argumento da uniformização normativa no território nacional:

Nos exemplos referidos, identifica-se uma tendência da Corte no sentido de eleger o aspecto da necessidade de uniformização nacional de determinados temas como razão para justificar uma atuação do Congresso Nacional, no âmbito da legislação concorrente, que não se limite a fixar diretrizes com grau de abstração mais elevado. E isso pode ocorrer tanto para assegurar standards mínimos de cumprimento de princípios constitucionais, quanto para evitar que os entes federados se excedam na legislação de resguardo dos valores tutelados, malferindo, com isso, outros princípios constitucionais (REZENDE, 2013, p. 46).

O problema do excesso legislativo em sede de normas gerais, acarretando um esgotamento das possibilidades de normatização suplementar, não é observado nas decisões. Deste modo, parece reduzido o espaço da competência suplementar no intuito de qualificar os sistemas de proteção ambiental em relação às normas gerais (sobretudo federais). A noção de que as normas gerais poderiam se consubstanciar em standards mínimos de proteção (passíveis de aprofundamento regional ou local) é substituído por uma lógica em que as normas gerais podem esgotar a regulamentação ambiental.

8. CONCLUSÃO

A temática dos conflitos de competência legislativa em matéria ambiental continua a instigar as investigações acadêmicas. A Constituição Federal de 1988 visou estabelecer um sistema de repartição de competências legislativas ambientais colaborativo, assegurando esferas de autonomia entre os diferentes entes federados. Nessa linha, o estabelecimento de normas gerais restaria de competência da União, restando aos demais entes uma competência suplementar.

O presente artigo visou investigar a possibilidade de os estados e os municípios, dentro de sua esfera de competência legislativa, aprofundar os sistemas e critérios de proteção ambiental estabelecidos pelas normas gerais (normalmente aprovadas pela União Federal). Para tanto, foram selecionados julgamentos do Supremo Tribunal Federal que trataram de conflitos de competência legislativa em matéria ambiental.

Os casos analisados permitem ao menos três apontamentos: (a) há uma tendência do STF em reconhecer a invasão de competência dos estados e dos municípios, sempre que a norma suplementar apresentar algum nível de contradição com a norma geral; (b) há uma tendência para não se enfrentar o eventual excesso legislativo das normas gerais, salvo quando a norma geral afronta o texto constitucional, acarretando uma proteção insuficiente; (c) há uma tendência de reconhecimento da inconstitucionalidade das normas suplementares sempre que estas acarretaram algum tipo de repercussão socioeconômica perante outros entes federados.

Desse conjunto de afirmações pode-se concluir que os estados e municípios, em sua competência legislativa suplementar, possuem tímido espaço para qualificação das diretrizes ambientais estabelecidas em sede de normas gerais. Breves críticas poderiam ser apresentadas a esse apontamento. O sistema de competência concorrente sugere que as normas gerais estabeleceriam *standards* protetivos mínimos, os quais poderiam ser qualificados e aprofundados pelos demais entes federados, em atenção às peculiaridades regionais e locais. Deste modo, o federalismo ambiental autorizaria que determinadas regiões estabelecessem sistemas ambientais conectados às suas circunstâncias culturais, sociais e ambientais, as quais são de difícil identificação e normatização pelo legislador federal.

O julgamento da ADI 861 parece ter sido uma exceção nesse contexto, tendo em vista que o STF reconheceu a possibilidade de um estado membro vetar determinada prática econômica, ainda que a lei federal não tivesse introduzido qualquer tipo de vedação (e ainda que esta vedação possa acarretar efeitos socioeconômicos sobre estados territorialmente vizinhos). No entanto, não parece se tratar de uma alteração nos rumos jurisprudenciais. O federalismo ambiental brasileiro confirma um histórico de centralidade política da União, que tende a esgotar as possibilidades legislativas da política ambiental, restando os estados e municípios com possibilidades legislativas reduzidas (eu em temas de pequena centralidade na política ambiental)²⁷.

27 Em sentido semelhante conclui Paulo de Bessa Antunes: Os tribunais, quando chamados a decidir conflitos federativos relacionados à repartição de competência, quase que à unanimidade, têm sustentado a prevalência das normas federais sobre as locais, como forma de fixar um pressuposto ambiental mínimo aplicável em todo o estado federal (ANTUNES, 2019, p. 88).

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Federalismo e Proteção do Meio Ambiente: o papel do Federalismo Cooperativo. **Direito das Políticas Públicas**, v. 1, n. 2, p. 59-91, jul./dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADI 2656**. Requerente: Governador do Estado de Goiás. Intimado: Assembleia Legislativa do estado de São Paulo. Relator Ministro Maurício Côrrea. Julgamento em 08/05/2003. Inteiro teor da decisão, 2003. disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 586224**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Câmara Municipal de Paulínia. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 05/03/2015. Inteiro teor da decisão, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADI 3937**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 24/08/2017. Inteiro teor da decisão, 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADI 861 Amapá**. Requerente: Governador do Estado do Amapá. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. Relatora ministra Rosa Weber. Julgamento em 06/03/2020. Inteiro teor da decisão, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752869001>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADI 5977**. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro/PTB. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 29/06/2020. Inteiro teor da decisão disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343977088&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADI 2435**. Requerente: Confederação Nacional do Comércio/CNC. Intimado: Governador do estado do Rio de Janeiro. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em 21/12/2020. Inteiro teor da decisão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755439598>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADI 350**. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 21/06/2021. Inteiro teor da decisão. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348333455&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 90, p. 245-251, 1995.

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 47, n. 187, p. 215-244, jul./set. 2010.

REZENDE, Renato Monteiro de. **Textos para Discussão nº 121: Normas Gerais Revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/Senado Federal, 2013.

SÃO PAULO. **Lei n. 11.241, de 11 de setembro de 2002**. Dispõe sobre a eliminação gradativa da queima da palha da cana-de-açúcar e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>. Acesso em: 25 fev. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 06/04/2022

- Avaliação 2: 21/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 21/05/2022
- Retorno rodada de correções: 05/07/2022
- Decisão editorial/aprovado: 10/07/2022

Equipe editorial envolvida

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

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO DIREITO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

JUDICIALIZATION OF POLITICS AND
POLITICIZATION OF LAW: AN ANALYSIS FROM THE
PERSPECTIVE OF SYSTEMS THEORY BY NIKLAS LUHMANN

DANIEL WAGNER HADDAD¹

RESUMO

Conforme se extrai da Teoria dos Sistemas fundamentada por Niklas Luhmann, os sistemas político e jurídico são sistemas separados, independentes, operando sob códigos próprios. Contudo, isso não quer dizer que tais sistemas ignoram a existência do outro, nem do ambiente que os cerca. O objetivo do presente artigo é analisar de que forma o sistema jurídico e o sistema político se provocam e interagem, bem como de que forma o fazem. A Constituição, conforme será observado, representa o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Foi utilizada a revisão bibliográfica para tal mister, com resultados conclusivos acerca dessa análise de interação. Conclui-se, assim, que por meio de irritações mútuas e de seu acoplamento estrutural, os sistemas interagem e justificam essa interação.

Palavras-chave: Luhmann; teoria dos sistemas; acoplamento estrutural; constituição.

ABSTRACT: As extracted from the Systems Theory founded by Niklas Luhmann, political and legal systems are separate, independent systems, operating under their own codes. However, this does not mean that such systems ignore the existence of the other, or the environment that surrounds them. The purpose of this article is to analyze how the legal system and the political system provoke and interact, as well as how they do so. The Constitution, as will be seen, represents the structural coupling between the legal and political systems. The literature review was used for this task, with conclusive results about this interaction analysis. It is concluded, therefore, that through mutual irritations and their structural coupling, the systems interact and justify this interaction.

Keywords: Luhmann; systems theory; structural coupling; constitution.

¹ Advogado, Doutorando em Direito Político e Econômico (MACKENZIE, 2019-atual), Mestre em Direitos Difusos e Coletivos (UNIMES, 2010), Especialista em Direito e Processo do Consumidor e Direito Processual Civil (UNISANTOS, 2007), Graduado em Direito (UNISANTA, 2004). Tem experiência em Direito Civil, Processual Civil, Consumidor, Empresarial, Tributário, Econômico e Direitos Humanos. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3585-2831>.

1. INTRODUÇÃO

A análise proposta neste artigo é justificada pela necessidade de se verificar, do ponto de vista da sociologia jurídica, de que forma os sistemas político e jurídico se comunicam, tendo em vista a crescente e atual judicialização da política e também da politização do Direito.

A hipótese levantada é que o sistema jurídico e o sistema político, apesar de se comunicarem e inclusive se acoplarem estruturalmente, com base na Teoria dos Sistemas de Luhmann, não podem operar com outro código a não ser o seu próprio código, sob pena de corrosão do sistema. O objetivo é fazer essa demonstração com base no método do levantamento bibliográfico da obra de Luhmann e dos seus comentadores.

A teoria de Luhmann deve ser lida como “sociologia primeira”, do mesmo modo que a “filosofia primeira” foi impulsionada por Aristóteles, uma ciência que se ocupa das realidades que se encontram por cima das realidades físicas, posteriormente chamada de metafísica toda tentativa de pensamento humano dirigida a transcender o mundo empírico para alcançar a realidade metaempírica. Luhmann pretende que a sociologia (ciência que aborda o fenômeno social) indague os princípios primeiros e supremos da ordem social; analise a operação constitutiva da sociedade; estude a comunicação, considerada a substância da socialidade e investigue a sociedade, fenômeno omnicompreensivo de tudo que se designa como social (NAFARRETE apud SILVA, 2016, p. 10-11).

Assim, a primeira observação que se faz nesse sentido é que, na perspectiva luhmanniana da teoria dos sistemas, sociedade é comunicação. A sociedade seria um sistema social cuja autopoiese se opera baseado na comunicação. O ser humano, nessa matriz teórica, deixa de ter na sociedade a dupla função de observador/observado, e passa a ser o ambiente da sociedade, conforme será verificado adiante. O homem é, portanto, um sistema psíquico, não um sistema social, e sua autopoiese é baseada na consciência.

Desse modo, sociedade é um sistema fechado e dentro dela só ocorre comunicação. A comunicação possui três etapas em seu itinerário, que são a expressão (o ato de comunicar), a informação e a compreensão. A sociedade é, portanto, um grande sistema social que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação.

Segundo Campilongo (2002, p. 69), a comunicação é a operação específica do sistema social, pois

para observar seriamente os indivíduos, nenhum ser humano pode ser parte de um sistema. Ao deslocar os indivíduos para o ambiente da sociedade, Luhmann encontra o caminho para definir o tipo de operação que confere unidade a um sistema social. Essa operação é a comunicação. Operação é a reprodução de um elemento do sistema fechado a partir dos elementos que compõem esse mesmo sistema. A comunicação é a operação específica do sistema social, isto é, a operação interna ao sistema social. Não existe comunicação entre o sistema e o ambiente. Toda comunicação sintetiza três seleções: 1) emissão (ou ato de comunicar); 2) informação; 3) compreensão. O conjunto ou o processo de sucessivas comunicações forma uma rede recursiva que define a unidade do sistema social. Os sistemas sociais usam a comunicação como seu ato de reprodução. Tudo o que não é comunicação – por exemplo, a vida orgânica ou a consciência – pode ser observado pelo sistema social e transformado em tema da comunicação. Vista como uma

operação, a comunicação não pode estar fora da sociedade. Desse modelo resulta o conceito de sociedade como um sistema fechado de comunicações conectadas que reproduzem comunicação por meio de comunicação.

Com relação ao sistema jurídico, Luhmann propõe utilizar a teoria dos sistemas como forma de acoplamento estrutural entre teorias auto-reflexivas do sistema jurídico (que expressam a autodescrição de tal sistema) e descrições externas, provenientes da sociologia (VILLAS BOAS FILHO, 2010, p. 565).

É por isso que se extrai da ideia de Luhmann que toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Da sociologia luhmanniana se observa essa análise minuciosa do sistema jurídico, especialmente pela formação em Direito de Luhmann.

2. A SOCIEDADE EM LUHMANN E O SER HUMANO

A pergunta que deve ser feita é a de que – e aqui residem as maiores críticas à teoria luhmanniana por parte de quem a analisa apenas de modo superficial – se sociedade é comunicação, qual o papel do ser humano? O ser humano teria um papel reduzido, ou até mesmo inexpressivo, nessa teoria social? Na verdade, na teoria dos sistemas, os seres humanos, enquanto sistemas psíquicos e orgânicos, são o ambiente necessário e indispensável da sociedade.

O ser humano é, portanto, expressão que abarca tanto o sistema psíquico quanto orgânico. Para a tradição humanista, o ser humano estava no interior, não no exterior, da ordem social. Era considerado um elemento da própria sociedade, chamado de indivíduo porque, para a sociedade, era considerado o elemento último, não mais divisível. Nessa concepção “jusnatural”, era preciso conceber a própria natureza como normativa, o nível de realidade, o “ser natural”, não podia ser alcançado, a sociedade era concebida como coexistência de seres humanos desenvolvida urbanamente, como constituída de corpos corporalmente desconectados, sendo a totalidade de seres humanos chamada de humanidade (LUHMANN, 2016b, p. 238-239).

Na Teoria dos Sistemas de Luhmann, foi, desse modo, dado um passo em direção à reconstrução semântica nas teorias contratuais jusnaturalistas tardias, que registram alterações estruturais na sociedade que demandam mais mobilidade, afrouxando vínculos pressupostos. A sociedade é vista como um contrato, a máxima “livre, mas preso”, máxima essa que acabou com as revoluções política e industrial e o desenvolvimento da ciência, com a separação da biologia, psicologia, sociologia, com as próprias ciências distanciando-se das regulações normativas do direito, das representações religiosas, dos valores e objetivos políticos. O humanismo retira-se da natureza em direção à mente e a sociologia questiona os fundamentos não contratuais do efeito vinculante do contrato. O ser humano, por si só, não é mais sequer capaz de contrato, deve sua sociabilidade à sociedade (LUHMANN, 2016b, p. 239-240).

Considerar o ser humano como parte do ambiente da sociedade, em vez de parte da própria sociedade, altera as premissas de todos os questionamentos da tradição. A Teoria dos Sistemas parte da unidade da diferença entre sistema e ambiente, sendo o ambiente fator constitutivo dessa diferença. Para o sistema o ambiente não é menos importante que o próprio sistema. Nesse estado de abstração, a disposição teórica está plenamente aberta.

O ambiente pode conter algo mais importante para o sistema do que os componentes do próprio sistema (a recíproca também é apreensível na teoria). Com a distinção entre sistema e ambiente ganha-se a possibilidade de conceber o ser humano como parte do ambiente da sociedade de um modo ao mesmo tempo mais complexo e desvinculado do que seria possível se ele fosse concebido como parte da sociedade. Isso porque, em comparação com o sistema, o ambiente é justamente aquele domínio da distinção que apresenta complexidade mais elevada e menor existência ordenada (LUHMANN, 2016b, p. 240).

Por isso, na Teoria dos Sistemas, ao ser humano é concedida mais liberdade em relação ao seu ambiente, especialmente liberdades em relação a comportamentos irracionais e imorais. Ele não é mais a medida da sociedade. Assim, percebe-se que a própria divisão entre sistema/ambiente dá a ambos a mesma importância, somando-se ao entendimento de que o ambiente sempre é mais rico e cheio de possibilidades que o sistema.

Seguindo, é necessário mais uma distinção nos conceitos de sistemas da teoria dos sistemas de Luhmann: ele distingue três tipos de sistemas, os sistemas vivos, os sistemas psíquicos e os sistemas sociais. Os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados em diversos sistemas parciais, como por exemplo, os sistemas econômico, jurídico e político.

Nas palavras de Campilongo (2002, p. 66), elucidando esses conceitos preliminares da teoria, cada sistema parcial (v.g., o jurídico e o político) possui seu código (esquema binário que caracteriza a comunicação do sistema, por exemplo, o sistema jurídico possui o código lícito/ilícito, enquanto o político o código governo/oposição), suas operações específicas de reprodução, ou seja, sua clausura operativa (ou fechamento operativo) e sua abertura ao ambiente. A questão que se coloca, portanto, é saber como aplicar todas essas referências conceituais na descrição dos sistemas político e jurídico.

Necessário atentar que um sistema processa e responde às demandas do ambiente (vale lembrar, as demandas dos homens) com suas estruturas internas e que todos os sistemas parciais e especializados da sociedade moderna funcionam simultaneamente.

E nesse ponto reside a importância, na teoria luhmanniana, do fechamento operacional do sistema. Somente um sistema operacionalmente fechado poderia produzir unidade a esse sistema. Além disso, o sistema se auto-observa, nascendo o paradoxo de que o fechamento operacional do sistema é condição para sua abertura, ou seja, o sistema só pode observar o seu ambiente com base nos próprios elementos internos.

Desse modo, o ambiente irrita, perturba, o sistema por meio de informações, pois todo sistema, apesar de fechado operacionalmente, é aberto cognitivamente para o ambiente, ou seja, recebe informações e observa o ambiente.

O sistema também “irrita/perturba” o ambiente, por conta dessa característica. Essas “irritações/perturbações”, interferências, são constantes, mas o sistema, por ser operacionalmente fechado, autopoietico, operando suas próprias operações, se auto-observa, opera recursivamente, conforme sua auto-referência, quer dizer, somente opera mediante seu código próprio.

É importante lembrar que Luhmann utiliza em sua teoria dos sistemas conceitos de diversas áreas, como cibernética e biologia, vindo dessa última a noção de “autopoiese”, cunhada pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, que buscam explicar a reprodução celular, concebendo esse processo como a capacidade de cada unidade celular se repro-

duzir, baseando-se em seus próprios processos constituintes. Por isso, não há intervenção desde fora, mas causalidade canalizada. Os sistemas, nesse sentido, deixam de ser abertos operacionalmente ao ambiente e são, assim, concebidos como sistemas fechados.

O sistema opera sempre reduzindo possibilidades, selecionando ruídos do entorno, dotando-os de sentido ao incorporá-los aos seus processos internos. O sistema é reprodutor de sentido, transformando ruídos internos e externos em informação dotada de sentido. O sistema reduz complexidade (possibilidades de ação).

O direito traduz a comunicação social geral em termos de licitude/ilicitude. Já a política traduz a comunicação no código poder/não poder. Esses são os códigos binários dos dois sistemas e somente operam internamente aos seus respectivos sistemas.

3. O SISTEMA POLÍTICO E O SISTEMA JURÍDICO NA TEORIA DOS SISTEMAS

Uma Teoria dos Sistemas autopoieticos, inclusive pela própria autopoiese e fechamento operacional de cada subsistema da sociedade, deve considerar o sistema jurídico como distinto do sistema político. O próprio sistema distingue entre si mesmo e outros sistemas da sociedade. Obviamente no caso dos sistemas jurídico e político existe uma certa dificuldade nessa distinção, especialmente pelo próprio conceito de Estado que é ao mesmo tempo jurídico e político.

Entretanto, apesar desse conceito jurídico-político de Estado, é necessário reconhecer que mesmo antes da consolidação política do Estado moderno, já existia direito presente, seja como costumes locais, seja como direito formalmente elaborado, como por exemplo, direito feudal, direito das cidades, direito do rei, e separação entre direito canônico e direito civil secular. O Estado territorial do início da era moderna identificou como primordial a unificação do direito vigente no âmbito de suas fronteiras, com a organização da administração da justiça, com unificação e centralização de controle servindo à sua finalidade de própria unidade como Estado, Estado soberano e com consolidação política (LUHMANN, 2016a, p. 546-547).

O direito de resistência, que mergulhou a Europa em cem anos de guerra civil, tão bem trabalhado por Hobbes no Leviatã, deixou evidente as diferenças operacionais entre comunicação jurídica e política, pois o sistema político moderno do Estado territorial não podia aceitar o fato de os súditos se imiscuírem na política invocando o direito e, assim, perturbando a paz. O sistema político exigia fechamento com referência a tudo o que, quanto a código e função da política, fosse qualificado como político, ao mesmo tempo que o sistema jurídico não aceita nenhum estatuto de exceção. Apesar disso, fez-se esforço para vincular política e direito no esquema Estado de Direito: a um só tempo uma instituição de direito e uma instância de responsabilidade política que olhava para o direito pela imposição e pelo subsequente desenvolvimento jurídico mediante adaptações às mutáveis circunstâncias sociais e aos fins políticos realizáveis (LUHMANN, 2016a, p. 550-556).

A política tem por função tomar decisões coletivamente vinculantes. O uso do poder permite à política desempenhar essa função. O sistema político, como todos os demais sistemas, constrói, reproduz e delimita seus elementos a partir de códigos e operações próprias. A diferenciação hierárquica das relações de poder entre superiores e inferiores, que recebe uma formulação técnica na distinção governo/oposição, integra essas fórmulas de reprodução da comunicação política. A utilização desses códigos (superior/inferior; governo/oposição) é uma regra de atribuição e conexão interna ao sistema político que permite sua reprodução autopoietica. A continuidade da comunicação política depende da constante variação, seleção e estabilização de decisões coletivamente vinculantes (CAMPILONGO, 2002, p. 71).

Na Teoria dos Sistemas de Luhmann, por sistemas não se entende uma interconexão de determinadas regras, mas uma interconexão de operações factuais, que como ações de comunicação operacionais, devem ser comunicações, independentemente do que essas comunicações afirmem com respeito ao direito, ou seja, “não buscamos o ponto de partida nem na norma, nem na tipologia dos valores, mas na distinção entre sistema e ambiente” (LUHMANN, 2016a, p. 54-55).

Desse modo, uma teoria sistema/entorno exige que se distinga com relação às teorias tradicionais que remetem que a estrutura (regras, normas, textos) são o direito. Nessas teorias, a questão sobre o que é direito e o que não é firma-se tendo em vista regras específicas. Contudo, se se quiser seguir estímulos da Teoria dos Sistemas, deve-se operar uma inovação e pensar em operações em vez de estruturas.

O sistema jurídico limita-se a produzir, antes de tudo, a distinção, para sustentar a sua orientação em direção à própria unidade (direito é direito), mediante a orientação para o código binário lícito/ilícito (positivo/negativo) do sistema. Tal código vincula cada operação entre o lícito e o ilícito. O sistema jurídico não faz outra coisa senão desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações o direito do não-direito. A referência a esse código atribui ao sistema uma estrutura de comunicação. O eventual uso de um outro código não seria inadmissível, mas a operação deixaria de ser uma operação interna do sistema jurídico. O sistema jurídico, sob esse perfil, sanciona-se, por assim dizer, na execução factual de suas operações mediante inclusão e exclusão (LUHMANN, 1990, p. 8).

Conforme observa King e Thornhill (2003, p. 35) sobre o termo “Rechtssystem” e sua tradução, o “sistema legal” ou “sistema jurídico” para Luhmann não são as instituições, como os Tribunais, os escritórios, aquilo que tem existência física, nem as pessoas que estão envolvidas profissionalmente nessas operações, como juízes e advogados. Conforme observamos anteriormente, os indivíduos são necessários para o sistema por formarem o ambiente. Contudo, “Rechtssystem” não se refere a eles, nem às instituições. O direito, aqui generalizado por, sistema jurídico, para Luhmann, não está sujeito a limites físicos, geográficos ou pelo estatuto dos indivíduos. O sistema jurídico, reproduz King, é um sistema de comunicações que se identifica como direito e é capaz de distinguir entre aquelas comunicações que são parte dela e aquelas que são não. Assim, sistema jurídico se refere apenas a um sistema de comunicações, a nenhuma outra instituição. O direito consiste na comunicação e nada além de comunicação.

O próprio King e Thornhill (2003, p. 36) exemplifica que tipo de comunicação seria reconhecida como comunicação jurídica pelo sistema. Desse modo, indaga,

mas que tipo de comunicação, pode-se perguntar, conta como direito? A resposta inevitavelmente circular a esta pergunta é: todas as comunicações que são reconhecidas pelo direito como pertencente ao ordenamento jurídico, apenas para o ordenamento jurídico pode dizer o que é e o que não é o direito (KING; THORNHILL, 2003, p. 36).

Na sequência, King (*idem*) questiona novamente,

uma pergunta de acompanhamento óbvia é: 'Como o sistema reconhece as comunicações como comunicações jurídicas?' Aqui a resposta é mais específica. Uma comunicação jurídica é qualquer comunicação que se baseia ou se relaciona com a distinção legal/ilegal ou lícito/ilícito (KING; THORNHILL, 2003, p. 36).

Destaque-se que para fins de tradução para o português, a maioria da doutrina entende que a melhor tradução para o código binário do sistema jurídico é lícito/ilícito.

Desse modo, conforme se extrai da reflexão de King (*ibidem*), o direito se estende a todas as comunicações que são entendidas como diretamente relacionadas à questão do lícito/ilícito. Inclusive o autor exemplifica algumas situações corriqueiras, como, por exemplo, motoristas discutindo sobre qual deles cometeu o erro de julgamento que resultou em um acidente; um cliente insistindo em seus direitos como consumidor para que uma loja o reembolse por produtos defeituosos, ou um homem recusando pagar alimentos para uma criança alegando que o pai pode ser outra pessoa. Ao fornecer esses exemplos, afirma que em todos eles, o que é invocado é o direito, em vez de algum outro sistema de comunicação. O sistema jurídico reconheceria as comunicações em todos esses exemplos como comunicações jurídicas. Desse modo, o direito em cada exemplo é usado como uma forma de dar significado ou importância para os eventos. Uma vez que os eventos tenham sido comunicados em termos que fazem sentido para o direito, essas comunicações tornam-se parte do sistema jurídico e também da sociedade. O que foi usado como estrutura para compreender e dar sentido para o evento foi o direito.

Finaliza King (*ibidem*) essa observação esclarecendo que o ponto de partida para a abordagem sociológica de Luhmann é sempre o sistema social consistindo em comunicações que se referem exclusivamente a outras comunicações do mesmo tipo e que constroem seus próprios significados desta forma. É a interpretação comunicada do evento pelo direito como tendo significado para o direito por meio de sua atribuição de seus valores binários, lícito/ilícito, o que o coloca dentro dos limites do sistema e sociedade. Decidir se uma comunicação é legal é possível, portanto, apenas através da observação das próprias operações do sistema jurídico.

Conforme destaca Silva (2018, p. 36), na relação entre direito e sociedade Luhmann aplica a gnosilogia da cibernética, portanto a circularidade reflexiva em lugar da linearidade causal e da circularidade tautológica, viabilizando uma teoria social cujas dicotomias (seus paradoxos) são desparadoxizadas. O desafio está em lidar com o direito sem ser pela via de uma ótica normativista. Isso porque a ciência do direito não reduz seu objeto às normas, ela tem por objeto o direito mesmo, portanto, seu objeto é o como é possível as comunicações do direito serem tais quais e como são. Assim, Silva afirma que essa relação

adquire contornos outros quando se parte da concepção de sociedade como sistema de comunicação, pois, nessa concepção, direito é um dos sistemas sociais de comunicação, aquele sistema que observa comunicações pautadas pelo código binário de referência lícito/ilícito, afinal, é exclusivamente no

interior do sistema do direito que se dá a produção de sentido sobre lícito e ilícito, o que significa que as irritações dos demais sistemas da sociedade (política, economia, religião, arte, educação, ciência etc.) influenciam, interferem, afetam o sistema do direito, mas não o constituem. Direito e sociedade se diferenciam, mas não se apartam, afinal o direito se reproduz e se altera em hetero e autorreferência (SILVA, 2018, p. 36).

Afirma Luhmann (2016a, p. 561), que chega a ser impossível inserir questões políticas – como por exemplo, o momento e as condições para a reunificação da Alemanha – para o sistema jurídico e apresentar uma decisão. O mesmo se aplica a controvérsias acadêmicas, religiosas etc. Problemas devem ser transformados em uma forma “judicializável” para que se franqueie acesso ao direito. O direito não pode ser usado como uma máquina para a investigação de verdades ou para a descoberta de mirabolantes soluções para problemas.

O Direito é visto como um sistema comunicativo que produz normas de conduta tanto para suas próprias operações como para a sociedade em geral (KING, 2009, p. 88), representando o seu fechamento operacional e também seu acoplamento operacional com o ambiente e outros sistemas. O fechamento operacional dos sistemas, aqui se falando particularmente do sistema jurídico, impede o sistema de produzir algo que não seja Direito, o que não quer dizer que fatores políticos ou econômicas não possam irritar, influenciar a comunicação do Direito, como as legislações, decisões, jurisprudências.

O que é refutado pelo sistema jurídico é a possibilidade de questões econômicas e políticas, por exemplo, determinarem o conteúdo da comunicação jurídica, de forma direta e previsível (KING, 2009, p. 88).

Assim, afirma Luhmann (2016a, p. 588) que a separação dos sistemas pode ser vista como condição para o aumento da interdependência dos sistemas jurídico e político, bem como a própria sociedade, como sistema, pode ser vista como condição para a possibilidade dessa conexão.

4. O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO

Analisando a questão a partir da Teoria dos Sistemas, Luhmann afirma que a

Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles (LUHMANN, 1990, p. 4).

É preciso lembrar que, para Luhmann, tanto o subsistema jurídico quanto o político são sistemas autopoieticos que apresentam fechamento operacional e, por isso, há a necessidade de acoplá-los estruturalmente.

Observa-se que do acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político surge a Constituição, que aproxima os sistemas, diante da necessidade dos sistemas em algum momento se interligarem.

Conforme definem Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 139), ao analisar o subsistema funcional do direito e suas relações com os demais subsistemas, Luhmann enfatiza que o mecanismo do acoplamento estrutural é responsável pela manutenção da integridade do direito e, obviamente, também dos demais subsistemas sociais. Sem tal mecanismo a inter-relação entre os subsistemas ou não ocorreria ou, ocorrendo, acarretaria a corrupção destes.

Luhmann afirma que

Na consciência europeia as Constituições valem não apenas como instituições do sistema jurídico, mas também e, sobretudo, como instituições do sistema político. E também esse fato tem a sua justificativa. Não obstante, o sistema político e o sistema jurídico serem e permanecem sistemas diferentes. Esses sistemas seguem códigos distintos, precisamente, por um lado, o código lícito/ilícito, e por outro, o código poder/não-poder. Esses sistemas servem para funções diferentes e assim projetam códigos e funções de modo diverso. São reciprocamente competentes, mas cada um em um sentido diferente. As suas respectivas autorreproduções (autopoíesis) são assim realizadas em redes, networks, em tudo muito diferentes. Um mínimo de rigor teórico impede a sua identificação. Se, no entanto, como na autopoíesis sistêmica, também as estruturas que lhes servem para reunir operações em operações são diversas entre si, como é possível conceber a Constituição como uma instituição de ambos os sistemas? (LUHMANN, 1990, p. 13)

Um paradoxo parece se formar: ao mesmo tempo que os sistemas operam sob seus códigos próprios e, portanto, se separam, a constituição reforça essa separação, mas, ao mesmo tempo, os aproxima, por meio do acoplamento estrutural. É exatamente essa aproximação que mantém íntegros os sistemas. O acoplamento entre os sistemas jurídico e político ocorre na Constituição e não fora dela. Portanto, na verdade há uma desaparadoxização de um paradoxo.

A Constituição, quer sob o seu aspecto jurídico, quer sob o político, não é senão um dispositivo destinado a diferenciar a auto-referencialidade da hetero-referencialidade nas operações internas ao sistema. A certeza da validade da Constituição pode ser compreendida, desenvolvida, portanto, pelo fato de que a reversibilidade das estruturas internas do sistema, que é funcional, eleva outros problemas (por exemplo, os problemas “e substituição” das soluções dos problemas) relativos aos de um observador externo que se encontre em condições de se consagrar exclusivamente às suas próprias ideias (LUHMANN, 1990, p. 18).

Os acoplamentos irritam o sistema, mas são incapazes de operar nele sem a sua auto-seleção. Existe um contraste informacional entre sistema e ambiente, essa é a condição sob a qual o sistema opera e para a qual só existe uma saída, a redução da complexidade, através de seus próprios processos. Além da sociedade, todo sistema parcial pode observar outros sistemas parciais. É por isso que se pode afirmar que o acoplamento estrutural tanto separa quanto vincula os sistemas (RODRIGUES; NEVES, 2017 p. 142).

Na concepção de Luhmann:

Os acoplamentos estruturais são aquisições evolutivas. A sua formação não pode ser reconduzida a causas específicas. De um determinado modo, pressupõem a si próprios enquanto ser e vinculam às descontinuidades do ambiente, e para cujas estabilizações contribuem. O que vale também para o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação por meio da linguagem, como para o acoplamento estrutural entre o sistema educativo e o econômico

mediante os diplomas, bem como para o acoplamento estrutural entre o sistema de saúde e o econômico por intermédio dos atestados médicos e de inumeráveis outros casos em uma sociedade em alto desenvolvimento. No que toca às relações entre o sistema jurídico e o político, as Constituições seguem esse modelo (LUHMANN, 1990, p. 23).

De acordo com Gonçalves e Villas Bôas Filho:

a constituição separa os subsistemas ao mesmo tempo que lhes acopla estruturalmente, ou seja, os distingue ao mesmo tempo que não os isola. É nesse sentido que Luhmann afirma que a constituição desempenha a dupla função de incluir e excluir irritações recíprocas das operações políticas e jurídicas. Sua forma de influência a partir de dois lados, que inclui e exclui, mantém a separação dos sistemas e permite a reprodução autopoietica separada, sem nenhuma sobreposição confusa. Ela também expressa as maneiras pelas quais o sistema jurídico (e no outro lado da forma, o sistema político) evita o isolamento (que significaria entropia), construindo em seu âmbito interno o que pode lhe servir de informação. Portanto, pode-se afirmar que o conceito de acoplamento estrutural torna factível a descrição do subsistema jurídico como fechado normativamente e aberto cognitivamente, garantindo a sua possibilidade de inter-relação com os demais subsistemas funcionais. Mediante o conceito de acoplamento estrutural (que se encontraria numa relação ortogonal com o conceito de autopoiese), a teoria dos sistemas obtém, no plano teórico, uma descrição factível e coerente acerca da inter-relação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais que compõem seu ambiente (GONÇALVES; VILLAS-BOAS FILHO, 2013, p. 141-142).

A importância de se identificar a Constituição como o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político significa que os códigos próprios dos sistemas são mantidos íntegros em sua operação, os sistemas não se sobrepõem na Constituição. Ao contrário, quando uma decisão judicial é proferida ao analisar, por exemplo, um caso que se discute uma lei ordinária, identificando uma comunicação política erroneamente como jurídica, o sistema se corrompe.

Considerando-se, portanto, a Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, sua interpretação deve se dar considerando-se os dois sistemas, pois “uma vez que com a interpretação a soberania é transferida do legislador constituinte para o intérprete, tanto mais quanto mais livre essa seja” (Luhmann, 1990, p. 28), de modo a transcender a política e o direito.

Por isso, afirma Luhmann que

A diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político não pode ser controlada nem por uma parte, nem pela outra. A partir do momento que o sistema político resolve com a Constituição os problemas de sua própria referenciabilidade, esse emprega, portanto, o direito. Esse emprego do direito só pode funcionar, no entanto, porque os sistemas não são congruentes, porque não se sobrepõem nem mesmo em uma medida mínima, mas, ao contrário, o sistema político pode se servir do sistema jurídico mediante hetero-referenciabilidade e, assim, mediante o recurso a um outro sistema funcional. O conceito de Estado, do mesmo modo, assinala a um só tempo uma organização e uma pessoa jurídica - segundo o sistema a partir do qual se o considera. Analogamente, a imensa amplitude do âmbito de aplicação que o poder político alcança com a dúplici codificação jurídica de todas as decisões políticas é condicionada pela nítida diferenciação dos sistemas. (LUHMANN, 1990, p. 18)

A Constituição é, assim, a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia. Ainda, Luhmann (1990, p. 20) esclarece:

O sistema jurídico, graças a esse acoplamento, tolera um sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa passar o que possa submeter as suas próprias operações. Também o sistema político, graças a esse acoplamento, tolera um sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios, protegidos da interferência política logo que a questão direito / não-direito, lícito / ilícito, se apresente. O que conduz definitivamente a uma teoria dos sistemas operativamente fechados sensíveis apenas a perturbações mais do que a determinações recíprocas e obriga a que se recorra à respectiva linguagem sistêmica para se poder reagir. A relação entre o sistema político e o jurídico assemelhasse mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente. (LUHMANN, 1990, p. 20).

Verifica-se, portanto, que a Constituição é o acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico, entre política e direito. Conforme mencionado, por ser o subsistema jurídico fechado normativamente e aberto cognitivamente, por meio desse acoplamento estrutural pode-se esperar o desempenho da dupla função de incluir e excluir irritações recíprocas das operações políticas e jurídicas, expressando as maneiras pelas quais esses sistemas evitam o isolamento.

Evidentemente, é possível ocorrer a autoprovocação, a inclusão do entorno/ambiente no sistema, ocorrendo maiores probabilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica, bem como de a política utilizar o sistema jurídico para alcançar seus objetivos.

Isso porque as comunicações normativas de outros sistemas não podem ser reproduzidas diretamente pelo sistema jurídico como comunicação jurídica (KING, 2009, p. 88-89). Só Direito produz Direito. O sistema jurídico, ao receber comunicação de outros sistemas (como por exemplo, do sistema político), por meio do acoplamento estrutural, têm de se reconstruir como Direito, ou seja, como comunicação jurídica. Evidentemente, tal processo de reconstrução pode dar origem a distorções e reduções que não eram previstas no sentido original da comunicação política.

É por isso que o sistema psíquico tem de ser reconstruído para o sistema jurídico, quando julgadores e legisladores aplicam preconceitos e inclinações pessoais. Esses sistemas podem influenciar o Direito e o sistema jurídico, mas devem ser reconstruídos pelo sistema jurídico (KING, 2009, p. 89).

Destarte, afirma Luhmann (2016a, p. 451) que nenhum argumento, seja lei, contrato, testamento ou uma decisão jurídica provida de força legal, é capaz de mudar o direito vigente, ou seja, o símbolo de validade do direito. Nenhum argumento pode conferir validade a novos direitos e obrigações. Com isso, a validade faz com que a argumentação jurídica se restrinja ao Direito filtrado pelo Direito e não possa, assim, resvalar nos preconceitos morais ou de outra ordem (CAMPILONGO; PEREZ, 2019, p. 10).

Conforme Luhmann (2016a, p. 569-570), o Direito, visto do sistema político, é um instrumento que possibilita a realização de fins políticos, ou seja, o sistema político, tal qual conhecemos, sequer existiria se o sistema jurídico não mantivesse uma diferença entre meio e forma, na qual a forma, afirmada como direito válido, pudesse ser modificada com base em ímpetus

políticos. Ainda que o direito funcione de maneira autônoma, com seu código próprio, fazendo o que só ele faz, a forma ainda é a precondição mais importante que se pode imaginar para o fazer político, à parte o dinheiro vindo da economia.

Desse modo, fazer política é decidir politicamente qual direito deve ser direito vigente, ou, paralelo a isso, que uso fazer de uma renda política alocada. Sem isso, a política como sistema entraria em colapso. Por isso, de nada adiantaria a existência de um grande número de partidos políticos, como o que acontece no país, com todos os lobbies existentes, em especial do poder econômico, somente para decidir como e onde aplicar a força física, a coerção estatal. A política deve o seu grande campo de possibilidades ao direito e ao dinheiro. Ao mesmo tempo, o direito só pode se desenvolver onde a paz esteja politicamente garantida.

É por isso que a Constituição representa esse acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Esse fato reafirma a operação própria de cada sistema: à parte desse acoplamento, onde as comunicações jurídicas e política se encontram, a comunicação jurídica somente pode ser absorvida pelo sistema jurídico e a comunicação política somente pelo sistema político.

5. CONCLUSÃO

É pressuposto do Estado de Direito a análise da política pelo direito. Contudo, judicializar, no sentido de se oferecer ao direito questões puramente políticas, não se confunde com aplicar o código lícito/ilícito do sistema jurídico a questões que ele realmente possa ser aplicável.

O momento em que os sistemas político e jurídico se acoplam estruturalmente é a Constituição, onde os sistemas servem-se um do outro, não se isolam, possibilitando, por exemplo, o Estado de Direito. Fora da Constituição não ocorre acoplamento entre tais sistemas. Cada sistema, repita-se, opera com seu código próprio. É por isso que, uma decisão judicial, deve abordar a análise jurídica (lícito/ilícito) e não incluir a comunicação política.

A judicialização da política, no sentido de se promover perseguições, implementação de ideologia, condenações com fins escusos, ocorre na esfera do ambiente e provoca o sistema. Resulta, do mesmo modo, na politização do direito. Conforme verificado, o sistema jurídico não pode operar por outro código que não seja o seu, lícito/ilícito. Na prática, contudo, o que se observa é o ambiente provocando o sistema jurídico a operar sob outros códigos, o que deve ser rejeitado pelo próprio sistema jurídico por meio de seu código binário. O poder, na modernidade, pela sua natureza, muda de lado constantemente.

Desse modo, somente se for colocado ao lado do código do sistema político governo/oposição o código do sistema jurídico lícito/ilícito (poder lícito/poder ilícito) é que se pode afirmar tal poder diante das pressões de seu ambiente. No Estado de Direito, segundo a perspectiva de Luhmann, todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito.

A interação entre os sistemas sociais, conforme observado, é possível por meio dos acoplamentos estruturais e das próprias irritações do ambiente, tendo em vista a abertura cognitiva dos sistemas e apesar de seu fechamento operacional. Isso porque à comunicação jurídica somente deve ser aplicado o código binário do sistema jurídico. O mesmo vale à política, cuja

comunicação somente deve aplicar o código binário do sistema jurídico. Entretanto, tais interações e acoplamentos não justificam a manipulação na utilização do sistema. Tal fato, quando ocorre, significa a corrosão e corrupção do sistema e, em consequência, da própria sociedade.

REFERÊNCIAS

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo Saraiva, 2010.
- CAMPILONGO, Celso; PEREZ, Ane Elisa. A validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 22 n. 43. 2019. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/20821>. Acesso em: 20 out 2020.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law**. Palgrave Macmillan, 2003.
- LUHMANN, Niklas. **Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral**. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.
- LUHMANN, Niklas, **Sociologia do Direito: vol 1**. Tempo Brasileiro, 1983. (Coleção Biblioteca Tempo Universitário).
- LUHMANN, Niklas. 1990. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. [Tradução realizada a partir do original ("Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220)]. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4907085/mod_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf Acesso em: 15 abr. 2020.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Os paradoxos do Direito e da Democracia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas**, v.22, n.43, 2019. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/20806>. Acesso em: 14 abr 2020.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabricio Monteiro. **A Sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2017.
- SILVA, Artur Stamford da. **Niklas Luhmann: 20 anos do sociedade da sociedade**. O lugar do ao mesmo tempo na teoria do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 10, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível:<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.03>. Acesso em: 12 maio 2020
- SILVA, Artur Stamford da; NAFARRETE, Javier Torres (Prefácio). **10 Lições sobre Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 105, p. 561-593, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67914>. Acesso em: 22 set. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 06/04/2022

- Avaliação 2: 21/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 21/05/2022
- Retorno rodada de correções: 05/07/2022
- Decisão editorial/aprovado: 10/07/2022

Equipe editorial envolvida

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

A DOGMÁTICA JURÍDICA E A ORIGEM DO TRIBUNAL DO JÚRI DO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO RACIONALISMO CRÍTICO DE KARL POPPER

LEGAL DOGMATICS AND THE ORIGIN OF THE COURT OF JURY IN BRAZIL: AN ANALYSIS ACCORDING TO KARL POPPER'S CRITICAL RATIONALISM

BEATRIZ RIBEIRO¹

BRUNO PAIVA BERNARDES²

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS³

RESUMO

O presente artigo questiona, como tema-problema de pesquisa, quais seriam os pressupostos históricos de instituição do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro e se esses fundamentam a manutenção do julgamento por jurados. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, adotando como marco teórico o racionalismo crítico de Karl Popper, o estudo tem como objetivo geral pesquisar os pressupostos históricos de instituição do julgamento por jurados no Brasil e sua eventual conservação. Conjectura-se, como hipótese de pesquisa, que esses foram mantidos, traduzindo o equivocada ideal segundo o qual a decisão judicial formalizada por juízes leigos seria democrática, na medida em que representaria a vontade popular. Concluiu-se que a manutenção da decisão judicial proferida por jurados no ordenamento jurídico brasileiro se assenta na ausência de problematização do pressuposto segundo o qual a democraticidade do julgamento associa-se ao sujeito que enuncia a decisão judicial.

Palavras-chave: tribunal do júri; racionalismo crítico; pressupostos históricos; dogmática jurídica; democracia.

- 1 Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete; Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO), registrado no CNPq e estagiária docente da Revista Meritum. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/4918764590566626>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5832-2377>.
- 2 Doutorando em Teoria do Direito e da Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC (aprovado com distinção), tendo sido bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas (2017). Especialista em Direito Processual pela UNISUL (2009). Professor de cursos graduação e pós-graduação lato sensu em Direito, além de cursos preparatórios para carreiras jurídicas. Coordenador Adjunto e Diretor de Eventos, Ensino e Extensão do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-0340-0328>.
- 3 Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum FUMEC. Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação, Especialização e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Magistério na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como Professor convidado. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-7198-4567>.

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

RIBEIRO, Beatriz; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A dogmática jurídica e a origem do Tribunal do Júri do Brasil: uma análise a partir do racionalismo crítico de Karl Popper. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 232-254, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8889>.

ABSTRACT

The present article questions, as a research problem, what would be the historical assumptions for the institution of the jury court in the Brazilian legal system and whether if those assumptions justify continuation of the trial by jury. To this end, this study, through the hypothetical-deductive method and bibliographic research, adopting Karl Popper's critical rationalism as its theoretical framework, has the general objective of researching the historical assumptions of the institution of the trial by jury in Brazil and its possible conservation. It is conjectured, as a research hypothesis, that the maintenance of these assumptions, reflecting the mistaken ideal according to which the judicial decision formalized by juries would be democratic insofar as it should represent the popular will. The study leads to the conclusion that the perpetuation of the jury trial in Brazilian legal system is based on the absence of problematization of the assumption that the democratic of the trial is associated with the subject that pronounces the judicial decision.

Keywords: jury court; critical rationalism; historical assumptions; legal dogmatics; democratic.

1. INTRODUÇÃO

Os pressupostos históricos de instituição do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se demonstrará, traduzem o ideal segundo o qual a decisão judicial formalizada por juízes leigos, representantes de seus pares, seria dotada de caráter democrático por, supostamente, representar a vontade popular. É nessa perspectiva que a dogmática jurídica perpetua o pressuposto histórico segundo o qual a instituição do tribunal do júri no Brasil materializaria um julgamento democrático, ao possibilitar uma justiça cidadã. A dogmática idealiza, para tanto, que os jurados, ao proferirem seu voto, segundo a sua consciência, traduziriam a *vox populi*.⁴

Partindo-se da premissa de que a testificação constante das teorias e dos fundamentos que embasam o texto legal é necessária e anterior à formação do conhecimento científico, justifica-se o presente artigo tendo em vista a necessidade de se analisar criticamente os fundamentos de instituição e aplicação do instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde o Brasil Império. Assim, a revisitação teórica do julgamento por jurados objetiva problematizar a decisão judicial pautada pela consciência dos jurados, na medida em que o citado modelo decisório aponta para a possível ausência de problematização do pressuposto segundo o qual há um sujeito clarividente e dotado de um saber privilegiado para aplicar o direito.

Para tanto, a presente pesquisa, por meio do método hipotético-dedutivo e adotando como marco teórico o racionalismo crítico de Karl Popper, tem como objetivo geral identificar os pressupostos históricos de instituição do tribunal do júri no Brasil e sua eventual manutenção.

Nesse contexto, o tema-problema busca indagar os pressupostos históricos de instituição do tribunal do júri no Brasil e sua, eventual, manutenção na legislação vigente.

Como hipótese de pesquisa, considerando que o conhecimento científico é falível e corrigível, conjectura-se que os pressupostos históricos de instituição do tribunal do júri no Brasil

4 Karl Popper, em trabalho lido na sexta reunião da Sociedade *Mont Pelerin*, em Veneza, em setembro de 1954, problematiza o mito da opinião pública (POPPER, 1982, p. 379). A crítica do autor inicia-se pelo clássico mito *vox populi vox dei*, por ele traduzido como "a voz do povo é a voz de Deus" (POPPER, 1982, p. 379), pelo qual se atribui à opinião popular uma sabedoria e autoridade não problematizadas.

perpetuam-se e traduzem o equivocado ideal segundo o qual a decisão judicial formalizada por juízes leigos seria democrática, na medida em que representaria a vontade popular.

A fim de investigar o tema-problema formulado e desenvolver a testificação da hipótese conjecturada, inicialmente, será formalizado o estudo em relação aos pressupostos de instituição do tribunal do júri no Brasil Império, bem como a influência da doutrina estrangeira em sua instituição a partir do método histórico, conforme Maria de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos (2003). Após, expor-se-á a ausência de problematização dos referidos pressupostos no ordenamento jurídico no Brasil República e, em seguida, analisar-se-á eventual manutenção dos pressupostos históricos de instituição do julgamento por jurados no direito brasileiro vigente, seguindo-se, para tanto, o método monográfico.

2. TRIBUNAL DO JÚRI, BRASIL COLÔNIA E A ORIGEM DOGMÁTICA

Extraí-se do Decreto datado de 18 de junho de 1822, que instituiu os juízes de fato no Brasil, que o Príncipe Regente, diante de uma ponderação em sua real presença, adotando as instituições liberais das nações rotuladas cultas, reservou aos cidadãos ditos bons, honrados, inteligentes e patriotas a formação e a existência da culpa do acusado nos crimes de abusos de liberdade e imprensa (BRASIL, [199-g]).

O teor do Decreto Imperial de 18 de junho de 1822 informa que o dispositivo legal citado partia da premissa de que as leis anteriores que regulamentavam a matéria seriam impróprias ao tempo vigente em 1822 (BRASIL, [199-g]).

Instaurou-se, pois, o tribunal do júri, atribuindo-se sua organização às autoridades, já que a instituição compor-se-ia por vinte e quatro cidadãos nomeados pelo “Corregedor do Crime da Corte e Casa”; pelo “Ouvidor do Crime” nas Províncias que possuíssem Relação, ou nas demais, pelo “Juiz da Comarca” (BRASIL, [199-g]). Reservava-se ao réu a recusa de dezesseis jurados, sendo possível, portanto, que o julgamento dos crimes de abusos de liberdade e imprensa realizasse-se por oito cidadãos (BRASIL, [199-g]).

As considerações iniciais e pessoais do Príncipe Regente externavam que a instituição do tribunal do júri no Brasil espelhava a adoção da dogmática propagada pelas indigitadas nações cultas.⁵

5 Apontando a influência da doutrina externa na instituição do tribunal do júri no Brasil, estudos desenvolvidos por Monica Duarte Dantas (2015) indicam que a previsão dos juízes de fato no ordenamento jurídico brasileiro fora influenciada pelas proposições do autor nova-iorquino Edward Livingston. Para tanto, demonstrou-se que a troca de correspondências entre o cônsul dos Estados Unidos no Rio de Janeiro, William Wright, ao secretário de Estado norte-americano, somada à solicitação de dois deputados brasileiros por uma versão das obras do autor americano, contribuíram para o processo de codificação brasileiro (DANTAS, 2015, p. 174). O ideal quanto à codificação do direito, somado ao objetivo da legislação, a saber, a proteção aos direitos individuais, não foram as únicas proposições de Livingston (1828) incorporadas pelo ordenamento jurídico que estava sendo instituído no Brasil, que havia se declarado independente. A obra do autor nova-iorquino sustentava a instituição do júri de acusação e de julgamento aos moldes do que fora estabelecido no Brasil Império (DANTAS, 2015, p. 201). Compreendia, dessa maneira, uma opção da função legislativa, notadamente, da oposição do governo, que pretendia que as causas não fossem julgadas pela magistratura togada, tendo em vista a superação do Antigo Regime. Externando o ideal quanto ao afastamento da centralidade da jurisdição exercida pela magistratura togada escolhida pelo monarca e a restrição da atuação do júri, a pesquisa de Monica Dantas (2015, p. 202) aponta que a instituição dos juízes de fato, no Brasil, influenciada pela codificação de Livingston (1828), afastou-se do sistema inglês, em que a interferência dos juízes nas atribuições dos júris e mesmo o poder da Coroa na indicação dos magistrados eram notórias. A instituição da proposição de codificação

Permite-se, pois, conjecturar que o advento da justiça cidadã, em contraposição à magistratura togada, encontrava-se associada ao ideal de superação do antigo regime somada à instauração dos ideais liberais.

Exteriorizando essa conjectura, as discussões, no âmbito da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, de 1823, apontam que a corrupção da magistratura portuguesa se encontrava em um patamar de difícil admissão face às arbitrariedades perpetradas (GALVÃO, 1880, p. 151).⁶ E, diante dessa conjuntura, o discurso do deputado Antônio Pedro da Costa Ferreira (1879, p. 135) sintomatiza a ideia que permeava a instituição e manutenção dos juízes de fato no Brasil, ao afirmar que a instituição do tribunal do júri objetivava combater a corrupção dos magistrados e, mais ainda, tornar a nação, por meio do julgamento dos jurados, verdadeiramente livre.

Seguindo essa perspectiva, considerava-se que o julgamento por jurados, “celestes instituição, protectora [sic] divindade da liberdade do cidadão e da segurança de sua propriedade” (CUNHA, 1880, p. 154), asseguraria os direitos individuais.

Muito embora se destaque que a conjuntura de instituição do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro permeou-se dos pressupostos históricos quanto à garantia das liberdades individuais, propriedade privada e o combate à corrupção dos juízes togados, não se olvida o fato de que nas discussões da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, de 1823, ponderou-se quanto à inaplicabilidade imediata da instituição no Brasil.

Referida preocupação centralizava-se no questionamento quanto à pessoa que se encontrava mais habilitada a proclamar o direito. Partia-se do pressuposto, portanto, da existência de um sujeito detentor do saber, na hipótese, os juízes togados, cuja autoridade e habilitação para aplicar o direito, diante de sua prática, seria indubitável:

Nos debates que têm havido nesta assembléa [sic], se têm acumulado, com acrimonia declamatoria, tantas invectivas [sic] contra o corpo da magistratura, que parece, que as instancias para a introdução do juízo dos jurados não tanto se fundão na excellencia [sic] desta instituição (que eu aprecio, e que os ingleses considerão [sic] como o balluarte [sic] das suas liberdades), quanto no rancoroso odio [sic] contra o estabelecido poder judiciário. A indistincta [sic] cesura [sic] dos magistrados é certamente injusta, e só pôde ter fito de indispor e estimular o povo contra a **autoridade dos juízes**, ainda da mais ilibada reputação; o que afrouxa todos os **vínculos de subordinação... nem vejo o que a nação ganhará com o systema [sic] dos jurados, não podendo jamais dispensar o systema [sic] de magistrados, que sempre hão de ter grande influxo no directorio [sic] dos mesmos jurados [...]**. (LISBOA, 1880, p. 153-154, grifo nosso).

de Livingston (1828) não se limitou à constituição do júri de acusação e de julgamento, mas também no que se referia à forma de nomeação do Presidente e do Secretário do 1º Conselho de jurados, bem como a possibilidade expressa de, em caso de existência de mais de um réu, de separação do processo, a fim de que cada acusado pudesse recusar até doze jurados que comporiam o 2º Conselho de jurados (DANTAS, 2015, p. 196).

6 Em discurso na sessão de 21 de outubro de 1823, o constituinte Sr. Galvão afirmou: “não posso ouvir, Sr. Presidente, que nas causas civieis [sic] a influencia [sic] do governo é nenhuma, e que para garantir aos cidadãos seus direitos, basta que as criminaes [sic] não estejam [sic] sujeitas a decisão dos togados: e por ventura [sic] o juízo da corôa [sic] tem-nos sido menos fatal, que os juízes municipaes [sic]? Não são as provincias de Minas-Geraes [sic], de Goyas [sic], de Matto Grosso [sic], monumentos vivos da sua prepotencia, das suas arbitrariedades? A desolação, que as cerca, não insta que se acabe por uma vez com este modo de julgar? Não basta a desigualdade dos contendores, os privilegios injustos, com que um dos contractantes [sic] acubrunha [sic] o outro? É preciso que se accrescente [sic] a isso um juiz, para assim dizer, da família de um dos litigantes? E ainda se a justiça, se a inteireza formasse o seu character [sic]... porém, com quanta magua [sic] o digo! Desgraçado daquele que não tinha, no antigo ministério [sic], dinheiro para fazer o seu direito; a justiça era um fraco escudo; a magistratura portuguesa tinha chegado a um tal ponto de corrupção que é difficil de conceber [...]” (GALVÃO, 1880, p. 151).

Seguindo essa asserção, o constituinte Silva Lisboa (1880, p. 154) considerava que a instituição do tribunal do júri não excluiria a magistratura togada, que sempre teria grande influxo na condução dos jurados.

A fim de explicar a citada pressuposição, os constituintes que consideravam imprescindível a instauração do julgamento por jurados no Brasil reconstruíram o percurso histórico do tribunal do júri, informando que, embora o julgamento pelos pares se originasse na Grécia e entre os povos romanos, na Inglaterra o instituto fora regulamentado, tendo os cidadãos ingleses, em razão de uma alegada moral aperfeiçoada e “devido às [sic] circunstâncias [sic] particulares porque tem passado este povo ilustre e generoso, que depois de revoluções por motivos de religião e liberdade foi como de grão em grão [sic] estabelecendo costumes e moral com eles ligada” (MELLO, 1880, p. 155), possuíam aptidão para que o julgamento se realizasse por juízes de fato, e não os togados.

Externalizou-se, desse modo, a pressuposição quanto à evolução do direito e a idealização de que a prática (experiência) conduziria ao aperfeiçoamento de sua aplicação⁷, somada à instituição das leis por meio do processo de codificação do direito.

Os registros da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, de 1823, externam, dessa forma, o pressuposto de que a instituição dos juízes de fato demandava a codificação do direito e a educação do povo para sua recepção.

Na tentativa de combater a corrupção da magistratura, na certeza de que a instituição dos juízes de fato compreenderia uma opção para implementar uma decisão judicial democrática, considerava-se que o julgamento intitular-se-ia democrático a partir do sujeito – juízes togados ou de fato – que enunciasse o direito. Isso porque, as discussões da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, de 1823, sugeriam que à medida que o povo brasileiro fosse educado alcançar-se-ia a inteligência e moralidade que habilitariam o sujeito detentor do saber a aplicar o direito.

O Decreto Imperial (BRASIL, [199-g]), que instituiu o tribunal do júri no Brasil, e a previsão no texto constitucional de 1824, nos artigos 151 e 152 (BRASIL, [199-a]), indicam, dessa forma, uma possível aproximação do ordenamento jurídico brasileiro e seu modelo decisional ao paradigma⁸ constitucional liberal⁹, o que se passa a pesquisar a fim de investigar sua eventual perpetuação no direito brasileiro.

José Américo Silva Montagnoli (2008), em estudo acerca da atuação popular direta na atividade judiciária, a partir da análise do desenvolvimento do conceito de povo associado ao estudo da concepção e à evolução da magistratura e sua relação com a sociedade, pesquisou o modelo decisional do paradigma constitucional liberal.

7 Nessa linha, Rosemiro Pereira Leal (2013, p. 2-3) expõe à crítica a ideia quanto à evolução do direito a partir da realidade e das práticas sociais. Propõe o autor que não há uma via de salvação a ser encontrada, ou imediatamente descoberta, ao contrário, o pesquisador salienta que a atividade normativa voltada a minorar o sofrimento humano é indispensável que a pesquisa científica, no âmbito do direito, volte-se ao pensar, conjecturar e a teorizar, pesquisando os fundamentos teóricos de sua instituição, modificação, aplicação e extinção, testificando-os incessantemente (LEAL, 2013, p. 2-3).

8 A análise paradigmática do direito objetiva evidenciar que há, conforme proposto por Habermas (2020, p. 491), pressupostos de fundo que de forma implícita influenciam a interpretação das proposições normativas e que, conforme acrescenta André Cordeiro Leal (2008, p. 23), não são problematizados.

9 A análise quanto ao paradigma constitucional liberal limitar-se-á ao aspecto de seu modelo decisional tendo em vista que o objetivo geral do presente trabalho compreende a testificação quanto à manutenção dos pressupostos de instituição do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro.

Aponta o autor que entre o final do século XVIII e início do século XIX é possível identificar a profissionalização e a independência da magistratura na Europa Continental, organizando-se como função fundamental ao Estado por meio de textos constitucionais escritos e codificações que garantiam a propriedade privada e as liberdades negativas face ao Poder Público (MONTAGNOLI, 2008, p. 28).

Por meio da pesquisa de Montagnoli (2008), compreende-se que a teoria da decisão judicial, no paradigma constitucional liberal, idealizava um julgador politicamente neutro que, ao aplicar o direito ao caso submetido a seu exame, apenas exteriorizava a vontade do legislador.

Buscava-se, dessa forma, a legitimidade da decisão judicial por meio da limitação da arbitrariedade no exercício da jurisdição, privilegiando-se o Parlamento como *locus* devido para a instituição do direito mediante a redução do jurídico ao legal (MONTAGNOLI, 2008, p. 31). Partindo-se, para tanto, do pressuposto de que as leis constituíam a exata vontade dos cidadãos, na medida em que o legislador, seu mandatário, era o exclusivo titular da soberania popular, propalava-se a crença quanto à desnecessidade de organização do cidadão com seus pares (MONTAGNOLI, 2008, p. 31-35).

O autor prossegue sua proposição teórica narrando que a atuação dos julgadores nesse paradigma constitucional objetivava a manutenção da segurança jurídica e as exigências econômicas mediante a codificação do direito e a neutralidade de sua aplicação (MONTAGNOLI, 2008, p. 31).

No Brasil, a partir do retorno do Rei João VI a Portugal, é possível identificar a adoção de regulamentações legais que apontam a adoção dos pressupostos liberais pelo direito vigente. Isso porque, anteriormente, a instauração do tribunal do júri em 18 de junho de 1822 (BRASIL, [199-g]), que externaliza o advento das práticas sociais liberais, foram instituídas medidas regulamentando o exercício da magistratura, impondo limitações às prisões arbitrárias, conforme previsão do Decreto datado de 23 de maio de 1821 (MATHIAS, 2009, p.133-134).

Paralelamente à regulamentação do exercício da magistratura, extrai-se do diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, de 1823, a preconização quanto à instituição de poderes políticos, a submissão do monarca às leis e ao texto constitucional, bem como a preocupação quanto ao seguimento das ideias das ditas nações cultas europeias.

Nesse sentido, exteriorizando a aproximação ao paradigma constitucional liberal, a instituição do tribunal do júri no Brasil e, por conseguinte, a limitação do exercício da magistratura togada em consonância à desconfiança liberal em relação à mencionada função fundamental do Estado, objetivava não somente a superação da corrupção, mas, também, assegurar, por meio das leis e do julgamento por jurados, a segurança e a propriedade do cidadão (VERGUEIRO, 1880, p. 160). A proposição do constituinte era clara ao traçar o ideal quanto ao necessário depósito de confiança nos juízes de fato, “[...] porque são da escolha dos cidadãos pelo direito de rejeitar os que reputão [*sic*] suspeitos, e por que se hoje julgão [*sic*], podem amanhã ser julgados por elles [*sic*]; circunstancia [*sic*] que evita o receio de parcialidade [...]” (VERGUEIRO, 1880, p. 161).

Carneiro de Campos (1880, p. 174), seguindo essa perspectiva, considerava que a única decisão judicial capaz de “[...] infundir no coração do povo o sentimento inabalável da segurança dos seus direitos, jamais se verificará no poder judicial sem a saudável intervenção dos jurados, porque só estes podem reputar juízes verdadeiramente independentes.”

Consectário lógico é que a instituição do tribunal do júri estava envolta do combate à corrupção, do processo de codificação do direito e do objetivo de garantir os direitos individuais, consubstanciados pela liberdade e propriedade, indicando, pois, a implementação dos pressupostos históricos liberais e a influência do direito vigente nas nações intituladas cultas no ordenamento jurídico do Brasil.

A confiança que os constituintes, em 1823, sustentavam que os concidadãos deveriam conferir aos juízes de fato e em seu saber construído a partir de um projeto de liberal educação, materializou-se, em 20 de setembro de 1830, quando Dom Pedro I, “por graça de Deus e, Unanime Acclamação [sic] dos Povos” (BRASIL, 1830b), editou a lei sobre abuso da liberdade de imprensa.

A procedimentalização do tribunal do júri instaurou-se mediante a previsão legal segundo a qual o júri de acusação – que compor-se-ia por doze juízes de fato nas capitais das Províncias e dez nas que não o fossem –, decidiria, secretamente, quanto à existência de matéria para acusação por meio da maioria absoluta dos jurados, conforme instituído pelos artigos 20 e 21 da Lei 20 de setembro de 1830 (BRASIL, 1830b).

Ao pronunciarem sigilosamente seu voto, os juízes de fato deveriam prestar um juramento segundo o qual pronunciariam bem e sinceramente a causa, com os seguintes dizeres: “Juro pronunciar bem, e sinceramente nesta causa, haver-me com franqueza e verdade, só tendo diante de meus olhos Deus, e a Lei, e proferir o meu voto segundo a minha consciência.” (BRASIL, 1830b).

A fim de dar regular prosseguimento ao procedimento, a decisão dos jurados, que, segundo a consciência, considerasse existentes elementos materiais para acusação, seria apresentada ao juiz de direito, que mandaria notificar o acusado para comparecer, por si ou seu procurador, ao júri de julgamento, nos termos dos artigos 24 e 25, da Lei 20 de setembro de 1830 (BRASIL, 1830b).

Seguido o procedimento instituído pela Lei de 20 de setembro de 1830 (BRASIL, 1830b), o juiz de direito resumiria a causa, com a maior clareza possível, propondo ao júri, por escrito, as questões formalizadas por meio do artigo 32 da referida lei.

A partir da decretação da Lei de 20 de setembro de 1830 (BRASIL, 1830b), procedimentalizou-se não somente o júri de acusação e julgamento, mas a modificação da forma de nomeação dos juízes de fato. Isso porque, se, segundo a previsão do Decreto de 18 de junho de 1822 (BRASIL, [199-g]), os jurados eram nomeados pelo “Corregedor do Crime da Corte e Casa”; pelo “Ouvidor do Crime” nas Províncias que possuíssem Relação, ou nas demais, pelo “Juiz da Comarca”, com o advento da Lei de 20 de setembro de 1830, os jurados passariam a ser eleitos segundo as mesmas formalidades que os Deputados da Assembleia Geral Legislativa (BRASIL, 1830b).

Impunha-se, pois, como condição ao exercício da atividade de julgar que o cidadão fosse elegível¹⁰, instituindo o texto constitucional vigente em 1830 limitações a essa elegibilidade.

A consequência foi a manutenção da limitação quanto aos integrantes do povo que estariam aptos a externalizar a vontade popular. Isso porque, se, inicialmente, identificava-se a

10 Muito embora preenchessem os requisitos para serem elegíveis, não poderiam ser juízes de fato os senadores, deputados, conselheiros de estado, ministros de estado, bispos, magistrados, juízes eclesiásticos, vigários, presidentes, secretários das províncias, comandantes das armas e comandantes dos corpos 1ª e 2ª linha (BRASIL, 1830b).

discricionariedade das autoridades na nomeação dos juízes de fato, com a decretação da Lei de 20 de setembro de 1830 (BRASIL, 1830b), pela Assembleia Geral, estabeleceu-se o controle dos juízes de fato por meio da restrição dos critérios de elegibilidade.

Segundo Monica Dantas e Vivian Costa (2018, p. 121), paralelamente à tramitação da Lei de 20 de setembro de 1830 (BRASIL, 1830b), a função legislativa brasileira, desde julho de 1826, por meio de um parecer da recém-formada Comissão da Legislação da Câmara, demonstrava preocupação com a edição da codificação legal, notadamente no que se refere aos Códigos Criminal (BRASIL, 1830a) e de Processo Criminal (BRASIL, [199-j]).

Seguindo essa cogitação, o Código de Processo Criminal (BRASIL, [199-j]), que instituir-se-ia em 29 de novembro de 1832, teve seu projeto inaugural¹¹ elaborado pelo deputado José Cesário de Miranda Ribeiro, que propôs ao plenário três projetos, dois regulamentando a organização judiciária, e o terceiro, a ordem do processo (DANTAS; COSTA, 2018, p. 135). Extrai-se do texto uma correlação com o então Projeto da Lei de Abuso de Liberdade e Imprensa, que seria aprovado em 20 de novembro de 1830 (BRASIL, 1830b). Isso porque a proposição instituiu a manutenção do tribunal do júri, em primeira instância, remetendo à regulamentação do instituto ao disposto nos títulos IV e V dessa lei.

Externaliza-se, dessa forma, que a procedimentalização primeva do tribunal do júri no Brasil Império materializou as crenças externalizadas nos debates da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, de 1823 quanto à democraticidade dos julgamentos proferidos pelos jurados e sua importância para a construção de uma designada nação livre.

3. O CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DO IMPÉRIO E AS REFORMAS SUBSEQUENTES COMO RESULTADO

Diante da influência da dogmática jurídica das ditas nações cultas e dos pressupostos históricos do paradigma constitucional liberal, em 7 de julho de 1831¹² a comissão apresentou o projeto, que possuía modificações em relação ao anterior. Isso porque, a partir do projeto, a instituição da organização judicial passou a se revestir de novas características, na medida em que aos juízes de paz fora atribuída, expressamente, a formação da culpa (DANTAS; COSTA, 2018, p. 149).

Demarcando, ainda, a instituição da justiça eletiva, o projeto de Código de Processo Criminal, que viria a ser enviado ao Senado, modificou a forma de seleção dos jurados, prevendo que os conselhos deveriam ser formados por doze jurados, com a escolha não mais a partir de eleições, mas segundo a formação de uma lista formalizada pelos juízes de paz, párocos e

11 O primeiro projeto de codificação processual criminal no Brasil fora apresentado por Bernardo Pereira Vasconcelos, em 4 de maio de 1827, mediante a entrega de um Projeto de Código Criminal, que se subdividia em duas partes. Todavia, a segunda parte que, segundo o deputado, regulamentava o Direito Processual é desconhecida, não havendo registros de trechos dos seus escritos (DANTAS; COSTA, 2018, p. 134).

12 Anteriormente, em junho de 1828 e maio de 1829, nomearam-se comissões para regulamentar a organização da justiça de primeira e segunda instâncias e emissão de parecer em relação ao projeto de código apresentado pelo Ministro de Justiça Lucio Soares Teixeira de Gouvea (DANTAS; COSTA, 2018, p. 140). Também apresentaram projetos a comissão composta por Vasconcellos, Paula Albuquerque e Miranda Ribeiro (DANTAS; COSTA, 2018, p. 144) que, posteriormente, foi emendado pela comissão composta por Alves Branco, Paula Albuquerque e Limpo de Abreu (DANTAS; COSTA, 2018, p. 145).

membros da câmara municipal, com o nome de todos os cidadãos com as qualidades exigidas para ser eleitor, dos quais 48 seriam sorteados (DANTAS; COSTA, 2018, p. 150).

Seguindo o contexto de desconfiança em relação à magistratura togada, ao estabelecer-se o júri de acusação, o projeto reduzia a função por ela desempenhada, tendo em vista que aos juízes de fato incumbia a decisão quanto à existência ou não de matéria para a acusação, não cabendo recurso dessa decisão (DANTAS; COSTA, 2018, p. 154).

A redução do exercício da função desempenhada pelos juízes de direito, no âmbito do júri de julgamento, também se implementou nos projetos de 1830 e 1831 (DANTAS; COSTA, 2018, p. 154). A citada restrição exteriorizou-se a partir da análise conjunta do então projeto de Código de Processo Criminal (BRASIL, [199-j]) e do Código Criminal (BRASIL, 1830a), que evidenciava a reserva aos juízes de direito tão somente da formulação de perguntas aos jurados quanto à existência de crime no fato e em que grau de pena ou crime o acusado teria incorrido (DANTAS; COSTA, 2018, p. 154).

Com efeito, não compreendia atribuição do magistrado sequer a dosimetria da pena, uma vez que o Código Criminal (BRASIL, 1830b) cominava os graus da pena em mínima, média e máxima.

Enviado o projeto ao Senado, levou-se mais de um ano para debater as proposições dos deputados (DANTAS; COSTA, 2018, p. 156). As propostas apresentadas pela casa vitalícia, segundo externam os anais dos debates legislativos, foram aprovadas pela Câmara desconsiderando-se a necessidade de discussão acerca das modificações implementadas pelo Senado (VASCONCELOS, 1875, p. 257). É que, de acordo com o ideal de parcela dos deputados, a nação faria justiça a partir da opinião pública (VASCONCELOS, 1875, p. 257).

Desconsiderava-se, dessa forma, que a opinião popular não compreende, necessariamente, a discussão crítica, isto é, o método científico e, assim, o pronunciamento proferido por aqueles que emitem essa sabedoria popular não necessariamente seria pensado teoricamente (POPPER, 1982, p. 386).

Diante das problematizações apresentadas, é que se pretende expor a crítica o julgamento por jurados, tendo em vista que a dogmática jurídica assevera que os jurados, ao enunciarem a decisão judicial segundo a consciência, enunciariam a *vox populi* (POPPER, 1982, p. 379).

Esse ideal contribuiria para a ausência de sistematicidade do Código de Processo Criminal (BRASIL, [199-j]), o que é denunciado pelo deputado Carneiro Leão (1887, p. 152), ao criticar “[...] a falta de ordem, methodo [sic], e clareza necessária em huma [sic] Lei, que tem de ser executada por homens não versados em Jurisprudência, há no Codigo [sic] de Processo repetições, omissões graves, e ate [sic] artigos inteiramente antinômicos.” (LEÃO, 1887, p. 152).

Os debates legislativos acerca dessa assistemática evidenciam a perpetuação das proposições apresentadas na Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, de 1823, e nas sessões legislativas do parlamento brasileiro em relação à pressuposição quanto à existência de um sujeito apto a enunciar o direito. Isso porque os membros do parlamento brasileiro, construindo suas considerações a partir da observância da prática dos julgamentos realizados pelo tribunal do júri, passaram a afirmar a necessidade de sua reforma.¹³ Argumentava-se que, embora a instituição fosse indispensável à garantia da liberdade

¹³ O deputado Carneiro da Cunha (1884, p. 177), na sessão legislativa de 11 de julho de 1840, apontou a necessidade de reforma a fim de se estabelecer um novo sistema, notadamente, no que se referia à instituição do tribunal do júri o autor afirmava,

e à independência do cidadão, tendo em vista a pressuposição de que “[...] a verdade acha na consciência dos jurados um santuário [sic] puro e despido das alfaías do mysterio [sic] [...]” (CUSTODIO, 1884, p. 508), a falha no sistema de educação brasileiro, associada à falta de moralidade, apontava para a necessidade de modificação da forma como o tribunal do júri encontrava-se instituído (CUSTODIO, 1884, p. 508).

Nesse sentido, as considerações dos legisladores demonstravam que a garantia dos direitos do acusado e dos cidadãos se associavam ao ideal de que o saber ou, ainda, o número de juízes, seriam indispensáveis à organização judiciária, sendo clara essa proposição do deputado Magalhães (1883, p. 300), ao apregoar a certeza de que:

Ninguém [sic] pode negar que o maior numero [sic] de juizes oferece mais garantias ao réo [sic], afasta de nós a ideia da parcialidade, do erro; uma vez que o negocio [sic] é examinado por maior número de homens ilustrados, a sociedade como que fica mais tranquila, mais satisfeita. Qual é a razão por que no nosso código sobre crimes capitães [sic] se exige a unanimidade de juizes? Não é isto uma garantia deduzida do numero [sic]? Qual é a razão porque nas leis inglesas se exige a unanimidade dos jurados? Não se póde [sic] pois contestar que o maior numero de juizes oferece maior garantia, tranquiliza mais a sociedade. (MAGALHÃES, 1883, p. 300).

Os debates legislativos acerca da modificação do Código de Processo Criminal (BRASIL, [199-j]) e, por conseguinte, do sistema de julgamento por jurados por ele criado, seguindo a perspectiva segundo o ideal de que a garantia dos direitos do acusado encontrava-se intrinsecamente relacionada ao saber dos juízes, sustentava a extinção do júri de acusação (LEÃO, 1883, p. 212). Argumentava-se, para tanto, que por meio da extinção do instituto, os pronunciados teriam maiores garantias, haja vista que poderiam recorrer à “Relação” das decisões judiciais proferidas pelos juízes locais (LEÃO, 1883, p. 212).

Instituiu-se, pois, em 3 de dezembro de 1841, a Lei 261 (BRASIL, [199-i]), reformando o Código de Processo Criminal (BRASIL, [199-j]) a fim de restringir a competência do tribunal do júri no Brasil Império.¹⁴

Referida extinção modificar-se-ia em 20 de setembro de 1871, com o advento da Lei 2.033 (BRASIL, [199-k]), que reinstituíu a atribuição da função de reconhecer a existência da matéria de acusação aos juízes de fato.

A análise dos debates legislativos, no Brasil Império, permite, dessa forma, identificar que a previsão do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro associou-se à dedução dos constituintes, deputados e senadores de que os julgadores, jurados ou magistrados, seriam os intér-

para tanto, que a forma segundo a qual a instituição encontrava-se organizada estaria conduzindo a abusos.

14 Essa restrição evidenciava-se, inicialmente, pela alteração quanto aos requisitos para participação nos conselhos de jurados, instituindo-se, doravante, nas cidades do Rio de Janeiro, Salvador, Recife e São Luís renda anual de quatrocentos mil réis, nas demais cidades do Império trezentos mil réis, ao passo que nas vilas mantinham-se duzentos mil réis desde que provenientes de bens de raiz ou emprego público, nos termos do artigo 27 da Lei 261 de 1841 (BRASIL, [199-i]). As alterações não se limitaram aos requisitos necessários para compor o conselho de jurado. Modificou-se, também, o procedimento de escolha dos juízes de fato (BRASIL, [199-i]). Isso porque, doravante, as listas de jurados não seriam organizadas pelo juiz de paz e o presidente da câmara municipal, autoridades eleitas localmente, mas pelos delegados de polícia, que as enviaria ao juiz de direito, que conjuntamente ao promotor e ao presidente da câmara municipal revisariam a lista elaborada pelo delegado, nos termos dos artigos 28 a 31, da Lei 261 de 1841 (BRASIL, [199-i]). A modificação na forma do processo externalizou-se por meio da extinção do júri de acusação tendo em vista que a decisão judicial quanto à pronúncia do acusado passou a compreender atribuição dos chefes de polícia, delegados, subdelegados e juízes municipais autoridades que se investiam na função por meio de indicação nos termos dos artigos 4º, 17, 49 e 50 da Lei 261 de 1841 (BRASIL, [199-i]). Ainda sobre a restrição ao tribunal do júri ver o Decreto 562 de 2 de julho de 1850 (BRASIL, [199-f]).

pretos qualificados aos quais deveria ser atribuída a função de traduzir os anseios do povo e a confiança para assegurar os direitos individuais consubstanciados pela liberdade e propriedade.

4. O JÚRI NO BRASIL REPÚBLICA: PASSADO E PRESENTE IMBRICADOS NA INSISTENTE BUSCA POR UM DECISOR

Posteriormente, as discussões legislativas quanto à manutenção da instituição do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro compreenderam objeto da Assembleia Nacional Constituinte, que culminaria na instituição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, [199-b]), em 24 de fevereiro de 1891.¹⁵

O citado debate legislativo, seguindo a mesma perspectiva dos anteriores, centralizava-se no pressuposto quanto à existência de um sujeito apto a dizer o direito.

Não se olvida, dessa forma, que a função legislativa brasileira, em 1890 e 1891, debatia a pertinência da permanência da instituição do tribunal júri no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, esse questionamento, problematizando a tentativa de alcance da racionalidade do julgamento pelos jurados, exteriorizava a pressuposição quanto à existência de um sujeito que enunciava a “verdade e a justiça” (VIEIRA, 1926, p. 289) e que, por isso, seria digno do exercício dessa função de aplicar o direito:

Todos que servem no jury [sic] estão nas condições de desempenhar este mister? É muito fácil o exame das provas do crime, quasi [sic] sempre factos [sic] muito complexos? Por conseguinte, de accordo [sic] com uma boa organização judiciaria, a instituição do jury [sic] é inaceitavel [sic], é mesmo, irracional [...] Entre nós ha [sic], talvez, mais correctivos [sic] na legislação para os abusos do jury [sic] do que em qualquer dos paizes [sic] estrangeiros [sic]; temos as appellações [sic] ex-officio em casos especiaes [sic], e recursos, desconhecidos em outras legislações. O juiz que prepara quesitos de proposito [sic] para o jury [sic] responder de modo que elles [sic] não exprimam a verdade e a justiça não é digno de ser juiz, nem mesmo deste nome; mas o que póde [sic] succeder [sic] em taes [sic] casos é que a organização dos quesitos, sendo uma funcção [sic] muito complexa, porque é, realmente difficil [sic] discriminar as questões de Direito das de facto [sic], dahi [sic] resulta que nem sempre podem ser muito claros os quesitos, e o jury [sic] é o menos próprio e competente para interpretal-os [sic] e respondel-os [sic] convenientemente, como reconhecem os grandes processualistas, entre elles [sic] o professor Ferdinando Puglia. (VIEIRA, 1926, p. 289).

15 Reservou-se aos estados-membros a competência legislativa em relação à regulamentação da organização da justiça e da ordem do processo, uma vez que o artigo 34, parágrafo 23, do texto constitucional, atribuiu ao Congresso Nacional a competência para legislar tão somente em relação ao Direito Processual da justiça federal (BRASIL, [199-b]). Com efeito, diante de mencionada previsão constitucional o Código de Processo Criminal (BRASIL, [199-j]) poderia ter sua vigência afastada no que se referia ao julgamento pelos jurados em âmbito estadual. Para tanto, considerava-se que a interpretação do vocábulo “mantida” (BRASIL, [199-b]) previsto no texto constitucional deveria conduzir a manutenção dos elementos essenciais do tribunal do júri. Argumentava-se, nesse sentido, que a regulamentação da decisão judicial proferida por juízes leigos, representantes de seus pares, não poderia conduzir à “introdução de restrições ou embaraços, que possam prejudicá-la” (BARBOSA, 1976, p. 142). Andrei Koerner (2010, p. 203) aponta que, com exceção do Rio Grande do Sul, os estados brasileiros adotaram com algumas modificações a forma de organização judiciária do Brasil Império, perpetuando, dessa maneira, a procedimentalização instituída pelo Código de Processo Criminal (BRASIL, [199-j]).

Por conseguinte, os debates legislativos centralizavam-se no questionamento quanto à pessoa que seria detentora de saber e aptidão para a aplicação do direito. Isso porque, materializando, em parte, as proposições da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, de 1823, preconizava-se o influxo do juiz de direito na função exercida pelos jurados.

Decorrido quase meio século dos debates de 1890 e 1891, as discussões em relação à manutenção da instituição do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte que ensejaria a instituição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, [199-c]), em 16 de julho de 1934, não se modificaria.

Ao contrário, os debates legislativos evidenciam a perpetuação da centralização, quanto à pertinência da manutenção do julgamento proferido por jurados, no questionamento quanto ao sujeito que teria maior aptidão para enunciar o direito.

Seguindo essa perspectiva e externalizando a centralização dos debates legislativos na pressuposição quanto à existência de um sujeito detentor do saber que proclamaria o direito, representando, dessa forma, a consciência da nação, o constituinte Augusto Leite sustentou na Assembleia Nacional Constituinte, em 1934, que:

[...] saem [sic] das multidões os elementos essenciais da vida social nas democracias: sae [sic] do jurado e saé [sic] o eleitor, e é pelas mãos destes que se tem o legislador e o Chefe do Poder Executivo. Plausível é, portanto, **o inferir-se dêsse [sic] asserto que não basta saber lêr [sic], mas saber pensar e saber julgar para que as urnas exprimam a vontade conciente [sic] da Nação.** Está nisso toda a essência da democracia. (LEITE, 1936, p. 375, grifo nosso).

Não se olvida, dessa forma, que a parcela dos constituintes que sustentavam a manutenção do tribunal do júri, inclinando-se a essa pressuposição quanto à existência de um sujeito que seria apto a aplicar o direito, discutia simplesmente quais os crimes seriam de competência do julgamento por jurados (ALEIXO, 1936, p. 412).¹⁶

Associava-se, para tanto, a manutenção do julgamento pelos jurados ao ideal de liberdade e a garantia de direitos (LIRA, 1936a, p. 412), asseverando, dessa maneira, a alteração da legislação de forma a excluir da competência do julgamento pelos jurados tão somente aqueles crimes que pressupunham conhecimento técnico para que a decisão judicial fosse enunciada (ALEIXO, 1936, p. 412).

O que se considerava, portanto, é que a decisão judicial proferida pelos jurados, enquanto sujeitos dotados de aptidão para exortar o direito, compreenderia a “[...] função social da justiça, a que o juiz togado não pode atender, por estar preso aos textos hirtos da lei [...]” (ALOISIO FILHO, 1936, p. 574). E, diante desse pressuposto, a confiança na consciência dos jurados era necessária, por possibilitar o julgamento de acordo com o sentimento vigente à época de sua exortação (ALOISIO FILHO, 1936, p. 574).

As críticas à instituição do tribunal do júri, a seu turno, da mesma maneira, indicavam que os constituintes que a sustentavam pressupunham que o juiz togado (sujeito detentor do saber) teria maior aptidão para julgar, na medida em que dispunha de maior disponibilidade

16 Os registros da Assembleia Nacional Constituinte datados de 1933 e 1934 evidenciam que as discussões em relação à manutenção do julgamento por jurados no ordenamento jurídico brasileiro perpassaram, para os constituintes que entendiam que a instituição deveria ser mantida, pelo debate em relação aos crimes cuja competência de julgamento deveria ser atribuída aos jurados. Nesse sentido, havia a discussão quanto à competência dos jurados para o julgamento dos crimes políticos e de imprensa, conforme sustentado pelos constituintes Pedro Aleixo (1936, p. 412), em sessão realizada em 15 de março de 1934, Pereira Lira (1936b, p. 418-419) e por Juarez Távora (1936, p. 497), em sessão realizada em 16 de março de 1934.

de tempo com o processo e conhecimento técnico, apontando-se, assim, que o juiz de direito seria menos suscetível de influência por “[...] sentimentalismo e pela oratória dos advogados [...]” (SUCUPIRA, 1936, p. 574).

Extraí-se, dessas considerações e conjuntura, portanto, que tanto os constituintes que sustentavam a manutenção do tribunal do júri quanto aqueles que afirmavam ser contrários à sua perpetuação no ordenamento jurídico brasileiro não se desvincularam do ideal quanto ao sujeito que teria maior a aptidão para aplicar o direito.

Ultrapassados três anos dos debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1934, outorgar-se-ia, em 10 de novembro de 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, [199-d]).¹⁷ Ao contrário dos anteriores, esse texto constitucional não instituiu o julgamento por jurados, que somente viria ser regulamentado mediante o Decreto-Lei 167 (BRASIL, [199-h]), em 1938.¹⁸

A confiança que os debates legislativos, anteriores a 1937, indicavam que deveria ser atribuída a um sujeito foi, por meio do referido dispositivo legal, conferida aos jurados que deveriam pronunciar e julgar os crimes indicados no artigo 3º do Decreto-Lei 167 (BRASIL, [199-h]).¹⁹ Para tanto, os juízes de fato deveriam ser selecionados entre “cidadãos que, por suas condições, ofereçam garantias de firmeza [sic], probidade e inteligência” (BRASIL, [199-h]), instituindo-se a manutenção do sigilo da decisão judicial por eles proferida mediante a exortação prevista no artigo 58 do Decreto-Lei 167, de 1938 (BRASIL, [199-h]).

Ainda sob a vigência do referido texto constitucional, foi instituído o Código de Processo Penal (BRASIL, [2021b]), que perpetuou a instituição do julgamento por jurados no ordenamento jurídico brasileiro.

A procedimentalização do tribunal do júri, operacionalizada pelo Decreto-Lei 3.689, instituiu-se por meio dos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal (BRASIL, [2021b]), segundo os quais a verificação da existência de matéria para acusação compreendia competência do juiz de direito, ao passo que a sete jurados atribuiu-se a decisão secreta quanto à existência e autoria do crime (BRASIL, [2021b]). Incumbia-lhes, portanto, a decisão quanto à condenação ou absolvição do acusado, mediante conferência realizada secretamente e pelo julgamento pela maioria dos votos por meio da exortação, segundo a qual enunciariam a justiça, de acordo com a consciência, consoante disposto no artigo 472 do Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL, [2021b]).

Referida normatização seria mantida pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 18 de setembro de 1946 (BRASIL, [199-e]), que por meio do artigo 141, parágrafo 28, preconizava a perpetuação da instituição do júri (BRASIL, 1946).

17 Extraí-se do sítio eletrônico do Senado Federal que o acervo da Subsecretaria de Anais não engloba volumes referentes, entre outros períodos, aos anos compreendidos entre 1936 e 1945, em razão da alternância do regime político e transições da forma de governo, bem como de extravios por ocasião da mudança da capital federal (BRASIL, [199-?]). Por conseguinte, não foi possível pesquisar, a partir dos documentos indicados, os pressupostos que ensejaram a perpetuação da instituição do tribunal do júri no mencionado período.

18 José Frederico Marques (1955, p. 58) destaca que a ausência de previsão no texto constitucional, datado de 1937, em relação à manutenção da instituição do júri, conduziu à interpretação quanto a sua extinção no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, posteriormente, em 5 de janeiro de 1938, com o advento do Decreto-Lei 167 (BRASIL, 1938), que regulamentou o julgamento pelos jurados, argumentou-se que o artigo 183 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 1937), genericamente, declarou que permaneciam em vigor as leis enquanto não fossem revogadas, desde que não contrariassem o texto constitucional (MARQUES, 1955, p. 58).

19 A esse respeito, consultar o Código Penal de 1890.

A despeito da ausência de publicação dos anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1946, a obra de José Frederico Marques (1955), que se compatibiliza com o marco temporal de instituição do citado texto constitucional, externaliza que, ainda naquele tempo, o questionamento quanto à eventual manutenção do tribunal do júri no ordenamento jurídico centralizava-se no pressuposto segundo o qual haveria um sujeito apto a revelar a justiça. Isso porque, preconizava-se “a especialização do juiz criminal, com magistrados no exercício exclusivo da justiça punitiva e devidamente providos de conhecimentos jurídicos e criminológicos [...]” (MARQUES, 1955, p. 47).

Diante das aludidas considerações, o autor destacava, em sua obra, a sustentação segundo a qual a soberania dos vereditos impunha ao tribunal do júri uma deficiência congênita (MARQUES, 1955, p. 51).

Sustentava-se, dessa forma, a impossibilidade de se exigir dos jurados o exercício da função de julgar da mesma maneira que poderia ser exercida pelo juiz penal (MARQUES, 1955, p. 51). Considerava-se, para tanto, que os juízes de fato seriam mais suscetíveis de influências externas face à ausência do conhecimento, “[...] visto que ninguém se improvisa um julgador do dia para noite” (MARQUES, 1955, p. 47). Não desconhecia o autor que mesmo os juízes togados poderiam não ser dotados do mencionado conhecimento, todavia, Marques (1955, p. 51) pressupunha que eles seriam os mais indicados para o exercício da função de julgar “[...] graças à disciplina espiritual que lhe[s] impõe a carreira e os conhecimentos que adquire[m] com o hábito de julgar.” (MARQUES, 1955, p. 51).

Desconsiderava-se com essa proposição, assim como os constituintes desde 1823, que a experiência não conduz à formação do conhecimento, na medida em que os fatos observados tornam simplesmente mais fácil a verificação da proposição e, dessa maneira, o desenvolvimento do raciocínio de maneira circular (POPPER, 2008, p. 35-41). Isso porque, a partir do pensamento dogmático, mantém-se um padrão interpretativo pautado por um modelo fixo relacionado a uma conduta verificacionista, que objetiva aplicar e confirmar leis e esquemas, afastando-se das refutações que se propõem às modificações, correções e até mesmo ao abandono de um determinado modelo interpretativo (POPPER, 2008, p. 80-79).

Traduzindo a perspectiva quanto à necessidade de influxo do sujeito dotado de conhecimento técnico nos julgamentos proferidos pelos jurados, a Assembleia Nacional Constituinte de 1967 concentrou as discussões quanto à eventual manutenção do tribunal do júri no Brasil na problematização da soberania dos vereditos.

O que se extrai dos debates legislativos, nesse sentido, seria a tentativa de racionalização do tribunal do júri a partir de sua instituição enquanto um juízo de primeira instância, em que a decisão judicial dos jurados sujeitar-se-ia à revisão pelo sujeito dotado de conhecimento técnico (CÂMARA, 1969, p. 419). Considerava-se, dessa forma, que a soberania dos vereditos proferidos pelos jurados estaria conduzindo à impunidade e que a possibilidade de alteração da decisão judicial por eles proferida conferiria maior garantia ao julgamento enunciado (CÂMARA, 1968, p. 176).

Referida tentativa de racionalização do tribunal do júri não era unânime entre os constituintes, entendendo parcela deles que a instituição do julgamento por jurados decorria de uma

necessidade social (MOURA, 1968, p. 179).²⁰ E a fim de explicar tal pressuposição, reafirmava-se a idealização, preconizada pelo constituinte Aloisio Filho (1936, p. 574), em 1934, quanto à possibilidade de enunciação da decisão judicial pelos jurados a despeito da correspondência com a previsão legal, sob o fundamento de que os juízes de fato teriam a função de humanização do direito e de aplicá-lo segundo o momento social do julgamento (MOURA, 1968, p. 179).

Diante dessa conjuntura, se o juramento a ser proferido pelos jurados desde 1830 impunha aos jurados a observância à lei ao decidirem, segundo sua consciência, a partir da edição do Decreto-Lei 167, em 1938 (BRASIL, [199-h]), instituiu-se a exortação mediante a qual os juízes de fato, ao enunciarem sua decisão, vincular-se-iam à justiça.

Dessa maneira, se na Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil de 1823 confiava-se na consciência dos jurados, objetivando garantir os direitos individuais consubstanciados pela liberdade e propriedade, doravante preconizava-se a confiança em sua consciência, a fim de assegurar a humanização do direito diante da sustentada impossibilidade de reforma diária das leis.

Permite-se, pois, conjecturar que a vontade e o sentir do jurado passariam a ocupar um *locus* privilegiado, objetivando e sendo imprescindível ao alcance da justiça da decisão judicial.

O ideal apregoadado, desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1934, e incorporado ao texto legal a partir de 1938, indica uma possível aproximação com a proposta de interpretação das previsões legais sustentada pela dogmática do direito livre²¹, na medida em que se afirmava contrária à aplicação esquemática do preceito legal ao julgamento que se encontra pendente (LARENZ, 1997, p. 78). Para tanto, sempre que uma solução não pudesse ser inferida de forma imediata da lei, exigir-se-ia a superação da dedução lógica, o recuo da legalidade e a atribuição ao juiz para julgar a partir de seu sentimento jurídico pessoal (LARENZ, 1997, p. 79-81).

Essa confiança na consciência dos jurados para enunciar a humanização do direito e a justiça a despeito da previsão legal transparece, dessa maneira, uma possível relação com o pressuposto preconizado pelo direito livre, segundo o qual há um direito que, sendo livre, reside na consciência do povo (KANTOROWICZ, 1949, p. 332) e deveria ser proferido nas decisões judiciais pelos juízes leigos, representantes de seus pares. Isso porque afirmava-se a possibilidade de se pronunciar um direito “[...] de acordo com o sentimento da época, do ambiente, o qual pode não corresponder ao pensamento expresso no texto da lei [...]” (ALOISIO FILHO, 1936, p. 574).

Aproximava-se, assim, do ideal de que haveria um direito vigente, conhecido pelo povo, que poderia não se encontrar compreendido no direito estatal, mas que deveria completar ou mesmo derogar as previsões desse direito estatal (KANTOROWICZ, 1949, p. 333-335).

Em consonância às sustentações do movimento do direito livre, as discussões no âmbito da função legislativa brasileira externalizavam, portanto, que deveria ser conferida ao decisor –

20 Nesse sentido, o constituinte Getúlio Moura (1968, p. 179), em sessão realizada em 13 de janeiro de 1967, sustentou: “A instituição do júri existe por uma necessidade social porque não se pode reformar, todos os dias, o texto da Constituição, e interpretar o texto frio da lei significa, muitas vezes, a injustiça. A grande função social do júri é humanizar o texto, é aplicar a regra jurídica de acordo com o momento social que vivemos. Por isso, perdoe-me V. Ex.^a hei de continuar a lutar pela soberania do júri.”

21 Karl Larenz (1997, p. 78) propõe que a expressão direito livre remonta a uma conferência de Eugen Ehrlich, em 1903, em que se sustentou a insuficiência da aplicação esquemática do preceito legal à hipótese que se encontrava pendente julgamento e, por isso, far-se-ia necessário a identificação de critérios de natureza extralegal, a fim de conduzir a investigação do direito. E, assim, o autor complementa que a proposição retomava a sustentação de Oskar von Bülow, segundo a qual a decisão judicial compreenderia uma atividade criadora, acentuando, assim, o sentimento jurídico pessoal do juiz (LARENZ, 1997, p. 79).

na hipótese, os jurados – a confiança para aplicar o direito e a justiça de acordo com o direito vigente na época do julgamento em sua consciência.

Posteriormente, em 1987 e 1988, os debates legislativos, no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, que ensejariam a instituição da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, [2021a]) e a manutenção do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro, não se desvincularam das proposições construídas desde 1823 no Brasil Império.

Perpetuou-se, pois, a pressuposição quanto à democraticidade da decisão judicial proferida pelos jurados por meio da repetição de sustentações de acordo com as quais o julgamento emanado por juízes leigos, representantes de seus pares, seria dotado de aptidão para a garantia de direitos e promoção da justiça (FERNANDES, 1987, p. 204).

Reproduziu-se, para tanto, o argumento segundo o qual a repartição da função de julgar entre os membros do conselho de sentença conduziria à imparcialidade do julgamento, ideal que seria, ainda, reforçado pelo sigilo das votações (FERNANDES, 1987, p. 273). Isso porque considerava-se que por meio do voto secreto os jurados poderiam decidir a despeito das influências externas (FERNANDES, 1987, p. 204).

Ainda diante de considerações segundo as quais o julgamento por jurados compreenderia forma fundamental de participação da sociedade na função judiciária, apregoou-se a ampliação de sua competência para decidir acerca da existência de outros delitos (DAL POZZO, 1987, p. 22). Referida expansão fora proposta acompanhada do ideal de que o aumento da organização judiciária por meio do tribunal do júri proporcionaria “[...] uma resposta mais rápida, mais eficiente e maior confiança na Justiça.” (DAL POZZO, 1987, p. 23).

Assim, a exemplo das discussões legislativas anteriores, reiterou-se a problematização quanto à competência que deveria ser conferida aos juízes de fato.²² Considerava-se, dessa forma, que o julgamento de determinados crimes deveria ser atribuído aos jurados, ao passo que outros, aos juízes de direito, a depender do conhecimento que deveria ser expresso. Reforçava-se, dessa maneira, o pressuposto quanto à existência de um sujeito apto a enunciar a justiça que poderia compreender o juiz togado ou de fato a depender do crime submetido a julgamento.

Exterioriza-se, dessa forma, mais uma vez, que as discussões acerca da perpetuação da instituição do tribunal do júri no Brasil passaram, em que pese os diferentes marcos temporais, pela mesma problematização, isto é, a busca pelo sujeito que seria mais habilitado para aplicar a justiça, partindo-se do pressuposto de que aquele que teria maior aptidão para exortar o julgamento se modificaria de acordo com crime que fosse julgado.

Essa perspectiva, também, sustentada pelos autores da dogmática jurídica, externaliza a ausência de problematização da democraticidade das decisões judiciais proferidas pelos jurados, elegendo-se a convicção²³ como enunciadora da utilidade da manutenção “[...] da vetusta e democrática (certamente, a mais de todas, dada a primazia da atuação do povo, pelos representantes denominados jurados).” (TUCCI, 1999, p. 9).

22 No que se refere às discussões quanto à competência dos jurados para julgamento dos crimes, Darcy Pozza (1987, p. 273), em sessão realizada em 23 de maio de 1987, reforçou a preconização quanto à democraticidade do tribunal, a despeito da indicação do fundamento teórico para tanto, tendo considerado que o julgamento dos crimes de imprensa teria como sujeito mais habilitado o juiz de direito que deteria, segundo o constituinte, a técnica e maior agilidade para o exercício da função.

23 Rogério Lauria Tucci (1999, p. 9), na introdução da obra por ele coordenada, intitulada “Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira”, afirma sua convicção acerca da democraticidade dos julgamentos proferidos pelos jurados.

A opção pela manutenção do tribunal do júri, a partir dessa proposta, olvida, contudo, que a construção do conhecimento científico pressupõe a superação dos subjetivismos e sua correlação com os sentimentos de convicção que não habilita a justificação de um enunciado científico face à impossibilidade de sua submissão a prova (POPPER, 2008, p. 48).

Os pressupostos históricos de instituição do tribunal do júri não se modificariam com a apresentação do Projeto de Lei 4.203, de 2001 (BRASIL, 2001)²⁴, que fora elaborado sob a presidência de Ada Pellegrini Grinover, e apresentava, entre outros membros²⁵, Rogério Lauria Tucci, e que seria, posteriormente, promulgado como a Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008 (BRASIL, 2008).

A composição dos membros da comissão permite entrever que não se problematizaria a pressuposição quanto ao sujeito apto a enunciar a justiça. Isso porque a presidência dos trabalhos fora conduzida pelos autores da dogmática jurídica, que preconizam a instrumentalidade do processo e atribui ao juiz a função de dar completude à lei e a enunciar a justiça.

Evidenciando a adoção das proposições dos autores do anteprojeto, o relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, elaborado por Ibrahim Abi-Ackel, informa que o projeto objetivava “[...] modernizar e simplificar o processo de competência do Tribunal do Júri. Assegura-lhe, ao mesmo tempo, maior eficácia e, sem prejuízo das garantias inerentes ao instituto, dá-lhe conteúdo mais prático, ágil e atual.” (BRASIL, 2001). Reproduzia, assim, a crença quanto à necessidade de se atribuir ao Estado meios de pacificar os conflitos tempestivamente. E sob essa sustentação referidos autores propõem a necessária simplificação dos procedimentos a fim de que se impulsione a celeridade processual e, por conseguinte, a tempestividade da tutela jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 34).²⁶

Desconsidera-se, dessa forma, que as sociedades pluralistas pressupõem uma teoria da processualidade que possibilite “[...] garantir as diferenças (pluralismo) pela igualdade de discutibilidade infinita no espaço da procedimentalidade tecnicamente estruturada segundo os institutos do contraditório, isonomia e ampla defesa.” (LEAL, 2016, p. 142).

Externando, portanto, a opção feita pelos autores que sustentam a dogmática jurídica pela supressão do tempo de teorizar e de deliberar ao invés de se propor a conjecturar processo de instituição, modificação, aplicação e extinção do direito.

24 O projeto apresentado, entre outras modificações no tribunal do júri, propunha a alteração da forma de formulação dos quesitos, a eliminação do libelo-crime acusatório, a ampliação das regras acerca do alistamento de jurados e inovações em relação ao desaforamento (BRASIL, 2001).

25 Compuseram, ainda, a comissão elaboradora do anteprojeto Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco e Sidney Beneti (BRASIL, 2001).

26 A celeridade operar-se-ia por meio da simplificação do procedimento, propondo o projeto de revisão do tribunal do júri que todos os atos deveriam se concentrar em uma audiência, diferentemente, do sistema anterior em que as audiências para o interrogatório do acusado e para a oitiva das testemunhas da acusação e da defesa realizavam-se em momentos diferentes, previa-se, ainda, que nenhum ato seria adiado, salvo quando imprescindível à prova, assim como, o julgamento que somente poderia ser adiado em casos excepcionais a fim de coibir supostos atos protelatórios, instituindo, dessa maneira, a possibilidade de julgamento a despeito da presença do acusado (BRASIL, 2007).

5. CONCLUSÃO

A partir da análise crítica dos debates legislativos que ensejaram a instituição do tribunal do júri é possível afirmar que sua incorporação ao direito brasileiro estava envolta do combate à corrupção, do processo de codificação do direito e do objetivo de garantir os direitos individuais, consubstanciados pela liberdade e propriedade, indicando, pois, a implementação dos pressupostos históricos liberais e a influência do direito vigente nas nações intituladas cultas no ordenamento jurídico do Brasil.

Em contrapartida, o estudo científico dos anais legislativos do Brasil República evidencia a manutenção das convicções e dos questionamentos sustentados, desde o Brasil Império, que, por sua vez, apresentam-se insuficientes à problematização da democraticidade do julgamento proferido pelos jurados, na medida em que não perpassam pelo enfrentamento do pressuposto quanto à existência de um sujeito que seria apto a enunciar a justiça.

Desse modo é que a manutenção do ideal de democraticidade das decisões judiciais proferidas pelo tribunal do júri relaciona-se com os pressupostos históricos de sua instituição no ordenamento jurídico brasileiro, que traduzem o ideal segundo o qual a decisão judicial formalizada por juízes leigos, representantes de seus pares, seria dotada de caráter democrático por, supostamente, representar a vontade popular. É nessa perspectiva que a dogmática jurídica perpetua a convicção quanto à asserção da democraticidade do sistema de julgamento pelos pares que institui a atuação do povo.

REFERÊNCIAS

- ALEIXO, Pedro. Sessão em 15 de março de 1934 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1934]. **Anaes da Assembléa Nacional Constituinte**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. v. 11, p. 357-415. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8167>. Acesso em: 2 out. 2021.
- ALOISIO FILHO. Sessão em 26 de abril de 1934 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1934]. **Anaes da Assembléa Nacional Constiuinte**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. v. 15, p. 485-583. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1934/1934%20Livro%2015.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.
- BARBOSA, Rui. O júri e a independência da magistratura. In: LACOMBE, Américo Jacobina (org.). **Posse de direitos pessoais**. O júri e a independência da magistratura. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 137-306. (Obras completas de Rui Barbosa, 23, t. 3). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/18428/PDF/18428.pdf>. Acesso em: 2 out. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 2 out. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 2 out. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-9-d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-9-e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda substitutiva ao Projeto de Lei nº 4.203, de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007.

BRASIL. **Decreto 562, de 2 de julho de 1850**. Marca os crimes que devem ser processados pelos Juizes Municipaes, e julgados pelos Juizes de Direito. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [199-f]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-562-2-julho-1850-559720-publicacaooriginal-82069-pl.html>. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Decreto de 18 de junho de 1822**. Crêa Juizes de Facto para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa. Brasília, DF: Presidência da República, [199-g]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-18-6-1822-2.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 167, de 5 de janeiro de 1938**. Regula a instituição do Juri. Brasília, DF: Presidência da República, [199-h]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Lei 261, de 3 de dezembro de 1841**. Reformando o Codigo do Processo Criminal. Brasília, DF: Presidência da República, [199-i]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Codigo Criminal. Brasília, DF: Presidência da República, [1830a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htmwww.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Lei de 20 de setembro de 1830**. Dispõe sobre o abuso de liberdade da imprensa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1830b]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Lei de 29 novembro de 1832**. Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [199-j]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111689.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871**. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciaria. Brasília, DF: Presidência da República, [199-k]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4203, de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26553>. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal (Subsecretaria de Anais). **Quem somos**. Brasília, DF: Senado Federal, [199-?]. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/QS_QuemSomos.asp. Acesso em: 2 out. 2021.

CÂMARA, Arruda. [Pronunciamento]. In: BRASIL. Câmara dos Deputados (Secretaria-Geral da Presidência). **Anais da Constituição de 1967**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1969. v. 4, p. 419. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

CÂMARA, Arruda. Sessão em 13 de janeiro de 1967 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Senado Federal (Diretoria de Informação Legislativa). **Anais da Constituição de 1967**. Brasília, DF: Senado Federal, 1968. v. 4, t. I, p. 169-181. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%204.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

CAMPOS, Carneiro de. Sessão em 24 de outubro de 1823 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1823]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de M. J. Pinto, 1880. t. 6, p. 171-185. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Imperio/1823/1823%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

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

CUNHA, Carneiro da. Sessão em 11 de julho de 1840 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Câmara dos Srs. Deputados: terceiro anno da quarta legislatura [1840]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia da Viuva Pinto e Filho, 1884. t. 2, p. 172-192. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/132489/per132489_1840_00001.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

CUNHA, Pereira da. Sessão em 21 de outubro de 1823 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1823]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de M. J. Pinto, 1880. t. 6, p. 150-159. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Imperio/1823/1823%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

CUSTODIO, Angelo. Sessão em 5 de agosto de 1840 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Câmara dos Srs. Deputados: terceiro anno da quarta legislatura [1840]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia da Viuva Pinto e Filho, 1884. t. 2, p. 497-514. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/132489/per132489_1840_00002.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. Seção em 13 de abril de 1987 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (Comissão da Organização e Sistema de Governo. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público). **Ata 1ª Reunião Extraordinária em 13 de abril de 1987**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1987. p. 19-32. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/ComESub.pdf>. Acesso em: 2 out. 2021.

DANTAS, Monica Duarte. Da Luisiana para o Brasil: Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832). **Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas**, [s. l.], v. 52, p. 173-205, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305183808_Da_Luisiana_para_o_Brasil_Edward_Livingston_e_o_primeiro_movimento_codificador_no_Imperio_o_Codigo_Criminal_de_1830_e_o_Codigo_de_Processo_Criminal_de_1832. Acesso em: 2 out. 2021.

DANTAS, Monica Duarte; COSTA, Vivian Chieregati. Regulamentar a Constituição: um novo direito penal e processual para um novo país. Projetos, tramitação e aprovação dos primeiros códigos do Império do Brasil (1826-1832). In: WEHLING, Arno; SIQUEIRA, Gustavo; BARBOSA, Samuel (org.) **História do Direito: entre rupturas, crises e descontinuidades**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 119-164.

FERNANDES, José. Sessão em 8 de maio de 1987 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais). **Ata da 19ª Reunião em 8 de maio de 1987**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1987. p. 199-206. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/ComESub.pdf>. Acesso em: 2 out. 2021.

FERREIRA, Antônio Pedro da Costa. Sessão em 30 de julho de 1832 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Câmara dos Srs. Deputados: terceiro anno da segunda legislatura [1832]. **Annaes do Parlamento brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de H.J. Pinto, 1879. t. 2, p. 122-139. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/132489/per132489_1832_00002.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

GALVÃO. Sessão em 21 de outubro de 1823 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1823]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de M. J. Pinto, 1880. t. 6, p. 150-159. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Imperio/1823/1823%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Imperio/1823/1823%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora UNESP, 2020.

KANTOROWICZ, Germán. La Lucha por la ciência del derecho. In: SAVIGNY, Federico Carlos von; KIRCHMANN, Julio Germán von; ZITELMANN, Ernesto; KANTOROWICZ, Germán. **La ciencia del derecho**. Tradução de Lorenzo Carnelli. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949. p. 325-372.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira 1841-1920**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LEÃO, Carneiro. Relatório apresentado à Assembléa Geral Legislativa na sessão ordinária em 14 de maio de 1833. In: BRASIL. Camara dos Srs. Deputados: quarto anno da segunda legislatura [1833]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de Viuva Pinto e Filho, 1887. t. 1, p. 146-158. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/132489/per132489_1833_00001.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

LEÃO, Carneiro. Sessão em 22 de maio de 1841 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Camara dos Srs. Deputados: quarto ano da quarta legislatura [1841]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia da Viuva Pinto e Filho, 1883. t. 1, p. 208-226. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/132489/per132489_1841_00001.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

LEITE, Augusto. Sessão em 12 de abril de 1934 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1934]. **Annaes da Assembléa Nacional Constituinte**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. v. 14, p. 131-416. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1934/1934%20Livro%2014.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

LIRA, Pereira. Sessão em 15 de março de 1934 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1934]. **Annaes da Assembléa Nacional Constituinte**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936a. v. 11, p. 357-415. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1924/1924_Livro_11.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

LIRA, Pereira. Sessão em 16 de março de 1934 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1934]. **Annaes da Assembléa Nacional Constituinte**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936b. v. 11, p. 415-468. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1924/1924_Livro_11.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

LISBOA, Silva. Sessão em 21 de outubro de 1823 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1823]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de M. J. Pinto, 1880. t. 6, p. 150-159. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Imperio/1823/1823%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

LIVINGSTON, Edward. **A system of penal law for the United States of America**. Washington: Gales & Seaton, 1828. *E-book*.

MAGALHÃES, Moura. Sessão em 27 de maio de 1841 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Camara dos Srs. Deputados: quarto anno da quarta legislatura [1841]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de Viuva Pinto e Filho, 1883. t. 1, p. 290-309. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/132489/per132489_1841_00001.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, José Frederico. **O júri no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do Judiciário no Brasil**. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

MELLO, Paula e. Sessão em 21 de outubro de 1823 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1823]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de M. J. Pinto, 1880. t. 6, p. 150-159. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Imperio/1823/1823%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

MONTAGNOLI, José Américo Silva. **A possibilidade de inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias do judiciário**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) –Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2008.

MOURA, Getúlio. Sessão em 13 de janeiro de 1967 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Senado Federal (Diretoria de Informação Legislativa). **Anais da Constituição de 1967**. Brasília, DF: Senado Federal, 1968. v. 4, t. I, p. 169-181. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%204.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg, Octanny Silveira da Mota. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

POPPER, Karl R. **Conjectura e refutações**. Tradução de Sérgio Batch. 2. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília. 1982.

POZZA, Darcy. Sessão em 23 de maio de 1987 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais). **Ata da 26ª Reunião em 23 de maio de 1987**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1987. p. 255-286. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/ComESub.pdf>. Acesso em: 2 out. 2021.

SUCUPIRA, Luiz. Sessão em 26 de abril de 1934 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1934]. **Annaes da Assembléa Nacional Constiuinte**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. v. 15, p. 485-583. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1934/1934%20Livro%2015.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

TÁVORA, Juarez. Sessão em 16 de março de 1934 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1934]. **Annaes da Assembléa Nacional Constituinte**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, v. 11, p. 415-468. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1934/1934%20Livro%2011.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (org.). **Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7-97.

VASCONCELLOS. Sessão em 28 de agosto de 1827 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Camara dos Srs. Deputados: segundo anno da primeira legislatura [1827]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de Hypolito José Pinto, 1875. t. 4, p. 255-261. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/132489/per132489_1827_00004.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

VERGUEIRO. Sessão em 22 de outubro de 1823 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constituinte [1823]. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Typographia de M. J. Pinto, 1880. t. 6, p. 160-165. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Imperio/1823/1823%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

VIEIRA, João. Sessão em 28 de janeiro de 1891 [Pronunciamentos]. In: BRASIL. Assembléa Constiuinte [1891]. **Annaes do Congresso Constituinte da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1926. v. 3, p. 235-383.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 03/02/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 14/02/2022
- Avaliação 1: 15/02/2022

Beatriz Ribeiro, Bruno Paiva Bernardes e Sérgio Henriques Zandona Freitas

- Avaliação 2: 07/03/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/03/2022
- Retorno rodada de correções: 23/03/2022
- Decisão editorial/aprovado: 02/04/2022

Equipe editorial envolvida

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

SHARENTING: A AUTONOMIA PROGRESSIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PAIS NO AMBIENTE VIRTUAL

SHARENTING: THE PROGRESSIVE AUTONOMY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AS A LIMIT TO PARENTS' FREEDOM OF EXPRESSION IN THE VIRTUAL ENVIRONMENT

LUIZA GABRIELLA BERTI¹
ZULMAR ANTONIO FACHIN²

RESUMO

O escopo da pesquisa é analisar como a exposição de crianças e adolescentes na Internet, em especial nas redes sociais, pelos próprios genitores, fenômeno conhecido como *sharenting*, é limitada pelos direitos da personalidade dos vulneráveis e pela autonomia progressiva destes. O objetivo é realizar uma reflexão no sentido de que em que pese o compartilhamento dos pais envolvendo seus filhos seja uma forma de exercício da liberdade de expressão, isso pode vir a ferir o livre desenvolvimento saudável dos infantojuvenis, sem prejuízo de seus direitos da personalidade, tal como o direito à imagem. O método utilizado é o hipotético-dedutivo e a metodologia é a de revisão bibliográfica, por intermédio da consulta de artigos, livros, notícias e demais materiais já publicados. Como resultado, verificou-se que o *sharenting* fere os direitos de crianças e adolescentes, de forma que estes devem, quando possível, ser consultados acerca da vontade de terem suas imagens e informações publicadas na rede.

Palavras-chave: autonomia progressiva; infância e juventude; internet; liberdade de expressão; *sharenting*.

ABSTRACT

The research theme is consistent in how the exposure of children and adolescents on the internet, especially on social networks, by the parents themselves, a phenomenon known as sharenting, is limited by the personality rights of the vulnerable and their progressive autonomy. The objective is to reflect on the sense that, although the sharing of parents involving their children is a way of exercising freedom of expression, this may harm the free healthy development of children and adolescents, without prejudice to their personality rights, such as the right to the image. The method used is the hypothetical-deductive method, as well as the methodology of literature review, through the consultation of articles, books, news and other materials already published. Finally, it is concluded that sharenting violates the rights of children and adolescents, so that they should, when possible, be consulted about their willingness to have their images and information published on the network.

Keywords: progressive autonomy; childhood and youth; internet; freedom of expression; *sharenting*.

1 Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (Maringá/PR). Advogada. LATTESiD: <http://lattes.cnpq.br/1764345050350544>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5548-2647>

2 Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL) e Ciência Política (UEL). Professor na UNICESUMAR (Programa de Doutorado e Mestrado), UEL e Escola de Direito das Faculdades Londrina. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/8640721822545057>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5514-5547>.

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

GARNICA, Vitor Gabriel; FACHIN, Zulmar Antonio. *Sharenting: a autonomia progressiva de crianças e adolescentes como limite à liberdade de expressão dos pais no ambiente virtual*. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 255-270, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8691>.

1. INTRODUÇÃO

O tema objeto de estudo é o fenômeno *sharenting*, o qual se caracteriza pela superexposição de informações e dados pessoais, incluindo a imagem-retrato, de crianças e adolescentes no ciberespaço, por parte de seus genitores.

A pesquisa em tela está propriamente demarcada no âmbito espaço-temporal, pois tem como marco inicial o Código de Menores de 1979, de modo que se propõe a estudar, primordialmente, a evolução do tratamento no que diz respeito à criança e ao adolescente, até chegar a Constituição Federal de 1988 e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para que se entenda como a exposição da imagem-retrato dos infantojuvenis viola o direito à imagem, além de outros direitos da personalidade.

O trabalho tem como problemática a autonomia progressiva de crianças e adolescentes como fator de limitação à liberdade de expressão dos pais na seara virtual. Por consequência, a hipótese da pesquisa consiste na afirmativa de que a autonomia progressiva de crianças e adolescente é uma limitação à liberdade de expressão dos pais na Internet. Considera que os vulneráveis são os verdadeiros sujeitos de direito, gozando de absoluta prioridade quanto à efetivação de seus direitos e do livre desenvolvimento da personalidade.

A pesquisa está dividida em três tópicos. No primeiro, tópico abordará o avanço da proteção jurídica em torno da criança e do adolescente, os quais, de forma anterior, eram vistos tão somente como objetos do Direito e ganhavam atenção diante de ameaça à “paz social”, ou seja, quando se encontravam em situação irregular. *A posteriori*, passaram a ser titulares dos direitos humanos e, ainda, de direitos especiais, em razão da situação peculiar de constante desenvolvimento. Ademais, desfrutaram de absoluta prioridade quanto à efetivação de direitos pela fase da vida em que estão.

O segundo examinará o fenômeno *sharenting* como fator de violação ao direito à imagem. Considera a imagem-retrato de crianças e adolescentes compartilhada pelos próprios genitores, circunstância própria da Era Digital, especialmente porque as novas tecnologias, sejam de informática ou de comunicação, facilitam a propagação da imagem.

O último tópico analisará a essencialidade da liberdade de expressão, ainda mais em um momento da história humana na qual ela pode ser exercida mais facilmente em razão da Internet. No caso do *sharenting*, os direitos da personalidade de crianças e adolescentes atuam como limite dessa liberdade, com foco na autonomia progressiva destes, com o escopo de garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade e o direito à imagem.

2. DO MENORISMO AO PROTECIONISMO: CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITOS

Nem sempre as crianças e os adolescentes foram tratados com absoluta prioridade tal como atualmente. Antes de o Brasil adotar a doutrina da proteção integral por meio da Constituição Federal de 1988 (art. 227) (BRASIL, 1988), no tocante aos infantojuvenis, prevalecia a

doutrina da situação irregular, a qual tinha como característica trata-los de forma seletiva, ou seja, só passava a ser destinatário da norma quem estivesse “em situação irregular”.

Essa doutrina foi implementada pelo Código de Menores, a Lei nº 6.697, de outubro de 1979 (BRASIL, 1979). Além disso, operava uma política altamente autoritária e repressiva e, o que podia ser observado era que, em regra, esses vulneráveis eram indivíduos que vinham de um núcleo familiar de baixa renda, fomentando, por consequência, a criminalidade e a pobreza no Brasil. Contudo, é importante mencionar que o tratamento pautado no controle social e na vigilância não teve início com o Código de Menores, mas com o chamado Código Mello de Mattos, instituído pela Lei nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927³ (BRASIL, 1927), revogado justamente pelo Código de Menores.

Foi a partir desse contexto que se passou a conhecer e chamar crianças e adolescentes de “menores”, trazendo todo um estigma ligado às políticas de controle social que lhes eram despendidas, remetendo a um passado conturbado em torno dos infantojuvenis, que ainda repercute e está presente tanto no vocabulário da população quanto no de profissionais da área jurídica. Neste campo, sobre o caráter estigmatizador do Código de Menores, Josiane Rose Petry Veronese realiza apontamentos pertinentes:

O Código de Menores de 1979, ao ter como alvo de atenção uma certa categoria de crianças e adolescentes, os que se encontravam em situação irregular, justificava-se como uma legislação tutelar. No entanto, essa tutela enfatizava um entendimento discriminador, ratificava uma suposta “cultura” inferiorizadora, pois implica no resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupos, sobre outros, como a história registrou ter ocorrido e ainda ocorrer com mulheres, negros, índios, homossexuais e outros antes cuidados pela Igreja Católica e instituições privadas (VERONESE, 2013, p. 48).

Não havia distinção entre vítimas e adolescentes infratores. Na linha do caráter tutelar da norma, “a nova ordem acabava por distinguir as crianças bem nascidas daquelas excluídas, estabelecendo uma identificação entre a infância socialmente desvalida e a infância “delinquente” [...]” (SARAIVA, 2009, p. 41).

Fernanda Lima e Josiane Rose Petry Verosene (2012, p. 33) analisam a construção jurídica da menoridade pelo Código de Menores de 1923 e Código de Menores de 1979. As autoras afirmam que crianças e adolescentes pobres, denominados “menores”, não titularizavam direitos, visto que eram considerados como objetos que estavam à disposição do Estado, especialmente do Poder Judiciário, o qual entendia que a internação era uma medida e, mais do que isso, uma solução para o problema da criminalidade e dos conflitos urbanos.

Em contrapartida, deve ser frisado o fato de que no mesmo ano em que o Código de Menores foi publicado (1979), a Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu o Ano Internacional da Criança, situação que surgiu vinte anos após a divulgação da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. O objetivo foi realizar um balanço no sentido de verificar se os direitos das crianças vinham sendo respeitados e efetivados, em especial porque a Declaração supracitada não possuía um caráter vinculante, ou seja, não era obrigatória a sua aplicabilidade, mesmo por parte dos países signatários (LIMA; VEROSENE, 2012).

3 Art. 1º “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo” (BRASIL, 1927).

Após dez anos nasceu a Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança de 1989, promulgada na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, produto de estudos de diversos países ao longo desse período e da necessidade de criação de documentação de vínculo obrigatório, pois percebido que os países continuavam em reiterada violação de direitos desses vulneráveis (SARAIVA, 2009, p. 58). Paralelamente, no Brasil, estava sendo construído um caminho de abertura, novamente, para a democracia, com a busca por maior respeito pelos direitos humanos. Esse fato ajudou diretamente no desenvolvimento de diretrizes voltadas às crianças e aos adolescentes (principalmente, pela atuação de movimentos sociais), com fulcro no entendimento de que se tratam de pessoas em fase de constante amadurecimento.

Em torno de todo esse contexto é que foi elaborada a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, a qual foi adotada pelo texto constitucional brasileiro antes mesmo da divulgação da Convenção das Nações Unidas das Crianças. Assim, “a Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade” (PIOVESAN, 2018, p. 308). Desse modo, “justifica-se a proteção integral e prioridade absoluta pelo fato natural de serem pessoas (a criança e o adolescente) em situação especial, em fase de desenvolvimento” (CONCEIÇÃO JÚNIOR; PES, 2012, p. 36).

Nesse sentido, André Custódio leciona a respeito da inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, aliada à proteção integral da criança e do adolescente, constituindo um novo Direito da Criança e do Adolescente no Brasil:

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do Direito da Criança e do Adolescente interrelacionado os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, que por consequência provocou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos planos, programas, projetos ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re)produzem sobre o contexto sócio-histórico brasileiro (CUSTÓDIO, 2008, p. 27).

A proteção integral da criança e do adolescente foi disposta pela primeira vez no texto constitucional brasileiro, por meio da Constituição de 1988 (art. 227) (BRASIL, 1988). A partir de redação específica por ela trazida, é auferível que se trata de ônus da família, da sociedade e do Estado atuar em conjunto com o fim de dar absoluta prioridade à efetivação de seus direitos, que lhe são outorgados também como uma forma de continuidade à valorização da infância⁴. Vale ressaltar que essa doutrina foi devidamente adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990).

Não obstante, essa diretiva também pode ser vislumbrada quando previsto, pela Lei Maior, que a infância é um direito social (art. 6º) e, ainda, na parte da assistência social, que será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e que esta tem por objetivos, dentre algumas hipóteses, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e o amparo às crianças e adolescentes carentes (art. 203, incisos I e II) (BRASIL, 1988).

4 De acordo com o art. 1º da Convenção dos Direitos da Criança de 1989: “Para efeito da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes” (BRASIL, 1990).

Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente são responsáveis para que o ordenamento jurídico nacional possua um olhar diferenciado no que diz respeito aos vulneráveis, desde a primeira infância até a adolescência, mormente no campo das políticas públicas. Neste ponto específico, o Brasil tornou-se um dos países precursores da América Latina, no que tange à existência normas mais humanistas e progressistas em torno do tema, tendo em vista que crianças e adolescentes encontram-se em constante desenvolvimento e amadurecimento da personalidade, por meio da desenvoltura das searas física, intelectual, psíquica, espiritual e moral. A respeito do pioneirismo do Brasil no que concerne à mudança aparente e profunda na seara da Infância e Juventude, primordialmente quanto a sua organização, Alessandro Baratta assevera que:

Parece-me que também neste caso o Estatuto do Brasil tem dado um direcionamento para a revisão da práxis predominante até agora na América Latina, e também em todo o mundo. Se observamos a estrutura administrativa do direito juvenil em quase todos os países da América Latina, onde ainda existe ou existiu a confusão entre abandono e transgressão, vemos também que essa se encontra acompanhada de uma centralização muito presente quanto à organização dos direitos das crianças e das instâncias encarregadas tanto de aplica-los quanto administrá-los. O Estatuto é profundamente inovador porque introduz a instância do município e a instituição de conselhos tutelares compostos por pessoas não nomeadas hierarquicamente pelo poder central, mas que emanam diretamente dos eleitores a nível municipal. E também o Estatuto indica uma ideia muito importante nesse desenvolvimento: a ideia da participação da comunidade civil (BARATTA, 2007, p. 22-23).

Essa perspectiva em torno da doutrina da proteção integral e da absoluta prioridade acerca da infância e da adolescência está atrelada tanto ao cotidiano desses indivíduos (no tocante à atenção social básica, por meio de políticas públicas voltadas ao fim específico) quanto às situações especiais vividas por eles. Neste sentido, deve-se considerar que suas características sociais, psíquicas, morais, intelectuais, endócrinas, motoras e constitutivas são diferenciadas, se comparadas com a de um adulto que já possui todas as esferas formadas. Daniela Richter, Gustavo Oliveira Vieira e Rosane Mariano da Rocha Barcelos Terra (2012, p. 61-62) frisam que “o que se quer demonstrar é o respeito à realidade peculiar em função da idade, e do processo contínuo de transformação e de vulnerabilidade. É essa fragilidade que autoriza o rompimento ilusório do princípio da igualdade entre adultos e menores de idade”.

Como se sabe, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu direitos fundamentais especialmente voltados às crianças e adolescentes. Isto ocorreu em virtude de eles necessitarem de atenção especial diante de todas as peculiaridades mencionadas. Dentre os direitos próprios que são tutelados pelo Estatuto, está o direito ao respeito (art. 17)⁵ (BRASIL, 1990). Desse modo, o Estatuto cumpre com sua missão.

Consoante as lições de Bruna Barbieiri Waquim (2015, p. 197) a proteção da imagem de crianças – e pode-se incluir a de adolescentes –, se torna ainda mais preocupante quando se observa, empiricamente, o comportamento de genitores e da sociedade em geral nas redes sociais, com flagrante superexposição e abuso na veiculação das imagens de infantes sob o pretexto de homenagem ou comicidade.

5 Art. 17. “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais” (BRASIL, 1990).

É justamente sobre o tema em questão que o próximo tópico se debruçará. Isto é: a superexposição de crianças e adolescentes pelos próprios genitores, enquanto fenômeno decorrente do momento atual, ou seja, da Era da Informação. O *sharenting* é um hábito que pode gerar consequências graves aos infantojuvenis, em relação ao seu desenvolvimento saudável ou a ocorrência de outros acontecimentos de maior gravidade.

3. A SUPEREXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTE PELOS GENITORES COMO FATOR DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM NA ERA DIGITAL

O ser humano está vivendo um momento peculiar da história, principalmente com o desenvolvimento das mídias sociais. O uso da Internet e a expansão dos meios de comunicação e de informática também tem contribuído para a criação dessa realidade cada vez mais intensa.

O ambiente virtual promove o exercício e a proteção de uma gama de direitos fundamentais, mas também pode se constituir no espaço violador desses direitos. Nesse sentido, Roberto Senise Lisboa e Danilo Fernandes Christófaros (2018, p. 16) pontuam que “embora seja marcada por essa liberdade de criação, edição e propagação de informações, não se pode confundir a Internet com um ambiente isento de regras, onde tudo pode sem disso resultar nenhuma consequência”. Acrescente-se a velocidade da rede – apesar de, a depender do ponto de vista ser um fator positivo –, também gera impactos penosos aos direitos humanos, assim como a falta de consciência a respeito das consequências do armazenamento de dados nesse ambiente.

Essas violações, além de atingirem a população sob um aspecto geral, também ofendem outros grupos que são vulneráveis fora da seara virtual e que, dentro dela, são alvos ainda mais fáceis de ofensas a direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, das próprias crianças e adolescentes e do seu direito à imagem. E o mais preocupante é quando esse dano surge a partir de ações dos genitores, que deveriam zelar pelo bem-estar de seus filhos, fenômeno que ganhou o nome de *sharenting*. Essa expressão surgiu das junções das palavras originárias da língua inglesa *share* (compartilhar) e *parenting* (ligado ao exercício da parentalidade).

O *sharenting* consiste “na prática dos pais (ou responsáveis legais em geral) compartilharem dados pessoais da vida dos filhos menores de idade em ambientes de socialização ou perante terceiros, especialmente nas redes sociais” (BOLESINA; FACCIN, 2021, p. 211), incluindo, por consequência, a imagem de crianças e adolescentes nas mídias sociais sem que haja consentimento para tanto, sem prejuízo, por óbvio, de violações a outros direitos, tais como os direitos à privacidade, à intimidade, à extimidade e, até mesmo, o de autoafirmação informativa.

Um exemplo a respeito disto são as *webcelebridades*, que criam contas em diversas mídias – tais como o *Instagram* e o *Facebook* –, e as administram sem que o filho sequer tenha nascido, fomentando a espetacularização em torno do nascituro, o qual, somente anos após, terá real compreensão acerca dos efeitos que um crescimento à luz dos usuários online lhe acarretou.

Não se deve esquecer dos *youtubers* mirins, muitos dos quais se tornam a fonte de renda do núcleo familiar. Ou seja, a busca por fama mediante os meios digitais realiza verdadeira reorganização na mente dos indivíduos, isto porque faz com que sempre procurem se exhibir e relatar minuciosamente os fatos que dizem respeito a sua vida pessoal. A despeito disso, é compreendido que a vida em si é capaz de ser midiaticizada, seja para fins patrimoniais, aliás, apenas pelos famosos *likes*. Nesse liame, quase tudo o que diz respeito à pessoa e a constrói, como a sua personalidade, seus fatos pessoais, seu ciclo social, sua rotina e convicções são “virtualizados” com o auxílio da própria imagem e de outros recursos audiovisuais (sejam todos esses separados ou juntos), no intuito de mostrar uma vivência que, na realidade, pode não existir da forma como é contada, visto que fruto de uma narrativa.

Luis Ordóñez Pineda e Stefany Calva Jiménez (2020, p. 117) ressaltam que essa prática é considerada um perigo potencial porque as informações veiculadas pelos pais são constantes e excessivas, mostrando cada ação dos filhos, onde estudam, vão passear ou quais são seus gostos. Isto é, todo tipo de informação capaz de individualizar uma pessoa, que deve permanecer na esfera privada⁶. Apesar de os pais, muitas vezes, estarem agindo com boa-fé quanto ao compartilhamento de informações e dados pessoais de seus filhos nas redes sociais, além de estarem no próprio exercício da sua liberdade de expressão, o fato é que essa exposição pode gerar consequências negativas aos vulneráveis, especialmente porque as pessoas não têm conhecimento sobre o real funcionamento da seara virtual e se esquecem, sobremaneira, que uma de suas principais funções é o armazenamento de dados.

Aponta-se, ainda, para o fato de que a superexposição fere até mesmo a construção da própria identidade de crianças e adolescentes, que também passa a ser edificada no ambiente virtual. “Cabe asseverar que para além da construção da identidade física, na era da informação os sujeitos desenvolveram uma identidade virtual, haja vista que identidade é formada por todas as qualidades que representam a si mesmo e perante os outros” (BONNA, 2020, p. 22).

Dando concretude aos perigosos sinalizados, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos divulgou, no final do ano de 2020, que a exposição de crianças e adolescentes na Internet ocupa a quinta posição no *ranking* do Disque 100, sendo que o levantamento sobre a violação virtual, levando em consideração o local no qual ocorreu, inclui casos de pedofilia, *cyberbullying* e pornografia infantil. Apesar de esse levantamento ser preocupante, evidente que os casos de violações, possivelmente, devem ser mais comuns do que se imagina ou registra, de forma que muitos sequer chegam às fontes governamentais. O Safer Net Brasil, em 2018, contabilizou que o país registrou um total de 133.732 queixas de delitos virtuais, sendo esse percentual maior em 110% do que no período anterior; a principal ofensa acusada foi a pornografia infantil. O *The New York Times*, no ano de 2019, notificou que empresas vinculadas à seara da tecnologia registraram mais de 45 milhões de fotos e vídeos online de conteúdo relacionado a abuso sexual de crianças, ultrapassando o dobro da temporada anterior (BRASIL, 2020).

A proteção da imagem desse público é de cristalina essencialidade, em especial diante dos meios atuais potencializadores de violação do direito em tela, vindo a causar danos que podem impactar não apenas a fase atual dos infantojuvenis, mas acompanhá-los por toda a

6 No original: “Esta práctica se la considera como un potencial peligro debido a que la información publicada por los padres es constante y excesiva, mostrando cada accionar de sus hijos, como el lugar donde estudian, a dónde se van de paseo o cuáles son sus gustos. Es decir, todo tipo de información capaz de individualizar a una persona, la cual debería permanecer en la esfera de lo privado” (PINEDA; JIMÉNEZ, 2020, p. 117).

sua caminhada, mormente porque se encontram em fase crucial de amadurecimento do ser, pois, como elucida Zulmar Antonio Fachin (1999, p. 50) “a imagem do homem, este ocupante de um espaço que já não lhe pertence, acompanha-o na aventura da vida, sendo manifestação de sua própria personalidade, do seu ser”. Deste modo, “o direito à proteção da imagem é um dos componentes essenciais do desenvolvimento pessoal. Pressupõe principalmente o direito do indivíduo de controlar o uso dessa imagem, incluindo o direito de recusar a publicidade” (KISS, 2017, p. 167, tradução nossa)⁷.

A despeito do supracitado, o direito à imagem é tutelado na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental (art. 5º, incisos V e X) (BRASIL 1988) e, igualmente, como um direito da personalidade pelo Código Civil (art. 20) (BRASIL, 2002). Neste seguimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente também se preocupou em proteger a imagem quando dispõe acerca de direitos fundamentais específicos para crianças e adolescentes, sobretudo quando trata do direito ao respeito, o qual, dentro outros aspectos, sinaliza pela preservação da imagem dos infantojuvenis (art. 17) (BRASIL, 1990).

Amanda de Cássia Pereira Coutinho (2019, p. 36) assevera que, estando os pais vinculados a observarem o melhor interesse de seus filhos e, não sendo a superexposição um fator de contribuição ao desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, medidas devem ser tomadas pelos legisladores para tutelar não somente o direito à imagem, mas também a intimidade e a vida privada dos vulneráveis:

Se os pais se encontram vinculados ao superior interesse do menor, e se as partilhas de imagens e da intimidade não se compatibilizam para o crescimento saudável, não nos restam dúvidas de que medidas necessitam ser tomadas pelos legisladores para que momentos da intimidade possam ser preservados, estando em causa, não apenas, a violação do direito à imagem, como também ao direito a reserva da intimidade da vida privada e familiar do menor (COUTINHO, 2019, p. 36).

Vale ressaltar que o Poder Legislativo tem produzido leis com o objetivo de normatizar o espaço virtual. Como exemplos, podem ser mencionadas a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (BRASIL, 2014), que instituiu o Marco Civil da Internet e Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018), denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Nesse sentido, a LGPD delibera que crianças de até 12 anos de idade incompletos devem ter consentimento parental ou do responsável legal quanto ao tratamento de seus dados pessoais (§ 1º, art. 14) (BRASIL, 2018), diferentemente dos adolescentes, quanto qual é omissa.

Isabella Henriques, Marina Pita e Pedro Hartung (2021, p. 212-213) entendem que a ausência legal sobre o tratamento de dados pessoais dos adolescentes necessita de interpretação à luz da doutrina da proteção integral e da absoluta prioridade, bem como do melhor interesse, que já é abrangido pela lei. Apesar disso, defende que a aplicação do Código Civil nessa hipótese com o intuito de garantir os direitos dos adolescentes. A proteção de dados é entendida como espécie de contrato civil, de modo que os pais ou responsáveis legais de adolescentes que possuem até 16 anos devem consentir para o tratamento de dados pessoais, destacadamente e em específico. Por outro lado, defendem que quanto aos que têm 16 anos completos até os 18 anos de idade é necessário o consentimento tanto dos genitores quanto do próprio jovem.

⁷ No original: “The right to the protection of one’s image is thus one of the essential components of personal development. It mainly presupposes the individual’s right to control the use of that image, including the right to refuse publication” (KISS, 2017, p. 167).

Deve ser frisado que, assim como denotado por Stacey B. Steinberg (2017, p. 846, tradução nossa)⁸, a mídia social digital oferece aos pais muitos benefícios positivos. Quando os pais compartilham no *Facebook* ou em *blogs* sobre a vida de seus filhos, eles são capazes de se conectar com amigos e familiares, muitas vezes, recebendo *feedback* positivo, sentindo-se apoiados em sua decisão de compartilhar informações sobre suas vidas e a vida de seus filhos. Outrossim, os genitores podem utilizar as redes sociais com o escopo de demonstrar afeto para com os filhos, uma forma benéfica de ajudar no seu crescimento, bem como ensiná-los maneiras de usar Internet a fim de favorecê-los, seja no âmbito pessoal ou futuro profissional.

Posto isto, a exibição dos filhos nas redes sociais deve ser feita de modo ponderado e consciente, de maneira que é de incumbência dos genitores prezar por criá-los em uma esfera saudável, conduzidos pelo melhor interesse da criança e do adolescente, pela parentalidade responsável e, sobretudo, pela dignidade da pessoa humana (BERTI; FACHIN, 2021, p. 107).

O equilíbrio entre a superexposição de crianças e adolescentes no universo virtual está na compatibilização da responsabilidade parental, ou seja, os deveres que os pais possuem para o cuidado, bem-estar e os demais ônus que lhe são inerentes em relação aos filhos, com a autonomia progressiva da criança e adolescentes, os quais, em que pese não podem ainda exercer os seus direitos fundamentais com total independência, devem os exercê-los de forma gradual, justamente com o objetivo de formação favorável da sua personalidade, para se tornarem cidadãos sociais e políticos em um futuro breve. Desse modo, o próximo tópico analisará propriamente a harmonia que deve haver entre essas searas.

4. A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE PARENTAL E AUTONOMIA PROGRESSIVA COMO LIMITAÇÃO À SUPEREXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELOS PAIS NA INTERNET

A imagem é um dos direitos mais destacados da pessoa humana, devendo ser protegida em benefício de crianças e adolescentes. Sua importância se torna ainda maior, em face do desenvolvimento dos meios de comunicação e informática e do surgimento e a popularização da Internet.

Com apenas um “clique”, a figura física de alguém é vinculada nas mídias sociais ou no ciberespaço de uma forma geral, sem que se tenha consentimento do seu titular para o fazê-lo. Além do mais, não é atípico que os próprios titulares desse direito se exponham, no exercício da autoafirmação, e tenham a sua imagem coletada por terceiro mal-intencionado que pretende utilizá-la para um fim diverso. “Nesse contexto de ambiente virtual cada vez mais acessível e integrante da vida das pessoas, o direito à imagem enfrenta uma época de forte exposição” (GOMES, 2019, p. 111).

8 No original: “Social media offers parents many positive benefits. When parents share on Facebook or blog about their children’s lives, they are able to connect with friends and family, often receiving validating feedback, and in return, feeling supported in their decision to share information about their lives and the lives of their children” (STEINBERG, 2017, p. 846).

Por outro lado, importante ressaltar que o ambiente virtual também é um espaço local no qual há grande promoção dos direitos fundamentais, dentre eles, a liberdade de manifestação do pensamento. Sobre o papel da liberdade de manifestação do pensamento na democracia, Michela Manetti pontua que:

A liberdade de expressão vem como pedra angular da democracia, compreendida como sistema aberto e transparente de comunicação entre a sociedade civil e o Estado: foi-se a época da repressão do pensamento individual e abrem-se os questionamentos sobre os procedimentos e as regras necessárias a fim de permitir a circulação e o conflito de ideias (MANETTI, 2013, p. 66).

A liberdade de manifestação do pensamento é tutelada como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, sendo vedado o anonimato (art. 5º, inciso IV)⁹. Ainda, em capítulo voltado à comunicação social (Capítulo V), restou vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (parágrafo 2º do art. 220)¹⁰ (BRASIL, 1988). Por outro lado, é bastante frequente, no âmbito da Internet, haver colisões de direitos fundamentais, visto que nesse ambiente as pessoas se sentem mais livres para se expressarem sobre os mais diversos temas. O *sharenting*, fenômeno que foi trabalhado no tópico anterior, traz à tona um grande e importante embate em torno da liberdade de expressão dos próprios pais, enquanto usuários da rede, e dos direitos fundamentais dos filhos (com ênfase no direito à imagem), ou seja, crianças e adolescentes que se encontram sob a responsabilidade dos genitores.

Sobre isto, Bruna Barbieri Waquim (2015, p. 202), ao lecionar sobre a titularidade dos direitos da personalidade e o direito à liberdade de expressão dos pais, lembra que a postagem de fotos do cotidiano familiar tem sido uma realidade dos usuários das mídias sociais, sendo várias as motivações para tal comportamento, seja como forma de comunicação do cotidiano à pessoas próximas ao seu ciclo social, estratégica de *marketing*, ou, ainda, um jeito moderno de afirmação e validação dos papéis parentais e de experiências vivenciadas nesse contexto. Como resultado do exibicionismo, “a partilha de momentos vividos numa rede social, e a conseqüente espera de *likes*, ainda que por um grupo restrito de pessoas, satisfaz apenas o desejo daquele que publica”, neste caso, “um desejo de aprovação dos pais que, muitas vezes, se diverge do superior interesse da criança” (COUTINHO, 2019, p. 28).

Além do debate acerca do conflito entre os direitos de ambos (pais, de um lado, e crianças e adolescentes, de outro), o tema também amplia o questionamento a respeito dos limites do poder familiar e como ele deve ser exercido pelos pais. Vale ressaltar que os pais não são proprietários dos filhos, sendo estes pessoas autônomas e com os mesmos direitos da personalidade que são tutelados aos genitores, com a diferença de que estão em fase da vida que não podem e não conseguem (até mesmo por falta de maturidade) exercê-los de modo totalmente autônomo, necessitando do auxílio dos pais para os atos da vida civil. Assim sendo, para Rolf Madaleno, o conteúdo da responsabilidade parental inclui:

Como dever prioritário e fundamental, devem os genitores antes de tudo, assistir seus filhos, no mais amplo e integral exercício de proteção, não apenas em sua função alimentar, mas mantê-los sob a sua guarda, segurança e companhia, e zelar por sua integridade moral e psíquica, e lhes conferir

9 Art. 5º. “[...] Inciso IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (BRASIL, 1988).

10 Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, 1988).

todo o suporte necessário para conduzi-los ao completo desenvolvimento e independência, devendo-lhes os filhos a necessária obediência (MADALENO, 2021, p. 749).

Nesse sentido, o poder familiar dos pais em relação aos filhos deve sempre observar o melhor interesse dos vulneráveis e, como bem frisa Miguel Cillero Bruñol (2007, p. 135)¹¹, o melhor interesse da criança deve ser harmonizado com uma concepção de direitos humanos, como faculdades que permitem se opor aos abusos do poder e superar o paternalismo que tem sido tradicionalmente usado para regular as questões relacionadas à infância. Portanto, os pais precisam levar em consideração o fato de que o poder parental em relação aos filhos não é ilimitado, de tal forma que crianças e adolescentes não são uma extensão dos genitores, mas sim seres humanos que devem ser individualmente considerados, com características, peculiaridades e personalidade única, sendo que a imagem é um dos fatores capazes de refletir toda essa unicidade ao mundo.

O Direito tem evoluído no sentido de garantir que pessoais vulneráveis sejam ouvidos. Nessa perspectiva, está consolidado o entendimento de que a vontade dos absolutamente incapazes (art. 3º do Código Civil) (BRASIL, 2002) é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento para tanto (Enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil) (CJF, [2005]). Ademais, no que tange à colocação em família substituta, que poderá ocorrer mediante guarda, tutela, ou adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que, em relação ao maior de 12 anos de idade, será necessário seu consentimento, a ser colhido em audiência (BRASIL, 1988). Seguindo essa linha, Bruna Souza Paula e Bleine Queiroz Caúla destacam a essencialidade de escutá-los para assegurar a autonomia da criança e do adolescente e respeito ao livre desenvolvimento da sua personalidade:

De certo que o processo de desenvolvimento ocorre à proporção que há o aperfeiçoamento das habilidades e competências, através da obtenção de novas capacidades adquiridas no tempo e no ritmo de cada criança, dependendo de influências internas e externas. Dessa forma, exige-se, em respeito a sua personalidade e decorrente a sua autonomia, a obrigação dos pais de ouvir seus filhos, ainda na fase criança ou adolescente, antes de tomar uma decisão que lhe afete e outras manifestações de respeito à personalidade como o livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, o âmbito da melhor educação (PAULA; CAÚLA, 2013, p. 17).

Mesmo que o diálogo entre pais e filhos seja fundamental para a própria criação e, sobretudo, ao amadurecimento e à construção da personalidade de crianças e adolescente, é de se supor que nem todos os genitores têm em mente tal pensamento, seja porque ainda possuem a ideia de que a responsabilidade parental deve ser exercida com autoritarismo ou, talvez, porque a eles seja mais importante suas próprias vontades e opiniões do que a dos filhos. Sobre isso, Valéria Silva Galdino Cardin e Marcela Gorete Rosa Guerra Gurginski (2016, p. 169), ao promoverem estudos acerca dos reflexos da crise do Direito Liberal da atualidade quando do exercício da parentalidade responsável, observam que há um distanciamento palpável do ser humano da política, do campo da autorrealização, além do próprio convívio pacífico, amigável

11 No original: "En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia" (BRUÑOL, 2007, p. 135).

e solidários com os seus semelhantes. De tal forma que, inevitavelmente, isto repercute nas relações familiares, as quais podem não se atentar ao real sentido da afetividade, assim como da parentalidade responsável, da solidariedade familiar e da dignidade humana.

Vale observar, ainda, que o culto ao capital, isto é, o “ter” em detrimento do “ser” e, igualmente, do individualismo, afeta diretamente as relações entre as pessoas, inclusive o núcleo familiar. Desse modo, por meio do *sharenting* os pais, muitas vezes, não se atentam às consequências negativas que causarão aos filhos quando das exposições de sua imagem nas mídias, tendo em vista que, em muitos casos, estão mais preocupados com a quantidade de “likes” que receberão em suas postagens do que, de fato, com o melhor interesse dos que estão sob seus cuidados. “Assim, não é demasiado afirmar que o *sharenting* é uma prática de extimidade, a qual, todavia, ao invés de jogar exclusivamente com a própria intimidade, também o faz com a privacidade familiar ou dos filhos” (BOLESINA; FACCIN, 2021, p. 211). Neste seguimento, crível que o *sharenting* não somente fere o direito à imagem de crianças e adolescentes, mas também outros direitos da personalidade, tais como o direito à intimidade e à privacidade. Ainda, pode-se falar em transgressão ao chamado direito à extimidade, o qual, segundo Iuri Bolesina e Tássia A. Gervasoni (2019, p. 11-12) pode ser definido como:

Por direito à extimidade sugere-se a faculdade que se tem de usufruir positivamente de informações da própria intimidade em ambientes de sociabilidade, por meio da sua exposição voluntária, sem a intenção consciente de tornar a informação veiculada pública, visando a emancipação e/ou empoderamento³⁵. Em termos práticos é o poder de controlar essas informações perante terceiros que, sob as justificativas de espaço público ou autoexposição, pretendam utilizá-las ou efetivamente utilizem-nas. Agora, aquilo da intimidade que se mostra nas redes sociais não é mais íntimo, mas também não é público: é éxtimo (BOLESINA; GERVASONI, 2019, p. 11-12).

Não se quer dizer, contudo, que os pais sempre agem de má-fé e com a ausência do sentimento de preocupação em relação aos filhos (e com falta de responsabilidade parental), até porque o ciberespaço e as redes sociais são um universo que está intrínseco à vida das pessoas e, aliás, o núcleo da sociedade atual transpassa pela disseminação de informações, ganhando o nome de Sociedade da Informação. Se distanciando da ideia que beira ao narcisismo, a divulgação de imagens dos filhos pode, comumente, ser uma forma de demonstração de amor e afeto por meio das mídias.

O poder parental é um poder-dever vinculado aos genitores, de forma que, na prática, a eles caberá a decisão sobre grande parte da vida dos filhos, enquanto estiverem sob a guarda e seus cuidados. Nesse contexto, a pesquisa busca refletir sobre a importância de se escutar da criança e adolescente em face das escolhas e tomadas de decisões que lhes dizem respeito diretamente, já que influenciam sua vida e no seu crescimento. “São estes atos que muitas vezes tornam o menor de idade alvo de investidas mercadológicas, *cyberbullying* ou até mesmo de pedófilos” (PEREIRA, 2015, p. 4), razões pelas quais há necessidade de maior cuidado quanto à veiculação da imagem física e outros fatores de identificação desses indivíduos na Internet e, primordialmente, nas redes sociais.

Além dos cuidados que são indispensáveis quanto à utilização da Internet pelas próprias crianças e adolescentes, como o uso de aplicativos de controle parental, o zelo também deve partir dos próprios genitores no tocante ao que é postado no mundo digital, sendo de alta rele-

vância o diálogo no núcleo familiar com o intuito de que os vulneráveis se posicionem, quando possível, sobre a sua exposição na rede.

Contata-se, portanto, que a liberdade de manifestação dos pais deve sofrer restrições em face dos direitos de crianças e adolescentes, inclusive no plano da esfera digital. As relações desenvolvidas no âmbito virtual potencializam a violação de direitos da personalidade, em especial do direito à imagem, devendo os responsáveis legais zelarem pelo bem-estar dos filhos.

5. CONCLUSÃO

A partir do estudo em comento, demonstrou-se que houve transformação profunda em torno da proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.

Desde a concepção da ideia de “menor” até a consolidação da doutrina da proteção integral, o direito da criança e do adolescente experimentou significativa evolução. Na base normativa dessa nova realidade estão a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O *Sherenting*, superexposição da criança e do adolescente na Internet, promovido pelos próprios genitores, tem se constituído em um fenômeno causador de violações a direitos da personalidade, em especial, do direito a imagem.

A exposição reiterada de crianças e adolescente no ciberespaço, com foco nas mídias sociais, causa grave ofensa aos seus direitos, em especial, o direito à imagem. O compartilhamento massivo é feito por parte dos próprios pais e responsáveis legais, que são aqueles que devem prezar pelo bem-estar e melhor interesse dos filhos, pois, em virtude da fase da vida que se encontram e não possuem autonomia suficiente para exercê-los sem a representação ou assistência dos genitores.

Verificou-se que nem sempre tal compartilhamento é feito de má-fé, até porque a parentalidade também passa a ser exercida por meios virtuais. Considerando postam a vida pessoal na *web*, como parte do exercício da liberdade de expressão, os genitores precisam ter consciência de que a exposição deve ser feita de forma salutar, sempre prezando pelo que é mais benéfico aos filhos.

O compartilhamento da imagem dos filhos na Internet é um hábito negativo, podendo resultar em consequências grave que influenciam no desenvolvimento de crianças e adolescentes. A exposição feita pelos pais, como parte da liberdade de expressão, sofre limitação, primordialmente pelos direitos da personalidade dos filhos, com foco no direito à imagem.

Por fim, é preciso reconhecer que a responsabilidade parental e a autonomia progressiva atuam como limitações à superexposição de crianças e adolescentes pelos pais no espaço virtual, protegendo os seus direitos da personalidade, especialmente, o de imagem.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. Democracia y derechos del niño. **Justicia y derechos del niño**, Santiago, n. 9, p. 17-26, 2007. ISBN 978-92-806-4182-0. Disponível em: https://ceja.cl/bitstream/handle/2015/3361/Justicia_y_derechos_9.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=17. Acesso em: 7 ago. 2021.
- BERTI, Luiza Gabriella; FACHIN, Zulmar Antonio. *Sharenting*: violação do direito de imagem das crianças e adolescentes pelos próprios genitores na Era Digital. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v. 7, n. 1, p. 95-113, 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/7784/pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.
- BONNA, Alexandre Pereira. Dados pessoais, identidade virtual e a projeção da personalidade: “profiling”, estigmatização e responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Responsabilidade civil e novas tecnologias**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 19-38.
- BRASIL. **Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Brasília, DF: Presidência da República, [1979]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em: 12 jul. 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, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 9 ago. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 9 ago. 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 4 ago. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 4 ago. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Exposição de crianças e adolescentes na internet ocupa 5ª posição no ranking do Disque 100**. Brasília, DF: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, [2020]. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/novembro/exposicao-de-criancas-e-adolescentes-na-internet-ocupa-quinta-posicao-no-ranking-de-denuncias-do-disque-100>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- BOLESINA, Iuri; FACCIN, Talita de Moura. A responsabilidade civil por *sharenting*. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, p. 208-229, 2021. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/285>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tássia A. Responsabilidade civil por violação do direito à intimidade. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 5., 2019, Santa Maria. **Anais [...]**. Santa Maria: UFSM, 2019. p. 1-17. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/5.7.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2021.
- BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. **Justicia y Derechos del Niño**, Santiago, n. 9, p. 125-142, 2007. Disponível em: https://ceja.cl/bitstream/handle/2015/3361/Justicia_y_derechos_9.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=17. Acesso em: 7 jul. 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GURGINSKI, Marcela Gorete Rosa Guerra. Dos reflexos da crise do direito liberal da atualidade quando do exercício da parentalidade responsável. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v. 2, n. 1, p. 165-181, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/870/865>. Acesso em: 2 jul. 2021.

CONCEIÇÃO JÚNIOR, Hermes Siedler; PES, João Hélio Ferreira. Os direitos das crianças e adolescentes no contexto histórico dos direitos humanos. In: PES, João Hélio Ferreira (coord.). **Direitos humanos: crianças e adolescentes**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 19-42.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). III Jornada de Direito Civil. **Enunciado 138**. A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto. Brasília, DF: CJF, [2005]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>. Acesso em: 19 ago. 2021.

COUTINHO, Amanda de Cássia Pereira Coutinho. **A proteção da reserva da vida privada de menores enquanto dever parental, em especial na era digital**. 2019. 61 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.aberto.up.pt/bitstream/10216/126141/2/384898.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito (UNISC)**, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em: 2 ago. 2021.

FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GOMES, Mirian. **Direito à imagem nas redes sociais**. Curitiba: Juruá, 2019.

HENRIQUES, Isabella; PITA, Mariana; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoas de crianças e adolescentes. In: MENDES, Laura Schertel et al. (coords.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 199-226.

KISS, Iulia. Protection of children's right to personal portrayal. **Fiat iustitia**, n. 1, p. 167-183, 2017. Disponível: <https://ideas.repec.org/a/dcu/journal/v11y2017i1p166-183.html>. Acesso em: 5 jul. 2021.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 jul. 2021.

LISBOA, Roberto Senise; CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. Sociedade da informação: dano e responsabilidade civil decorrente da prática de sharenting. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 27., 2018, Salvador. **Publicações** [...]. Salvador: UFBA, 2018. p. 5-22. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/41oo8qd1/QflJXdems7SfNjh2.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 9786559640492. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000021336&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 6 ago. 2021.

MANETTI, Michela. A liberdade de manifestação do pensamento. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 7, n. 23, p. 64-120, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/266>. Acesso em: 3 ago. 2021.

PAULA, Bruna Souza; CAÚLA, Bleine Queiroz. Autonomia da vontade da criança sob a ótica dos direitos fundamentais – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 22., 2013, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: UNICURITIBA, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=29d74915e1b32367>. Acesso em: 27 jul. 2021.

PEREIRA, Marília do Nascimento. A superexposição de crianças e adolescentes nas redes sociais: necessária cautela no uso das novas tecnologias para a formação de identidade. In: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA – REDE CIDDI, 5., 2015, Santa Maria. **Anais** [...]. Santa Maria: UFSM, 2015. p. 1-13. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-14.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2021.

PINEDA, Luis Ordóñez; JIMÉNEZ, Stefany Calva. Ameazas a la privacidad de los menores de edad a partir del sharenting. **Revista Chinela de Derecho y Tecnología**, v. 9, n. 2, p. 105-130, 2020. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdt/v9n2/0719-2584-rchdt-9-2-00105.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012605&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 5 jul. 2021.

RICHTER, Daniela; VIEIRA, Gustavo Oliveira; TERRA, Rosane Mariano da Rocha Barcelos. A proteção internacional da infância e juventude: perspectivas, contextos e desafios. In: PES, João Hélio Ferreira (coord.). **Direitos humanos: crianças e adolescentes**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 43-68.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEINBERG, Stacey. B. Sharenting: children's privacy in the age of social media. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 66, p. 839-889, 2017. Disponível em:

<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>. Acesso em: 8 jul. 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar. 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38644/003_veronese.pdf. Acesso em: 16 jul. 2021.

WAQUIM, Bruna Barbieri. A proteção à imagem das crianças em redes sociais: diálogos entre a proteção integral, a liberdade de expressão dos pais e o dever de colaboração da sociedade em geral. **Intertemas: Revista Jurídica da Toledo Prudente**, ano 17, v. 20, p. 195-214, 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/6646/6331>. Acesso em: 4 mar. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 29/09/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/10/2021
- Avaliação 1: 20/10/2021
- Avaliação 2: 04/03/2022
- Decisão editorial preliminar: 01/05/2022
- Retorno rodada de correções: 21/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/05/2022

Equipe editorial envolvida

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

CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA ANTITÉTICA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL E O CONTROLE PELO SISTEMA PRISIONAL

CRIMINALIZATION OF POVERTY: AN ANTITHETIC
PERSPECTIVE OF THE RIGHT TO DEVELOPMENT, COMBATING
SOCIAL INEQUALITY AND CONTROL BY THE PRISON SYSTEM

BRUNO CAVALCANTE LEITÃO SANTOS¹
MIRNA LUDMILA LOPES CASTANHA DE SOUZA²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo debater sobre a criminalização da pobreza, tendo como panorama o perfil da sociedade periférica que não tem acesso aos direitos fundamentais, principalmente o direito ao desenvolvimento e as liberdades fundamentais, aumentando assim a desigualdade social. Nesse sentido, foram feitas algumas considerações de ordem teórica e metodológica sendo utilizada como técnica de pesquisa uma pontual revisão bibliográfica sobre o assunto. Por fim, o texto busca conscientizar e demonstrar que há uma continuidade, os grupos que, em regra, são destinatários das normas penais, são os mesmos que sofrem com a negação de direitos, com pouca ou nenhuma representatividade política e social, em um sistema que retroalimenta a lógica de violência institucional.

Palavras-chave: desenvolvimento; desigualdade; pobreza; prisão.

ABSTRACT

This study aims to debate the criminalization of poverty, having as a panorama the profile of the peripheral society that does not have access to fundamental rights, especially the right to development and fundamental freedoms, thus increasing social inequality. In this sense, some theoretical and methodological considerations were made, being used as a research technique a punctual bibliographical review on the subject. Finally, the text seeks to raise awareness and demonstrate that there is continuity, the groups that, as a rule, are recipients of criminal rules, are the same ones that suffer from the denial of rights, with little or no political and social representation, in a system that feeds back the logic of institutional violence.

Keywords: development; inequality; poverty; prison.

1 Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Público pela UFAL. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB. Professor de Direito Penal no Centro Universitário CESMAC – Maceió/AL. Líder do Grupo de Pesquisa “Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos” e pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito, contemporaneidade e transformações sociais”. Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-7556-2348>.

2 Mestranda em Direito pelo Cesmac. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pelo Cesmac. Graduada em Direito pelo Cesmac. Membro do Grupo de Estudos “Sistema Penal, Democracia, Direitos Humanos” junto ao CNPq. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/4487297260039946>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7807-0688>.

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

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; SOUZA, Mirna Ludmila Lopes Castanha de. Criminalização da pobreza: um olhar sob a perspectiva antitética do direito ao desenvolvimento, combate à desigualdade social e o controle pelo sistema prisional. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 271-286, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8757>.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar de maneira crítica o direito ao desenvolvimento e a penalização da pobreza. Tendo como objetivo debater sobre a criminalização da pobreza, bem como estudar o perfil da população que é destinatária das normas penais, no qual o sistema prisional é uma continuidade da negação de direitos fundamentais, e com isto, das liberdades fundamentais. Estudar a função e problemática das prisões, o processo da questão criminológica da pobreza utilizando-se do mesmo grupo que já não tem representatividade.

O Brasil conta com a quarta maior população carcerária do mundo e com o índice de encarceramento em massa em ascensão, principalmente de grupos sociais vulneráveis, como pessoas negras e pobres, incluindo esses espaços no ciclo de controle e vulnerabilização desses grupos, percebendo nas prisões locais de habitual violação de direitos humanos.

Tendo em vista, até a década de 1960, o desenvolvimento era tratado como crescimento econômico, que seria medido por índices de incremento da produção de bens e serviços, como o aumento da renda *per capita* ou do Produto Nacional Bruto, uma aspiração social que abrange uma carga de expectativa de melhoria das condições socioeconômicas da sociedade. Havia associação nítida do desenvolvimento com o processo de industrialização, que nos países desenvolvidos representou, no quadro geral e a longo prazo, uma melhoria das condições de vida da população.

Nesse sentido, na segunda seção tratará da perspectiva da implementação do direito ao desenvolvimento no ordenamento jurídico. O reconhecimento através da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, a persistência e a ampliação de problemas como a pobreza, a desigualdade social, o não atendimento das necessidades básicas, a violação de liberdades (econômicas, políticas e sociais), exigem que seja alterado o paradigma vigente, passando-se a entender o desenvolvimento como um conceito mais abrangente, que leve em conta não somente a dimensão econômica, mas também a social, cultural, política, ambiental.

Na terceira seção tentará demonstrar a relação direta entre a criminalização da pobreza e a questão da violência e seletividade no sistema prisional, que se manifesta de maneira ainda mais evidente com um público negro, pertencente a uma população de renda baixa, que não vislumbra o mesmo grau de ascensão econômica e política dos demais grupos. Assim, o cárcere faz parte de uma engrenagem que contribui para a discriminação de grupos sociais vulneráveis.

Por esta razão, a metodologia utilizará pesquisa bibliográfica, com abordagem dedutiva, de viés histórico e analítico, apresentando reflexões sobre cultura de punição e o controle seletivo do sistema prisional brasileiro, que busca manter uma sociedade hierárquica, baseada em privilégios e desigualdades a partir de sistemas sociorraciais classificatórios produtores de “subalternidades”.

Assim, a pesquisa busca a necessidade em apontar o tratamento conferido a população vulnerável, geralmente abaixo de um mínimo existencial a inúmeros direitos individuais e sociais, onde se verifica uma triste, porém pensada união em ignorar direitos fundamentais decorrentes de políticas públicas, exceto quando se trata do sistema penal, justamente com vistas a segregar e controlar de forma otimizada.

2. O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO E SUA VISÃO COMO UMA GARANTIA A SER OTIMIZADA

O desenvolvimento provoca algumas divergências teóricas, em diversas áreas da ciência. Para além do seu significado etimológico, a dificuldade em conceitua-lo está consagrada na imprecisão de uma definição que agregue diferentes perspectivas das nações e dos homens sobre avanços.

Para Anjos e Franca (2010), o conceito de desenvolvimento tem um sentido amplo, e diz respeito a um “processo dinâmico de melhoria”, que resulta em mudança, crescimento e avanço. O desenvolvimento “não é a mesma coisa que evolução, ainda que esta possa conter aquele”. Na esfera econômica, tem um conceito interdisciplinar e sua amplitude, aproxima a economia das demais ciências sociais, principalmente, com suas características de aspectos qualitativos, relacionando assim com o crescimento. No sentido *stricto*, a definição de desenvolvimento confunde com o crescimento econômico, em seu aspecto quantitativo.

Já para Azevedo e Clark (2019), compreende um aspecto positivo de um desdobramento, no mínimo, quantitativo, que aponta no sentido da evolução. Mesmo que alguns defendam que o desenvolvimento possa trazer consequências negativas, determinadas pessoas e comunidades almejam o crescimento como ascensão, podendo resultar em efeitos diversos, inclusive não indicar com clareza o que ele pode verdadeiramente representar.

Souza (2017), aduz que o desenvolvimento é um “desequilíbrio positivo” viabilizando de maneira planejada, sobretudo das políticas públicas. Velga (2010) se utiliza de três formas para definir, sendo duas tratando o desenvolvimento como crescimento econômico e igualando os dois conceitos e a terceira trata como resultado e superação das duas anteriores.

A medida de desenvolvimento, em 1960, era o “crescimento modernizante” (BERCOVICI, 2005), vinculando a industrialização ao crescimento. As nações se tornaram ricas pela produção, tendo os cidadãos acesso aos benefícios alcançados pelo engrandecimento econômico, apesar de boa parte da população só possuir o mínimo existencial. Por outro lado, as nações que eram consideradas pobres ou subdesenvolvidas, tinham seus destinos selados por não possuírem um parque industrial considerável (AZEVEDO; CLARK, 2019).

Furtado (2000, p. 57), defende o sentido de desenvolvimento originada da hipótese de que o padrão de consumo das nações ricas tende a generalizar, resultando assim a exclusão de grandes massas que vivem nas periféricas criadas pelo crescimento pautado nesse modelo. Desta forma, tem-se a visão que o avanço econômico advindo da “ideia de que as nações pobres poderão desfrutar do padrão de vida das ricas é irrealizável”.

Eros Grau (1981), ao distinguir crescimento e desenvolvimento, afirma que o sentido de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. Referindo-se ao direito econômico, o crescimento representa um ponto fulcral na estrutura da própria disciplina. Não é possível estudar o direito econômico sem adentrar sobre o fenômeno jurídico do desenvolvimento (CORREA, 2012).

Anjos e Franca (2010) trouxeram uma evolução na definição sobre desenvolvimento através de conceitos de alguns autores clássicos para uma melhor compreensão sobre o tema,

então, é imperioso trazer neste artigo um resumo dessa evolução. Para Karl Marx, a teoria de desenvolvimento econômico se apoiou no método dialético de Hegel, que vê nas transformações a origem do crescimento progressivo das sociedades. Joseph Schumpeter, tinha a visão de que consistia nas mudanças da vida econômica que não eram impostas de fora, mas que surgiam de dentro, por sua própria iniciativa, diferentemente do que ocorre quando se dá o mero crescimento, em que se constata mera continuidade do processo, sem mudanças significativas ou descontinuidades. Já John Keynes formulou uma nova teoria na qual o Estado deveria interferir ativamente na economia e ao reestabelecer a primazia do político sobre o econômico, coloca em primeiro plano uma visão global das decisões econômicas, cuja insuficiência de coordenação seria a causa primária do desemprego de fatores (ANJOS; FRANCA, 2010).

O desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades reais e a visão destas liberdades passa a ser tanto instrumental quanto finalístico (SEN, 2010; ANJOS; FRANCA, 2010). Furtado (2000) critica o conceito dos clássicos sobre o desenvolvimento, isto porque, pela sua concepção, o crescimento econômico consistia no aumento da eficácia do sistema de produção por meio da acumulação e do progresso das técnicas, enquanto desenvolvimento refere-se ao grau de satisfação das necessidades humanas, sejam decorrentes de um contexto cultural determinado.

Na concepção de Sen (2010, p. 16-20), o desenvolvimento requer que se evitem as principais manifestações de privação de liberdade, “como pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social, negligência dos serviços públicos e interferência excessiva de Estados repressivos”. A liberdade é “central para o processo de desenvolvimento”, e com a negação de participar da vida social, política e econômica da comunidade há violação da liberdade. Na visão do desenvolvimento como liberdade, os argumentos de diferentes lados têm de ser “apropriadamente considerados e avaliados”.

Dessa maneira, Sen (2010, p. 23), afirma que as soberanias não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, é um “processo de expansão das liberdades reais” e o conceito desta autonomia passa a ser tanto instrumental quanto finalístico. Isto é, quando a pessoa detém maior autodeterminação, o potencial de cuidar de si mesma e de influenciar o mundo aumenta. E a partir das “oportunidades sociais adequadas”, a pessoa se torna capaz de moldar seu próprio destino e ajudar a vida das demais da sociedade.

Para Pontes de Miranda (2002), a definição e a técnica da liberdade vêm primeiro, por isso o poder público é mais forte que os indivíduos, e devido a isto, proteger a autonomia e a ordem pública, no fim das contas, é proteger os indivíduos.

Além dessa concepção, que coloca o ser humano no centro do desenvolvimento, há outro conceito que merece destaque, com um viés de proteção ao meio ambiente, a partir da ideia de sustentabilidade. Sachs (2008) defende a necessidade de sistematizar as questões econômicas, sociais, ambientais e humanas, prelecionando o desenvolvimento sustentável como aquele fundado na observância de alguns pilares básicos.

Entretanto, o conceito de Sen não está isento de críticas. O grande problema de garantir o desenvolvimento como liberdade continua a ser a forma de sua implementação, pois a ideia comporta muitas variáveis que precisam ser administradas de forma simultânea para levar adiante o processo de desenvolvimento. De acordo com Barral (2005, p. 33), “o dilema do

administrador público será o da opção no caso concreto, opção que trará implicações sociais e políticas visíveis para determinadas grupos da sociedade”.

O direito é uma das áreas de conhecimento que tem se voltado para a dimensão do desenvolvimento ao determinar de que forma a ordem jurídica pode auxiliar na promoção do crescimento. Para o presente estudo, trata-se das concepções de avanço humano, que amplia o sentido de evolução, incorporado ao universo jurídico por meio das conferências e documentos produzidos principalmente no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Assim, pode ser entendido, além de um processo complexo, que envolve aspectos sociais, econômicos e culturais, mais também, como um direito humano fundamental com as características da universalidade, inalienabilidade e indivisibilidade, previsto no direito internacional dos direitos humanos e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

3. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO FORMA DE COMBATE A DESIGUALDADE E A PROBLEZA

A concepção de desenvolvimento direta ou indiretamente se faz presente em diversos diplomas jurídicos internacionais^{<?>}, em que é tomado como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades” (BRASIL, 1987). Um dos principais documentos sobre desenvolvimento é a Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 04 de dezembro de 1986, que constitui a chamada Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (ONU, 1986).

Em seu artigo 1º há o reconhecimento enquanto direito humano inalienável, mas é em seu preâmbulo que se encontra um conceito multidisciplinar, enquanto um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população com base na participação ativa, livre e significativa, inclusive na distribuição justa dos benefícios resultantes.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento deixou um rastro de controvérsia desde que foi aprovada pela ONU. Enquanto os países em desenvolvimento argumentavam a favor, os desenvolvidos negavam a existência desse direito. Contudo, a reafirmação do direito ao desenvolvimento na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena (1993), proporcionou um debate sobre sua efetiva implementação. A implementação foi incumbida ao Arjun Sengupta (2000 apud NWAUCHE; NWOBIKE, 2005), através de um Pacto de Desenvolvimento entre determinado país em desenvolvimento e a comunidade internacional e as instituições financeiras internacionais da União Europeia, no qual, o principal objetivo era a realização dos direitos humanos, além da atribuição de poder (*empowerment*). O que, por óbvio, não foi muito bem recebido pelos dois grupos de países doadores, uma vez que, para esses, o principal objetivo do desenvolvimento é a erradicação da pobreza e não, o respeito e a promoção dos direitos humanos.

As fontes do direito ao desenvolvimento dizem respeito aos elementos que permitem formulá-lo ou inseri-lo no direito positivo. Os debates sobre a efetivação deste direito levam em consideração o tradicional pensamento crítico de que não adianta ter esse direito declarado

internacionalmente e na própria Constituição Federal de 1988, se diante da realidade complexa e da inexistência de um responsável definido não conseguem ser aplicados (BARRAL, 2005; KLEINMAYER ; NEVES, 2009).

Como característica intrínseca de direito coletivo ou difuso, o desenvolvimento é incluído no rol das garantias fundamentais de terceira geração, também denominados de fraternidade ou de solidariedade, conforme ensinamentos de Sarlet (2018). “Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida [...]” (SARLET, 2018, p. 65).

Embora faça parte dos de terceira dimensão, ainda mantém certo cunho individual, pois tem como objetivo final alcançar a dignidade da pessoa humana. Assim, a dificuldade para sua efetivação não restringe somente ao desenvolvimento, pela inexistência de mecanismos jurídicos aptos, mas de forma geral, os direitos de segunda e terceira dimensão enfrentam estas dificuldades (SARLET, 2018).

Ainda nesse sentido da sua efetivação, entende-se que a responsabilidade não deve ser atribuída somente ao Estado, devendo a sociedade como um todo participar solidariamente de sua implementação. Nas últimas décadas tem se visto um crescimento intenso das desigualdades entre os povos mundialmente, bem como uma evolução sem precedentes da distância entre os chamados países desenvolvidos, os em desenvolvimento e os subdesenvolvidos.

Bethonico (2008) afirma que, como o direito ao desenvolvimento é reconhecido pela ONU como uma garantia fundamental e indisponível, devendo-se assim, ser reconhecido como um “direito a igualdade de oportunidades para as pessoas e as nações”. Assim, passou a ser inerente ao homem como qualquer outro privilégio, e com isto o Estado passou a ter a responsabilidade de promove-lo e efetivá-lo. Como Sen (2010, p. 67) argumenta, é “difícil pensar que o desenvolvimento possa realmente ser visto independentemente de seus componentes econômicos, sociais, políticos ou jurídicos”. E com isto, foi observado que os economistas ao longo de toda a história deram atenção a desigualdade. Devido a exaltação dada à pobreza e à desigualdade financeira, os discursos sobre políticas têm sido deturpados em “detrimento das privações relacionadas a outras variáveis como desemprego, doença, baixo nível de instrução e exclusão social” (SEN, 2010, p. 132) – concepções mais amplas de desigualdade econômica.

O déficit em relação ao desenvolvimento é tema da mais alta relevância nas relações internacionais, pois afeta, direta e indiretamente, a maioria dos países. Basicamente, nos em desenvolvimento e nos subdesenvolvidos as pessoas não gozam, como deveriam, dos direitos humanos, das liberdades básicas. A estrutura social é bastante injusta, tendo uma disparidade entre riqueza e a desigualdade na distribuição de renda. Como já foi dito na primeira seção, consiste na ausência de oportunidades pela privação do indivíduo e na falta de condições iguais de existência, como saúde, educação, alimentos, saneamento básico (SEN, 2010). Sem essa noção mínima de condição de existência, os cidadãos não entenderão a importância que esses direitos básicos têm para a comunidade, e assim o desenvolvimento termina não ocorrendo.

Se a desigualdade deve a fatores fora do controle dos indivíduos, como a “desigualdade das dotações iniciais transmitidas pela família ou pela sorte” (PIKETTY, 2015, p. 78), então é justo o Estado buscar melhorar, de maneira mais eficaz possível, a vida das pessoas mais pobres, isto é, daquelas que precisam enfrentar os fatores não controláveis mais adversos.

Para Piketty (2015), a sociedade justa deve maximizar oportunidades e condições mínimas de vida oferecidas pelo sistema social. A consequência imediata seria que apenas considerações de justiça social pura poderiam justificar uma redistribuição de capital dos indivíduos mais abastados para aqueles mais pobres: a desigualdade de repartição do capital em si não geraria nenhum problema de ineficiência econômica.

Ao analisar o direito ao desenvolvimento sob o sistema jurídico brasileiro, pode-se dizer que além da previsão trazida no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, e da classificação como objetivo fundamental (art. 3º, II), tal direito apresenta relações diretas com outros princípios fundamentais, cabendo destaque à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) (BRASIL, 1988). Além disso, as relações deste direito se estendem à ordem econômica e à ordem social, sendo, como pôde ser visto, principalmente no que diz respeito à redução da desigualdade e da pobreza.

3.1 O COMBATE À POBREZA E À DESIGUALDADE ATRAVÉS DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

Como foi visto na seção anterior, a redução da pobreza e a proteção dos direitos humanos são assegurados pela ONU quando se trata do direito ao desenvolvimento, mesmo sendo distintos, podem ser vistos como praticamente idênticos na concepção de Costa (2008). No decorrer deste artigo, foi visto que esse direito tem sido empregado nos estudos específicos de três formas, como base na renda; como privação de capacidades e, por fim, como equivalente à exclusão social, correlacionando com a desigualdade social.

Segundo Pontes de Miranda (2002, p. 569), as desigualdades sociais do tempo presente mais se “baseiam na situação econômico-social do que em quaisquer outros fatores. Mas [...] quase todos, persistem em leis e em estados psíquicos repressivos”. O Brasil, mesmo que não tenha feito parte dos países industrializados, como alguns países da Europa Ocidental (Inglaterra, Alemanha, França e outros), começou a enfrentar, a partir de 1931, o problema da desigualdade na sociedade devido à extrema concentração de renda (MOREIRA, 2012).

Com base na renda da sociedade, Sachs (2008) traz um consenso em subdividir o conceito de pobreza em três espécies, que são a extrema, a moderada e a relativa. A moderada, diferente das outras duas, é encontrada somente em países em desenvolvimento. Como privação de capacidades é empregada indo muito além da renda, aborda o bem-estar do indivíduo. Sen (2010), como já foi dito, afirma que está ligada às privações das liberdades básicas, referindo estas privações na autonomia de obter uma nutrição satisfatória, de desfrutar um nível de vida adequado, de não sofrer uma morte prematura e de ler e escrever.

O Índice de Pobreza Humana (IPH) leva em consideração três elementos capazes de mensurar diferentes privações a que as pessoas em condição de miséria são submetidas: vulnerabilidade à morte, falta de educação elementar e ausência de níveis satisfatórios de vida (COSTA, 2008). A terceira forma, exclusão social, é utilizada para analisar a condição daqueles que, mesmo excluídos dos benefícios sociais usufruídos pela maioria da sociedade, não se encontram em condição de pobreza quanto a sua renda, embora muitos também estejam nesta condição (PNUD, 1997). No caso do IPH, o desemprego é o indicador especificamente usado para medir a exclusão social e é calculado somente em países industrializados.

A pobreza pode ser entendida como a negação de todos os direitos humanos, uma vez que a dignidade humana é o próprio fundamento para todos estes direitos. Nwauche e Nwo-bike (2005) defendem conceituar como uma violação do direito humano ao desenvolvimento. Para Costa (2008), o aspecto do direito ao desenvolvimento é considerado a principal vantagem deste modelo conceitual no qual a falta de renda é dita como a violação de uma garantia humana específica, embora complexa. Assim, a obrigação dos sujeitos de deveres, qual seja, a obrigação de conduzir uma política de desenvolvimento que progressivamente implemente tais direitos que integram ao desenvolvimento, “sem permitir que quaisquer destes direitos retrocedam é factível progressivamente, além de ser mais precisa do que definições amplas de pobreza” (COSTA, 2008).

Os direitos sociais presentes na Constituição Federal de 1988, têm como objetivo garantir aos cidadãos, saúde, educação, lazer, trabalho e assistência aos necessitados, para que tenham meios suficientes de sobrevivência na sociedade. Sen (2010, p. 325-260) traz, a partir de uma perspectiva ética, que os direitos humanos, dispensam codificação ou processo legislativo para sua existência, apesar da utilização maciça dessa via pelos países, englobando assim as garantias sociais concebidas como meios para satisfazer as necessidades humanas básicas, positivadas. Então, para o mesmo autor, os primeiros são categorias, ou espécies dos segundos.

O mínimo existencial consiste na medida necessária e suficiente das condições materiais, intelectuais e psicológicas para que todos os indivíduos tenham igual acesso às diferentes dimensões da liberdade (TORRES, 1989). Sem essas mínimas condições, as liberdades se convertem em proclamações formais destituídas de efeito prático. A liberdade igual, para ser real, deve englobar, portanto, essa parcela equalizadora de direitos sociais e econômicos, que compõem a dignidade humana.

Rawls (1971 apud GARGARELA, 2008), afirma que toda pessoa tem o direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar para todos. Binenbojm (2020, p. 18) afirma que a “liberdade – entendida como possibilidade de definir o próprio destino – é atributo essencial da condição humana”. Sua ideia consiste em reconhecer a cada pessoa o acesso a um sistema adequado de autonomias fundamentais que permite o pleno desenvolvimento. Examina como se articula o exercício da garantia individual no contexto de um Estado tutelar, gerador de privilégios.

Sua inclusão nesse rol se justifica na medida em que constitui verdadeira condição dos demais direitos civis e políticos, em especial, e no caso de países como o Brasil, com grande índice de desigualdade social, no qual a pobreza e a miséria dificultam o exercício da cidadania.

Osorio (2021, p. 24) aduz que a desigualdades racial e de renda “são faces da mesma moeda, e não é possível vencer uma sem atacar a outra”. Em concordância, Wacquant (2007b, p. 204) pontua que a diferença social e racial, por motivos relacionados a sua longa história colonial e à sua posição subordinada na estrutura das relações econômicas, a sociedade brasileira permanece caracterizada por uma “desigualdade social vertiginosa e pela pobreza disseminada”.

Em três décadas, de 1986 a 2019, no Brasil, “a desigualdade racial alimentou mais de um décimo da elevada desigualdade de renda brasileira. No que toca à razão entre as rendas médias e à concentração da crescente parcela negra da população entre os mais pobres, a desigualdade racial permaneceu praticamente intocada” (OSORIO, 2021, p. 23). As providências estatais em defesa de pessoas vulneráveis devem ser estruturadas para devolver-lhes a capacidade de decidir autonomamente e não para tolhê-las por completo (BINENBOJM, 2020).

Partindo da análise do sistema prisional, as desigualdades que se aprofundam nas convivências extramuros, nas prisões essas realidades são amplificadas e o contexto de desumanização é intensificado. As práticas punitivas que estruturam a criminalização da pobreza acabaram por justificar a criação de um saber criminológico fundador de tais políticas criminais discriminatórias (SANTOS, 2015). Em uma sociedade do controle e do desempenho, na qual a lógica do corpo moldado como disciplinado para melhor execução do trabalho é a matriz, as prisões são os espaços da massa dos indesejados.

4. A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA: DESTINATÁRIOS DO SISTEMA PRISIONAL E IGNORADOS PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS, NÃO É UMA MERA COINCIDÊNCIA

Pesquisa do IBGE (BRASIL, 2019) divulgada em 2019 apontou que entre os 10% mais ricos, 70,6% são brancos, ao passo que entre os 10% mais pobres, 75,2% são negros. Entre os cargos gerenciais no Brasil, 68,6% são ocupados por brancos e apenas 29,9% por negros. Na comparação salarial, a diferença racial também é determinante para as desigualdades. Como aumentou a parcela da população que se declara preta ou parda, “mas pouco mudou a concentração dos negros entre os mais pobres, a contribuição da desigualdade entre os negros para a desigualdade brasileira aumentou” (OSORIO, 2021, p. 23).

Matos (2017, p. 3) alerta que para tratar sobre o perfil da situação do sistema prisional brasileiro é importante primeiro entender a “realidade histórico-social do país, cuja história é inerente a um passado escravocrata e à submissão econômica internacional”, que termina transparecendo numa sociedade racista e desigual.

A própria existência da escravidão marca profundamente a constituição da identidade brasileira, não apenas criando relações sociais hierarquizadas, mas também permitindo uma experiência de absoluta ausência de liberdade de grande parcela da nossa população. E sempre de modo a garantir uma sociedade extremamente “baseada em privilégios e desigualdades a partir de sistemas raciais classificatórios que construíram subalternidades” (BORGES, 2020, p. 21). Essa hierarquização por raça, cor e etnia, pelo gênero, pela cultura e pelos territórios, infelizmente persiste de modo reformulado e adaptado.

Santos (2015) pontua que o surgimento de um discurso ideológico, serviu perfeitamente para tornar aceitável o privilégio negativo dado aos miseráveis, pela justiça penal, e que esses grupos vulneráveis foram considerados perturbações para o sistema social, verdadeiras irritações a serem eliminadas do convívio social por meio da prisão.

Segundo Rusche e Kirchheimer (2004), o surgimento da prisão como modalidade punitiva global é consequência do avanço da industrialização, que provocou a perda de interesse econômico na exploração do trabalho, nas antigas casas de correção que eram instituições para onde eram enviados os mendigos, vagabundos e criminosos para o disciplinamento fabril.

O sistema colonial era baseado no sadismo como política, na dominação e na brutalidade, mas nada disso ficou no passado. As ferramentas se sofisticaram e a “máscara passou a ser

a prisão” (BORGES, 2020, p. 19), lembrando aos leitores o significado da máscara, um instrumento que simbolizava a ação de silenciar o outro no colonialismo:

No discurso oficial colonial, a máscara, que selava a boca, significava uma precaução para os escravizados [...]. A máscara representava o exercício do poder ao tornar o escravizado mudo. Com isso, silenciava e gerava medo nos demais. A máscara é, portanto, um símbolo de silenciamento (BORGES, 2020, p. 12).

O silêncio passou a se instaurar seja pelos mecanismos que impedem as pessoas de conhecer as dinâmicas do espaço prisional, seja pela invisibilidade e criminalização vivenciadas e impostas aos familiares. A sociedade trata a prisão como algo distante e separada do cotidiano. Conforme Borges (2020, p. 11), as prisões são “espelhos da sociedade”. Quando se fala sobre detenções, é necessário quebrar os paradigmas sociais que precisam desse silêncio para se manter funcionando as engrenagens de manutenção de desigualdades.

Diferentemente do que muitos pensam, a sofisticação veio mascarada de humanização. Foucault (2014) aponta que o desenvolvimento do sistema de justiça criminal foi influenciado diretamente por uma série de transformações políticas e sociais ocorridas nos séculos XVIII e XIX, assim, as reformas realizadas produziram novos dispositivos de controle.

É preciso pensar que naquele ambiente de segregação existem pessoas, são presos, mas também são sujeitos de direito, que são detentores de direitos fundamentais, como a dignidade humana. Por isso, a importância de falar sobre prisões, “precisa interromper a ideia de que as prisões não são sobre nós” (BORGES, 2020, p. 13). Posto isso, cabe indagar quem são as pessoas que ocupam os presídios e o porquê delas estarem ali.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Sistema do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN (BRASIL, 2021), no período de julho a dezembro de 2021, a maioria da população privada de liberdade no Brasil são de jovens entre 18 a 29 anos, totalizando um percentual de 41,74% (19,78% entre 18 a 24 anos + 21,96% entre 25 a 29 anos). Uma contradição em relação a quantidade da população jovem brasileira, que tem o percentual de 21,5%, segundo pesquisa divulgada pelo IBGE (BRASIL, 2019). Em relação ao indicador etnia, a população brasileira de negros³ é de 55,8% e 43,1% de brancos, enquanto a carcerária a um aumento muito maior no percentual, chegando a 66,31% das pessoas negras e 32,52% das pessoas brancas privadas de liberdade.

No que concerne ao grau de escolaridade das pessoas privadas de liberdade, de acordo com o último relatório atualizado para o segundo semestre de 2021 sobre esse índice, é possível afirmar que 51,3% destas possuem o ensino fundamental incompleto e 6% são analfabetos, seguido de 14,9% com ensino médio incompleto e 13,1% com ensino fundamental completo. Apenas 7% chegaram a terminar o ensino médio, em contraste com 45,7% da população brasileira, e 55,5% que não o concluíram na totalidade (BRASIL, 2019; BRASIL, 2021).

Do total de 670.714 da população carcerária, 12.953 estão trabalhando e estudando, simultaneamente, mas mesmo assim, fica comprovado pela quantidade informada através do SISDEPEN, que quem ocupa o sistema prisional são os jovens negros, pobres que sequer tem acesso ao desenvolvimento e em paralelo, as liberdades fundamentais, como à educação, à saúde, à uma vida condigna.

3 Para fins de divulgação do IBGE, as populações preta e parda foram agregadas para garantir representatividade em todos os indicadores divulgados – usando a nomenclatura de “negros” para as duas populações.

Bruno Leitão (CESMAC OFICIAL, 2021), aduz que o destinatário da prisão é a mesma pessoa que mora numa comunidade que já não tem direitos básicos, aquela que já não vivencia o mesmo espaço de poder, aquela que já não tem o mesmo nível de representatividade. E com isto, a sociedade precisa refletir, questionando se existe mesmo uma democracia adequada ao contexto latino-americano, quem necessariamente é destinado as normas penais e se de fato é feita de forma equânime.

No mesmo entendimento, Santos pontua:

Importante notar que essa característica perversa garante que as pessoas punidas sejam, precisamente, aquelas que já são excluídas socialmente, de modo que a justiça criminal acaba por funcionar como mais um reforço na discriminação de grupos sociais vulneráveis, tais como negros e pobres (SANTOS, 2015, p. 82).

Segundo os dados publicados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2021), o Brasil conta com uma população prisional de 670.714 pessoas, deste total, 30.625 são mulheres e 640.089 são homens. Esse número elevado de pessoas privadas de liberdade é decorrente do número de prisões provisórias, pois têm sido aplicadas de modo abusivo, 30,15% dos presos ainda não foram sentenciados, nesse grupo, um terço dos réus quando vão a julgamento, não são condenados a cumprir pena. Muitos presos provisórios aguardam julgamento por anos, explicitando a desproporcionalidade no uso da prisão preventiva, além de, não tão explícito assim, a deficiente defesa dos réus, já que, na maioria das condenações, não há recursos. Outro fator de manutenção desse mecanismo é o alto número de prisões em flagrante.

Loïc Wacquant (2007a, p. 455) aduz que a prisão é vista como aspirador da “escória social”, servindo assim, para limpar as “escórias/detritos produzidos pelas transformações econômicas em curso e remover os sujeitos da sociedade de mercado do espaço público”. Existe uma “estreita conexão entre hierarquia de classe e estratificação racial e a discriminação de cor endêmica à polícia e às burocracias judiciais brasileiras” (WACQUANT, 2007b, p. 206), assim criminalizar a pobreza contribui para aumentar a invisibilidade da cor negra, pois de fato, não é que o negro não seja visto, mas sim que ele é visto como não existente (MORAES; SOUZA, 1999; LEITE, 1996). Visto isto, para Matos (2017), o sistema prisional torna-se como um depósito de pessoas excluídas pela sociedade, local de alta seletividade ocupado por jovens, negros e pobres.

As prisões são as máscaras contemporâneas não apenas porque pouco ou nada se fala sobre elas, mas principalmente porque o papel da sociedade não é questionado. O sistema continua marginalizando, excluindo, silenciando e mantendo cativos uma maioria de pessoas que, em verdade, têm suas vidas marcadas por negação de direitos. As prisões estão sendo aplicadas como políticas públicas.

A exemplo de Hugo Leonardo Santos (2017, p. 179), boa parte dessas críticas à pena de prisão foi decorrente de um novo paradigma criminológico de compreensão do crime, “representado pela ênfase na punição como uma reação da sociedade – no que ficou conhecido como *Labelling Approach*, [...] denominado como criminologia crítica ou radical”. Bom deixar claro que não é objetivo desta seção detalhar as variadas versões desse modelo criminológico.

Segundo Iñaki Rivera Beiras (2019) o problema da prisão não vai se revolver na detenção, mas em seu exterior, na própria sociedade que cria, que alimenta e que reproduz o ambiente prisional. Já Foucault (2014), vai além, fala do efeito do cárcere sobre os sujeitos que não

estão na legislação, porque quando se priva alguém de liberdade, se priva da autonomia. Sendo assim, as prisões têm um controle sobre as suas rotinas cotidianas (hora de acordar/dormir; hora das refeições; hora de estudar), isso em presídios que tem rotinas, caso contrário, a segregação se limita ao ato de largar o sujeito dentro daquele espaço.

As prisões não são espaços apartados da sociedade, mas parte dela, impactando diretamente a vida de pessoas presas, de seus familiares, as dinâmicas de territórios e, principalmente, do modo de valorar a vida em sociedade (BORGES, 2020). Nesse sentido, conforme Baratta (2019, p. 32) pontua, “a distância linguística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo [...] desfavorecem os indivíduos socialmente mais débeis”.

Ainda que não de forma declarada, o encarceramento hoje representa uma opção política pelo aprisionamento em massa de determinados contingentes populacionais, em regra, compostos daqueles que já são marginalizados socialmente (SANTOS, 2017). De certa forma, a desconformidade do cárcere conecta-se funcionalmente a uma exclusão social, que lhe é preexistente. Entretanto, não se trata de uma estratégia bem-organizada, uma espécie de plano lógico e sistematizado de criminalização da pobreza (WACQUANT, 2007a).

A precariedade em que vive a maioria da população vulnerável tem como política de enfrentamento a criminalização a que está constantemente sujeita, pela negação de direitos e pelo sistema punitivo que sempre se refina e se reacomoda para manter desigualdades baseadas em hierarquias sociorraciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento não pode ser pensado sem liberdade, por outro lado, a liberdade poder ser prejudicada pela pobreza (como a falta de acesso aos produtos e serviços essenciais ou oportunidades socioeconômicas), bem como, pela dependência cultural e tecnológica. Podendo ser afetada, ainda, pelo abuso do exercício do Estado ou pelo poder econômico privado, que podem ser representados pelo descaso nos serviços públicos ou no oferecimento negativo na aplicação dos direitos fundamentais.

Então com tudo que foi explanado no decorrer da pesquisa, o desenvolvimento tem que promover uma justiça social, com níveis diferenciados de planejamento dos recursos para atingir seu ideal. Assim, promovendo uma justiça social e tendo como fim a dignidade humana, o desenvolvimento está no fundamento do direito brasileiro, ou seja, é apresentado como dever e garantia de todos e consagrado em diversos comandos da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, o desenvolvimento enquanto direito, é uma garantia na qual as ações estatais e privadas devem incorporar medidas políticas sociais, econômicas e tecnológicas que sejam capazes de acabar com as diferenças sociais, principalmente quanto a criminalização da pobreza, garantindo assim a defesa da eficácia constitucional.

É notório que as violações de direitos humanos e a questão da pobreza estão interligados, e devido aos aspectos sociais, culturais, políticos e econômicos, se ver que os direitos humanos e desenvolvimento são campos que começam a caminhar juntos. Visto isto, por estas razões,

morais, jurídicas e práticas, tem-se um assentimento entre os diferentes modelos conceituais analisados aqui na presente pesquisa, que a aplicação baseada em direitos em diminuir a discriminação da pobreza é a melhor forma de enfrentar a questão e aspectos consideráveis.

Foi visto também, que, os países desenvolvidos (doadores de recursos), agências internacionais e atores privados exercem grande influência sobre as medidas de diminuir a pobreza e as decisões relacionadas às políticas públicas, mas tendo o cuidado de ser analisada e estudada a melhor forma de sua aplicabilidade.

O Estado tem o dever legal de fornecer saúde, educação e moradia aos cidadãos previstos no texto constitucional, mas o que se vê, é um policiamento repressivo e omissivo à uma população excluída socialmente. E assim, vai segregando as pessoas que não se adaptam ao sistema, terminando, conseqüentemente, encarcerando-as sob o falso pretexto de ressocialização, conforme a cultura punitivista. E por estas razões, lotam as prisões com negros, pobres e periféricos, enquanto outros de classe social mais alta e favorecidas se fazem impunes.

Devido a uma política criminal firmada no encarceramento em massa, é notório que o Brasil tem um sistema prisional bastante degradado, no qual encontra-se em situação fragilizada e superlotado. As condições cruéis e estruturas altamente degradantes às quais os detentos são impostos produzem efeitos problemáticos a vida em convívio intramuros. Assim, após análise dos dados trazidos na pesquisa, fica comprovado que os presídios brasileiros são verdadeiros celeiros de pessoas que são socialmente excluídas, salientando a segregação no sistema.

Do exposto, conclui-se que o cenário deprimente do sistema prisional, de constantes violações dos direitos fundamentais evidencia a falácia das funções impostas às prisões. Com isso, a criminalização da pobreza resulta em uma dupla vitimização, da exclusão social gerada pela falta de renda e do controle punitivo, que é a sua consequência. As prisões são as *máscaras contemporâneas* do sistema criminal brasileiro, camuflando o papel da criminalização e da questão racial, em que determinados grupos vulneráveis que não costumam usufruir dos benefícios das políticas públicas, são os primeiros a serem destinatários do ônus do controle penal.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Leonardo Fernandes dos; FRANCA, Nevita Maria Pessoa de Aquino. Direito e desenvolvimento: das origens às suas repercussões no universo jurídico contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito Público – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010. Disponível em PDF.

ANJOS, Leonardo Fernandes dos; FRANCA, Nevita Maria Pessoa de Aquino. Direito e desenvolvimento: das origens às suas repercussões no universo jurídico contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito Público – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010. Disponível em PDF.

AZEVEDO, Marcelo Tobias da Silva; CLARK, Giovani. Direito ao Desenvolvimento: reflexões a partir do direito econômico sobre o desenvolvimento sustentável. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 72-87, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/issue/archive>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

BARRAL, Weber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Weber. (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

BEIRAS, Iñaki Rivera. **Desencarceramento**: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. Tradução Bruno Rotta Almeida, Maria Palma Wolff. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

BETHONICO, Cátia Cristina de Oliveira. **Direito ao Desenvolvimento**: um direito humano. 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-57/direito-ao-desenvolvimento-um-direito-humano/>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade Igual**: o que é e por que importa. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BRASIL. Senado. **Relatório Brundtland da ONU em 1987**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/temas-em-discussao-na-rio20/ecodesenvolvimento-conceito-desenvolvimento-sustentavel-relatorio-brundtland-onu-crescimento-economico-pobreza-consumo-energia-recursos-ambientais-poluicao.aspx>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Desigualdades sociais por cor e raça no Brasil. **Estudos e Pesquisas**: informações demográficas e socioeconômicas, n. 41, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: SISPEDEN. Atualização – julho a dezembro de 2021. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Sistema de Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 26 mai. 2022.

BORGES, Juliana. **Prisões**: espelhos de nós. São Paulo: Todavia, 2020.

CESMAC OFICIAL. **Cárcere, direitos humanos e pós-pandemia (LIDECCRIM e IBCCRIM) - I CIODC**. [S. l.], 28 maio 2021. 1 vídeo (182 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FF1bfBwGMNA>. Acesso em: 25 maio 2021.

CORREA, Leonardo Alves. Existe um conceito jurídico de desenvolvimento? Notas da proposta de uma teoria jurídica de desenvolvimento pluridimensional constitucionalmente adequada. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 269-287, mar./ago. 2012. Disponível em PDF.

COSTA, Fernanda Doz. Pobreza e Direitos Humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas - um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n. 9, dez. 2008. Disponível em PDF.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. São Paulo: Vozes, 2014.

FURTADO, Celso. **Teoria política do desenvolvimento econômico**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

KLEINMAYER, Luiz Augusto Martins; NEVES, Lafaiete Santos. Direito ao desenvolvimento como um mecanismo jurídico internacional de auxílio à redução da desigualdade e da pobreza. **Revista Desenvolvimento Social**, Montes Claros, n. 03, jul. 2009. Disponível em PDF.

LEITE, Ilka Boaventura. Descendentes de africanos em Santa Catarina: invisibilidade histórica e segregação. In: LEITE, Ilka Boaventura (org.). **Negros no Sul do Brasil**: invisibilidade e territorialidade. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, 1996.

MATOS, Erica do Amaral. Privatização de presídios e a mercantilização do crime e da pobreza. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**, v. 133, jul. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35164592/Privatiza%C3%A7%C3%A3o_de_pres%C3%ADdios_e_mercantiliza%C3%A7%C3%A3o_do_crime_e_da_pobreza. Acesso em: 30 jun. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Campinas: Bookseller, 2002.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; SOUZA, Marcilene Garcia de. Invisibilidade, preconceito e violência em Curitiba. **Revista de Sociologia e política**, Curitiba, n. 13, p. 7-16, nov. 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44781999000200001>. Acesso em: 29 jun. 2021.

MOREIRA, Luana Menezes. **Política de saúde e a população carcerária**: um estudo no Presídio Estadual Metropolitano I, PEM I, Marituba, Pará. Dissertação (Mestrado), Instituto de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2012. Disponível em: PDF.

NWAUCHE, E. S.; NWOBIKE, J. C. Implementação do Direito ao Desenvolvimento. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 2, n. 2, set. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452005000100005>. Acesso em: 29 jun. 2021.

ONU. **Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 04 de dezembro de 1986**. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 28 jun. 2021.

OSORIO, Rafael Guerreiro. A desigualdade racial no Brasil nas três últimas décadas. **IPEA**, Brasília, Rio de Janeiro, n. 2657, maio 2021.

PIKETTY, Thomas. A economia da desigualdade. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PNUD. **Human Development Report 1997**: Human Development to Eradicate Poverty. 1997. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/content/human-development-report-1997>. Acesso em: 2 jul. 2021.

RAWLS, John, A theory of justice, Cambridge, Harvard University Press, 1971. In: GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução Afonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. O discurso de criminalização da pobreza no Brasil: recepção da política criminal de tolerância zero e suas repercussões. In: SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Estudos críticos de criminologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. cap. 5, p. 81-106.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 131, p. 145-185, maio 2017. Disponível em PDF.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENGUPTA, Arjun. Second Report of the Independent Expert on the Right to Development. E/CN.4/2000/WG.18/CRP.1. 11 set. 2000. In: NWAUCHE, E. S.; NWOBIKE, J. C. Implementação do Direito ao Desenvolvimento. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 2, n. 2, set. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452005000100005>. Acesso em: 29 jun. 2021.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

VELGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova questão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007a.

WACQUANT, Loïc. **Rumo à militarização da marginalização urbana**. 2007b. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4279728/mod_resource/content/1/wacquant_rumo%20a%CC%80%20militarizac%CC%A7a%CC%83o%20da%20marginalizac%CC%A7a%CC%83o%20urbana_2007.pdf. Acesso em: 3 jul. 2021.

Dados do processo editorial

• Recebido em: 17/03/2021

- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/11/2021
- Avaliação 1: 01/12/2021
- Avaliação 2: 03/12/2021
- Avaliação 2: 11/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 21/05/2022
- Retorno rodada de correções: 30/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 04/06/2022

Equipe editorial envolvida

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

A LUTA POR RECONHECIMENTO JURÍDICO: A DESESTRUTURAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE ECONOMIA SOLIDÁRIA

THE STRUGGLE FOR LEGAL RECOGNITION: THE DISRUPTION OF THE NATIONAL SOLIDARITY ECONOMY POLICY

VITOR GABRIEL GARNICA¹
LUIS MIGUEL LUZIO DOS SANTOS²

RESUMO

A política nacional de economia solidária foi implementada no Brasil em 2003, após 12 anos de importante atuação, iniciou-se o processo de desestruturação política do setor da economia solidária em 2015. O momento atual busca refletir sobre os avanços da implementação e reconhecimento das políticas públicas aos setores vulnerabilizados da sociedade. Investiga-se sobre as razões e os motivos sociopolíticos do processo de desestruturação política em torno deste setor e as consequências diante do futuro político incerto da Economia Solidária. Parte-se, então, da teoria da Luta por Reconhecimento de Axel Honneth (2003) ao elucidar as três fases de reconhecimento: amor, direito e solidariedade. Assim, a teoria apontada demonstra a necessidade da regulação jurídica enquanto caminho indispensável para se avançar na luta pela sobrevivência das contradições do sistema capitalista. A pesquisa parte do levantamento bibliográfico quantitativo, legislações e exemplos a fim de elucidar a trajetória da institucionalização da Economia Solidária.

Palavras-chave: economia solidária; luta por reconhecimento; desestruturação política-institucional.

ABSTRACT

The national solidarity economy policy was implemented in Brazil in 2003, after 12 years of important performance, the process of destructuring the solidarity economy sector began in 2015. The current moment seeks to reflect on the progress made in the implementation and recognition of public policies to vulnerable sectors of society. It investigates the social and political reasons and motives for the process of political disruption around this sector and the consequences for the uncertain political future of the Solidarity Economy. It starts from the theory of Struggle for Recognition by Axel Honneth (2003) by elucidating the three phases of recognition: love,

1 Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela UEL. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9543-8117>.

2 Doutor em Ciências Sociais (PUC-SP), Pós-doutor em Ciências Sociais (Núcleo de Estudos da Complexidade - PUC-SP),- Mestre em Administração (UEL-PR) Graduado em Ciências Econômicas (UEL-PR) e em Administração (UEL-PR). Professor Associado do Departamento de Administração da Universidade Estadual de Londrina UEL-PR; Professor do Programa de Mestrado em Gestão e Sustentabilidade UEL-PR; Ministra a disciplina de Socioeconomia; Ética e Responsabilidade Social; Sustentabilidade. Autor dos livros: Ética e Democracia Econômica: caminhos para a socialização da economia (ed. Ideias e Letras, 2020); Da Economia à Ecosocioeconomia: Compreender para transformar (Eduel, 2019); Socioeconomia: Solidariedade, Economia Social e Organizações em Debate (ed. Atlas-Salta, 2014); Pautas para outra Sociabilidade (Eduel, 2016); Economia Solidária numa Pluralidade de Perspectivas (2011 - UEL). Pesquisador do CNPQ, nas áreas de: Democracia Econômica, Ecosocioeconomia, Economia Solidária e Políticas Públicas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9369-0298>.

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

GARNICA, Vitor Gabriel; SANTOS, Luis Miguel Luzio dos. A luta por reconhecimento jurídico: a desestruturação da política nacional de economia solidária. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 287-310, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8698>.

law and solidarity. Thus, the above theory demonstrates the need for legal regulation as an indispensable way to advance in the struggle for the survival of the contradictions of the capitalist system. The research is based on a quantitative bibliographic survey, legislation and examples in order to elucidate the trajectory of the institutionalization of Solidarity Economy.

Keywords: *solidarity economy; struggle for recognition; political-institutional breakdown.*

1. INTRODUÇÃO

A economia solidária pode ser vista em diversos aspectos. As dinâmicas que a envolvem permitem analisá-la enquanto novos arranjos socioeconômicos, política pública, gestão pública, movimento social, projeto contra hegemônico e/ou emancipatório, etc. A polivalência do seu termo conduz a múltiplas perspectivas, pois são plurais as suas formas, práticas, propósitos e estratégias. Os termos adotados variam enquanto economia solidária, social e solidária, popular solidária, cooperativismo solidário, tecnociência solidária, outra economia, economia de trabalho, economia plural, entre tantas outras nomenclaturas que se sustentam a partir dos alicerces axiológicos da cooperação e da solidariedade dos novos arranjos organizacionais.

Independentemente do termo adotado, a potência polissêmica da economia solidária carrega assinaturas dos locais e circunstâncias das quais surgem diversos anseios e superações do contexto de exclusão socioeconômica dos quais estão inseridos. Deste modo, possui a feição de um “guarda-chuva” conceitual das novas aspirações socioeconômicas devido a dois elementos: i) o processo de materialização do modo de produção capitalista e; ii) alternativa de superação, seja individual ou coletiva, do aprofundamento do projeto capitalista de acumulação.

O processo se deriva das conjunturas locais e temporais da qual se desenvolvem as contradições do sistema capitalista, por isso as determinações geográficas, culturais, sociais e econômicas devem ser analisadas no caso concreto.

Já o aprofundamento do projeto de acumulação capitalista é resultante da lógica do capital sob a égide do pensamento econômico clássico. Neste momento, há grande confluência em toda a literatura de economia solidária a compartilhar o diagnóstico social e econômico hodierno. Ora, o atual processo neoliberal assentado na lógica do projeto de acumulação capitalista vem, cada vez mais, promovendo a soberania econômica de grupos dominantes sobre os indivíduos e a sociedade. Um dos mecanismos utilizados é a desregulação da vida social e econômica sob a lógica da mercadoria. Assim, os indivíduos passam a ser interpretados enquanto déficits financeiros a serem neutralizados ou extinguidos segundo a lógica de mercado. O reflexo deste novo arranjo social e econômico promove o aumento do desemprego, a precarização do trabalho, a extinção dos direitos sociais e políticos, a partir da desestruturação do centro decisório da nação: o Estado.

O caso específico brasileiro carrega em si, ainda, maiores contradições geradas a partir do avanço da agenda político-econômica do neoliberalismo. A construção histórica, política e econômica da periferia do sistema delineou problemas próprios a serem superados pela sociedade civil e pelo Estado. Ora, no Brasil os índices de concentração de renda, desigualdade social e a informalidade continuam a crescer desde 2015, mesmo após um pequeno lapso

de crescimento econômico no início do século, os problemas estruturais se perpetuam e se reproduzem na construção socioeconômica nacional.

A presente pesquisa busca contextualizar a desestruturação do cenário institucional da política nacional de economia solidária e as consequências da falta de reconhecimento político-estatal diante da crise estrutural do capitalismo. Mais aprofundado no período de intensificação da agenda político-econômica neoliberal. Implicando, assim, o aumento de grande parcela da população impossibilitada de adentrar ao mercado formal de trabalho e a supressão dos direitos humanos para a reprodução simples da vida, em outras palavras, a sobrevivência.

Deste modo, parte-se da luta por reconhecimento em Axel Honneth (2003) para elucidar a importância das três etapas por reconhecimento (amor, direito e solidariedade), adentrando, mais especificamente, a etapa normativa ou reconhecimento jurídico. Segue-se a ratificar que a falta do reconhecimento jurídico é causa da desestruturação das institucionalizações de Economia Solidária. E, por fim, argumenta-se pela regulação do setor a nível de marco regulatório, além de analisar os avanços e retrocessos do trâmite do processo legislativo do Projeto de Lei nº 137 de 2017 (atualmente, tramita na Câmara dos Deputados sob o PL nº 6.606 de 2019), que regula sobre a Política Nacional de Economia Solidária.

A metodologia adotada parte do levantamento bibliográfico a construir o contexto da luta por reconhecimento e, também, a utilização de legislações a fim de verificar os avanços e retrocessos da institucionalização da economia solidária no Brasil.

2. A LUTA POR RECONHECIMENTO: AS TRÊS ETAPAS EM AXEL HONNETH

A sociedade é composta por diversas dimensões, pode-se citar as econômicas, as políticas, sociais, culturais, biológicas, psicológicas, entre tantas outras que constituem as relações complexas da sociedade. Enxergar sobre o prisma de apenas uma destas dimensões é ignorar a complexidade humana e social que comporta a sociedade. De certo, já se sustenta o argumento da visão holística social a ser incorporada nos dias de hoje, a ausência da análise de qualquer dimensão que venha explicar a sociedade já se torna precária, pois não compreende as múltiplas interações e determinações postas na construção da sociabilidade.

Diante deste desafio, a investigação que ora se apresenta busca elucidar a partir de Karl Polanyi (2000) a pluralidade econômica e os, respectivos, padrões institucionais que melhor captam certas condutas comportamentais. Ao desmitificar a soberania do padrão institucional do mercado frente as múltiplas possibilidades de arranjos socioeconômicos e políticos, avança-se a reinterpretar a noção dos espaços públicos em Habermas (2014). Reinventar os espaços públicos enseja a novas formas de democracia, seja pela sua intensificação (Democracia de alta intensidade) nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2002) ou, então, na democracia multicultural em Charles Taylor (1994).

Contudo, a participação política da qual é pressuposto essencial da democracia deve ser viabilizado dentro e fora da estrutura que concentra as lutas e interesses de classes: o Estado. Simplesmente afirmar a apatia ou a falta de interesse político, unicamente, ao sujeito, é igno-

rar todas as dimensões e relações complexas que o comporta. Pois, antes de ser sujeito de direitos, o indivíduo é um ser político que se delimita nas determinações dadas da estrutura democrática que o sujeita. Neste contexto abordado, a teoria da luta por reconhecimento de Axel Honneth (2003) é construção cognescente necessária a compor o plano individual e coletivo do indivíduo em busca de reconhecimento e pertencimento social a partir de sua identidade. Deste modo, a dialética permeia as três etapas de reconhecimento, assim, o sujeito se torna apto a reconhecer-se tanto individualmente quanto coletivamente dentro do contexto da democracia multicultural.

Cumpra desmistificar a naturalização das determinações sociais sob a aporia do *homo economicus* e, a conseqüente, redução das relações sociais voltadas, unicamente, às lógicas racionais do mercado. O sistema complexo do capitalismo esconde a essência por trás da aparência, traz no seu cerne a constante contradição da negação das suas próprias racionalidades, então, é necessário interpretar as formas sociais contidas sobre as bases materiais que sustentam as relações capitalistas para não cair no engano da reprodução do modo de vida ao modelo unitário e determinante (LUKÁCS, 1979, p. 17). Em outras palavras, é indispensável compreender o capitalismo em sua *episteme*, desmembrar as resultantes e variantes que o determina para não cair na falsa concepção de um único caminho, de um único projeto de sociabilidade (SANTOS, 2002, p. 25).

2.1 KARL POLANYI: A PLURALIDADE ECONÔMICA

Karl Polanyi, cientista político econômico e sociólogo, no livro *A Grande Transformação* (2000) desvendou através da historiografia e da antropologia as formas pré-capitalistas das organizações sociais. Notabilizou-se pela criação e desenvolvimento da abordagem substantivista, a qual se aproxima da antropologia econômica ao estabelecer relações entre economia, sociedade e cultura, nada ocorre isoladamente, mas imerso em instituições histórico-culturalmente intercondicionadas.

Através dos estudos sobre a sociedade do circuito de Kula (Melanésia Ocidental), o autor identifica quatro princípios comportamentais: i) permuta; ii) redistribuição; iii) reciprocidade e; iv) domesticidade. Conseqüentemente, os princípios necessitam ser materializados e operacionalizados em instituições capazes de captar a vontade dos indivíduos, caso contrário, restaria aos princípios estarem apenas conformados no plano das ideias. Portanto, “princípios de comportamento como esses, contudo, não podem ser efetivos a menos que os padrões institucionais existentes levem à sua aplicação” (POLANYI, 2000, p. 68).

O paralelismo entre princípio comportamental e padrão institucional é a base de sistematização do autor ao prever a correspondência da existência (a materialização) de ambos nas sociedades pré-capitalistas. Os pares dados entre princípios e instituições são, respectivamente, permuta com mercado, redistribuição com uma organização central, a reciprocidade com redes e associações e, por fim, a domesticidade com as pequenas autarquias, por exemplo, as familiares. A teleologia destes princípios e instituições configuram as relações sociais na troca de mercadorias por base na permuta, com órgãos centralizados de redistribuição e organização da sociedade, partilhados em relações horizontais de reciprocidade e empatia, sendo configurados em diversos âmbitos, inclusive nas pequenas frações sociais das unidades familiares, no qual os laços hereditários os unem (POLANYI, 2000, p. 68-75).

Contudo, a história contada pelo capitalismo relegou os princípios da reciprocidade e da domesticidade na composição das relações capitalistas de reprodução, sendo, que apenas após a crise de 1929, o princípio da redistribuição na instituição dos Estados se mostrou necessário ao solucionar as externalidades negativas do processo de acumulação do capitalismo em sua fase concorrencial (1848-1929). Será a partir da concepção liberal econômica, a composição epistemológica da modernidade, pois “a lei do mercado na alegada propensão do homem no seu estado natural, foi substituída por um abandono de qualquer interesse na cultura do homem “não-civilizado” como irrelevante para se compreender os problemas da nossa era” (POLANYI, 2000, p. 64).

O autor argumenta a razão do esquecimento de outros princípios comportamentais (reciprocidade e domesticidade) nas relações econômicas, uma vez que o modelo liberal alicerçado sobre o padrão institucional do mercado elegeu o princípio da barganha e da permuta enquanto únicos, suprimindo os demais. O sistema econômico surgiu enquanto regulador e operador das dimensões sociais humanas, assim, “em vez de a economia estar embutida nas relações sociais, são as relações sociais que estão embutidas no sistema econômico” (POLANYI, 2000, p. 77).

Interessante ponto a ser destacado é entender qual a operação do sistema capitalista em conseguir resumir a pluralidade das relações econômicas ao único vetor da barganha e da permuta. Ora, Polanyi (2000) responde ao elucidar as três mercadorias fictícias do capital, como o próprio nome sugere, trata-se do processo de mercantilização (transformação em mercadoria sobre algo que não é produzido, pois existem na natureza) da força de trabalho, terra e dinheiro³. Deste modo, quem possui dinheiro adquire renda por meio do lucro, quem possui terra se utiliza dos alugueis e, por fim, aquele que não possui nem dinheiro ou terra poderá adentrar ao sistema capitalista ao fornecer (por meio do contrato de compra e venda) a sua força de trabalho (POLANYI, 2000, p. 90).

Portanto, Polanyi (2000) engrandece a compreensão social ao explorar os diferentes princípios comportamentais por meio de padrões institucionais existentes, mas que não se comportam a lógica do sistema econômico capitalista, sendo a troca mercantil por meio do mercado a única racionalidade estabelecida, rechaçando as demais.

Duas lições ficam para se avançar na investigação: i) a desmistificação da racionalidade única econômica e; ii) a pluralidade econômica, enquanto compreensão ontológica humana e epistemológica científica. Conclui-se pela visão mais abrangente da economia ao compreender as relações sociais. A redução em uma única racionalidade irá incidir na democracia e nas formas de manutenção e regulação da sociabilidade.

2.2 A LEGITIMAÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS EM HABERMAS

Afinal, qual a correlação entre economia, política e espaços públicos? Ora, as determinações econômicas do modo de produção capitalista incidem diretamente na composição orgânica das relações sociais. Hodiernamente, a concentração de renda se traduz em concentração de poder e, a partir da dinâmica de mercantilização da vida, o capitalismo transforma tudo em mercadoria passível de ser adquirido pela expressão de sua forma monetária: o dinheiro

3 Diferentemente da terra e da força de trabalho, o dinheiro é ficção humana a criar condições necessárias para a troca de mercadorias, por isso o dinheiro ser considerado uma mercadoria fictícia.

(HARVEY, 2005). Assim, a política se torna um ativo econômico a ser comercializado entre os “donos do capital” e, seguindo a lógica da concorrência, o melhor modo de conquistar o mercado é conseguindo minimizar ou extinguir os concorrentes. Dentro desta lógica, os espaços públicos se tornam reféns do avanço neoliberal de desregulamentação socioeconômica diante da força daqueles que detém o capital.

A propriedade privada é por excelência a sustentação do capitalismo, as interseccionalidades entre a propriedade privada e a democracia são nítidas a constituir os espaços públicos enquanto interesses privados. Jürgen Habermas no livro *Mudança Estrutural da Esfera Pública* (2014) introduz a crítica da ausência do interesse público pelo privado, uma vez que a construção histórica da concepção burguesa de interesse está assentada no caráter individualista capitalista. Ressalta o autor, mesmo que haja uma divisão jurídica entre as esferas públicas e privadas por lastros jurídicos e estatais, estes estão conformados segundo a lógica burguesa de esfera pública.

A expansão e regulação da esfera pública encontra no Estado a forma política na qual manifesta os interesses privados, mas por estarem juridicamente separadas há uma falsa percepção da dialética entre o público e privado. Pois, ambos não são destoantes, de modo que o Estado inibe a participação dos indivíduos ao assumir as competências de regulação social. Por fim, Habermas (2014) conclui na transferência do poder público por um poder social, pois “somente essa dialética de uma socialização do Estado que se impõe, simultaneamente, com a estatização progressiva da sociedade, é que pouco a pouco destrói a base da esfera pública burguesa” (HABERMAS, 2014, p. 170).

Esta dialética pressupõe a teoria da ação comunicativa enquanto meio a interpenetrar a relação entre Estado e sociedade, por exemplo, o Estado ao transferir suas competências para os indivíduos, a democratização dos grandes meios de comunicação a não permitir o controle e manipulação das grandes massas e, a garantia dos direitos individuais, políticos e sociais.

2.3 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: É NECESSÁRIO REPENSAR O MUNDO

Proposta interessante a confluir os dois autores citados é a visão de Boaventura de Sousa Santos (2002) ao expandir os valores e formas de organizações de localidades gerador a partir dos movimentos sociais. Assim, trata-se de criar novos tipos de estratégias em busca da emancipação, partindo das particularidades de cada manifestação contida no seio social, mas esquecidas por não estarem inseridas no seio do modo de reprodução capitalista. Em sua visão cosmopolita, o autor busca traçar a sociologia das ausências ao dilatar o presente e a sociologia das emergências ao contrair o futuro (SANTOS; RODRIGUEZ, 2002).

Deste modo, a esfera pública se expande à medida que as esferas privadas, constituídas coletivamente, passam a compor o debate e o centro decisório. Incluir a pluralidade econômica ao debate é questão central e pertinente ao possibilitar as condições materiais de reprodução da vida para não se tornarem reféns do assistencialismo filantrópico providas das esferas privadas. As alternativas ao desenvolvimento compõem as múltiplas dimensões da esfera social ao potencializar a emancipação e autonomia frente ao modelo único de reprodução da vida. Em outras palavras, “trata-se da reivindicação da diversidade cultural e da diversidade de

formas de produzir e de entender a produção, que existem hoje por todo o mundo, apesar da expansão da economia capitalista e da ciência moderna” (SANTOS; RODRIGUEZ, 2002, p. 55).

Em suma, destaca-se nove teses para as alternativas plurais:

1. A importância dos vínculos além do econômico;
2. O êxito das alternativas de produção depende da inserção em redes de colaboração e de apoio mútuo (sindicatos, ONG's, etc);
3. Lutas pela produção alternativa devem ser impulsionadas dentro e fora do Estado;
4. As alternativas de produção não devem fixar-se unicamente em escala local, mas articular-se em escala maior, afastando-se do isolamento;
5. A radicalização da democracia participativa e da democracia econômica são duas faces da mesma moeda;
6. Existe uma estreita conexão entre as lutas pela produção alternativa e as lutas contra a sociedade patriarcal. Não é uma luta apenas no plano econômico, mas também de gênero, raça e emancipação;
7. As formas alternativas de conhecimento são fontes alternativas de produção, aprende-se com os diferentes;
8. Os critérios para analisar o êxito ou o fracasso das alternativas econômicas devem ser gradualistas e inclusivos, e vão muito além do economicismo;
9. As alternativas de produção devem entrar em relação de sinergia com alternativas de outras esferas da economia e da sociedade (LUZIO-DOS-SANTOS, 2020, p. 210-211).

O pensamento de Boaventura de Sousa Santos (2002) traz a necessidade de pensar o Sul do mundo com as perspectivas do Sul, libertando-se das amarras teóricas do cientificismo ocidental. Inaugura, assim, a compreensão das realidades do Sul pelos atores sociais contidos nestas relações de dependência. Pois, antes de traçarem um projeto contra hegemônico do norte do mundo, deve-se traçar as perspectivas, realidades, aflições e anseios das comunidades que aqui estão. Emancipação no sentido *latu sensu* de não dominação em nenhuma dimensão da vida (SANTOS, 2002).

2.4 MULTICULTURALISMO EM CHARLES TAYLOR

Antes de adentrar na teoria da Luta por Reconhecimento de Axel Honneth (2003), tem-se em Charles Taylor, um dos precursores da teoria da política de reconhecimento, no livro *Multiculturalismo* (1994). Ambos os autores utilizam a perspectiva da psicologia social de George Herbert Mead nos estudos sobre o desenvolvimento da consciência dos significados ao desmembrar a formação do sujeito (*self*) no *I* e no *me*. O *me* representa a autorregulação da consciência, no qual apenas o sujeito possui as capacidades de compreender determinados significados sociais, já o *I* (ou “eu” traduzindo ao português) reflete a reação cognitiva do sujeito aos problemas práticos da vida, equivale ao estímulo espontâneo, mas também consciente, das ações do meio sobre o interior de si. Trata-se de uma perspectiva dialógica da experiência sentida. Em outras palavras, “um sujeito só pode adquirir uma consciência de si

mesmo na medida em que ele aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa (HONNETH, 2003, p. 131).

A partir desta pequena introdução do *I* e do *me*, Charles Taylor (1994) propõe a política do reconhecimento assentada sobre duas demandas: i) a identidade e; ii) o reconhecimento. Ambas são complementares e necessárias, pois o indivíduo só pode reconhecer-se a si próprio se os outros (a sociedade) assim o reconhecer, ou seja, que tenha o seu papel social identificado por si mesmo. Reciprocamente, a identidade do sujeito está relacionada ao reconhecimento. Contudo, se o sujeito não tiver a sua identidade reconhecida, estará sofrendo a opressão de ter sua individualidade negada e, assim, sofrendo danos pela negação do próprio ser (TAYLOR, 1994, p. 25).

Deste modo, a identidade ocorre dentro da esfera privada da vida e o reconhecimento na esfera pública. A publicização dos espaços necessita ser plural, apenas democratizar o acesso não garante a representatividade da política do reconhecimento. A complexidade exige novas formas de interação do sujeito com a esfera pública. O reconhecimento do outro é o artifício que o autor enumera ser necessário para a sociedade multicultural.

Importante destacar os avanços dos direitos individuais na preservação do sujeito de direitos, contudo, este mesmo aspecto trouxe a noção da igualdade formal, desprezando as múltiplas individualidades da sociedade, por isto, o autor reivindica a necessidade de “homogeneizar a diferença” (TAYLOR, 1994, p. 61). Em suma, a democracia ao avançar também produz desafios, os mecanismos clássicos democráticos alicerçados na igualdade formal-jurídica não privilegiam a multiculturalidade das pautas plurais dentro dos espaços públicos homogêneos, portanto, necessita-se além de ampliar e democratizar os espaços públicos, torna-los iguais nas diferenças.

2.5 A LUTA POR RECONHECIMENTO EM AXEL HONNETH

Axel Honneth (2003) avança dentro da perspectiva da política de reconhecimento ao introduzir o verbo *luta* na composição de sua teoria. Diferentemente da visão liberal da democracia representativa em Charles Taylor (1994), Honneth introduz a dialética do jovem Hegel de Jena a compor, juntamente com a psicologia social de Mead, a Luta por Reconhecimento. Através da fenomenologia da intersubjetividade, Honneth (2003) elenca três etapas gradativas e sucessivas de reconhecimento: i) amor; ii) direito e; iii) solidariedade ética. A problemática posta pelo autor é o processo dialético entre o *me* e o *I*, pois o *me* busca aceitação social dentro do eu, contudo há um conflito moral e social quando o *me* não encontra a aceitação. Assim, as expectativas individuais se confrontam com os padrões sociais normativos (HONNETH, 2003, p. 141). Será a partir desta estrutura dialética que Honneth se propõe a interpretar a gramática moral dos conflitos sociais.

Inicia-se a explicar as fases e a construção da identidade do sujeito a partir da primeira esfera: o amor. As relações primárias e emotivas do ser humano ainda na fase de colo representam o momento inicial da relação recíproca e dependente (material e corpórea) da criança com a genitora. Assim, no amor nasce o primeiro vínculo de reconhecimento humano, na fase de colo se perfaz a dependência ao outro, sendo que na fase seguinte, a da “dependência relativa” a criança inicia o processo de objetivação da realidade. Por exemplo, o momento que

a criança inicia o processo de testar os limites possíveis e, assim, sendo advertido pela mãe com a negação dela, surge, então, o sentimento de negação da criança devido a privação do desejo dela. A partir dos limites impostos da mãe, a criança se identifica ao meio e as circunstâncias objetivas dadas, desenvolvendo a auto-confiança neste processo contínuo dialético com o outro. Portanto, “uma vez que essa experiência tem de ser mútua na relação do amor, o reconhecimento designa aqui o duplo processo de uma libertação e ligação emotiva simultâneas da outra pessoa, não um respeito cognitivo, mas sim uma afirmação da autonomia” (HONNETH, 2003, p. 178).

A segunda etapa após o convívio familiar do amor e o desenvolvimento da auto-confiança, o sujeito se encontra apto a sair da esfera privada da família e avançar para o convívio social nos espaços públicos. Inicia-se a segunda etapa de reconhecimento: o direito. Honneth (2003) vê no reconhecimento jurídico o outro genérico, o sujeito de direitos. Ora, dentro da perspectiva histórica jurídica, os direitos avançam dos individuais para os políticos e sociais a conformar toda a estrutura jurídica moderna. Neste momento, Honneth identifica a importância da esfera privada dos direitos individuais ao igualar na forma os indivíduos sociais, contudo, isso não é suficiente. Deste modo, os direitos sociais e políticos são a efetivação da luta do reconhecimento pela igualdade (HONNETH, 2003, p. 191).

A estrutura normativa se torna instrumento social apto a desenvolver a moral dos indivíduos, pois permite em sua estrutura axiológica a preservação do auto-respeito a níveis gerais. Análogo a primeira etapa do amor, “o auto-respeito é para a relação jurídica o que a autoconfiança era para a relação amorosa é o que já se sugere pela logicidade com que os direitos deixam conceber como signos anonimizados de um respeito social” (HONNETH, 2003, p. 194). O direito para Honneth permite reconhecer os conflitos sociais e promover as políticas de reconhecimento dentro das normas gerais a igualizar as propriedades gerais da individualidade, mas também, específicas ao relevar as particularidades próprias da individualidade. Em outras palavras, a reconstrução normativa deve ser instrumento ético ao igualar formalmente as condições do exercício da identidade e expandir-se, intersubjetivamente, para o reconhecimento da pluralidade das identidades.

Antes de adentrar a terceira etapa, faz-se uma oportuna consideração. As relações de desigualdade social provocam um fosso entre os diferentes estratos sociais, as condições materiais determinam a construção do sujeito e os elementos que aferem na intersubjetividade. Por isso, o direito possui não apenas a tarefa de coesão social por meio normativo formal, mas também a real possibilidade de efetivar por meio da luta política a ser travada na arena estatal as formas de consolidação da efetividade material. Este processo de efetivação é derivado pela subjetividade jurídica formal ao igualar, mas também ao diferenciar as diferenças aliado às demandas necessárias por meio de políticas públicas ao reconhecer as condições de desigualdade social.

Neste panorama, as condições de subdesenvolvimento brasileiro na periferia do capitalismo global ensejam instituições aptas a desenvolver programas e planejamentos coerentes com as realidades sociais, federativas e locais (GRAU, 2005). A democracia, portanto, torna-se o vetor a congregar as múltiplas realidades por meio da ação comunicativa dentro dos espaços públicos estatais, seja por meio dos instrumentos que minimizam o distanciamento da racionalidade política com o mundo da vida, tais quais associações comunitárias, conselhos, colegiados, fóruns, movimentos sociais, sindicatos, etc; como também, a transparência das

tomadas de decisões ao tornar o controle social cada vez mais forte dentro das perspectivas da democracia participativa.

Por fim, a terceira, e última, etapa é a solidariedade. Após o sujeito desenvolver a autoconfiança nas relações de afeto e o autorrespeito nas relações sociais normativas, encontra-se apto a compartilhar a auto-estima social. Há duas características que permitem a auto realização individual dentro da estrutura intersubjetiva social entre os diferentes grupos: i) simetria e; ii) autonomia. A primeira se consolida quando não há imposições de grupos sobre essas relações, pois, precisam ser traçadas em sua horizontalidade a conformar a igualdade entre os diferentes. A segunda visa a própria condição do desenvolvimento da identidade que sai da esfera privada e adentra na esfera pública. Autonomia é ter condições de não ser privado de sua identidade, sendo o reconhecimento a chave para extinguir as diferenças.

Essa proposta explica também a circunstâncias de o conceito de 'solidariedade' se aplicar até o momento precipuamente às relações de grupo que se originam na experiência da resistência comum contra a repressão política; pois aqui é a concordância do objetivo prático, predominado sobre tudo, que gera de súbito um horizonte intersubjetivo de valores no qual cada um aprende a reconhecer em igual medida o significado das capacidades do outro (HONNETH, 2003, p. 209).

Conforme exposto, as fases são graduais, se houver o rompimento em qualquer dessas etapas o sujeito terá o reconhecimento ferido. Por exemplo, se nas relações de afeto, a violência doméstica (maus tratos) for o modo de reprodução das relações de amor, o sujeito encontrará a não afirmação de sua identidade, conseqüentemente, não desenvolverá a autoconfiança, prejudicando qualquer interação social na esfera coletiva, pois não há condições internas psíquicas do indivíduo a se manifestar na coletividade.

Já na esfera normativa, há dois polos de intersubjetividade, a esfera privada dos direitos individuais e a esfera pública para a efetivação da individualidade. Assim, a estrutura jurídica deve positivar a igualdade no sentido formal e estabelecer formas de concretização para o exercício das particularidades do sujeito. Não havendo uma estrutura normativa capaz de desenvolver o auto-respeito na esfera privada (direitos individuais), o sujeito entrará em conflito por sua identidade ser negada pelo social e, se não houver condições materiais (direitos políticos e sociais) na esfera pública, o sujeito entrará em vias de conflito com o social na preservação de sua integridade social, na qual se refaz luta por reconhecimento.

Por fim, a auto-estima reinterpreta as necessidades dos indivíduos frente ao coletivo. Sem o elemento da solidariedade, há uma estrutura social de *status*, no qual quem possui mais força na luta hierárquica política determina o campo valorativo a ser delineado nos espaços públicos. Será a partir deste descompasso social que movimentos sociais se organizam pela luta por reconhecimento.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a luta por reconhecimento acontece quando há interferências da relação intersubjetiva entre a identidade individual e o coletivo que perpassam dentro da esfera pública. Portanto, o verbo lutar traduz a práxis inerente de qualquer projeto de transformação e emancipação social.

A fim de tornar toda a exposição visualmente agradável, expõe-se abaixo um resumo de toda a exposição:

Modos de Reconhecimento	Dedicação Emotiva	Respeito Cognitivo	Estima Social
Dimensões da personalidade	Natureza carencial e efetiva	Imputabilidade moral	Capacidades e propriedades
Formas de reconhecimento	Relações primárias (amor, amizade)	Relações jurídicas (direitos)	Comunidade de valores (solidariedade)
Potencial evolutivo		Generalização, materialização	Individualização, igualização
Auto-relação prática	Autoconfiança	Auto-respeito	Auto-estima
Formas de desrespeito	Maus-tratos e violação	Privação de direitos e exclusão	Degradação e ofensa
Componentes ameaçados da personalidade	Integridade Física	Integridade Social	"Honra", dignidade

Fonte: Elaborado pelo autor com base em Honneth (2003, p. 211).

O recorte da pesquisa se concentra na segunda etapa da luta por reconhecimento: o direito. A dinâmica dos conflitos sociais em Axel Honneth (2003) permite avançar para a composição orgânica dos embates dentro da arena política brasileira no que tange a Economia Solidária. A falta de regulação demonstra a falta de reconhecimento da esfera pública pelos empreendimentos alternativos ao modo de produção capitalista e a desestruturação da Política Nacional de Economia Solidária se revela enquanto a falta de efetivação dos interesses públicos sobre os empreendimentos de economia solidária.

3. A FALTA DE RECONHECIMENTO: O DESRESPEITO E A DESESTRUTURAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE ECONOMIA SOLIDÁRIA

A Economia Solidária é exemplo da luta por reconhecimento. O contexto social de exclusão socioeconômica, sobretudo, no mercado formal de trabalho sob a ótica do neoliberalismo, impôs novos arranjos organizacionais em busca da preservação da vida. Os atores sociais da economia solidária estão inseridos na dinâmica da exclusão do capitalismo, compartilham assim, a ideia de trabalho e renda (DAGNINO, 2019). Em suma, as contradições do modo de produção capitalista geram em seu interior frações de indivíduos ou coletivos vulnerabilizados a compor a dinâmica do capitalismo dependente da periferia.

O surgimento da economia solidária é visto sob esse prisma. Um dos primeiros teóricos da literatura em economia solidária, Luiz Razeto (2006), constata a aparição do vocábulo solidariedade entre os trabalhadores e sindicalistas no Chile. A partir da década de 1980 inicia-se as políticas econômicas neoliberais, no qual o capitalismo entra em sua nova fase de acumulação (HARVEY, 2005). Dentro deste contexto, Luiz Razeto (2006) ao acompanhar os fóruns de trabalhadores e das populações desocupadas constata a preocupação da reprodução simples da vida (sobrevivência), mas também nota as aspirações destes fóruns em ampliar as simples noções de sobrevivência e lograr novos endereçamentos da vida. Assim, nasce a *economia popular de solidariedade*, assentada nos laços comunitários sociais por meio da solidariedade em luta por reconhecimento do trabalho.

Avançando para o Brasil, Paul Singer (2002) é o grande responsável, tanto teórico quanto institucional, em afirmar a luta por reconhecimento da economia solidária. A trajetória de vida de Paul Singer personifica a luta por reconhecimento político da economia solidária. Conhecido como militante utópico, buscou desde a sua juventude lutar junto aos trabalhadores por melhores condições de vida, iniciando o seu trabalho e atuação aos sindicatos enquanto operário, como professor da Universidade de São Paulo e, por fim, diretor da Secretária Nacional de Economia Solidária (SENAES) vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Faleceu em 16 de abril de 2018 deixando consigo todo um legado de luta em prol da classe trabalhadora.

O SENAES representa a institucionalização da economia solidária pelo Decreto-Lei nº 4764 de 2003 e, posteriormente, a Lei nº 10.683 de 2003 que instituiu a Secretaria Nacional de Economia Solidária enquanto órgão vinculado ao Ministério do Trabalho. Vale lembrar que o período histórico político no qual está inserido a Política Nacional de Economia Solidária remonta a ascensão do governo do Partido dos Trabalhadores (PT) sob o mandato de Luis Inácio Lula da Silva (2003-2010), no qual havia uma preocupação no diálogo entre os movimentos de base e o governo federal. Contudo, as manifestações aos moldes da economia solidária já existiam no Brasil desde a década de 1980, sendo a Cáritas (instituição filantrópica da Igreja Católica) a principal responsável por coordenar grupos de ajuda denominados PACS (Projetos Alternativos Comunitários), somado com as reivindicações do MST (Movimento dos Trabalhadores Sem Terra) no campo, a Anteag (Associação Nacional dos Trabalhadores em Empresas Autogestionárias) nas fábricas em processo falimentar e UNISOL (União e Solidariedade das Cooperativas do Estado de São Paulo) no movimento cooperativista solidário (SINGER, 2002, p. 123).

A aglutinação desses setores sociais se desenvolveu enquanto resultado da crise econômica que crescia no Brasil na década de 1980. A presença dos setores relacionados partiu da crítica orgânica do funcionamento das estruturas de acumulação e competição patrocinados pelo capitalismo. As próprias determinações do capitalismo periférico empurraram grande parte da população para a marginalidade do sistema, no qual se traduz a informalidade e a falta de ocupação da força de trabalho, ou seja, dos postos formais de trabalho.

Desse modo, as contestações possuíam diversos aspectos, seja de ajuda filantrópica ou de enfrentamento, mas que se convergiam em novas perspectivas da geração de renda e trabalho. A economia solidária, então, surge enquanto manifestação socioeconômica a compartilhar a crítica orgânica do sistema capitalista de produção, mas também, a possibilitar o mínimo existencial para a sobrevivência por meio do trabalho.

No Brasil, um exemplo de ajuda filantrópica, a Igreja Católica promoveu a partir das Cáritas o financiamento de Projetos Alternativos Comunitários (PACs) à população das periferias e

da zona rural com o intuito de promover e gerar trabalho e renda. Já, dentro da perspectiva do enfrentamento, o MST, os sindicatos, o Sistema de Cooperativa de Assentados (SCA) forneceram auxílio e buscaram promover acesso à terra e possibilidades de produção à diversas famílias em prol do denominador comum do trabalho (SOUZA; LUZIO-DOS-SANTOS, 2019, p. 124).

As organizações e instituições acima mencionadas demonstram que antes de haver a institucionalização político-estatal, há, precedentemente, a Luta por reconhecimento destes grupos que se envolvem dentro das dinâmicas sociais do mundo na vida, seja na filantropia, na reforma agrária, na ocupação das fábricas ou nas pautas de novos cooperativismos.

A institucionalização é instrumento político-jurídico que se manifesta no seio estatal enquanto operacionalização dos conflitos e interesses sociais (GRAU, 2005). Dadas as perspectivas históricas, observa-se a concentração do poder político na forma estatal. Deste modo, a democracia surge enquanto catalisador a promover as múltiplas demandas sociais no interior estatal, tornando o Estado, ao percorrer do século XX, o centro organizacional mais importante de uma nação (GRAU, 2005, p. 40)

Ora, o capitalismo é recheado de contradições. O Brasil inserido na lógica periférica do capitalismo carrega em si a formação ainda mais contraditória (DERANI, 2007, p. 42). Por exemplo, a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 trouxe uma ampla gama de direitos e garantias políticas e sociais, em conflito com as demandas do período neoliberal. Nasce, então, o paradoxo da formalidade do Estado de Bem-Estar brasileiro dentro da dinâmica de desregulamentação econômica e social do Neoliberalismo (GRAU, 2005, p. 47). É, neste contexto, que se observa os avanços e retrocessos da Política Nacional de Economia Solidária.

A atuação do SENAES durante os anos de 2003 a 2015 representa os tempos áureos da política pública em torno dos empreendimentos econômicos solidários (EES). Busca-se exemplificar, mas não exaurir, os avanços políticos, econômicos e sociais do SENAES enquanto política pública.

Por se tratar de uma política conjunta baseada no diálogo sobre a supervisão e planejamento de Paul Singer, o SENAES buscou reunir as grandes lideranças em torno da Economia Solidária a fim de estabelecer parâmetros, conceitos e metodologia para a composição do setor. Também, organizar campos de diálogos, expandir os espaços públicos e definir estratégias e princípios a direcionar os EES. Por exemplo, a formação do Fórum Brasileiro de Economia Solidária (FBES) realizou a I Conferência Nacional de Economia Solidária em 2006. Nesta ocasião, foram comungados os eixos estratégicos, princípios e as características em torno do setor. Destaque-se a importância do Fórum Social Mundial realizado em 2001 na cidade de Porto Alegre que representou o início da efervescência das discussões sobre um novo projeto de sociabilidade, daí resultou-se a inserção da economia solidária enquanto alternativa de produção e de trabalho e renda.

Assim, “Graças à atuação da SENAES e do FBES, o número de programas municipais e estaduais de economia solidária tem aumentado consideravelmente, com destaque para os bancos do povo, empreendedorismo popular solidária, capacitação, centros populares de comercialização etc” (PITAGUARI; SANTOS; CAMARA, 2012, p. 47).

Por fim, há uma imprecisão conceitual do que seja a economia solidária, assim, a principal tarefa na questão metodológica e essencial para a compreensão do fenômeno é dar precisão ao termo que circunda o setor. Ora, diante dessas inquietações metodológicas e científicas

a fim de direcionar e organizar mais efetivamente a política pública, o SENAES por meio da estrutura do Sistema de Informação de Economia Solidária (SIES) iniciou o mapeamento dos EES no Brasil.

A importância do mapeamento é sem precedentes para a averiguação do fenômeno social, dividido em seis pontos de análise por setor (territorial, formas jurídicas, tipos de atividades econômicas, regiões e perfil dos atores sociais), o SIES buscou interpretar o caráter multifacetário e plural da economia solidária (GAIGER; KUYEN, 2020, p. 5).

A partir da definição dos núcleos conceituais e estratégicos por meio das Conferências e o desenvolvimento de averiguação do fenômeno por meio do mapeamento, surge um plano amplo de possibilidades a direcionar as políticas públicas em torno do setor. Portanto, a articulação de redes tão cara ao setor da economia solidária se torna estratégia e núcleo constitutivo da luta por reconhecimento.

A institucionalização das práticas de Economia Solidária foi acompanhada no período de crescimento econômico brasileiro e do aumento das relações formais de emprego resultantes da década de 2000. Os empreendimentos econômicos solidários possuem enquanto umas das características a centrifugação do trabalho e renda para além das relações de subordinação trabalhistas. Nesse contexto, observa-se uma mudança dos empreendimentos solidários entre os mapeamentos de 2007 e 2014 no que tange a diminuição dos números dos empreendimentos cadastrados, contudo havendo uma maior consolidação por meio da comercialização com órgãos governamentais e vendas/trocas entre os próprios empreendimentos em rede (SOUZA; LUZIO-DOS-SANTOS, 2019, p. 131).

Os mapeamentos indicam a forte presença de ações e legislações que atestam a centralidade da economia solidária enquanto política pública de renda e trabalho, pois apesar das fragilidades materiais e competitivas, há um campo de possibilidades abertas aos atores sociais dentro do mercado capitalista. Contudo, o crescente mercado formal da década de 2000 muito se assemelha ao período do surgimento das cooperativas no século XVIII e a sua derrocada com o surgimento do Estado Social-Democrata, arrastando grande parte do movimento cooperativo para as relações de trabalho subordinado (SINGER, 2002). Conclui-se que os empreendimentos solidários se mantiveram nas franjas do sistema capitalista, sendo incorporada por setores específicos como a agricultura familiar, cooperativas de recicladores, pequenas cooperativas populares e artesanato.

Outro dado que ratifica tal constatação é o estudo realizado pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) no qual realizou em 2015 a relação entre informalidade e economia solidária. Importante dado a ser destacado que durante o período de fomento à economia solidária patrocinado pelo SENAES coincide com o período no qual houve maiores aumento de empreendimentos informais neste setor (DIEESE, 2015, p. 30), sendo representada numericamente por 39,1% dos agricultores familiares e 74,7% dos artesãos (DIEESE, 2015, p. 66).

Contudo, os tempos áureos da política nacional do setor deparou-se em 2015 com a mudança política no cenário brasileiro. Sob a instabilidade do governo de Dilma Rousseff (2011 – 2016) em 2015, o governo petista tentando manter a governabilidade dentro da crise econômica, somado a difícil eleição e o discurso da oposição da contestação dos resultados

nas urnas. Inserido na formação democrática representativa brasileira de coalizão, houve negociações dos ministérios e, nesta toada, o SENAES entrou no *lobby* político. Assim,

Ainda em agosto de 2015, Paul Singer já havia afirmado que foi avisado de sua exoneração, o que não ocorreu no governo Dilma (PT). Como resultado do ajuste fiscal diante do desequilíbrio econômico, a reforma ministerial realizada pelo governo federal, por meio da Medida Provisória nº 696, de 02 de outubro de 2015, trouxe para o Movimento da Economia Solidária o risco formal de desestruturação da SENAES (FORTE, 2015, p. 135).

A crise institucional-política instaurada após o impeachment de Dilma Rousseff em 2016 estremeceu as fracas estruturas democráticas brasileiras⁴. Inicia-se no Brasil a retomada da agenda neoliberal nos governos subsequentes (Michel Temer e Jair Bolsonaro). O setor da economia solidária e, sobretudo, o SENAES são alvos para a redução dos cortes orçamentários, inviabilizando financeiramente a continuação da política pública (FORTE, 2019).

A desestruturação da Política Nacional de Economia Solidária avança a partir deste novo contexto social de crise político-institucional. A utilização do termo “tempos áureos” anteriormente citada se justifica a partir da *crise de paradigma* que se levanta nos últimos 5 anos. A economia solidária está inserida nas negociações políticas por representar interesses de diversos grupos de atores sociais (devido ao caráter multifacetário) e, também, por estar inserido sobre a destinação de recursos públicos ao disputar com os setores privados, por exemplo, o embate das cooperativas populares e o agronegócio (personificado jurídico-institucional pela Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB).

Sandro Pereira Silva (2018), economista e estudioso do tema da economia solidária, participa enquanto técnico de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas Sociais do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), vem traçar o clima de insegurança na perspectiva da continuação da política pública de Economia Solidária. A *crise de paradigma* do qual o autor relata se deve a crise operacional (administrativa) e posicional (metodológica) que o SENAES vem sofrendo, somado a diminuição do orçamento e a desarticulação e perda da autonomia do SENAES. Deste modo,

Olhando a partir de 2015, último ano do Plano Brasil Sem Miséria (PBS), o orçamento para as ações de economia solidária foi de R\$ 130.000.000,00 (cento e trinta milhões de reais), dos quais foram executados apenas 16,1%; em 2016, o orçamento foi rebaixado para R\$ 62.000.000,00 (sessenta e dois milhões de reais), tendo sido executado 27,6% desse valor (SILVA, 2018, p. 24). Com esses dados, percebe-se como os cortes e contingenciamentos já constroem a política pública de economia solidária no último governo Dilma (2015-2016), o que era duramente criticado pelo próprio Paul Singer, para quem o governo deveria ter dado “uma guinada à esquerda”, para não perder a sua base social, enfraquecendo-se ainda mais no contexto de crise econômica e política no qual foi afundado (FORTE, 2019, p. 264).

Seguindo o ritmo de desestruturação do setor, o orçamento de 2017 de R\$ 41.000.000,00 (quarenta e um milhões de reais) destinado a economia solidária, apenas 9,8% foi executado. Os cortes dos recursos em 2018 foram ainda mais severos (R\$ 19.000.000,00 de reais), sendo a menor da série história de 2003-2017 (SILVA, 2018). Assim funciona a lógica neoliberal, se

4 O Brasil viveu mais períodos autoritários do que democráticos, visto que dentro da perspectiva histórica a República Brasileira é dividida em 5 períodos: i) Velha Republicana (1889-1930), ii) Era Vargas (1930-1945); iii) República Populista (1945-1964); iv) Regime Militar (1964-1984) e; v) Nova República (1984-).

a vinculação normativa obrigatória não pode ser extinguida, então, opera-se por meio da operacionalização ao desestruturar o setor. O direito se torna arena dupla de desarticulação, seja por meio normativo ou operacional, independentemente da forma adotada, é na vontade do governo que reside a consolidação e a efetivação da política pública. Assim também, no caso das finanças solidárias, tem-se

Complementarmente, acrescentamos uma alteração importante em relação ao ambiente institucional da construção de políticas públicas de Finanças Solidárias. Houve uma mudança com o governo de Michel Temer, sendo que SENAES passou para o Ministério do Trabalho a partir de 26 de setembro de 2016. Mediante essa mudança, uma nova equipe de gestão assumiu a “Subsecretaria da Economia Solidária” como passa a ser denominada. Assim, em que pese alguns encontros de diálogo com setores do movimento da Economia Solidária, o momento atual é de apreensão e incertezas. As manifestações do movimento vão na direção de luta pelo “direito a crédito”, e aos recursos públicos. Infelizmente, mesmo com passos e conquistas significativos na construção de política pública de Economia Solidária, e nela a de Finanças Solidárias, ainda tais conquistas ficam à mercê da vontade política dos governos e necessitam de constante pressão popular para resistir e garantir o já conquistado (SAVARIN, 2018, p. 350).

Por fim, a última alteração legislativa que desarticulou e, até este presente momento é a vigente, foi o Medida Provisória nº 870 em 1 de janeiro de 2019 e convertida na Lei nº 13.844 de 2019, na qual prevê a reorganização ministerial do Governo de Jair Bolsonaro (2019-). Entre as principais alterações no que tange o SENAES, foi a extinção do Ministério do Trabalho e Emprego, sendo hoje, Secretaria vinculada ao Ministério da Economia.

Esta alteração legislativa subdividiu a atuação da, agora, subsecretária SENAES (ou Subsenaes) em três diferentes ministérios, desarticulando por completo a atuação conjunta. Assim, as políticas públicas em torno do setor foram fragmentadas conforme a área de atividade econômica, sendo as EES rurais vinculadas ao cooperativismo dentro do Ministério da Agricultura, as EES urbanas a compor a Secretaria de Trabalho vinculada ao Ministério da Economia e, por fim, o Conselho Nacional de Economia Solidária (CNES) restou para o Ministério da Cidadania. Em suma,

Com a extinção do Ministério do Trabalho, a antiga Secretaria Nacional de Economia Solidária (Senaes) teve suas atribuições enviadas ao Ministério da Cidadania. As competências que têm relação com a economia solidária ficaram restritas à política de assistência social e à de renda, associada ao conceito de cidadania, evidenciando que não é nesse ministério que se define estratégias da política de trabalho e de desenvolvimento do país (PINHO, 2019).

Hoje fica evidenciado a proposta do Governo Federal frente as novas manifestações socioeconômicas. Patrocinados pelo projeto neoliberal de desregulamentação socioeconômica, o setor da Economia Solidária se torna irrelevante ao cenário político atual. Conclui-se que apesar do fortalecimento da política institucional de economia solidária e dos grandes avanços perceptíveis em relação ao setor, ainda se mostra deficitário em conseguir articular grupos e redes sem o apoio estatal. Deve-se construir novos caminhos para a efetivação da luta por reconhecimento e, acredita-se ser o Estado por meio de políticas públicas o caminho mais eficaz no desenvolvimento e emancipação dos EES.

Por fim, retomando Axel Honneth (2003), a luta por reconhecimento se refaz na luta social, no qual “[...] trata-se do processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento” (HONNETH, 2003, p. 257).

Assim, o desrespeito gerado, primeiramente, por falta de regulação normativa, ou seja, pela identificação de grupos de economia solidária não sendo reconhecidos pela forma estatal, ensejam conflitos válidos dentro e fora do Estado pela luta por reconhecimento. Somado a falta de positivação (reconhecimento jurídico) dos EES, tem-se a recusa da institucionalização nos últimos 5 anos sobre o setor mais estratégico para a Economia Solidária, o SENAES.

Nessa reflexão, o espaço público é o espaço de debate e de expressão das diferenças que torna possível a luta democrática entre o Movimento da Economia Solidárias e outros atores coletivos na disputa por direitos e pela direção das ações do Estado para a criação e implementação de políticas públicas (FORTE, 2015, p. 115).

Segundo Axel Honneth (2003) não há como avançar no campo da auto-estima social ou, da solidariedade, se os pressupostos da etapa do reconhecimento jurídico não forem alcançados,

Pois a tentativa de partir das condições intersubjetivas da integridade pessoal para atingir os universais normativos de uma vida bem sucedida acaba, afinal, incluindo também o padrão de reconhecimento social, que só pode nascer das finalidades partilhadas em comum; que estas, por sua parte, estão submetidas às limitações normativas postas com a autonomia juridicamente garantida de todos os sujeitos, é o que resulta de sua posição num tecido de relações, no qual devem coexistir com os outros dois padrões de reconhecimento do amor e do direito (HONNETH, 2003, p. 279).

Portanto, tendo em vista a luta por reconhecimento jurídico enquanto chave essencial para avançar no campo da solidariedade diante das dificuldades político-institucionais que hoje defrontam, desarticulam e desestruturam a Política de Economia Solidária. Parte-se para a necessidade da reivindicação do marco jurídico condizente com a realidade posta. Pois, demonstrou-se que a simples mudança da agenda governamental poderá deixar as margens as conquistas de mais de uma década.

4. O RECONHECIMENTO JURÍDICO: A NECESSIDADE DA REGULAÇÃO E AVANÇOS PARA NOVAS FORMAS DE SOCIABILIDADE

A regulação da economia solidária não se limita apenas aos campos circunscritos dos EES, mas indica uma nova forma de regulação social baseado na reciprocidade, redistribuição e domesticidade, conforme apontado por Polanyi (2000). Assim, surge a necessidade de alterar a concepção da esfera pública para além da esfera estatal e ampliar para dentro da esfera social a perspectiva do controle dos indivíduos nestes espaços, conforme apontado por Habermas

(2014). Também, vai além, busca combater todas as formas de exploração (realidade do Sul do Mundo) alicerçado pela autonomia e emancipação dos EES, assim como especifica Boaventura do Sousa Santos (2002) a compreender a realidade da periferia sulista do mundo.

Ora, diante da conexão entre essas múltiplas perspectivas, a Economia Solidária refaz, nas palavras do Professor Genauto França Filho (2007), uma “nova forma de gestão pública” inspirado pelas economias plurais apontados ao norte da solidariedade.

Portanto, em linhas gerais, a luta por reconhecimento jurídico reivindica todas as propostas acima apontadas. É compreender a pluralidade econômica dentro de uma concepção de esfera pública ampliada, democrática e multicultural a fim de consolidar uma proposta de regulação social para além da esfera da autorregulação do mercado.

A realidade do ordenamento jurídico brasileiro não prevê a estrutura normativa necessária aos EES. Dentre os formatos jurídicos dispostos, dois modelos de personalidade jurídica são predominantes: i) as associações com 59,99% e; ii) cooperativas com 8,82%. O percentual chega ao 100%, se somados com as sociedades mercantis com 0,64% e a informalidade enquanto fenômeno relacionado com a exclusão jurídica destas manifestações com 30,53% (SIES, 2013).

Flávia Almeida Pita na tese de doutorado intitulado *“Com que roupa eu vou pro samba que você (não) me convidou? Entre desventuras da personificação jurídica e insurgências das lutas pelo trabalho associado popular”* (2020) busca responder a problemática das formatações jurídicas postas e o trabalho associado popular das EES. Ao longo da tese, Pita (2020) aponta para as limitações da formatação jurídica das associações pelo fato que o Código Civil de 2002 no art. 53 dispõe: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômico”. Ora, a finalidade de qualquer EES é a realização de atividade econômica, mesmo que o seu escopo não seja o lucro, a atividade econômica é núcleo constitutivo de qualquer EES.

Já em relação as cooperativas, é inegável a melhor subsunção (jurídica e teórica) com a Economia Solidária, inclusive Paul Singer (2002) sustenta a tese da transformação via cooperativas. Contudo, o processo político no campo em relação as cooperativas são tomadas, hoje, pela lógica agrária exportadora-primária sobre as lideranças da hegemonia e unicidade representativa da OCB, conforme art. 107 da Lei nº 5.764 de 1971 (MENDONÇA, 2005; KRUPPA, 2012; GAIGER, 2019).

Em suma, as circunstâncias econômicas da periferia do capitalismo global, dentro da lógica da concentração fundiária agrária e a modernização da revolução verde a partir de 1970 provoca a intensificação da miséria e da pauperização no campo, restando ao agronegócio se firmar enquanto grande indústria no campo dentro da divisão internacional do trabalho (VERAS NETO, 2005; MENDONÇA, 2005)

Assim, a prescrição jurídica proibitiva da atividade econômica no que tange às associações, inclusive a ausência da emissão de nota fiscal (já que representa uma atividade comercial) limita o campo de atuação dos EES dentro desta formatação jurídica. Apesar das facilidades de registro e isenção de impostos é a mesma que perpetua a sua condição. Já as cooperativas, as problemáticas políticas são as mais preocupantes, além de limitar formalmente a cooperativa para mais de 20 cooperados e negar a pluralidade dos arranjos cooperativos a um único modelo e uma única representatividade. Assim,

A falta de legislação específica e adequada às características desses empreendimentos dificulta o seu reconhecimento pela sociedade e pelo Estado. Além disso, muitos dos Empreendimentos de Economia Solidária não têm o apoio necessário quanto à formação, assessoria gerencial e técnica e no que se refere ao acesso a conhecimentos e tecnologias sociais (VIEIRA, 2015, p. 2).

As legislações esparsas sobre determinadas demandas sociais são as principais medidas normativas a potencializar os setores de determinadas atividades econômicas que compõem a Economia Solidária, por exemplo, a Lei de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305 de 2010) e os Programas Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e de Aquisição de Alimentos (PAA) – Lei Federal nº 11.947 de 2009. O Poder Público ao disciplinar especificamente os destinatários da norma, concedeu a exclusividade da prestação de serviço ou da demanda das compras públicas às organizações que se desenvolvem a partir das diretrizes e critérios que podem ser absorvidas pelas EES.

Assim, a falta de legislação regulamentadora sobre os EES, sem norma geral sobre o conteúdo da economia solidária não há como avançar para o campo da solidariedade e da consolidação da auto-estima, se antes não superar as barreiras do desrespeito normativo. As formatações jurídicas postas não refletem as realidades tão plurais e, ao mesmo tempo, particulares dos EES, há um malabarismo jurídico e organizacional para encaixar modelos não convencionais dentro do padrão do *status quo* jurídico.

O avanço das políticas públicas do SENAES sinalizava o compromisso estatal em fornecer as respostas para solucionar o problema teórico-normativo que compõe o setor. Contudo, a esperança se esvai com a desestruturação política do setor e a urgência de regulação se torna ainda mais necessária. Neste contexto de total desregulação socioeconômica e desarticulação política entre Estado e os atores sociais, tem-se o Projeto de Lei nº 137 de 2017 (PL 137/17), aprovado na Câmara do Senado em 2019 e segue enquanto Substitutivo sob o nº 6.606 de 2019 para a Câmara dos Deputados, que “dispõe sobre a Política Nacional de Economia Solidária e os empreendimentos econômicos solidários, cria o Sistema Nacional de Economia Solidária e dá outras providências”.

Destaca-se que o PL 137/17 resulta do Projeto de Lei nº 4.685 de 2012 (PL 4685/12) solicitado pela Câmara dos Deputados por Paulo Teixeira (PT/SP). Houve diferenças notáveis entre os projetos de Lei, sobretudo, sobre a vinculação orçamentária da União com as instituições da Política Nacional de Economia Solidária. Por exemplo, foram retirados do PL 4685/12 os seguintes dispositivos:

Art. 10. O poder público, na implementação da Política Nacional de Economia Solidária, promoverá o acesso dos empreendimentos de economia solidária aos serviços de crédito para capital de giro, custeio e aquisição de bens móveis e imóveis destinados à consecução das atividades econômicas fomentadas, conforme condições a serem estabelecidas em regulamento.

Art. 11. Fica a União autorizada a conceder subvenção aos agentes financeiros de que trata o § 2º do art. 10 desta Lei, sob a forma de equalização de taxa de juros, nas operações de financiamento aos empreendimentos econômicos solidários cadastrados no Cadastro Nacional de Empreendimentos Econômicos Solidários (Cadsol).

Art. 13. Fica o Poder Executivo autorizado a estabelecer condições, parâmetros e critérios diferenciados para acesso dos empreendimentos econômicos solidários às compras governamentais, como elemento propulsor do desenvolvimento sustentável.

Art. 22. Fica a União autorizada a criar o Fundo Nacional de Economia Solidária (FNAES), de natureza contábil, conforme regulamentação própria, com o objetivo de centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do Sistema Nacional de Economia Solidária, destinados a implementar a Política Nacional de Economia Solidária prevista nesta Lei (SENADO FEDERAL, 2018).

A ausência destes artigos previsto no PL 4685/12 e não contemplados no novo PL 137/17 demonstra o afastamento estatal perante a construção da Política Nacional de Economia Solidária, os obstáculos financeiros já certificam a dificuldade que será encontrada pelos órgãos responsáveis para a manutenção e organização das redes solidárias e dos EES. A justificativa no Parecer da Relatora Senadora Ana Amélia (PP-RS) foi a seguinte:

Ademais, conforme a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), são consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação sem estimativa do impacto orçamentário financeiro e sem demonstração da origem dos recursos para o seu custeio. Tanto a concessão de subvenção (art. 11), quanto a criação de um novo fundo (art. 22), acarretam aumento de despesa. O mesmo vale para as ações de fomento previstas nos arts. 9º, 10 e 12, ainda que nesse caso a obrigação de gasto ocorra de forma genérica. Nesse sentido, como tais artigos não atendem ao previsto na LRF, julgamos pertinente sua exclusão do projeto em análise (SENADO FEDERAL, 2018, p. 4).

Sob a égide do controle fiscal estatal, recursos importantes a serem destinados para os EES já se tornam impedidos pela via jurídica. Em suma, a ausência da vinculação normativa sobre as atividades de fomento e incentivo ficam à deriva dos integrantes da Política Nacional de Economia Solidária e dos EES.

O novo projeto de Lei se tornou mais enxuta, praticamente contendo normas de estrutura (de organização das instituições e dos empreendimentos), tais como os princípios (art. 2º), os destinatários da norma ou beneficiários (art. 4º) as diretrizes orientadoras (art. 5º), os objetivos (art. 6º) e a organização e competências dos órgãos responsáveis (arts. 8º ao 14).

Alguns pontos não foram alterados, tal como a disposição do §4º do art. 4º que dispõe “os empreendimentos econômicos solidários que adotarem o tipo societário de cooperativa serão constituídos e terão seu funcionamento disciplinado na forma da legislação específica”, o que remete a Lei Geral das Cooperativas e o enquadramento da representatividade pela OCB, não alterando a realidade das cooperativas populares e solidárias.

Por fim, do ponto de vista normativo da personalidade da pessoa jurídica, o PL 137/17 apresenta avanços em relação ao projeto passado, conforme dispõe o art. 15 da PL 137/17:

Art. 15. O art. 44 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 44 [...] VII – os empreendimentos de economia solidária

§2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente aos empreendimentos de economia solidária e às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.

Portanto, ao enquadrar os EES dentro de uma forma jurídica específica, para além das associações e cooperativas, permite avançar no que chamamos de reconhecimento político, afastando assim, da “roupagem” que não lhe pertence” (PITA, 2020). A respeito da informalidade também no §2º do art. 9º dispõe “os grupos informais de economia solidária cadastrados no Cadastro Nacional de Empreendimentos Econômicos Solidários serão incentivados a buscar sua regularização jurídica para se inserirem plenamente no regime legal associativo”. Ressalta-se, do ponto de vista normativo, os avanços no que tange a personificação jurídica dos empreendimentos, inclusive ao tratar o informal enquanto vulnerável da estrutura normativa, ressaltando a importância da regularização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto político nunca foi tão desfavorável para a Economia Solidária como se apresenta atualmente. A desestruturação da Política Nacional de Economia Solidária é sentida em todos os órgãos e organizações sociais, contudo a luta por reconhecimento permanece. Diversos movimentos sociais e grupos se organizam e dialogam a fim de promover os avanços do setor, agora, sem o auxílio do Governo Federal em planejar e desenvolver estes espaços públicos de discussão.

Nesse contexto ressurgem o dilema da ausência ou da composição do Estado no desenvolvimento da Economia Solidária. Tal paradigma já era levantado nas discussões no início do século com o surgimento e expansão da temática no Brasil: poderá o movimento da Economia Solidária se consolidar sem o aparelhamento ao Estado?

A conclusão que nos permite extrair no caso em tela é a relativa dependência dessas organizações com o Estado brasileiro. Os avanços mais expressivos, tais quais as conferências, a organização dos atores sociais em torno do SENAES, o mapeamento dos empreendimentos, os debates e a inclusão da perspectiva da regionalização da economia solidária se tornaram propulsores da expansão do conhecimento, das práticas e dos atores sociais. Contudo, essa mesma dinâmica entre o Estado e a Economia Solidária não promoveu a autonomia entre os empreendimentos ou a criação de grandes redes de colaboração solidária, se restringindo apenas aos locais dos empreendimentos, reforçando o aspecto assistencialista estatal frente aos atores sociais que, atualmente, não encontram no Estado as possibilidades que antes tinham.

De certo, o paradigma ainda está posto, a estrutura estatal é elemento importantíssimo para entender o século XX e permanece no centro das discussões no século XXI com a agenda neoliberal. Diante de todo o exposto, o trabalho visou a compreensão da luta por reconhecimento da via jurídico-estatal, pois dadas as dinâmicas sociais, a formação do Estado enquanto catalisador e centralizador das lutas políticas devem ser ocupados por grupos vulnerabilizados a fim de criar espaços de atuação para o desenvolvimento da democracia na perspectiva mais ampla e totalizante, uma democracia de alta intensidade.

De certo, do ponto de vista técnico-normativo, a PL 137/17 apresenta avanços no que tange a personificação jurídica ao enquadrar “os empreendimentos de economia solidária” no rol de pessoas jurídicas privadas. Se aprovada a lei, poderá organizar (pelo menos nos termos jurídicos) de maneira mais precisa e eficaz os aspectos legais que são controversos até hoje.

Contudo, do ponto de vista político-institucional é perceptível a perda de autonomia financeiro-orçamentária. Se aprovada o novo PL 6.606/19, as instituições e os atores sociais já se depararão com fortes desafios de cunho financeiro. O esvaziamento do Estado enquanto diretriz da agenda neoliberal parece estar a todo vapor e as circunstâncias políticas atuais não permitem grandes lapsos de esperança, pois a extinção de direitos é operação política muito mais fácil e simples do que a conquista de direitos e instituições aptas a defendê-los.

Ora, a teoria da luta por reconhecimento se refaz na dialética contextual política e econômica dentro dos processos capitalistas. Surge a necessidade de recuperar as instituições e a democracia para continuar trilhando os caminhos ardilosos da periferia do sistema. O embate entre o velho e o novo acontece no presente, na composição entre passado atuante e o futuro possível, pois as relações dialéticas que determinarão se o velho há de se perpetuar ou o novo que irá se consolidar na síntese do presente. Apenas a luta e só a luta por reconhecimento é capaz de calcar novos espaços públicos e plurais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11947.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 6.606/2019 (n. anterior: PL 4.685/2012)**. Dispõe sobre a Política Nacional de Economia Solidária e os empreendimentos econômicos solidários, cria o Sistema Nacional de Economia Solidária e dá outras providências. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=559138>. Acesso em: 24 set. 2021.

DAGNINO, Renato. **Tecnociência Solidária: um manual estratégico**. Marília: Lutas Anticapital, 2019.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Informalidade na Economia Solidária**. São Paulo: Senaes, 2015.

FORTE, Joannes Paulus Silva. A Construção Do Direito À Economia Solidária No Brasil: Processo Sociopolítico De Regulação Para Uma Política Pública Nacional. In: CONGRESSO DE PESQUISADORES DE ECONOMIA SOLIDÁRIA-UNICAMP, 1., 2015, [S. l.]. **Anais [...]**. [S. l.], 2015.

FORTE, Joannes Paulus Silva. **Ao Embalo da rede: o processo sociopolítico de regulação da economia solidária no Brasil**. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

GAIGER, Luiz Inácio. La lucha por el marco legal de la economía solidaria en Brasil: déficit republicano y ethos movimentalista. **Cultura Económica**, v. 37, n. 97, p. 65-88, 2019.

GAIGER, Luiz Inácio Germany; KUYVEN, Patrícia Sorgatto. Economia Solidária e Trajetórias De Trabalho: Uma visão retrospectiva a partir de dados nacionais1. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, 2020.

FRANÇA FILHO, Genauto Carvalho de. Teoria e prática em economia solidária: problemática, desafios e vocação. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 7, n. 1, p. 155-174, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

- HARVEY, David. **O novo imperialismo**. São Paulo: Loyola, 2005.
- HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.
- LUKÁCS, G. **Os princípios ontológicos fundamentais de Marx**. Cap. IV da Ontologia do ser social. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Livraria de Ciência Humanas, 1979.
- LUZIO-DOS-SANTOS, Luis Miguel. **Democracia Econômica**: Caminhos para a socialização da economia. São Paulo: Ideias e Letras, 2020.
- MENDONÇA, Sonia Regina de. A construção de uma nova hegemonia patronal rural: o caso da organização das cooperativas brasileiras. **Revista História Hoje**: revista eletrônica de história, v. 2, n. 6, 2005.
- PINHO, Leonardo. **Economia Solidária e a reorganização do governo Bolsonaro**: o caminho é a mobilização. Le Monde diplomatique Brasil, online, 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/economia-solidaria-e-a-reorganizacao-do-governo-bolsonaro-o-caminho-e-a-mobilizacao/>.
- PITA, Flávia Almeida. **Com que roupa eu vou pro samba que você (não) me convidou?** Entre desventuras da personificação jurídica e insurgências das lutas pelo trabalho associado popular. 2020. 491 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
- PITAGUARI, Sinival Osorio; SANTOS, Luis Miguel Luzio dos; CAMARA, Marcia Regina Gabardo da. **Panorama da economia solidária no Brasil. A Sustentabilidade da Economia Solidária**: contribuições multidisciplinares. Londrina: Universidade Estadual de Londrina-UEL, 2012. p. 33-61.
- POLANYI, Karl. **A grande transformação**. Tradução Fanny Wrobel. 2. ed. São Paulo: Editora Campus, 2000.
- RAZETO, Luis. **Lecciones de Economía Solidaria**. Realidad, Teoría y Proyecto. Santiago: Ediciones UVIRTUAL.NET, 2006. Disponível em: <http://www.uvirtual.net/index.php/es/node/824>. Acesso em: 12 maio 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 63, p. 237-280, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza; RODRIGUEZ, César. Introdução: para ampliar o cânone da Produção. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Produzir para Viver**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 137, de 2017**. Dispõe sobre a Política Nacional de Economia Solidária e os empreendimentos econômicos solidários, cria o Sistema Nacional de Economia Solidária e dá outras providências. 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131528>. Acesso em: 14 jun. 2020.
- SENADO FEDERAL. Parecer da Senadora Ana Amélia Da Comissão De Constituição, Justiça E Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 137, de 2017 (Projeto de Lei nº 4.685, de 2012, na Casa de origem). Brasília, 2018.
- SIES. Sistema Nacional de Informações de Economia Solidária. **Atlas 2013**. Disponível em: <http://sies.ecosol.org.br/atlas>. Acesso em: 24 set. 2021.
- SILVA, Sandro Pereira. **Crise de Paradigma**; A Política Nacional de Economia Solidária no PPA 2016-2019. Brasília: Repositório do Conhecimento do IPEA, 2018.
- SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- SOUZA, Lucas Henrique de; LUZIO-DOS-SANTOS, Luís Miguel. Economia solidária no Brasil: comparativo dos mapeamentos de 2007 e 2014. **Organizações e Sustentabilidade**, v. 7, n. 1, p. 119-132, 2019.
- TAYLOR, Charles. **Multiculturalism**: examining the politics of recognition. New Jersey: Princeton University Press, 1994.
- VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Cooperativismo**: nova abordagem sócio-jurídica. Curitiba: Juruá, 2005.
- VIEIRA, Arlete Candido Monteiro. Desafios à formalização legal de empreendimentos solidários. In: CONGRESSO DE PESQUISADORES DE ECONOMIA SOLIDÁRIA, 1., 2015, São Carlos. **Anais [...]**. São Carlos: UFSCar, 2015.

Dados do processo editorial

• Recebido em: 05/10/2021

Vitor Gabriel Garnica e Luis Miguel Luzio dos Santos

- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/10/2021
- Avaliação 1: 20/11/2021
- Avaliação 2: 22/11/2021
- Decisão editorial preliminar: 04/03/2022
- Retorno rodada de correções: 12/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 15/05/2022

Equipe editorial envolvida

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

DIREITOS HUMANOS, MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E AS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIIS POSITIVAS: PERSPECTIVAS E DESAFIOS NA BUSCA PELA EFETIVIDADE DO REGIME ANTI-LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

HUMAN RIGHTS, CRIMINAL WARRANTS AND POSITIVE
CRIMINAL PROCEDURAL OBLIGATIONS: PERSPECTIVES
AND CHALLENGES IN THE SEARCH FOR THE EFFECTIVENESS
OF THE ANTI-MONEY LAUNDERING REGIME IN BRAZIL

FLÁVIO EDUARDO TURESSI¹
ANTÔNIO CARLOS DA PONTE²

RESUMO

A partir de uma pesquisa jurídico-teórica da legislação e da teoria dos mandados de criminalização, pelo método lógico-indutivo e com apoio no Direito Internacional dos direitos humanos, o presente estudo busca discutir a aplicabilidade prática da Lei nº 9.613/1998 no plano jurisprudencial, colocando em evidência o delito de *songação fiscal*, fundamentalmente tipificado nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, e art. 168-A

- 1 Pós-doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura, com extensão em didática no ensino superior (EPM). É professor de Direito Penal e Processual Penal nos programas de pós-graduação lato sensu da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (DAMÁSIO), nas modalidades presencial e EAD, da PUC-SP (COGEAE), do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Prudente (TOLEDO PRUDENTE), e do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional-Escola Superior do Ministério Público (CEAF-ESMP), do qual faz parte da sua Congregação como membro docente. Atualmente é o 59º Promotor de Justiça Criminal da Capital do Ministério Público do Estado de São Paulo (ingresso em 2002), tendo sido titular nas Comarcas de Pilar do Sul, Tatuí e Poá, e integrado o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO/Núcleo Sorocaba). LATTES Id: <http://lattes.cnpq.br/5898785179672242>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3413-2362>.
- 2 Possui Graduação em Direito (1986), Mestrado (1998) e Doutorado (2001) em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Em 2008 tornou-se Livre-Docente em Direito Penal pela mesma Universidade. Professor Associado da Faculdade de Direito da PUC-SP. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor concursado dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da PUC-SP, onde leciona Direito Penal e Teoria Geral do Direito. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da PUC-SP (Cogeae). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1479-2865>.

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

TURESSI, Flávio Eduardo; PONTE, Antônio Carlos da. Direitos humanos, mandados de criminalização e as obrigações processuais penais positivas: perspectivas e desafios na busca pela efetividade do regime antilavagem de dinheiro no Brasil. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 311-331, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8860>.

do Código Penal (apropriação indébita previdenciária), como antecedente à lavagem de dinheiro, e conclui pelo descompasso da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 24 na busca pela efetividade do sistema jurídico antilavagem no cenário nacional.

Palavras-chave: direitos humanos; mandados de criminalização; obrigações processuais penais positivas; lavagem de dinheiro; Súmula Vinculante do STF nº 24.

ABSTRACT

Based on a legal-theoretical research on legislation and the theory of criminalization warrants, using the logical-inductive method and supported by International Human Rights Law, this study seeks to discuss the practical applicability of Law nº 9.613/1998 in the jurisprudential sphere, and highlights the crime of tax evasion, fundamentally typified in arts. 1º and 2º of Law nº 8.137/1990, and art. 168-A of the Penal Code (social security misappropriation), as a precedent to money laundering, concluding that the Binding Precedent of the Federal Supreme Court nº 24 is out of step in the search for the effectiveness of the anti-laundering legal system in the national scenario.

Keywords: human rights; criminalization warrants; positive criminal procedural obligations; money laundry; Binding Precedent nº 24.

1. INTRODUÇÃO

Assim como ocorre com o fenômeno das organizações criminosas, estabelecer o marco inaugural do surgimento da lavagem de dinheiro no contexto social, identificar seus precisos contornos jurídicos e detalhar cada uma das suas fases de ocultação, dissimulação e integração, como se pode imaginar, não é tarefa das mais fáceis.

Investigando as raízes históricas da lavagem, Maia (2007, p. 29) destaca as estadunidenses figuras mafiosas de Alphonse (Al) Capone, que terminou preso por *sonegação fiscal* no ano de 1931, e Meyer Lansky, considerado o principal financista da *Cosa Nostra* e responsável pelas primeiras incursões em instituições bancárias europeias já no ano de 1932, ocultando em banco suíço os lucros ilícitos obtidos pelo então Governador do Estado da Louisiana Huey Long.

Não por acaso, a expressão lavagem de dinheiro (*money laundering*) surgiu exatamente no contexto do gangsterismo norte-americano do início do séc. XX, quando o crime organizado se valia de lavanderias para ocultar o dinheiro obtido com suas atividades ilegais.

Como se percebe, malgrado seu espetacular incremento na pós-modernidade, não é nova a estratégia empregada por criminosos de se valerem dos mais variados recursos para dar aparência lícita ao patrimônio constituído de bens e de capitais obtidos por meio de suas ações delitivas.

De toda a sorte, como se não bastassem os naturais desafios oferecidos no enfrentamento à lavagem de dinheiro, seja no plano dogmático, seja pela complexidade dos métodos utilizados, inclusive por meio de dissimuladas operações bancárias em paraísos fiscais mundo afora, o ordenamento jurídico-penal brasileiro, tradicionalmente voltado a um núcleo duro de proteção a bens jurídicos de viés individual, sempre sofreu com a ausência de um tipo penal específico e com o consequente *déficit* de ingerência penal nessa quadra proteção e tutela.

Aliás, na constatação de Feldens (2002, p. 57), tendo-se como exemplo o próprio Código Penal, não será tarefa difícil perceber que a estrutura normativa sempre esteve voltada ao regimento de direitos de primeira dimensão, os quais traduzem conflitos de índole interindividual, sobre os quais assentou-se o pensamento jurídico nacional, de forte influência clássica-liberal.

De fato, não obstante o acolhimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão no plano constitucional, não houve o devido acompanhamento, no plano infraconstitucional, de leis penais tendentes a garantir efetiva proteção aos bens e interesses de natureza social, coletiva e difusa em sentido amplo.

Entretanto, na seara internacional, muito antes percebeu-se que o enfrentamento à lavagem de dinheiro, modalidade criminosa que não respeita fronteiras, não poderia se dar de maneira compartimentada e essencialmente local, mas com a adoção de estratégias globais de controle, numa verdadeira cooperação jurídica mundial.

Com efeito, sobretudo a partir da segunda metade do séc. XX, com o fim da 2ª Guerra Mundial (1939-1945) e o incremento da globalização, fenômeno multifatorial por excelência, a concentração de riquezas e de oportunidades de trabalho, o uso irregular do solo urbano, a degradação social e a progressiva segregação espacial entre ricos e pobres, indiscutivelmente favoreceram a expansão da criminalidade econômica transnacional, alimentada pela exploração de mercados nos quais os países produtores ou fornecedores não são os maiores centros consumidores dos produtos e negócios gerados pelas atividades criminosas, como se verifica com o tráfico de drogas, armas e animais silvestres, com o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, trabalho escravo e transplante clandestino de órgãos, e, como não poderia deixar de ser, com a lavagem de dinheiro (TURESSI, 2019, p. 18).

No mundo globalizado de hoje, a evolução da tecnologia propiciou novas e perniciosas formas de delinquir; o crime da era global é o crime econômico, responsável por multiplicar, em larga escala, circuitos criminosos que englobam a circulação de grandes capitais e a movimentação de inúmeras pessoas e organizações em prol de um fim comum: a obtenção de lucros fabulosos provenientes de práticas criminosas (FERNANDES, 2001, p. 36-37).

Nessa linha, Castaldo (2005, p. 289-290) anota que:

La caída de las fronteras comerciales, la globalización del mercado y de las bolsas, el comercio electrónico, han implicado no solo alianzas estratégicas entre los grupos criminales, sino sobre todo su extrema "flexibilidad delictiva", en el sentido de poder operar rápidamente en territorios de mayor respuesta, en términos de asignación de los recursos de acuerdo con su índole criminal.

Nesse cenário, não é difícil perceber que a globalização gera um espaço carente de regulação efetiva e, conseqüentemente, a ausência de uma resposta penal uniforme; os criminosos e suas empresas se aproveitam de que, ante formas similares de criminalidade econômica, continua havendo diferentes níveis de reprovação social, de repressão penal e gravidade de penas.

Assim, como já adiantado, com a mudança de paradigmas no plano internacional e a relativização do conteúdo jurídico da soberania das Nações em prol da efetiva tutela dos direitos humanos, instituiu-se um verdadeiro *regime global antilavagem* que, de forma clara, busca promover o aprimoramento das habilidades internas de cada país no enfrentamento dessa modalidade criminosa, notadamente por meio da simetria das leis penais e da troca de informações entre os diversos governos participantes (CALLEGARI; WEBER, 2017, p. 78-79).

Dessa união internacional de esforços resultaram Convenções, Tratados, Diretivas, Resoluções e Recomendações, com especial destaque para as Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (FATF/GAFI), organismo internacional criado em 1989 pelo grupo dos sete países mais industrializados (G-7) para combater a lavagem de dinheiro, e, como não poderia deixar de ser, para a Convenção de Viena de 1988, instrumentos jurídicos que influenciaram diretamente diversas legislações mundo afora, incluindo a brasileira (BONFIM, M.; BONFIM, E., 2008, p. 18).

Nesse ponto, vale a pena lembrar que, tendo vigência internacional em 11 de novembro de 1990, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, celebrada na cidade de Viena/Áustria, em 20 de dezembro de 1988, reconhece a estreita vinculação desta prática criminosa com outros ilícitos penais, notadamente a lavagem de dinheiro, e, logo em seu art. 3º, passa em revista as condutas relacionadas e fornece as diretrizes para a sua tipificação, como delito autônomo, por parte dos países signatários.

A Convenção de Viena, ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, é considerada a *primeira geração* normativa de combate à lavagem de dinheiro, colocando como delito antecedente apenas o narcotráfico, delito global que sempre movimentou altas somas em dinheiro nos países afetados.

Assim, foi somente a partir da adesão à Convenção de Viena que, anos mais tarde, assistiu-se à criminalização da lavagem de dinheiro em nosso ordenamento jurídico.

Publicada no Diário Oficial da União de 4 de março de 1998, a Lei nº 9.613, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela previstos, e a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), ao apresentar em sua redação original rol exaustivo de crimes antecedentes, é apontada pela doutrina como a *segunda geração* da legislação antilavagem (PITOMBO, 2003, p. 57).

Entretanto, ao longo de seus quase vinte e cinco anos de vigência, a Lei nº 9.613/1998 já experimentou diferentes leituras doutrinárias, jurisprudenciais e importantes alterações textuais, como o visto no ano de 2002, com a edição da Lei nº 10.467, que acrescentou o inciso VIII ao seu art. 1º, e no ano de 2012, com a edição da Lei nº 12.683 que, para além de alterar a redação original do seu art. 1º, *caput*, e §§ 1º e 2º, foi responsável por revogar os incisos I a VIII do próprio art. 1º, eliminando a taxatividade inicial do rol de crimes antecedentes e ampliando o espectro de sua aplicação no caso concreto para alcançar, inclusive, contravenções penais e crimes de competência das Justiças especializadas Eleitoral e Militar.

Dessa forma, a partir da criminalização da lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 9.613/1998, cuja proteção recai sobre a ordem econômico-financeira³, bem jurídico-penal de viés supraindividual, cabe perguntar: dada a natureza jurídica do bem tutelado pela Lei de Lavagem e a normativa internacional que vincula os países signatários, como deve se dar a interpretação e a aplicação da Lei nº 9.613/1998 na realidade das coisas? Já rompido o século XXI, num Estado democrático de Direito, que descortina uma verdadeira dupla face dos direitos fundamentais, o Direito Penal ainda deve ser visto como

3 A doutrina nacional diverge sobre o bem jurídico tutelado pela Lei nº 9.613/1998. Identificando a administração da justiça (e não a ordem econômico-financeira) como o bem jurídico tutelado pela Lei nº 9.613/1998, ver: MENDRONI, 2013, p. 75; CARLI, 2012, p. 112.

puro instrumento de limitação às liberdades individuais? O Direito Processual Penal, na forma instrumentalizada pelo Código de 1941, é adequado para o manejo de leis penais voltadas à tutela de bens jurídico-penais difusos e aos delitos de organização? Como conferir eficiência e eficácia ao sistema jurídico antilavagem no Brasil, respeitando-se os direitos e garantias da pessoa acusada, sem o perdimento do próprio Direito?

São esses os questionamentos que, a partir de uma pesquisa jurídico-teórica da legislação e da teoria dos mandados de criminalização, pelo método lógico-indutivo e com apoio no Direito Internacional dos direitos humanos, o presente estudo busca discutir.

Com olhares para o Direito comparado, objetiva-se reconhecer e colocar em evidência o delito de *songação fiscal*, fundamentalmente tipificado nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, e art. 168-A do Código Penal (apropriação indébita previdenciária), como antecedente à lavagem de dinheiro, e, ao final, conclui-se pelo descompasso da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 24 na busca pela efetividade do sistema jurídico antilavagem no cenário nacional.

2. HERMENÊUTICA PENAL, MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E AS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAS POSITIVAS

De forma ampla, pode-se afirmar que toda norma jurídica é norma de comportamento. Nessa condição, ao contrário das normas morais ou religiosas, a norma jurídica permite sua efetiva busca e tutela no plano jurisdicional; cuida-se, na lição de Telles Jr. (1985, p. 341), de um imperativo autorizante.

Em suas *Lições Preliminares de Direito*, Reale (1991, p. 93) ensina que a norma jurídica é um elemento constitutivo do próprio Direito, como que a célula do organismo jurídico, nela podendo-se encontrar, como características, a natureza objetiva ou heterônoma e a exigibilidade ou obrigatoriedade daquilo que ela enuncia.

Assim sendo, não é equivocado identificar o Direito Penal como o *conjunto de normas* descritivas de comportamentos socialmente graves e intoleráveis pelo senso médio, passíveis de reação pela aplicação de uma sanção penal, seja pena ou medida de segurança.

Nessa direção, Bacigalupo (1994, p. 11) afirma que o Direito Penal se caracteriza por ser “un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquéllas”.

García-Pablos de Molina (2012, p. 33-34), nesse mesmo trilha, afirma que o Direito Penal é um conjunto de normas, isto é, um setor do ordenamento jurídico público que associa a certas condutas (delituosas) determinadas consequências jurídicas (penas ou medidas de segurança, fundamentalmente), sendo três as suas instituições penais básicas: a) o *delito*, como antecedente ou pressuposto lógico da resposta criminal; b) a *sanção penal*, pena ou medida de segurança como consequência jurídica derivada da infração penal; e c) a *norma*, instrumento por meio do qual são formulados os mandamentos ou as proibições legais.

Portanto, a partir da orientação doutrinária acima referendada, percebe-se que *norma penal* e *lei penal*, por revelarem conteúdos diversos, não se confundem; à medida que o Direito Penal é intrinsecamente limitado, dentre outros vetores, pelo postulado da legalidade estrita (CF, art. 5º, XXXIX; Código Penal, art. 1º), pode-se afirmar que a norma penal se expressa por meio da lei, isto é, está contida na lei penal.

Na leitura de Vives Antón (2011, p. 351), “La ley penal es, por lo tanto, el instrumento en el que las normas penales se expresan o, dicho de otro modo, *su fuente*. La ley no es, sin más, la norma, sino que la norma se expresa en la ley y es lo que la ley significa o parte de lo que la ley significa”.

Como toda norma jurídica, a norma penal também encerra, em seu conteúdo, um *pressuposto fático* e uma *consequência jurídica* pelo seu não atendimento. No crime de homicídio, por exemplo, extrai-se do art. 121, *caput*, do Código Penal, que a norma penal, isto é, o seu mandamento proibitivo, traduz-se no comando *é proibido matar*, tendo na sanção penal a exata resposta para sua ilícita desatenção.

Mir Puig (2007, p. 22), debruçando-se sobre a estrutura lógica da norma penal representada pela distinção entre pressuposto e consequência, desdobra as proposições jurídico-penais em primárias e secundárias:

[...] la estructura lógica representada por la distinción presupuesto-consecuencia, que es la estructura propia de la redacción de las proposiciones jurídico-penales, tiene carácter *hipotético*: si alguien mata a outro (presupuesto), será castigado (consecuencia). Y esta estructura hipotética es la que corresponde a lo que, según se há visto, recibe el nombre de norma *secundaria*, es decir, la que impone al juez el deber de imponer la sanción. Equivale a decir: si alguien mata a outro, *el juz deberá castigarle...* En otros términos, la redacción de las proposiciones jurídico-penales sólo expresa de forma *directa* la norma secundaria. La norma primaria, la que prohíbe u ordena una conducta al ciudadano, no se formula directamente por la ley, sino que sólo cabe inferirla *indirectamente* de la misma.

Ainda quanto ao seu conteúdo, ao lado da norma proibitiva, vale a pena destacar que a lei penal também pode conter normas de caráter permissivo, explicativo ou complementar, isto é, as denominadas *normas penais não incriminadoras*.

De qualquer maneira, assim como todas as normas jurídicas, a norma penal também carece de interpretação.

Sem embargo da importância contida na discussão teórica sobre a (in) completude das normas penais quanto ao seu conteúdo, cujas bases se sustentam na *teoria dos elementos negativos do tipo*, negando que a exclusão da antijuridicidade por obra das causas de justificação não possa atrair com ela a própria ausência de tipicidade, o certo é que, o método de interpretação e aplicação da lei penal, isto é, o conjunto de princípios de avaliação da evidência, deve ter como uma de suas principais orientações a aplicabilidade prática do Direito Penal enquanto Ciência Global, e não como isolada dogmática.

Numa moderna dogmática penal e processual penal cada vez mais funcionalista, claramente preocupada com os rumos da política criminal, impõe-se o resgate da importância dos estudos criminológicos com vistas à racionalidade do sistema.

O ordenamento jurídico, do qual o conjunto de leis penais faz parte, deve ser interpretado como um verdadeiro *sistema jurídico*, coerente, completo e uno, cabendo ao intérprete preencher suas lacunas e solucionar suas antinomias em busca da melhor significação possível da norma.

Sabe-se que, no curso do século XIX, naquilo que ficou conhecido como *Escola da Exegese*, instituiu-se um movimento teórico que enxergava na lei positiva, especialmente no Código Civil de Napoleão, a possibilidade de solução para todos os conflitos da vida social, numa clara distinção entre a exegese gramatical e a lógica (REALE, 1991, p. 274-275).

Entretanto, nos dias de hoje, está superada qualquer visão *puramente* positivista do Direito; a Ciência do Direito depende da interpretação da lei, já que nela não se esgota por completo.

Desvendar o correto sentido da norma requer a necessária fundamentação racional e a abertura de espaços de valoração pelo hermeneuta. O Direito Positivo se apresenta estruturalmente como um sistema aberto, sendo ingênua a ideia de que a norma - *regra* ou *princípio* - seja, por si só, autossuficiente.

Na assertiva de Freitas (2010, p. 33-34):

O Direito Positivo é aberto, vale dizer, a ideia de um suposto conjunto autossuficiente (sem variabilidade evolutiva) de normas não apresenta a menor plausibilidade, seja no plano teórico, seja no plano empírico. Como objeto de cognição e de compreensão, o sistema jurídico mostra-se dialeticamente unitário, aperfeiçoando-se no intérprete, sendo ele – o intérprete-positivador – quem, na multiplicidade cambiante e enigmática da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento, epistemológica e ontologicamente considerado.

Cabe ao intérprete, pois, dar vida ao sistema jurídico; a intenção do jurista não é apenas conhecer a norma, mas conhecê-la tendo em vista as suas condições de aplicabilidade prática, enquanto modelo de comportamento obrigatório, naquilo que Ferraz Jr. (2014, p. 91) denomina *questão da decidibilidade*.

Portanto, ainda que se tenha na presença do julgador imparcial verdadeira garantia de um ordenamento jurídico moderno e democrático, há variados componentes axiológicos nas construções jurisprudenciais que não podem ser simplesmente ignorados (TURESSI, 2020, p. 86).

Como afirma Giacomolli (2016, p. 278), é utópico pensar que a interpretação das regras positivadas e seu estudo científico possam ser realizados à margem de quaisquer valores pessoais sociais, históricos, filosóficos e psicológicos, de forma absolutamente neutra e equidistante pelo julgador; várias teias interferem no ato de julgar, inclusive processos inconscientes, sendo o mito da neutralidade e da racionalidade pura rompido por essa gama de interferências.

Bem por isso, na busca pela necessária efetividade do sistema jurídico-penal antilavagem, a devida leitura da Lei nº 9.613/1998 e sua aplicabilidade prática no plano jurisprudencial não podem se dar ao arrepio dos fins buscados pelo Estado brasileiro, com a redemocratização do país, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e do acolhimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão no plano constitucional.

A ideologia do Direito Penal, em um Estado democrático de Direito, não é a mesma ideologia adotada por Estados autoritários, e essa diferença conceitual e de fundamentos serve à demonstração de que a dogmática penal não pode ser interpretada de forma neutra e descompromissada, como se estivesse acima dos fundamentos sociais (PONTE, 2016, p. 145).

Num Estado democrático de Direito, fundado na soberania popular, modelo expressamente agasalhado no art. 1º, *caput*, da Constituição da Federal de 1988, exige-se o respeito de todos, autoridades públicas e particulares, aos direitos fundamentais que, para além de individuais, são também coletivos em sentido amplo, numa leitura complementar e inclusiva.

Portanto, ultrapassados e superados os modelos Liberal e Social de Direito, para além de exclusivos direitos de defesa individual contra a ingerência do Estado na esfera privada, num Estado democrático de Direito, os direitos fundamentais descortinam sua *dupla face* e representam imperativos de tutela e força irradiante frente a terceiros, até mesmo frente aos próprios particulares, e deveres de efetiva proteção por parte do Estado.

Num ambiente democrático, distanciando-se de uma concepção puramente formal (ou liberal) dos direitos fundamentais, cabe ao Estado não apenas respeitá-los (postura negativa, neutra e absenteísta), sejam eles individuais ou coletivos, mas, sobretudo, garantir-lhes efetividade e tutela (postura positiva).

Como afirma Cunha (1995, p. 273),

[...] a verdade é que a Constituição, actualmente, também apresenta uma dupla faceta. Ela contém os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estadual – os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão/Estado (herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa activa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais, para serem efectivamente tutelados, podem não se bastar com a mera omissão estadual, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma actuação estadual no sentido protector dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra).

Na busca pela eficácia das leis penais e eficiência do sistema de Justiça Criminal, é mais do que chegado o momento de abandonar a ideia e a imagem do Estado como inimigo dos direitos fundamentais, como se estivessem sempre em rota de colisão.

Em nosso ordenamento jurídico, essa justa proibição de insuficiência protetiva dos direitos fundamentais vem reafirmada, de forma expressa, por meio dos *mandados de criminalização*, isto é, pela previsão, no texto da Constituição Federal de 1988, de verdadeiras ordens de criminalização ao legislador ordinário, matérias sobre as quais não se tem a opção de criminalizar, mas a obrigatoriedade de legislar, combatendo-se retrocessos na efetiva tutela dos direitos fundamentais, à luz da dignidade da pessoa humana, verdadeira norma hipotética fundamental (CF, art. 1º, III).

Os mandados expressos de criminalização, previstos no art. 5º, incs. XLII, XLIII, XLIV, art. 5º, § 3º, art. 7º, X, art. 225, § 3º, e art. 227, § 4º, da Constituição Federal de 1988, longe de infirmarem postulados básicos do Estado democrático de Direito, somente se justificam num sistema de plena supremacia constitucional (GONÇALVES, 2007, p. 153).

Em complemento, para além dos mandados expressos de criminalização, também é de se destacar que, na busca pela efetivação de direitos fundamentais, valores constitucionalmente consagrados também devem ser objeto de tutela pelo Direito Penal, cuja ingerência se legitima sempre que a proteção ordenada pela Constituição Federal não puder ser alcançada

de outra maneira, devendo-se reconhecer, de forma complementar, a existência dos *mandados implícitos de criminalização*, a partir de uma leitura sistêmica da própria Carta Política de 1988 (PONTE, 2016, p. 165-166).

Da mesma forma, o seguro manejo da Lei nº 9.613/1998, no plano jurisprudencial, também não pode se dar ao arrepio da normativa internacional que, combatendo o surgimento de *paraísos jurídico-penais*, busca enfrentar o fenômeno global da lavagem de dinheiro de maneira uniforme, notadamente da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), e, antes disso, das ações afirmativas (positivas) dos direitos humanos extraídas de outros importantes textos internacionais vinculantes, no exercício de um verdadeiro e necessário *controle da convencionalidade* das leis.

De fato, para além do apoio nos Tratados, Convenções e Diretivas internacionais que disciplinam especificamente a lavagem de dinheiro, a aplicação da Lei nº 9.613/1998 também deve se fundar na existência de um verdadeiro *sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*, com especial destaque para a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1948, conhecida como Carta de Bogotá, e para a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), que culminou com a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica)⁴, extraído-se dessa normativa internacional verdadeiras *obrigações processuais penais positivas*, identificadas por Fischer e Pereira (2019, p. 93) no dever assumido pelos Estados partes de adotarem todas as medidas e providências necessárias para a apuração de ilícitos penais e responsabilização de seus autores, de forma vinculante, a fim de tornar o sistema jurídico-penal célere, eficiente e eficaz.

É importante destacar a lógica que move essa normatização internacional de *proteção integral* aos direitos humanos, aqui incluídas as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como fontes do Direito⁵, da qual a segura leitura da Lei nº 9.613/1998 não pode se distanciar: de um lado, respeito aos direitos e garantias individuais da pessoa acusada, mas, de outro, máxima efetividade na apuração do ilícito e atribuição de responsabilidades, sendo clara a ideia da assunção, pelos países signatários, de verdadeiras obrigações estatais de garantia da apuração do delito e, no limite, de que não há efetiva tutela de direitos fundamentais, *de forma integral*, sem a existência e aplicação de leis penais que confirmem real proteção ao bem jurídico, de forma proporcional, vedando-se excessos, mas distanciando-se de uma proteção penal insuficiente.

Como destaca Silva-Sánchez (2009, p. 19-20),

El deber de los Estados y de la Comunidad Internacional de castigar simplemente para poner fin a la impunidad aparece en el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencias de tribunales constitucionales, así como en un número significativo de obras doctrinales.

Não por outra razão, Fischer e Pereira (2019, p. 106), com apoio nas decisões das Cortes Europeia e Interamericana de direitos humanos, sentenciam:

4 O Brasil ratificou a CADH por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 28 de maio de 1992, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992, assumindo a obrigação de assegurar o seu cumprimento, de forma vinculante.

5 Por meio do Decreto-Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa e obrigatória da CIDH e emitiu a respectiva Carta de Reconhecimento, depositando-a na OEA, com reserva de reciprocidade.

[...] o processo deve ser adequado, idôneo na busca do esclarecimento de crimes. Não há como se visualizar um processo penal sem levar em consideração, necessariamente, os direitos e os deveres fundamentais de todos os envolvidos na esfera de responsabilização criminal. A visão não pode ser parcial, unicamente pelo prisma de direitos fundamentais do processado, como normalmente alguns se limitam a defender. Em razão disso, para assegurar o objetivo de uma tutela penal efetiva dos direitos humanos, é fundamental levar em consideração a maneira como foi conduzido o procedimento penal, principalmente para verificar a qualidade do mecanismo de acerto dos fatos posto em prática pelas autoridades investigativas e judiciais.

Assim sendo, no efetivo enfrentamento à lavagem de dinheiro e busca pela tutela de direitos humanos, não há espaço para retrocessos, inclusive no campo processual penal, que também deve avançar como instrumento adequado para a aplicação de leis penais que busquem proteger bens jurídicos de natureza transindividual, prestigiando-se, dessa maneira, a *vítima coletiva* e a efetiva proteção aos direitos fundamentais de terceira dimensão.

Diante dessa nova criminalidade difusa que se apresenta, por vezes até transnacional, impõe-se a necessidade de mudanças no padrão clássico do processo penal como um todo, instituindo-se novos meios de prova e obtenção de prova, num verdadeiro processo penal coletivo voltado à prevenção.

Para tanto, na construção de um Direito Processual Penal de viés coletivo, Almeida e Costa (2021, p. 148-149) apontam como diretrizes fundamentais, dentre outras, a necessidade de ampla interação e integração entre as esferas de atuação na defesa da tutela coletiva (penal e não penal), a utilização de novos meios de provas (inclusive provas por estatísticas e por amostragem), a ampliação e o fortalecimento dos mecanismos de cooperação jurídica interna e internacional, e a ampliação da causa de pedir e do pedido deduzidos na ação penal coletiva.

De fato, na construção de uma dogmática processual penal coletiva, também é preciso compreender que, por vezes, ao lado de resultados naturalísticos, condutas que lesionam ou expõe a risco bens e interesses difusos, por atingirem um grupo indeterminado de pessoas e romperem as estreitas amarras das vias individuais, também podem causar *danos imateriais* que, à toda evidência, também devem ser objeto da relação processual com vistas à sua integral reparação.

Tomando-se como exemplo a delinquência econômica de forma ampla e, em especial, a própria lavagem de dinheiro, constata-se que, ao lado de danos materiais, essas modalidades criminosas também produzem danos imateriais, traduzidos na *perda da confiança* e na *deformação do equilíbrio econômico-financeiro do mercado*.

Bem por isso, Bajo e Bacigalupo (2001, p. 32) advertem:

En este sentido la delincuencia económica requiere una especial atención por la gravedad de uno de sus efectos característicos: El de resaca o espiral (*Sog-und Spiralwirkung*), cuya descripción es la siguiente: en un mercado de fuerte competencia la deslealtad en la competencia se produce cuando se han agotado las posibilidades legales de lucha. En esta situación quien primero delinque presiona al resto a la comisión de nuevos hechos delictivos (efecto de resaca), y cada participante se convierte así en eje de una nueva resaca (efecto de espiral).

Com isso, reforça-se a necessidade de se admitir, também no Juízo Criminal, ampliando-se o pedido condenatório deduzido na ação penal pública, a fixação de valor mínimo de indenização por *dano moral coletivo*, a ser revertido não ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), mas a um Fundo especialmente criado por lei para a reparação de danos coletivos provocados por ações criminosas difusas (TURESSI, 2019, p. 91).

Nessa ordem de ideias, na busca pela *razoável duração do processo* (CF, art. 5º, LXXVIII), também é preciso apontar a *prescrição* como uma das mais graves violações às obrigações processuais positivas decorrentes do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

O necessário, legítimo e escorreito exercício do direito constitucional à ampla defesa (CF, art. 5º, LV) não se coaduna com abusos e manobras desarrazoadas de cunho meramente protelatório, voltadas à prescrição.

Compete ao Poder Judiciário, bem fiscalizando a marcha processual e o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), coibir possíveis excessos no plano concreto e, ao Poder Legislativo, possibilitar que se dê concretude aos ideais de um julgamento justo e célere, simplificando o anacrônico sistema recursal processual penal desenhado pelo Código de Processo Penal de 1941, inclusive para que se permita a execução provisória da pena privativa de liberdade antes mesmo do trânsito em julgado da decisão condenatória, após revista a sentença penal pelo órgão jurisdicional colegiado de segundo grau e, portanto, devidamente revisitada e esgotada a valoração da prova.

3. LAVAGEM DE DINHEIRO E INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE

A lavagem de dinheiro é considerada um *crime parasitário*, já que depende, fundamentalmente, da existência de uma *infração penal anterior* (BARROS, 2013, p. 55).

Como já foi inicialmente destacado, com a reforma instituída pela Lei nº 12.683, de 10 de julho de 2012, *terceira geração* normativa de combate à lavagem, eliminou-se o rol exaustivo de crimes antecedentes antes previsto nos incisos I a VIII, do art. 1º, da Lei nº 9.613/1998, tendo sido acrescida pela lei reformadora a elementar *infração penal* ao tipo penal incriminador, alteração legislativa que ampliou a possibilidade de aplicação da Lei Antilavagem para alcançar quaisquer crimes (ou delitos) e contravenções penais anteriores, sempre respeitado o postulado da irretroatividade da lei penal maléfica, por se tratar de *novatio legis in pejus*.

O delito de lavagem tem autonomia com relação à infração penal antecedente e, de acordo com a nova redação conferida pela Lei nº 12.683/2012 ao art. 2º, inc. II, da Lei nº 9.613/1998, o processo e julgamento dos crimes nela previstos independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticadas em outro país, cabendo ao juiz competente decidir sobre a unidade de processo para julgamento único.

Para fins de adequação típica, num juízo de imputação objetiva, basta que o fato anterior seja típico e ilícito, sendo desnecessária a comprovação da autoria da infração penal antecedente ou mesmo da culpabilidade de seu autor, adotando-se o princípio da *accessoriedade limitada*.

Com efeito, na esfera da participação criminal, denomina-se acessoriedade limitada o grau de dependência segundo o qual só se pode castigar a conduta do partícipe quando o fato principal for típico e antijurídico, excluindo-se a culpabilidade como requisito necessário para a configuração do fato prévio como delito (CALLEGARI; WEBER, 2004, p. 61).

Portanto, dada a autonomia do delito, mesmo que o autor da infração penal antecedente seja isento de pena, pune-se a lavagem de dinheiro, restando configurada sua prática ainda que, por exemplo, seja extinta a punibilidade do crime anterior pela prescrição⁶.

Nesse mesmo trilho, eventual extinção da punibilidade do autor da infração penal antecedente, pelo cumprimento das condições ajustadas em acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A, § 13), não impedirá a imputação da lavagem e responsabilização criminal do seu sujeito ativo, máxime porque, como se não bastasse a autonomia já destacada, a medida negocial extrajudicial somente será cabível não sendo o caso de arquivamento da investigação, sendo evidente a existência de indícios de autoria e materialidade daquele injusto penal anterior no caso concreto.

Aliás, de acordo com a inteligência do art. 2º, inc. II, da Lei nº 9.613/1998, para a demonstração da infração penal antecedente bastam indícios suficientes, não havendo necessidade, inclusive, de descrição exaustiva na denúncia dos fatos que antecederam a lavagem⁷, tal qual já ocorre, por exemplo, no tratamento jurídico conferido ao delito de receptação.

Assim, sem embargo da discussão doutrinária acerca da existência de um raciocínio indutivo ou dedutivo na aferição da prova indiciária, o certo é que, adotado o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado (CF, art. 93, inc. IX), o juiz é livre para decidir, valorando as provas de forma lógica e racional, sendo absolutamente válida a opção feita pelo legislador de 1998 ao preservar a autonomia do delito de lavagem de dinheiro.

Para a condenação pela prática do delito de lavagem de dinheiro, de acordo com a diretriz traçada pelo art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal, cabe ao Ministério Público comprovar o conhecimento, pelo réu, da origem ilícita dos bens e valores, o que certamente não ocorre com o emprego dos meios tradicionais de prova previstos no próprio Código de 1941, nem tampouco pela certeza visual da infração penal com a prisão em flagrante do seu autor.

Como adverte Lima (2016, p. 33), a dificuldade de se compreender que a nova criminalidade que se apresenta, dentre elas a lavagem de dinheiro, dificilmente será demonstrada a não ser pela soma de provas indiciárias e circunstanciais, a partir do emprego do método lógico-dedutivo, faz parte de um contexto mais amplo, que desnuda o descompasso entre a práxis, desde a investigação até o julgamento, e a realidade a ser enfrentada.

3.1 AUTOLAVAGEM

Cuidando-se de infração penal comum, a lavagem de dinheiro pode ser cometida por qualquer pessoa, não sendo exigido, do sujeito ativo, estado ou condição especial para sua prática.

6 Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC nº 207.936/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/03/2012, DJe 12/04/2012.

7 Nesse sentido: Corte Especial do STJ, APn 923/DF, j. 23/09/2019; STF, HC nº 138.092, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 06/02/2018, DJe 30/04/2018.

Aliás, dada a natureza jurídica do bem tutelado, com base no art. 173, § 5º, da Constituição Federal, o legislador de 1998 poderia ter avançado ainda mais e, tratando do sujeito ativo do delito, previsto expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, medida já recomendada pelo próprio FATF/GAFI, no item 2-b das Quarenta Recomendações⁸, mas reservou aos entes coletivos apenas sanções de natureza administrativa (Lei nº 9.613/1998, art. 12, I, II, III e IV).

Ao contrário do que ocorre com o delito de receptação, é perfeitamente possível a punição do autor ou partícipe da infração penal antecedente também pela lavagem, em concurso material, sem que se fale em *bis in idem*.

Dada a autonomia da lavagem de dinheiro, não se pode enxergá-la como mero exaurimento da infração penal anterior e, aplicando-se o princípio da consunção, considerá-la um *post factum* impunível, sobretudo nas hipóteses em que não haja coincidência entre os bens jurídicos tutelados (BLANCO CORDERO, 2012, p. 538).

Até mesmo intuitivamente, é fácil imaginar que a lavagem será essencialmente praticada justamente por aqueles que, por meio de suas próprias ações (ou omissões) criminosas anteriores, obtenham bens, valores e lucros ilícitos, e não apenas pelas condutas ilícitas de terceiras pessoas (lavagem-posse), como claramente se verifica, dentre outros, no delito de tráfico de drogas.

Nessa ordem de ideias, Maia (2007, p. 92) destaca que as atividades de lavagem de dinheiro processam-se, via de regra, sob a direção e o controle dos autores da infração penal antecedente, isto é, por aqueles que possuem o domínio do fato típico e não transferem a titularidade dos produtos do crime a terceiros, sendo que, negar-se a possibilidade jurídica de dupla imputação nessas hipóteses importa em aceitar que existam partícipes de um crime sem a existência de seus próprios autores.

Ademais, em que pese a participação na infração penal antecedente não seja condição para a imputação de atos de lavagem⁹, a própria Lei nº 9.613/1998 não exclui a possibilidade de dupla responsabilização penal¹⁰, exceção feita, por incompatibilidade lógica, ao art. 1º, § 1º, inc. II, nas condutas *adquirir, receber e receber em garantia*.

3.2 SONEGAÇÃO FISCAL COMO DELITO ANTECEDENTE À LAVAGEM

A Lei nº 9.613/1998, em sua redação original, não contemplava a sonegação fiscal como delito antecedente à lavagem, sendo a razão dessa opção legislativa apresentada na sua própria Exposição de Motivos, nos seguintes termos:

Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles

8 GAFI. International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2021.

9 Nesse sentido: STJ, REsp nº 1.829.744/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 18/02/2020, DJe 03/03/2020.

10 Nesse sentido: STF, Plenário, Inq. 2.471/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/09/2011, DJe-043 01/03/2012; STF, 2ª T., HC nº 165.036/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09/04/2019, DJe-051 10/03/2020.

delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal - lavagem de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito¹¹. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1996)

Entretanto, com a reforma implementada no ano de 2012, não se sustenta mais a tese que, enxergando no dinheiro sonegado o produto de uma atuação lícita anterior, nega possibilidade jurídica de eleição do delito de *sonegação fiscal* como antecedente à lavagem de dinheiro, concluindo não ser o crime tributário gerador de ativos ilícitos.

Ora, o novo enquadramento legal conferido à lavagem de dinheiro com a reforma em destaque coloca o Brasil entre os países que cumprem, nesse ponto, as 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), que foram revisadas em fevereiro de 2012, a fim de exigir que os crimes tributários também sejam considerados delitos antecedentes à lavagem.

Como se não bastasse, para além da reforma legislativa já destacada, responsável pela eliminação do rol exaustivo de crimes antecedentes, é de se ressaltar que o dinheiro é, por excelência, bem fungível, sendo absolutamente impossível evitar-se a *contaminação* de possíveis recursos licitamente obtidos com aqueles decorrentes da própria sonegação fiscal, incrementando-se ilicitamente o patrimônio do sonegador.

Numa sociedade cada vez mais complexa, dinâmica e digital, como lembra Fabián Caparós (1998, p. 42):

Buena parte de las actividades realizadas por las redes de delincuencia se desarrollan en una amplia zona incierta o de penumbra en la que se alternan continuamente legalidad e ilegalidad y en la que no siempre es fácil determinar donde se encuentra la frontera que separa los comportamientos reglados de aquellos otros que se enfrentan al Derecho.

De outro vértice, também é preciso destacar que, malgrado tenham natureza transindividual, não se fala, aqui, na coincidência de bens jurídicos tutelados, o que reforça a possibilidade jurídica de se eleger a sonegação fiscal como delito antecedente à lavagem: de um lado, a Lei nº 9.613/1998 pretende tutelar a ordem econômico-financeira (BARROS, 2013, p. 44) e, de outro, a Lei nº 8.137/1990, em seus arts. 1º e 2º, protege a ordem tributária, aqui compreendida como a atividade administrada pelo Estado, personificado na Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, voltada à arrecadação de ingressos e à gestão de gastos em benefício da sociedade, sistematizada a partir dos arts. 145 a 169 da Constituição Federal de 1988 (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 33).

No direito comparado, verifica-se clara tendência de reconhecimento da sonegação fiscal como crime antecedente à lavagem.

11 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Exposição de Motivos nº 692/MJ, 1996. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>. Acesso em: 17 dez. 2021.

Na França, ao tipificar a lavagem em seu art. 324-1 (*blanchiment d'argent*)¹², o Código Penal francês não faz nenhum tipo de distinção ou restrição, admitindo como antecedente à lavagem qualquer crime ou delito, sendo certo que o próprio Tribunal Supremo francês (*Cour de Cassation*), em decisão de 20 de fevereiro de 2008, já admitiu a possibilidade de se reconhecer o delito fiscal como antecedente à lavagem (BLANCO CORDERO, 2011, p. 15).

Na Espanha, o delito de *blanqueo de capitales* está tipificado no art. 301.1 do Código Penal espanhol (com a redação dada pela LO 5/2010)¹³, e, justamente por não se encontrar qualquer restrição ao crime antecedente, Blanco Cordero (2011, p. 15) entende que:

De acuerdo con este precepto, las conductas punibles como delito de blanqueo de capitales deben recaer sobre bienes procedentes de alguna actividad delictiva, cualquiera que sea ésta. Es claro, por tanto, que cualquier delito entra en el radio de aplicación del blanqueo de capitales y también, evidentemente, el delito de fraude tributario o delito fiscal del art. 305 CP.

Em Portugal, o *branqueamento de capitais* está tipificado no art. 368-A do Código Penal português (com a redação dada pela Lei nº 11/2004, de 27 de março de 2004), prevendo expressamente a fraude fiscal como delito antecedente à lavagem¹⁴.

Nessa mesma direção, no Peru, a Lei nº 27.765/2002, ao tipificar a lavagem de ativos (*lavado de activos*), também oferece o delito tributário com infração penal antecedente, dispondo, em seu art. 6º, que “El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194º del Código Penal”¹⁵.

Como se não bastasse, a tese que busca excluir a sonegação fiscal como delito antecedente à lavagem contribui sensivelmente para o *déficit* de proteção penal já existente no tratamento privilegiado conferido à criminalidade do colarinho branco, notadamente com a extinção da punibilidade dos seus autores em razão do pagamento ou até mesmo do parcelamento do

12 Article 324-1. Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende. (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Code Pénal. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149840/#LEGISCTA000006149840. Acesso em: 23 dez. 2021).

13 Artículo 301.1. El que adquiere, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto ao triplu del valor de los bienes. En estos casos los juices o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. (ESPAÑA. Código Penal y legislación complementaria. Disponível em: file:///C:/Users/fetur/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021).

14 Art. 368-A. Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos ou, independentemente das penas aplicáveis, de factos ilícitos típicos de: [...]; j) Fraude fiscal ou fraude contra a segurança social. (PORTUGAL. Código Penal. Disponível em: <https://www.codigopenal.pt/>. Acesso em: 17 dez. 2021).

15 PERU. Ley Penal contra el Lavado de Activos. Disponível em: https://www.mpfm.gob.pe/Docs/0/files/ley_27765_-_ley_penal_contra_lavado_de_activos.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

débito tributário (novação), enfraquecendo, no limite, o próprio regime global antilavagem do qual o Brasil é signatário e se comprometeu a implementar.

4. LAVAGEM DE DINHEIRO, SONEGAÇÃO FISCAL E A SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 24

A ingerência penal sobre a ordem tributária, bem jurídico supraindividual de cariz institucional, está constitucionalmente legitimada pelo sistema desenhado a partir dos arts. 145 e ss. da Constituição Federal de 1988, sendo clara a lógica de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que conferem o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais (PRADO, 2007, p. 303).

Contudo, há bastante tempo que, em nosso ordenamento jurídico, o Direito Penal Tributário vem sendo esvaziado e reduzido ao simbolismo penal.

De fato, ao longo as últimas décadas, assistiu-se à edição de seguidas leis que, voltadas às consequências decorrentes do parcelamento (novação) e final pagamento do débito tributário, contribuíram para o esvaziamento da repressão penal aos crimes contra a ordem tributária, fazendo da responsabilização criminal pela sonegação fiscal resposta jurídica de difícil verificação da realidade dos fatos.

Aliás, confrontando-se o disposto no art. 34 da Lei nº 9.249/1995, e no art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, ambos *causas de extinção da punibilidade* pelo pagamento do tributo, com o instituto do *arrependimento posterior*, previsto no art. 16 do Código Penal, causa pessoal de redução de pena de um a dois terços, como já adiantado nas linhas iniciais deste estudo, vê-se mais um claro exemplo de tratamento penal diferenciado conferido pelo legislador ordinário entre condutas violadoras de bens jurídico-penais de natureza individual e coletiva.

Nos estreitos limites deste estudo, como se não bastasse a insuficiência protetiva já apontada no plano legislativo face aos crimes fiscais, tem-se que, a partir do quanto decidido pelo STF, nos autos do *Habeas Corpus* nº 81.611/DF¹⁶, que concluiu pela falta de justa causa para a ação penal pelo delito de sonegação fiscal sem decisão definitiva do processo administrativo de lançamento do crédito tributário, foi editada a Súmula Vinculante nº 24, com o seguinte verbete: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”¹⁷.

A Súmula Vinculante nº 24 do STF, olvidando-se do postulado da separação e independência de instâncias, tantas vezes reafirmado de forma pacífica pela jurisprudência das próprias Cortes Superiores¹⁸, para além redundar na absoluta submissão da jurisdição penal à esfera

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81.611-DF**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 10/12/2003, DJ 13/05/2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=91&dataPublicacaoDj=13/05/2005&incidente=1990524&codCapitulo=5&numMateria=14&codMateria=1>. Acesso em: 23 dez. 2021.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 24**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>. Acesso em: 23 dez. 2021.

18 Nesse sentido: STF, MS 28752/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/03/2013, DJe-073 19/04/2013; STJ, AgRg-AREsp 587.848-RS, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/11/2014, DJe 15/12/2014. Disponível em:

administrativa, materializa-se como mais uma barreira à aplicação da lei penal tributária e, no limite, também ao enfrentamento da lavagem de dinheiro.

Nesse ponto, vale a pena destacar que, malgrado identificada por grande parte da doutrina como condição objetiva de punibilidade (LIMA, 2019, p. 186), a decisão final do procedimento administrativo de lançamento tributário, nos crimes materiais contra a ordem tributária, atualmente tem recebido tratamento diverso pelo próprio STF, distante daquela motivação jurídica que consolidou a edição da Súmula Vinculante.

Tomando como exemplo o acórdão proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº 122.755/PE, de relatoria do Ministro Luiz Fux, j. em 19/08/2014, Bonfim (2017, p. 197) destaca que decisões mais recentes do STF deixam patente que, para a própria Corte Constitucional, não se trata o lançamento definitivo do tributo de uma condição objetiva de punibilidade, mas, antes disso, de requisito para a própria consumação do crime, de modo a tornar atípica a conduta enquanto não decidido, em caráter definitivo, o seu lançamento.

De toda a forma, seja como condição objetiva de punibilidade, seja como requisito para a consumação do ilícito penal tributário, o fato é que, mesmo reconhecida a possibilidade jurídica de se eleger o crime fiscal como antecedente à lavagem de dinheiro, tal qual sustentado neste trabalho, a Súmula Vinculante nº 24 do STF indiscutivelmente embaraça a persecução penal nessa quadra de violações, olvidando-se das obrigações processuais positivas as quais o Estado brasileiro, com a adesão aos textos internacionais de direitos humanos, se comprometeu a bem cumprir, tornando a certeza da efetiva e célere persecução penal para a criminalidade econômica e tributária algo bastante incerto no ordenamento brasileiro.

Por fim, é de se destacar que, não raras vezes, no procedimento de lançamento tributário, o que se discute não é a existência do crédito *de per se* (*an debeatur*), mas o *quantum debeatur*, discussão administrativa que, podendo arrastar-se por muitos anos, à toda evidência, não retira a justa causa para o pronto oferecimento da ação penal, pelo delito de sonegação fiscal, a partir da aplicação analógica das hipóteses de rejeição da denúncia e de absolvição sumária previstas, respectivamente, nos artigos 395 e 397 do Código de Processo Penal, reservando-se à instrução processual o momento adequado para a sua quantificação, sempre oportunizados o contraditório e a ampla defesa.

5. CONCLUSÃO

O Código Penal de 1940 não fornece ao intérprete regras expressas de orientação hermenêutica, subsumindo-se a aplicação da lei penal, fundamentalmente, ao axioma *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* e à vedação da analogia *in malam partem*.

Já o Código de Processo Penal de 1941, por sua vez, dispõe sobre a matéria hermenêutica ao admitir o emprego da interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito (CPP, art. 3º).

De toda a forma, superado o positivismo jurídico, não resta dúvida de que a norma penal também deve ser interpretada, sendo certo que o rigor dogmático que orienta o intérprete no

processo de intelecção e aplicação das leis não pode transformá-lo em personagem estanque e divorciado da realidade que o cerca.

Aliás, de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Decreto-lei nº 4.657/1942, art. 5º).

Nessa mesma linha, a dogmática penal não pode ser interpretada de forma neutra e descompromissada, como se estivesse acima dos fundamentos sociais estabelecidos no texto da Constituição Federal.

Num Estado democrático de Direito, para além de exclusivos direitos de defesa individual contra a ingerência do Estado na esfera privada, os direitos fundamentais descortinam sua *dupla face* e representam imperativos de tutela e força irradiante frente a terceiros, até mesmo frente aos próprios particulares, e deveres de efetiva proteção por parte do Estado, como se verifica a partir da previsão dos mandados de criminalização no texto da Lei Maior.

Assim, na busca pela necessária efetividade do sistema jurídico-penal antilavagem em nosso ordenamento, a devida leitura da Lei nº 9.613/1998 e sua aplicabilidade prática no plano jurisprudencial não podem se dar ao arrepio dos fins buscados pelo Estado brasileiro, com a redemocratização do país, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e do acolhimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão no plano constitucional.

Mais disso. Devem orientar-se, também, pelo sistema internacional de direitos humanos que, materializado em Tratados e Convenções internacionais, concitam os países signatários a promover, no campo administrativo, legislativo e judicial, medidas concretas destinadas a conferir celeridade e eficiência à persecução criminal, desde a investigação até a sentença, por meio de obrigações processuais positivas, combatendo-se retrocessos e respostas insuficientes na integral tutela de direitos fundamentais.

Portanto, a partir da edição da Lei nº 12.683/2012, que, como foi aqui discutido, encontra correspondência no próprio regime global antilavagem desenhado no cenário internacional, não se sustenta mais a tese que nega possibilidade jurídica de eleição do delito de *sonegação fiscal* como infração penal antecedente.

Entretanto, seguindo a ultrapassada inspiração liberal que, a despeito do modelo eleito no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ainda permeia o sistema de Justiça Criminal brasileiro, claramente voltado à repressão de condutas que violam bens jurídicos de natureza individual, a Súmula Vinculante nº 24 do STF, ao exigir o lançamento definitivo do tributo para a tipificação de crime material contra a ordem tributária, indiscutivelmente embaraça a persecução penal nessa quadra de ilícitos penais e, de forma mais ampla, o próprio enfrentamento à lavagem de dinheiro no contexto nacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2021.

- BACIGALUPO, Enrique. **Principios de direito penal**: parte general. 3. ed. Madrid: Ediciones Akal, 1994.
- BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Pamplona: Aranzadi, 2012.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)**, n. 13-01, p. 1-46, 2011. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.
- BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONFIM, Wellington Luís de Sousa. Os delitos fiscais como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, ano 16, n. 49, p. 197-235, jan./jun. 2017.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [Código Penal]. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 [Código de Processo Penal]. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.
- BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 [Lei de introdução às normas do Direito brasileiro]. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 dez. 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**: Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.
- BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.
- BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613compilado.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 31 maio 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.684.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 24**. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>. Acesso em: 23 dez. 2021.

- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Imputação objetiva**: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- CASTALDO, Andrea. Criminalidad organizada y mercado económico-financiero. In: YACOBUCCI, Guillermo J. (coord.). **El crimen organizado**: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005. p. 287-306.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Disponível em: file:///C:/Users/fetur/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Colet, 1998.
- FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas**: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de direitos humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GAFI. **International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation**. 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2021.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Conceito de direito penal. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: fundamentos e limites do direito penal. São Paulo: RT, 2012.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- LIMA, Paulo Augusto Moreira. A prova diabólica no processo penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 129-148.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Exposição de Motivos nº 692/MJ**. 1996. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>. Acesso em: 17 dez. 2021.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo: Editorial B de f, 2007.
- PERU. **Ley Penal contra el Lavado de Activos**. 2002. Disponível em: https://www.mpfn.gob.pe/Docs/0/files/ley_27765_-_ley_penal_contra_lavado_de_activos.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

PITOMBO, Antônio Sergio Altieri de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: RT, 2003.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTUGAL. **Código Penal**. 2021. Disponível em: <https://www.codigopenal.pt/>. Acesso em: 17 dez. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code Pénal**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT00006070719/LEGISCTA000006149840/#LEGISCTA000006149840. Acesso em: 23 dez. 2021.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". In: FRANCISCO, M^a Nieves Martínez; AVENA, Claudia Miranda (coord.). **Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente**. Granada: Editorial Comares, 2009.

TELLES JR. Goffredo. **Direito quântico**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.

TURESSI, Flávio Eduardo. Lei Anticrime e o novo modelo de arquivamento do inquérito policial: o papel do Ministério Público na interpretação da norma e construção de uma política criminal mais racional. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 79-104, jul./dez. 2020.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada**: o papel da política criminal na construção da ciência global do direito penal. Salvador: Juspodivm, 2019.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 12/01/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/01/2022
- Avaliação 1: 02/02/2022
- Avaliação 2: 04/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 08/05/2022
- Retorno rodada de correções: 20/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 15/05/2022

Equipe editorial envolvida

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

TEM A VÍTIMA DE UM ILÍCITO EXTRA CONTRATUAL O ÔNUS DE MITIGAR SEUS PRÓPRIOS PREJUÍZOS?

HAS THE VICTIM OF AN TORT OF CONTRACTUAL ILLEGAL BURDEN OF MITIGATING YOUR OWN LOSSES?

CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES¹

RESUMO

Nesse trabalho, o autor aborda a regra da não reparação dos danos sofridos pela vítima de um ilícito extracontratual que poderiam ter sido por ela evitados pelo emprego de esforços razoáveis. A norma estabelecendo o ônus de mitigar é extraída do abuso do direito, em seu aspecto objetivo, encontrando fundamento mais remoto no princípio da boa-fé objetiva. Em termos de direito positivo, a norma de mitigação é derivada, portanto, do art. 187 do Código Civil. O autor analisa, ainda, a possível fundamentação para a limitação da indenização aos danos inevitáveis no art. 403 do Código Civil e, portanto, na ausência de causalidade entre o ato ilícito e a parte do dano que a vítima poderia ter evitado. Esse fundamento, entretanto, é refutado por não abranger todos os casos em que o ônus de mitigar é aplicado e por não trazer à análise do intérprete uma avaliação axiológica da conduta da vítima ao evitar ou não os danos. Apenas fundamentando o ônus de mitigar na boa-fé é que seria possível, na análise da conduta da vítima, a sua comparação com padrões socialmente esperados e aceitos.

Palavras-chave: mitigação; responsabilidade aquiliana; abuso do direito; boa-fé; causalidade.

ABSTRACT

In this work, the author addresses the rule of non-compensation of avoidable damages sustained by the victim of a tort. The rule establishing the burden to mitigate is derived from the abuse of rights, in its objective aspect, finding a more remote foundation in the principle of objective good faith. In terms of statutory law, the mitigation rule is therefore derived from art. 187 of the Civil Code. The author also analyzes the possible grounds for limiting compensation to unavoidable damages in art. 403 of the Civil Code and, therefore, in the absence of causality between the tortious act and the part of the damage that the victim could have avoided. This legal basis, however, is refuted because it does not cover all cases in which the burden of mitigation is applied and because it does not bring to the analysis an axiological assessment of the victim's conduct when avoiding damages or not. Only by basing the burden of mitigation on good faith would it be possible, in the analysis of the victim's conduct, to compare it with socially expected and accepted standards.

Keywords: mitigation; tortious responsibility; abuse of rights; good faith; causality.

1 Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito (LL.M.) pela Columbia University. Co-coordenador do GACI – Grupo de Estudos em Arbitragem e Contratos Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1797877400327633>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9143-8176>.

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

LOPES, Christian Sahb Batista. Tem a vítima de um ilícito extracontratual o ônus de mitigar seus próprios prejuízos?. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 332-343, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.9268>.

1. INTRODUÇÃO

No sistema brasileiro de responsabilidade civil, a vítima tem o direito de ser indenizado pelos prejuízos causados pelo ato ilícito (cf. artigos 186 e 927 do Código Civil), sendo que, em regra, a indenização mede-se pela extensão do dano (artigo 944 do Código Civil) (BRASIL, 2002). A questão que se coloca no presente trabalho é: poderia a vítima ter a sua indenização limitada apenas aos danos que não seriam evitáveis por seus esforços razoáveis? Em outros termos, poderia a vítima receber indenização menor que a extensão do dano (em aparente contradição com o *caput* do artigo 944), pois parte desse prejuízo poderia ter sido por ela evitado?

Em artigo que inaugurou a discussão do tema no Brasil, Vera Maria Jacob de Fradera (2004) tratou da mitigação nas relações contratuais. O assunto foi posteriormente desenvolvido por Christian Sahb Batista Lopes (2013), em que foi abordado o ônus de mitigar² também na vertente da responsabilidade contratual, concluindo por sua aplicação no direito brasileiro, com base na boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil e na compreensão da relação contratual como orientada à cooperação (COUTO E SILVA, 2006; BETTI, 1953), sendo também esse o escopo de investigação de Gustavo dos Santos Kulesza (2015). Da mesma forma, a mitigação na esfera contratual foi objeto do Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, de 2005³. A abordagem da questão preponderantemente na esfera contratual é também destacada por José Carlos Brandão Proença (2007, p. 660-661).

Entretanto, a questão coloca-se também na esfera da responsabilidade aquiliana. A título de exemplo, imagine-se um caminhão que realizada transporte em área portuária tenha sido danificado em colisão com outro veículo (BRASIL, 2010). O caminhão ficou sem trabalhar por certo período, em manutenção, sendo que seu dono pede lucros cessantes por esse período. Entretanto, ele poderia ter alugado outro veículo, continuado a trabalhar e cobrado, a título de danos emergentes, o valor pago de aluguel (que seria menor que os lucros cessantes). Nesse caso, estaria sua indenização limitada ao valor que seria pago de aluguel?

É interessante observar que, mais recentemente, a mitigação foi novamente debatida em uma Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, mas agora sob a ótica da responsabilidade aquiliana. Na VIII Jornada, de 2018, foi aprovado o Enunciado nº 629 que, no entanto, não faz referência a algum dispositivo normativo específico.⁴ Na referência legislativa do Enunciado, consta simplesmente “Código Civil”.

O referido artigo 422, utilizado para fundamentar a limitação da indenização aos danos inevitáveis nas obras doutrinárias acima mencionadas, não pode ser utilizado para impor à vítima de um ilícito extracontratual o ônus de mitigar (BRASIL, 2002). Situado na parte relativa ao Direito dos Contratos do Código Civil, não poderia esse dispositivo ser utilizado como fundamento positivo para aplicação do ônus de mitigar à responsabilidade civil aquiliana.

Daniel Dias avaliou a regra da irressarcibilidade do dano evitável para a responsabilidade civil contratual e extracontratual, encontrando fundamento único para as duas situações no

2 Apesar de geralmente referido como “duty to mitigate” ou dever de mitigar, o instituto melhor se configura como ônus. De fato, não há uma conduta exigível do credor ou da vítima de agir para mitigar o dano, mas apenas uma conduta prescrita que, caso não observada, implicará para o lesado a vedação a ser ressarcido da parte evitável do prejuízo.

3 Enunciado nº 169: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”. O Enunciado é baseado no artigo 422 do Código Civil.

4 Enunciado nº 629: “A indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização.”

artigo 403 do Código Civil (DIAS, 2020). Na visão do autor, a limitação das perdas e danos ao que decorre como efeito “direto e imediato” da inexecução excluiria os danos evitáveis com esforços razoáveis do devedor ou da vítima.

Além desse fundamento, pode-se aventar a hipótese de que a regra da mitigação seja reconduzida à proibição do abuso do direito que, de acordo com parte da doutrina, foi incorporada em nosso direito pelo art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002). Poder-se-ia dizer que constitui exercício abusivo do direito à indenização pretender reparação quanto à parcela dos prejuízos que o credor poderia ter evitado com o emprego de esforços razoáveis. Ser indenizado pelos danos inevitáveis constituiria exercício regular e legítimo do direito, enquanto obter reparação por danos evitáveis seria exercício irregular ou abusivo do direito que, desta forma, não poderia ser reconhecido pela ordem jurídica.

Nesse trabalho, avalia-se se o ônus de mitigar está presente também na responsabilidade aquiliana, examinando os dois possíveis fundamentos acima mencionados. O presente texto reflete o resultado de pesquisa de vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo, em que predomina a utilização do raciocínio indutivo-dedutivo. Foram utilizadas fontes primárias (notadamente dispositivos legais e casos concretos decididos no Brasil e na França) e secundárias, em especial estudos doutrinários publicados sob a forma de monografias, capítulos e artigos científicos.

2. O ABUSO DO DIREITO

A teoria do abuso do direito surgiu por obra da jurisprudência francesa em meados do século XIX, com feição eminentemente subjetivista, tendo por fim evitar atos emulativos e chicana. Era considerado abusivo o exercício do direito por seu titular com o objetivo de lesar o direito subjetivo de outrem. Com aplicação inicial no exercício do direito de propriedade e nas relações de vizinhança, o exercício abusivo do direito tinha como efeito a responsabilidade civil do agente pelos danos causados a outrem pelo exercício irregular de seu direito. Introduziu no contexto individualista e jusracionalista francês do século XIX a ideia de que os direitos subjetivos não tinham caráter absoluto, mas tinham limites decorrentes de sua função (ASCENSÃO, 2005, p. 35). A funcionalização do direito, contudo, encontrava fundamento na proteção do direito subjetivo de outros indivíduos. Por isso, Menezes Cordeiro assinala que não houve uma ruptura na concepção oitocentista do direito privado, mas um desenvolvimento que se ateuve ao mesmo esquema de pensamento então vigente. Não houve, inicialmente, conexão com a boa-fé (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 670-671, 679-684).

A ideia de abuso do direito ingressou o espaço jurídico alemão, mas de forma diferenciada, tendo inicialmente sido prevista como proibição da chicana, pelo §226 do Código Civil daquele país. Esse dispositivo proibia o exercício do direito se tivesse como único propósito causar danos a outrem. Em razão de sua redação restritiva (causar danos deveria ser o *único propósito*), tal previsão legal teve escassa aplicação. Diante do fracasso da proibição da chicana, a teoria do abuso do direito passou a sustentar-se no §826, que previa que aquele que causasse dolosamente danos a outrem, de forma que atentasse aos bons costumes, ficava obrigado a repará-lo. Essa norma, entretanto, era excessivamente restritiva, pois exigia a demonstração

de dolo e preconizava a obrigação de indenizar como única solução ao abuso (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 685-693). Assim, a teoria do abuso do direito passou a ser desenvolvida jurisprudencial e doutrinariamente a partir da boa-fé, prevista no §242 do Código Civil alemão, adotando feição objetiva:

Nas insuficiências do §826, houve que buscar uma disposição portadora de um princípio geral do Direito, suficientemente vasto para controlar o exercício de quaisquer direitos privados, positivo no sentido de prescrever condutas e não, apenas, na sua falta, indenizações, e objectivo, por ignorar elementos atinentes ao agente, como o dolo ou a negligência. A disposição em causa, que deveria, também, estar em plena expansão científica, foi encontrada no §242 BGB [...]. (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 694)

A partir dessas duas matrizes, a doutrina busca a consolidação do instituto do abuso do direito, da qual importa, para a presente análise, destacar dois grandes problemas na abordagem do tema: o primeiro quanto à configuração do abuso do direito – se de caráter subjetivo ou objetivo –, o segundo quanto aos seus efeitos – se apenas de gerar responsabilidade civil ou de poder atuar como cláusula geral, em que poderia ser adotada a medida mais adequada para evitar o abuso (NANNI, 2008, p. 750, 758-760).

3. O FUNDAMENTO DA MITIGAÇÃO NO ABUSO DO DIREITO

A concepção subjetiva centrará nas finalidades, exclusivas ou não, do agente (ASCENSÃO, 2005, p. 37), filiando-se às origens francesas do instituto. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 673), de acordo com essa concepção, “abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer o mal, e sem proveito próprio”. Centra-se a análise na intenção do agente, sendo necessária a presença do *animus nocendi* para que se configure o abuso do direito (COSTA, 2006, p. 72; GOMES, 2009, p. 76).

O fundamento da mitigação dos danos não pode ser encontrado na concepção subjetiva do abuso do direito, salvo em situações excepcionais. Com efeito, na maioria dos casos, o lesado não pretende exercer seu direito à indenização com a finalidade exclusiva ou preponderante de causar prejuízo ao devedor. O objetivo da vítima, ao exercer seu direito, é obter a reparação por danos que efetivamente sofreu em seu patrimônio. Ora, os prejuízos foram realmente causados ao lesado em decorrência de um ato ilícito do agente. Portanto, a finalidade daquele é restaurar seu patrimônio.

Em casos limite, pode-se vislumbrar que a vítima intencionalmente aumente os danos que ela próprio sofra a fim de obter alguma vantagem indevida do devedor sob a ameaça de uma indenização substancial, atuando de maneira oportunística. Seu objetivo seria, então, causar prejuízo ao devedor, podendo-se dizer que agiu em abuso do direito, mesmo se o encarar sob o ponto de vista subjetivo. Todavia, esses casos são excepcionais. Na maioria das hipóteses, o lesado apenas não se preocupa em mitigar os danos porque sabe que esses têm como causa o ato ilícito do agente que, portanto, deverá indenizá-los. Ao exercer o direito à reparação, portanto, não abusa, mas age no exercício regular do direito de ter seu patrimônio restaurado.

Assim, não servindo a teoria do abuso do direito, no seu aspecto subjetivo, para explicar a generalidade dos casos em que se exige a conduta de minimização dos prejuízos por parte do lesado, não poderá ser adotada como fundamento da norma de mitigação.

Na concepção objetiva, “o que interessa averiguar não é a intenção do agente, mas apenas os dados de facto, o alcance objetivo do seu comportamento, de acordo com o critério da consciência pública” (COSTA, 2006, p. 72). Segundo Ascensão, há duas facetas de encarar tal concepção:

- a funcional, em que se procurará determinar se um tipo de exercício satisfaz ou não a função dum direito [...]
- a racional-descritiva, que pretenderá limitar-se à demarcação, por interpretação, do conteúdo dos direitos. (ASCENSÃO, 2005, p. 37)

A doutrina, em geral, identifica que a teoria do abuso do direito foi prevista normativamente pelo artigo 187 do Código Civil brasileiro (PEREIRA, 2005, p. 675; GOMES, 2009, p. 74; NANNI, 2008, p. 750; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 345)⁵, *in verbis*: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL, 2002)

Há opiniões doutrinárias que reconhecem, nesse artigo 187, a concepção subjetiva do abuso do direito, por se relacionar à definição de ato ilícito realizada pelo artigo 186, para o qual se exige culpa *lato sensu* (GOMES, 2009, p. 76; NANNI, 2008, p. 751). Entretanto, a maioria dos autores enxerga nesse dispositivo a adoção da concepção objetiva do abuso do direito, sendo dispensável a demonstração de culpa daquele que agiu em abuso (NANNI, 2008, p. 750; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 346).

O artigo 187 prevê, então, três hipóteses de exercício irregular ou abusivo, conforme o agente exceda manifestamente os limites impostos pelo (1) fim econômico ou social, (2) boa-fé ou (3) bons costumes.

De acordo com Ascensão (2005, p. 42), a primeira hipótese constitui um caso em que se percebe a faceta de funcionalização do direito. Ao exigir que o direito seja exercido nos limites de seu fim econômico ou social, o ordenamento jurídico explicita que o direito tem finalidades que transcendem a mera satisfação de interesses de seu titular.

Não se pode considerar que a norma de mitigação esteja assentada na violação manifesta de limites impostos pelo fim econômico ou social do direito. Como se asseverou acima, o lesado pretenderá exercer seu direito à indenização por um dano que, efetivamente, sofreu em seu patrimônio e que foi causado pelo ato ilícito do agente. Portanto, o direito à indenização será exercido em conformidade com o próprio fim econômico e social de tal direito, que é promover a restauração do patrimônio da vítima.

Os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes não dizem respeito à funcionalização do direito. Não está em jogo sua função, mas seu conteúdo (ASCENSÃO, 2005, p. 43). Desta forma, o abuso do direito impõe limites internos ao exercício do direito que serão traça-

5 José de Oliveira Ascensão, no entanto, considera que o artigo 187 trata de três hipóteses de limitação ao exercício dos direitos, que não são conciliáveis a um núcleo comum e não podem ser tidas como pertencentes da teoria do abuso do direito. (ASCENSÃO, 2005, p. 51-52).

dos a partir das matrizes axiológicas da boa-fé e dos bons costumes (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 345).

Na busca pela fundamentação da norma de mitigação, os limites dados pelos bons costumes não estão colocados em causa. De acordo com Mário Júlio de Almeida Costa:

Por bons costumes há-de entender-se um conjunto de regras de convivência, de práticas de vida, que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e correctas aceitam comumente. Logo, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes quanto tiver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pelo decoro social. (COSTA, 2006, p. 78).

Portanto, o conceito indeterminado de bons costumes traz limites impostos pelas ideias de moralidade e decoro social (COUTO E SILVA, 2006, p. 35). Não são, portanto, noções úteis para explicar a norma de mitigação.

A boa-fé, por outro lado, traz em sua vagueza semântica as ideias de honestidade, lealdade e retidão na condução dos negócios, à maneira do padrão socialmente aceito de homem probo, conforme destacado por Judith Martins-Costa:

[...] ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411-412)

Diante da prática de um ato que viole o dever geral de *neminem laedere*, a boa-fé impõe que a vítima tenha em vista seus próprios interesses, aqueles do “alter” (o agente) e da própria sociedade, de forma evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes. Havendo possibilidade de evitar o prejuízo por meio de esforços razoáveis, a conduta socialmente esperada do homem probo é que aja de forma a que tais danos não ocorram (PROENÇA, 2007, p. 644)⁶. Se, no entanto, o lesado viola tal norma imposta pela boa-fé e posteriormente pretende obter reparação pelos danos sofridos, o exercício ao seu direito à indenização é abusivo, pois excede manifestamente os limites traçados pela boa-fé.

Desta forma, conclui-se que a teoria do abuso do direito, desde que tomada em seu aspecto objetivo e tendo sido desenvolvida a partir da boa-fé, é fundamento para a configuração, no direito brasileiro, do ônus de mitigar os prejuízos na responsabilidade extracontratual. Cumpre reconhecer haver uma zona de interseção entre as figuras da boa-fé e do abuso de direito nesse caso, como fez Elena de Carvalho Gomes ao analisar a vedação de *venire contra factum proprium*: “Existe, de fato, uma zona de interseção entre os planos atinentes a cada uma das figuras [boa-fé e abuso do direito]. Conquanto tenham sido estruturadas para enfrentar conjunturas diversas, vieram a sobrepor-se, passando, assim, a dialogar”. (GOMES, 2009, p. 29).

6 Segundo o autor, o contrário seria “uma visão demasiado *individualista* do problema, descurando totalmente a sua componente social e os interesses do lesante de não ser confrontado com uma situação particularmente agravada, resultante de condutas *dolosas* do lesado ou da projecção de um *descuido manifestamente irrazoável* com os seus bens.” (itálicos no original).

Na situação ora em análise – a mitigação na responsabilidade aquiliana – a boa-fé é convocada a partir da vedação ao abuso de direito, na forma em que este foi previsto em nosso Código Civil (BRASIL, 2002).

Assim como a teoria do abuso do direito, em sua concepção objetiva desenvolvida a partir do §242 do Código Civil alemão, assenta-se na boa-fé, também a mitigação tem-na por fundamento. Do ponto de vista doutrinário e lógico, para fundamentar a norma de mitigação não é necessário recorrer à teoria do abuso do direito, que por sua vez conecta-se com a boa-fé, se é possível justificar a *evitabilidade* diretamente na boa-fé objetiva. No entanto, para efeitos do direito positivo brasileiro, faz-se necessário evocar o tratamento dado para o abuso do direito pelo art. 187 do Código Civil, para que este traga à baila a boa-fé esperada do lesado na responsabilidade extracontratual (BRASIL, 2002).

Por fim, cabe destacar haver duas posições quanto aos efeitos do exercício abusivo de um direito. De acordo com a tradicional concepção francesa da teoria, o titular que exerceu seu direito de forma abusiva ficará obrigado a indenizar os danos causados à pessoa prejudicada, que seria o único efeito da caracterização do abuso do direito em um caso concreto (NANNI, 2008, p. 758). Esse posicionamento poderia ser sustentado à luz do artigo 187 do Código Civil Brasileiro, que caracterizou o abuso do direito como ato ilícito que, de acordo com o artigo 927, gera para o agente a obrigação de indenizar (BRASIL, 2002).

No entanto, é correntemente aceito que o ato abusivo pode ser reprimido não apenas pela responsabilidade civil do agente mas pela forma que for mais adequada diante do caso em análise (ASCENSÃO, 2005, p. 51). Tal solução é possível a partir da construção do abuso do direito pela doutrina germânica que, como visto, assentou-se na cláusula geral prevista no §242, a qual confere discricionariedade ao Juiz para, dentre as sanções previstas no ordenamento jurídico, adotar aquela que melhor assegure a observância da boa-fé em cada situação concreta. Da mesma forma, o artigo 187 do Código Civil brasileiro é visto como norma contendo cláusula geral, uma vez que não prevê expressamente qual sanção deverá ser aplicada ao caso (BRASIL, 2002). Sobre o artigo 334o do Código Civil português, que tem redação semelhante ao artigo 187 do Código Civil brasileiro⁷, Mário Júlio de Almeida Costa assim se pronunciou:

E passemos às consequências do abuso do direito. O legislador não as indica. Somente declara ilegítimo, no art. 334o, o comportamento qualificado como tal. Verificar-se-ão, em decorrência, os efeitos de qualquer acto dessa natureza.

Conclui-se, sintetizando, que pertence ao juiz determinar, caso por caso, segundo os referidos critérios, não apenas se existe um acto abusivo, mas ainda as consequências sancionatórias que dele derivam. Algumas vezes, haverá lugar a restauração natural, nomeadamente através da remoção do que se fez com abuso do direito; ao passo que, outras vezes, ocorrerá tão-só indemnização pecuniária dos danos. Além desta responsabilidade civil, poderão verificar-se sanções de vária ordem, visando impedir que o autor do acto abusivo obtenha ou conserve as respectivas vantagens. (COSTA, 2006, p. 78)

Este é o entendimento que tem prevalecido na doutrina brasileira, sendo de se entender a caracterização de ilícito que o artigo 187 dá ao ato abusivo de maneira ampla, com o significado de contrário ao direito (NANNI, 2008, p. 759-760).

7 O artigo 334 do Código Civil português caracteriza o ato de "ilegítimo", enquanto o brasileiro do rotula de "ilícito".

No que concerne à mitigação, insta observar que a vedação do abuso do direito apenas poderá lhe servir de fundamento se seus efeitos não se restringirem ao caráter indenizatório. A norma de mitigação introduz a impossibilidade de que o lesado obtenha reparação pelos danos que poderia ter evitado e não a sua responsabilidade civil por algum prejuízo. Assim, vistos os efeitos da caracterização do abuso do direito de forma restritiva, não poderá esse instituto servir à *evitabilidade*. Por outro lado, se for visto como cláusula geral, poderá o juiz atribuir a sanção que é própria da norma de mitigação, ou seja, limitar a indenização a que faz jus a vítima aos danos inevitáveis.

4. INSUFICIÊNCIA DO ART. 403 COMO FUNDAMENTO

A limitação à indenização apenas pelos danos inevitáveis é frequentemente vista como imposta pelo art. 403 (DIAS, 2020) ou como consequência natural da causalidade (LAITHIER, 2004, p. 442). Poder-se-ia, assim, explicar que o credor não tem direito à indenização quanto a certos danos não porque poderia tê-los evitado, mas porque esses não são uma consequência direta e imediata do inadimplemento ou do ato ilícito.

A doutrina e a jurisprudência francesas utilizaram a ideia de causalidade para resolver uma série de casos que podem ser vistos sob o prisma da mitigação (ALVIM, 1949, p. 318)⁸. A lição de Pothier, acerca da venda de uma vaca contaminada, que causa a perda do rebanho e o fato de ficar a terra inculca, é geralmente referida como um dos primeiros reconhecimentos da mitigação pela doutrina francesa. No entanto, Pothier analisava o nexos de causalidade para formular sua teoria de que os efeitos diretos e imediatos deveriam ser analisados como consequência necessária do inadimplemento (ALVIM, 1949, p. 318). Em outros termos, a análise do problema foi realizada sob a ótica da causalidade e não do comportamento que se esperava do credor.

Alguns casos franceses foram resolvidos pela jurisprudência por meio da avaliação do nexos de causalidade. Assim, o comerciante que sofreu acidente automobilístico não poderia recuperar os danos relativos ao fechamento da loja, pois esses prejuízos não foram considerados causados pelo acidente como consequência necessária, mas foram provocados por ele próprio que não contratou um funcionário para manter a loja aberta (LE PAUTREMAT, 2006, p. 206). Da mesma forma, os danos sofridos pelo viticultor perante seus consumidores não teriam sido consequência necessária da entrega do tanino defeituoso por seu fornecedor, mas sim causados pelo fato de o viticultor tê-lo utilizado (LAUDE, 2002, p. 57). Os prejuízos sofridos pela gráfica que não pode entregar os trabalhos em razão de defeito no equipamento não deveriam ser indenizados porque eram remotos e imprevisíveis; a verdadeira causa seria inércia da gráfica em obter outra forma de os imprimir (LAUDE, 2002, p. 58).

No entanto, embora alguns casos típicos de mitigação possam ser resolvidos pela causalidade, essa não se constitui como expediente técnico correto para servir de fundamento

8 A análise em comparação com o direito francês parece apropriada nesse ponto em razão de o Código Civil brasileiro se aproximar do francês em dois pontos: não conter norma expressa sobre *evitabilidade* e adotar o critério de serem indenizáveis apenas os danos que sejam efeito direto e imediato do inadimplemento. Cf. artigo 1.151 do Código Civil francês.

à mitigação, pois não serve de alicerce sólido a explicá-la, não abrange toda a extensão do fenômeno e negligencia o aspecto axiológico da conduta do credor.

A causalidade traz a dificuldade inicial de se determinar qual das abordagens usadas pela doutrina e pela jurisprudência será utilizada – *condition sine qua non*, da causalidade adequada, da causa próxima ou da condição necessária – devendo-se precisar, ainda, qual o significado que será atribuído para a expressão “efeitos diretos e imediatos” utilizada pela lei brasileira (ALVIM, 1949, p. 298-329; TORRES, p. 258-265; PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 43-49; LOUREIRO, 2008, p. 729-730). Diante dessas dificuldades, Giovanni Formica concluiu que o problema do nexa causal é uma questão de fato, não podendo ser resolvido em bases puramente teóricas (ALVIM, 1949, p. 326).

Reduzir a mitigação ao nexa causal, portanto, dificulta o seu desenvolvimento jurisprudencial e, conseqüentemente, a doutrina que poderia se valer da análise dos acórdãos (LE PAUTREMAT, 2006, p. 207). Assim, não é fundamento sólido para o desenvolvimento da mitigação. Os resultados das decisões judiciais irão variar conforme a teoria de causalidade que se adote e de acordo com os fatos de cada caso, que não serão avaliados sob a ótica da mitigação, de acordo com os seus próprios parâmetros, mas sim com vistas a responder à questão de qual fato causou o dano.

Para se afirmar que certo dano foi causado pela omissão do credor, que não fez nada para evitá-lo, deve-se antes reconhecer a existência de um dever ou ônus que imponha que o credor aja de tal forma. Se o devedor praticou um ilícito ao descumprir uma obrigação, essa ação terá por efeito uma série de danos ao credor que se desenvolverão em uma cadeia natural de causalidade, cuja extensão dependerá da teoria que se adote. De qualquer forma, essa cadeia de causalidade somente poderá ser rompida por uma omissão do credor se essa for imputável a ele (LAITHIER, 2004, p. 443). Do contrário, as coisas se passarão de acordo com seu fluxo fático natural e, conseqüentemente, o devedor deverá indenizar o credor por todos os prejuízos decorrentes.

O caso acima citado, em que o caminhão que realizava transportes na área portuária foi abalroado, fornece interessante exemplo para essa análise. Os danos causados ao veículo e sua indisponibilidade para o trabalho decorrem diretamente do ato ilícito, em qualquer teoria de causalidade que se adotar, pois é o fluxo fático natural. Assim, seriam devidos à vítima os danos emergentes e as perdas e danos. Apenas se é inserido um novo elemento – a expectativa de que o credor aja para mitigar os danos – é que o problema pode ser reavaliado. Se o ordenamento jurídico estabelece a regra de que o credor deve empregar esforços razoáveis para evitar os prejuízos, sob pena de não os recuperar, pode-se raciocinar da seguinte forma: os danos foram causados pelo abalroamento, a vítima poderia ter feito algo, com emprego de esforços razoáveis, para interromper a cadeia de causalidade? Se a resposta for afirmativa, não recuperará os danos que poderiam ter sido evitados. Isso, entretanto, não equivale a dizer que os danos foram *causados* pela omissão da vítima.

Portanto, os casos que reconduzem a mitigação à ideia de causalidade acima referidos, sobretudo os que identificam a causa dos danos em uma omissão do credor, não colocam a questão em termos apropriados. Há uma certa manipulação na apreciação do problema fático que envolve o nexa de causalidade para se chegar ao resultado cuja justiça salta aos olhos: se o credor poderia ter evitado os danos e não os evitou, não pode ser por eles indenizado.

É de se reconhecer, entretanto, que a explicação da *evitabilidade* pela causalidade funciona melhor para aqueles casos em que o credor dolosa ou culposamente tenha incrementado os danos. No caso do viticultor que sabidamente usou o tanino defeituoso, pode-se dizer que os prejuízos tidos com seus consumidores foram causados não pelo fornecedor que lhe vendeu o tanino defeituoso, mas pela própria atitude do viticultor de os usar.

O nexo causal poderia servir de fundamento para casos em que o credor tenha voluntariamente contribuído para aumentar os danos, mas não serve para outra gama de casos em que o credor não tenha agido para reduzir os prejuízos. Assim, a causalidade não serve como fundamento geral e, ao não permitir a visão global do problema, impede o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência acerca da mitigação (VINEY, 2002, p. 68)⁹.

Por fim, cabe ressaltar que reconduzir a mitigação à causalidade impede que a questão seja avaliada sob o prisma correto, qual seja, a valoração da conduta do credor. Ao situar o fundamento da mitigação na boa-fé objetiva, como visto acima, permite-se que os atos tomados pelo credor sejam avaliados axiologicamente de acordo com o que seria socialmente esperado como atitudes honestas e leais de um homem probo. Na formulação da regra de mitigação, essa comparação com o padrão de conduta esperado será fundamental para avaliar a razoabilidade dos esforços empregados pelo credor. O raciocínio que se desenvolve sob a visão de causalidade é outra, menos valorativa da conduta e mais relacionada à natureza dos fatos subsequentes ao inadimplemento, para a identificação do que é causa e efeito. Assim, a causalidade não oferece o instrumental necessário para a análise e problematização dos casos sob a ótica da mitigação.

5. CONCLUSÃO

A norma de mitigação é aplicável tanto à responsabilidade contratual como à extracontratual. Em ambos os casos, encontra seu fundamento na boa-fé objetiva que impõe ao credor da obrigação contratual inadimplida ou à vítima de ato ilícito o ônus de não aumentar artificialmente seus prejuízos e de empregar esforços razoáveis para impedir a causação do dano ou seu incremento. Com efeito, a boa-fé impõe ao lesado que aja com retidão, lealdade e probidade, levando em consideração seus próprios interesses (em não ter seu prejuízo aumentado), aqueles do agente ou devedor (em não ter aumentada a indenização que terá que pagar) e os da própria sociedade (em evitar a perda desnecessária de um recurso econômica e socialmente relevante).

Na responsabilidade extracontratual, a conduta do lesado que deixa ocorrer um dano tido como evitável com esforços razoáveis e, posteriormente, pleiteia a indenização por tal prejuízo evitável é considerado exercício abusivo de direito, pois “excede manifestamente os limites impostos [...] pela boa-fé”, na dicção do art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002). Para aplicação da norma de mitigação à responsabilidade civil, o referido dispositivo legal deve ser interpretado como portador de cláusula geral, permitindo ao juiz atribuir a sanção adequada,

9 Geneviève Viney anota que a jurisprudência francesa não tem dificuldade em reconhecer que o credor não tem direito à indenização pela parte dos prejuízos que tenha dolosa ou culposamente agravado, o que decorre dessa visão de que inexistente uma regra de mitigação e que os casos devem ser avaliados sob a ótica do nexo causal ou da culpa.

ou seja, limitar a indenização a que faz jus a vítima aos danos inevitáveis. O art. 403 do Código Civil não fornece fundamento suficiente para a regra de irressarcibilidade do dano evitável, pois não explica certos casos em que o ônus de mitigar é exigido e subsume a questão ao nexo de causalidade, perdendo de vista a análise axiológica da conduta da vítima.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figeirêdo. **Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, 2005. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 4).
- BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle Obligazioni**. Milão: Giuffrè, 1953. v. 1.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 9 ago. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (12. Câmara Cível). **Apelação cível nº 70037891090**. Apelante: Luiz Carlos Nulet Rodrigues. Apelado: Agência Marítima Orion Ltda. e outra. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack, 26 de agosto de 2010.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil, Enunciado nº 169.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VIII Jornada de Direito Civil, Enunciado nº 629.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.
- GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o actus e o factum**: os comportamentos contraditórios no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- KULESZA, Gustavo Santos. **Princípio da mitigação de danos**: evolução no Direito Contratual. Curitiba: Juruá, 2015.
- LAITHIER, Yves-Marie. **Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat**. Paris: L.G.D.J., 2004.
- LAUDE, Anne. L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français? **Petites Affiches**, Paris, v. 232, p. 55-60, nov. 2002.
- LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. **International and Comparative Law Quarterly**, Londres, v. 55, p. 205-217, 2006.
- LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no Direito Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Ato ilícito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito civil**. Lisboa: Almedina, 1984. v. 1.
- NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições de direito civil**. 21. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial. t. 26. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado**: conforme a Constituição da República. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

TORRES, António Maria M. Pinheiro. **Noções fundamentais de direito das obrigações**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, [20--?].

VINEY, Geneviève. Rapport de Synthèse. **Petites Affiches**, Paris, v. 232, p. 66-71, nov. 2002.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 05/09/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/09/2022
- Avaliação 1: 07/09/2022
- Avaliação 2: 07/09/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/09/2022
- Retorno rodada de correções: 07/09/2022
- Decisão editorial/aprovado: 07/09/2022

Equipe editorial envolvida

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

A TUTELA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO EM FACE DA RESOLUÇÃO Nº. 400 DA ANAC A PARTIR DO DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE O CDC E A LEI ANTITRUSTE¹

CONSUMER PROTECTION IN COURT IN VIEW OF RESOLUTION NO. 400 FROM ANAC BASED ON THE DIALOGUE BETWEEN SOURCES BETWEEN THE CDC AND THE ANTITRUST LAW.

HUGO JOSÉ DE OLIVEIRA AGRASSAR²

DENNIS VERBICARO³

FÁBIO CAMPELO CONRADO DE HOLANDA⁴

RESUMO

O objetivo geral deste artigo consiste em investigar a tutela coletiva do consumidor em juízo no Brasil sob o enfoque específico de ação civil pública que discute a alteração das regras do transporte aéreo, através do diálogo das fontes entre o CDC e a Lei Antitruste. Procedeu-se com o estudo dos institutos de defesa do consumidor ligados às alterações das regras do transporte aéreo, reconhecendo-se também que os princípios de defesa da concorrência têm como pano de fundo, além da aplicação do princípio constitucional da livre iniciativa, a defesa do destinatário final, a tutela do consumidor, dada a tendência de consolidação de oligopólios capazes de aguçar a vulnerabilidade técnica, econômica e informacional em desfavor do player fraco dessa relação. A metodologia utilizada foi a análise de documentos e da bibliografia especializada sobre o tema, além da análise de julgados. No caso concreto que se pretendeu analisar, viu-se que a posição defendida pelo órgão de defesa do consumidor na ação coletiva foi no sentido de que a Agência Reguladora deveria restringir a liberdade do mercado de transporte aéreo proposta na Resolução nº 400 da Agência Nacional

1 Trata-se de artigo original em que se refutam algumas das conclusões do artigo intitulado A tutela do consumidor em juízo em face da resolução nº. 400 da ANAC sob a ótica da Lei Antitruste publicado originalmente na Revista Jurídica da UNI7, vol. 14, de jan/jun 2017, subscrito por um dos autores.

2 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA), especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional (PPGD-CESUPA). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5333-5643>.

3 Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha). Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará, Professor da Graduação e Especialização do Centro Universitário do Pará. Procurador do Estado do Pará e Advogado. Belém (PA), Brasil. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2663-3303>.

4 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); pós-graduando em Metodologias Ativas para a Educação pela PUC-MG; mestre em Direito pela UFC e doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5125-5933>.

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

AGRASSAR, Hugo José de Oliveira; VERBICARO, Dennis; HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de Holanda. A tutela do consumidor em juízo em face da Resolução nº. 400 da ANAC a partir do diálogo das fontes entre o CDC e a lei antitruste. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 344-367, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8700>.

de Aviação Civil, a fim de defender este player fraco da relação, haja vista a exploração econômica que este passou a sofrer mediante a desregulação dos serviços. Entendeu-se no presente arrazoado, que a confessada desregulação do serviço de transporte aéreo fragilizou a condição do passageiro e aguçou a vulnerabilidade peculiar da respectiva relação de consumo, em vez de ter efeitos diametralmente opostos, na medida em que não ocorreu a ampliação da concorrência, nem resultou na redução dos preços das passagens, deixando de contemplar os variados segmentos e perfis dos contratantes (tanto os passageiros quanto as empresas), deixando, ainda, de contribuir para a retomada de crescimento do setor, cuja manutenção das premissas normativas anteriores (concebidas historicamente em outra época, registre-se), impingia excessiva oneração aos contratantes.

Palavras-chave: direito privado; tutela coletiva do consumidor em juízo; transporte aéreo; livre concorrência; diálogo das fontes.

ABSTRACT

The general objective of this article is to investigate the collective protection of the consumer in court in Brazil under the specific focus of public civil action that discusses the alteration of the rules of air transport, through the dialogue between the sources between the CDC and the Antitrust Law. We proceeded with the study of consumer protection institutes linked to changes in the rules of air transport, recognizing also that the principles of defense of competition have as a background, in addition to the application of the constitutional principle of free initiative, the defense of the final recipient, consumer protection, given the tendency to consolidate oligopolies capable of sharpening technical, economic and informational vulnerability to the detriment of the weak player in this relationship. The methodology used was the analysis of documents and the specialized bibliography on the subject, in addition to the analysis of judges. In the specific case that was intended to be analyzed, it was seen that the position defended by the consumer protection agency in the collective action was that the Regulatory Agency should restrict the freedom of the air transport market proposed in Resolution No. 400 of the National Agency of Civil Aviation, in order to defend this weak player in the relationship, given the economic exploitation that he started to suffer through the deregulation of services. It was understood in the present reason, that the confessed deregulation of the air transport service weakened the condition of the passenger and heightened the peculiar vulnerability of the respective consumption relationship, instead of having diametrically opposite effects, insofar as the expansion of competition did not occur, nor did it result in a reduction in ticket prices, failing to include the various segments and profiles of the contractors (both passengers and companies), failing to contribute to the resumption of growth in the sector, whose maintenance of the previous normative premises (historically conceived in another era, register), imposing excessive burden on contractors.

Keywords: private right; collective consumer protection in court; air transport; free competition; dialog of the sources.

1. INTRODUÇÃO

O interesse pelo estudo do presente tema se justifica primeiramente por se tratar de novidade legislativa trazida à tona através Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, oriunda da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), em cuja ambientação um dos autores se insere, tanto no aspecto docente, dado o aprofundamento dos estudos relacionados com os institutos de direito privado, notadamente em relação aos desafios das relações consumeristas na contemporaneidade, quanto, no âmbito forense, através do acompanhamento de lides envolvendo particulares e o Estado, sob o pálio do microsistema das relações de consumo que, no caso em liça, se relaciona com a repercussão judicial da referida norma que altera as regras do transporte aéreo de passageiros.

O objetivo geral do presente artigo é analisar em que medida as alterações empreendidas pela Agência Nacional de Aviação Civil se inserem no contexto de defesa do consumidor do transporte aéreo no Brasil em seu diálogo com a lei antitruste. O objetivo específico se revela na análise circunstanciada dos argumentos trazidos pelos órgãos de proteção do consumidor em juízo, com a avaliação teórica de estar em ou não adequados às normas deste microsistema de direito privado, tendo em vista os resultados práticos a partir da aplicação da Resolução nº. 400 da ANAC.

A metodologia que se pretende adotar no enfrentamento do tema é a análise de documentos oficiais a par de seu cotejo com a legislação de espécie e a dialética processual que se instaurou acerca deste assunto relacionado com as relações privadas envolvendo os grandes conglomerados das empresas de transporte aéreo, os consumidores e o órgão de regulação estatal.

Inicialmente, cumpre esclarecer o leitor, por apego à didática, que até o momento da elaboração do artigo que ora se pretende revisar, existiam três ações civis públicas deflagradas com o propósito de impugnar alguns dispositivos da referida norma setorial, sendo a primeira delas ajuizada na Seção Judiciária do Estado do Ceará e as outras duas no Estado de Pernambuco e no Distrito Federal.

Por meio da Ação Civil Pública (ACP) nº 0816363-41.2016.4.05.8100, em curso na 10ª Vara Federal do Ceará, o Departamento Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), órgão integrante do Sistema Municipal de Defesa do Consumidor (*ut* Lei Complementar nº. 187, de 1º de dezembro de 2014), ajuizou demanda em desfavor da ANAC postulando a revogação de alguns dispositivos da Resolução (quais sejam, os artigos 3º; 4º, §2º; 9º; 11 e 19).

Na ACP nº 0000752-93.2017.4.01.3400 (em tramitação na 4ª Vara Federal do Distrito Federal), manejada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) em desfavor da ANAC, postulou-se a anulação dos artigos 13, *caput*; 15 e 45, da Resolução, com o visio de fazer a Agência se abster de autorizar a cobrança por bagagem dentro dos limites da franquia estabelecidos na legislação anterior, tendo sido tal ACP remetida à 10ª Vara Federal do Ceará, apos decisão do STJ acerca do Conflito de competência nº. 151.550/CE, que julgou competente o Juízo Federal da 10ª Vara/CE.

A ACP nº. 0810187-28.2016.4.05.8300, em trâmite na 9ª Vara Federal de Pernambuco, protocolada também pelo PROCON em desfavor da ANAC, encampa impugnações à Resolução com base nos artigos 5º, IV; 9º, *caput*; 12, § 1º, I; 13, § 1º; 14, *caput* e § 2º; 15, § 1º e 32, § 2º, I e II. Resumidamente e para fins de contextualizar o leitor sobre o desenvolvimento do texto, afirma-se na exordial desta ação judicial que “o despacho de bagagem é gratuito para malas de até 23 (vinte e três) quilos em voos domésticos e para duas malas de até 32 (trinta e dois) quilos, cada uma, em voos internacionais”; e que “os fornecedores poderão, de maneira arbitrária e sem qualquer controle, alterar o limite de peso para menor, podendo o fazer sob qualquer justificativa”, dentre outras ilações.

Pois bem, apresentadas algumas premissas em que se fundará o debate acadêmico no presente arrazoado, com inuidosa problemática de âmbito nacional, ilustrar-se-ão a seguir alguns aspectos teóricos relacionados com a tutela coletiva do consumidor em juízo, sua proteção sob o prisma do direito antitruste, além de reflexões sobre a Política Nacional das Relações de Consumo que, dentre outros princípios, assenta a necessidade de harmonização

dos interesses entre fornecedores e consumidores para a efetiva prestação do serviço público de qualidade.

As críticas que o artigo enfrentará serão suficientes contribuições para o avanço e tratamento de tema tão caro para quem, como os autores, fomentam a dialética acerca dos direitos fundamentais e dos institutos de direito privado quando do enfrentamento de temas contemporâneos.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

A tutela do consumidor em juízo não pode ser restrita à mera disciplina processual inserida no CDC, devendo contemplar a evolução desse segmento do direito privado dentro do qual há diversos princípios próprios na disciplina da matéria.

Além disso, a referida tutela coletiva processual do consumidor deve servir ao fortalecimento dos direitos emanados da solidariedade enquanto paradigma de emancipação do consumidor, visto que visa viabilizar uma tutela difusa da categoria de consumidores, uma tutela coletiva dos grupos de consumidores e uma tutela de interesses individuais homogêneos.

Nesse aspecto, o direito do consumidor não se limita a tutelar os interesses dos consumidores apenas na seara individual, prestigiando a tutela coletiva por entender ser a mais efetiva, tendo em vista sua função educativa, pois mesmo que não haja uma repercussão financeira para a sociedade de consumidores, deverá haver uma punição útil ao infrator evitando-se o seu locupletamento.

No direito brasileiro, a Lei de Ação Popular (Lei nº. 4.765/65), a da ACP (Lei nº 7.347/85) e o CDC (Lei nº. 8.078/90) retratam a preocupação do legislador em disciplinar a tutela de direitos coletivos (em sentido amplo), principalmente nas questões ambientais e consumeristas que estão inseridas na pós-modernidade.

A primeira lei a tratar de tutela coletiva em sentido amplo foi a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/1985), trazendo à discussão o conceito de interesse difuso. Segundo essa lei, interesse difuso está disperso pela sociedade, não sendo possível identificar concretamente seus sujeitos por serem indeterminados, não sendo possível também fracionar o seu objeto por ser indivisível. No direito do consumidor, os interesses difusos se manifestam na oferta, na publicidade, dentre outros.

Outro interesse passível de tutela coletiva é o interesse coletivo em sentido estrito que surgiu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, representando a junção de interesses de um grupo passível de determinação (Ex: associação de consumidores, sindicatos, etc.) pela existência de um vínculo formal entre os titulares desse direito.

Já os interesses individuais homogêneos surgem no CDC partindo de um interesse inicialmente individual que passa a ter um caráter metaindividual por diversas pessoas se encontrarem na mesma situação fática de conduta ilícita do fornecedor. Nessa situação, o CDC recomenda a instrumentalização de uma demanda coletiva através de um legitimado extraordinário.

Em que pese a cronologia das leis de ação popular e da ACP, é o CDC que traz o conceito legal de direitos difusos e coletivos (em sentido estrito) e acrescenta a eles os direitos individuais homogêneos, conforme dito acima.

A defesa do consumidor em juízo, também chamada de proteção processual, faz com que o processo judicial seja um instrumento eficaz para a salvaguarda judicial dos interesses do consumidor insculpidos no direito material que deve ser atendido de forma célere, exigindo-se, ainda, que se crie novos instrumentos processuais que modernizem a tutela coletiva dos interesses dos consumidores prevista em nosso ordenamento pátrio, sem se descuidar do devido processo legal para fins de promover a eficaz e adequada solução do conflito consumerista, sempre como vistas a melhorar a prestação do serviço ou o fornecimento do bem.

Repita-se, aqui, a importância emancipatória através da noção de solidariedade da tutela coletiva do consumidor, ao menos em três pontos específicos, conforme Verbicaro (2019, p. 332):

- 1) abertura de novos espaços para a deliberação racional e permanente do consumidor, organismos estatais e fornecedor através das políticas nacional e estaduais das relações de consumo; 2) possibilidade de participar da defesa processual coletiva dos interesses metaindividuais de consumo; 3) poder normativo decorrente das convenções coletivas de consumo.

Nesse sentido, a defesa coletiva dos interesses dos consumidores deve ser resguardada pela função instrumental do processo através de incentivos à tutela coletiva, tais como a substituição processual, a isenção de custas, despesas processuais, e honorários advocatícios, e a relativização da coisa julgada nas ações coletivas. Essa função instrumental resta simplificada pelo CDC com o objetivo de resgatar a confiança no Poder Judiciário como último âmbito de atuação para a proteção do direito do consumidor.

No caso dos consumidores que se julguem violados em seus interesses pela alteração das regras impugnadas nas ações coletivas em epígrafe e decorrente de uma mentalidade de desregulação já instituída na maioria dos países do Ocidente, identifica-se uma nítida expressão da tutela coletiva do consumidor em juízo.

Dito isto, os sistemas processuais da tutela do consumidor e da Lei nº 7.347/1985 constituem um “microssistema processual coletivo”, nas palavras de Leonardo de Medeiros Garcia (2016, p. 454), utilizando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil (CPC), observando-se que no caso da desregulação das normas de transporte aéreo no Brasil, verifica-se que as dificuldades enfrentadas no embate entre o mercado livre e defesa do consumidor recomendam um modelo diverso de formatação das lides de natureza coletiva, capaz de contemplar direitos que extrapolam o espectro individual. Esse microssistema processual brasileiro foi o responsável pela ampliação dos espaços de atuação judicial da sociedade de consumidores a partir da noção de solidariedade dita acima.

Partindo-se do princípio da máxima efetividade da tutela jurisdicional coletiva comum, surge a noção de não se limitar as hipóteses de cabimento desse instrumento catalisador dos interesses individuais representados, de modo a evitar novas demandas individuais que possuam a mesma causa de pedir, devendo-se perseguir resultados capazes de conduzir a uma certeza jurídica emergente do julgamento buscado pelas partes.

Verifica-se, ainda, que em face do inerente ativismo judicial na condução destas ações, a listagem dos processos coletivos procedida na introdução do presente artigo facilitará o

mapeamento do entendimento judicante que servirá de farol na consolidação da tese vencedora sobre as pretendidas mudanças nos contratos de transporte aéreo que foram anunciadas, cuja a motivação inicial foi o aprimoramento da liberdade de mercado e o estímulo da concorrência entre as companhias aéreas.

No aspecto político, também é possível verificar-se as vantagens na priorização da solução de determinados conflitos no viés coletivo, tendo em vista a facilidade do acesso à justiça com o menor dispêndio econômico, capaz de tornar o mister do Poder Judiciário mais racional dada a aptidão de neutralizar as vantagens dos litigantes habituais e dos mais fortes.

Uma questão relevante ainda dentro da discussão da tutela coletiva diz respeito à legitimidade do PROCON para iniciar as demandas coletivas na conformidade do que se noticiou em epígrafe (considerando que a do CFOAB é incontestada, conforme se extrai do texto constitucional), convém identificar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) importantes precedentes.

No AgRg no REsp. 512.382/DF (da relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, da Quarta Turma e julgado em 14.08.2012), decidiu-se que tal órgão era legitimado à propositura da ação visando questionar o reajuste de mensalidades de plano de saúde.

No REsp. 200.827/SP (da relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, da Terceira Turma e julgado em 26.08.2002), já havia se pronunciado no sentido de acolher a legitimidade da Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor para questionar a cobrança indevida de taxas pelas administradoras de imóveis.

De acordo com Almeida (2003, p. 76-90), o juiz deve buscar facilitar o acesso à justiça, na medida do possível, superando vícios processuais em razão da função social de desvendar o mérito da demanda coletiva na busca da efetivação dos valores democráticos, recomendando-se que em vez de extinguir a ação por ilegitimidade da parte autora, por exemplo, publique editais convidando outros legitimados a aderir na angularização do processo.

Solidariedade, emancipação dos espaços de atuação dos consumidores e defesa coletiva dos interesses do consumidor são a base para o enfretamento meritório das grandes questões que emergem da vida gregária, que se espera esteja incorporado na dinâmica do Poder Judiciário.

Vista a análise processual da tutela coletiva do consumidor, passaremos a estudar a proteção do consumidor sob o diálogo das fontes entre o CDC e a Lei Antitruste.

3. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SOB O PRISMA DO DIREITO ANTITRUSTE: O DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE O CDC E A LEI ANTITRUSTE

Nos moldes de como pensa Bauman (2011, p. 55-79), a sociedade de consumo contemporânea tem por base a premissa de satisfazer os desejos humanos de uma forma que nenhuma outra sociedade do passado pôde realizar, num tempo cada vez mais curto e de formas cada vez mais indefinidas, inconstantes, instantâneas, consolidando-se, assim, a sociedade do consumo de massa.

Uma das características da pós-modernidade⁵ é a inexistência de tempos contínuos no que se refere ao ciclo de vida dos produtos e das decisões humanas, observando-se que os seus ciclos de vida estão cada vez mais curtos, pois eram fabricados para durarem por longo período e hoje são substituídos em curtos períodos, por outros supostamente mais modernos, mais úteis e que trarão, hipoteticamente, mais felicidade⁶ ao seu possuidor.

No que diz respeito ao setor de aviação civil, é fato que a população brasileira experimentou um significativo incremento na opção pelo transporte aéreo⁷, tendo havido considerável capilaridade destes deslocamentos entre as pessoas das diversas faixas econômicas⁸, o que incrementou o consumo de massa, inserindo os consumidores em geral nos riscos contratuais que são peculiares nesta modalidade de avença, potencializada pelo amplo acesso à *internet*, não se podendo olvidar que o consumidor está cada vez mais vulnerável em face de um mercado cada vez mais organizado, globalizado e no qual há uma predominância de grandes empresas e de grandes monopólios ou oligopólios compostos fortes grupos empresariais (onde se incluem as empresas aéreas).

O Comando da Aeronáutica, em outro contexto histórico, foi órgão responsável pela regulação da aviação civil no Brasil antes da criação da ANAC, tendo como principal objetivo a segurança nacional, sobretudo na defesa das fronteiras, verificando-se a incipiência da regulação de cunho econômico voltada à defesa da concorrência.

No âmbito da doutrina de escolha do consumidor, verifica-se o debate doutrinário travado entre Averitt e Lande (1997) e Bork (1993), nos Estados Unidos, no qual o primeiro defendia que o objetivo principal da política antitruste seria a garantia do direito de escolha do consumidor, enquanto o segundo entendia que o principal desiderato do legislador ao promulgar a lei antitruste seria a busca pela eficiência do mercado.

Independente da primazia de uma ou outra tese, pode-se afirmar que tanto a liberdade de escolha quanto a eficiência econômica são complementares ou interdependentes, principalmente no que concerne a noção de diálogo das fontes que será descrita abaixo. Aliás, exatamente na esteira do pensamento de Holanda (2017, p. 144) ao refletir sobre as inovações nas regras do transporte aéreo, tanto a liberdade de escolha quanto a eficiência econômica são complementares ou interdependentes, afinal de contas, do vale uma sem a outra.

Em um sistema jurídico complexo como o brasileiro é comum ocorrerem conflitos entre leis também chamados de colisão ou derrogação das fontes legislativas.

Contudo, atualmente e partir da CRFB/1988 passou a ser introduzido no Brasil um conceito diverso do conflito de leis que é o chamado diálogo das fontes, expressão que foi criada pelo professor Erik Jayme em seu curso de Haia e que partia da ideia de aplicação simultânea,

5 Destaque-se que se utilizou inicialmente da expressão pós-modernidade (BAUMAN, 2011) e que, posteriormente, veio a substituir pelo conceito de modernidade líquida, no livro homônimo. Esse conceito de sociedade pós-moderna é também utilizado por Baudrillard (2008). Esse, também, é um termo que foi bastante utilizado por UlrichBeck, que assinalou no prefácio de sua mais renomada obra: “[o] tema deste livro é o discreto prefixo ‘pós’. Ele é a palavra-chave de nossa época” (BECK, 2011). Pode-se afirmar, guardadas algumas peculiaridades de cada obra, que os referidos autores ao falarem sobre a sociedade pós-moderna, estão a falar sobre a sociedade contemporânea, o aqui e o agora.

6 Conforme ressalta Jean Baudrillard: “é no consumo do excedente e do supérfluo que tanto o indivíduo como a sociedade, se sentem não só existir, mas viver” (BAUDRILLARD, 2008, p. 40). Esse viver para consumir é o que traz a felicidade momentânea ao consumidor.

7 Nota Técnica ANAC nº. 11/2016/GEAC/SAS.

8 Com efeito, nos anos 2000, pouco mais de 35 milhões de passageiros viajavam por ano, ao passo que em 2015 eram quase 120 milhões, conforme Anuário Estatístico da ANAC de 2015.

coordenada e coerente das fontes normativas especiais como o CDC e a Lei Antitruste com campos de atuação que convergiam entre si mesmo não sendo iguais na busca de um sistema jurídico eficiente e justo.

A coerência derivada ou restaurada é uma tentativa de demonstrar a necessidade aplicação coerente das leis de direito privado que coexistem no sistema, observando-se que a noção de diálogo decorre das influências recíprocas e da aplicação conjunta e simultânea de normas ao mesmo caso de forma complementar ou de forma subsidiária, “permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação” (BENJAMIM, 2021, p. 146).

No âmbito do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal (STF) aplicou a tese do diálogo das fontes no julgamento da ADI 2.591 que considerou constitucional a aplicação do CDC às atividades bancárias, tendo sido assim entendido nas palavras do Ministro Relator Joaquim Barbosa (BRASIL, 2006):

Entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos do operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Não há, a priori, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em influências recíprocas, em aplicações conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também aplica o diálogo das fontes principalmente nas questões que envolvem o direito do consumidor, permitindo uma interpretação holística, buscando evitar as antinomias ofensivas aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, conforme fez no julgamento do AgRg no Resp nº. 1.483.780 – PE de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia.

Nota-se, assim, que há uma mudança de paradigma, ou seja, de exclusão de uma das normas em conflito para a convivência dessas normas através do diálogo construtivo para alcançar a finalidade narrada ou comunicada em ambas, visando a uma eficiência funcional do complexo sistema jurídico brasileiro.

Desta feita, nos casos difíceis deve haver uma convivência das leis mesmo que tenham campos de atuação diferentes, dialogando no caso em concreto por meio do sistema de valores constitucionais e de direitos fundamentais, observando-se que o direito do consumidor é um direito fundamental ou direito humano de nova dimensão, sendo reconhecido como direito social e econômico positivado nos artigos 5º, XXXII, 170, V, da CRFB/1988 e artigo 48 da ADCT.

Atualmente é possível identificar três possíveis tipos de diálogos entre as normas de direito privado. O primeiro é a aplicação simultânea, também chamado de diálogo sistemático de coerência em que uma lei serve de base conceitual a outra, sendo uma lei geral e outra especial. O segundo é a aplicação coordenada de duas leis privadas especiais em que uma lei pode complementar a outra, sendo chamado de diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade. O terceiro e último é o chamado diálogo de coordenação e adaptação sistêmicas baseado em influências recíprocas sistêmicas para uma redefinição do campo de aplicação de uma lei.

Novamente nos valendo das reflexões de Holanda (2021, p. 242), tem-se que “uma preocupação mundial é exatamente esse equilíbrio e essa articulação entre o programa de leniência antitruste e o fomento de ações de reparação por danos concorrenciais”. Ainda segundo o autor, “a dificuldade de obtenção de evidências de conduta é um dos maiores problemas que dificultam uma maior capilaridade das ações de reparação civil em defesa do consumidor” (HOLANDA, 2021, p. 243).

Esses três tipos de diálogo existem para reforçar o CDC enquanto norma que garante privilégios processuais e materiais aos consumidores, devendo os possíveis conflitos das normas com o CDC preservar essa coerência sistemática de privilégios.

No caso em tela, o diálogo entre o CDC e a Lei Antitruste deve ser o da aplicação simultânea, também chamado de diálogo sistemático de coerência em que uma lei serve de base conceitual a outra, sendo uma lei geral e outra especial, principalmente nos casos em que se discute a relação consumerista no transporte aéreo, nas palavras de Benjamim (2021, p. 158-159):

Em relação ao CDC, a jurisprudência brasileira foi pródiga em determinar estes diálogos de coerência, orientada pelo mandamento de proteção dos consumidores. Um bom exemplo é o transporte aéreo, em que havia lei especial (Código Brasileiro de Aeronáutica) e tratados especiais limitando as indenizações (em especial, o sistema da Convenção de Varsóvia, que é de 1928 e o Protocolo de Montreal mais recente, mas de uniformização limitada). (...). Assim, o Superior Tribunal de Justiça aplica o CDC em caso de transporte aéreo nacional prevalentemente em relação ao Código Brasileiro de Aeronáutica (diálogo de subsidiariedade) e aplica, em caso de transporte internacional aéreo, o sistema especial do transporte aéreo previsto no Tratado para determinar a responsabilidade (limitada) de danos materiais, mas aplica simultaneamente o CDC para uma reparação integral de danos morais, em caso de perda de bagagem.

O corolário da previsão constitucional da defesa da concorrência no Brasil, com assento no artigo 170, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, valida-se a legislação infraconstitucional que objetiva a concretização desta norma, como a Lei nº. 12.529/2011, que estabeleceu alguns controles e a Lei nº. 8.137/1990, que criminalizou diversas condutas.

Um dos desafios ínsitos à sociedade de consumo de massa é conciliar os valores, supostamente antagônicos, como o livre acesso ao consumo, a defesa da concorrência e a defesa do consumidor, observando-se o disposto no artigo 173, §4º, da CF/88, o qual estabeleceu que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, reforçando o compromisso do Estado com a proteção do consumidor.

Nesse contexto, o poder constituinte originário não trouxe o conceito de livre concorrência, delegando-o ao legislador ordinário e ao intérprete, que a depender do contexto em que são aplicadas e de acordo com a visão de quem o aplica, pode induzir circunstancialmente a proteção do consumidor e os objetivos das políticas antitruste.

Dito isto, as políticas consumerista e antitruste devem ser convergentes, devendo ser assim conduzidas para o melhor funcionamento possível do mercado, de forma a proporcionar uma competição mais adequada com o fornecimento de melhores produtos e serviços e melhores preços, devendo contribuir, ao mesmo tempo, para um maior acesso ao consumo por parte dos cidadãos, sendo a finalidade última do sistema antitruste o bem-estar do consumidor.

Contudo há situações de conflitos entre as duas políticas, conforme se vê das palavras de Oliveira (2013, p. 12795):

No Brasil, a experiência nos apresenta conflitos sérios entre as políticas, causando insegurança e desnecessário custo para o mercado. Um desses exemplos encontra-se na regulamentação da “venda casada” pelas respectivas leis. Um mesmo fato jurídico, na atual legislação de proteção do consumidor brasileira, pode ser considerado um ilícito, por configurar venda casada (em outras palavras, é considerado *lesivo* aos interesses do consumidor/vulnerável, e, portanto, punível), e, ao mesmo tempo, ser considerado lícito, em conformidade com a lei antitruste, porque não é hábil a prejudicar a concorrência e pode se justificar por razões econômicas (isto é, na análise custo-benefício, *traz vantagens* para o consumidor e, por isso, não deve ser punido). O motivo para essa incongruência decorre da caracterização do ilícito *per se* no CDC, que não ocorre na lei antitruste (art. 39, I, CDC e art. 36, párr. 3º, XVIII, Lei n. 12.529/2011).

Desta feita, todas as normas e políticas consumeristas e antitruste devem buscar a maior convergência possível entre si, observando-se que a solução dada não inviabilize o pleno desenvolvimento do princípio da livre iniciativa nem deixe de proteger o consumidor, requerendo um deliberado esforço conjunto das autoridades públicas federais consumeristas e antitruste.

Observe-se que a Lei nº 12.529/2011 menciona o termo consumidor em seu artigo 1º, na hipótese em que inclui sua defesa entre os princípios de defesa da concorrência, pois se não houver concorrência, não há uma efetiva defesa do consumidor, ou seja, não há atividade empresarial sem o consumidor, ressaltando-se a concepção da Teoria da Soberania do Consumidor sobre o Mercado através do seu Direito de Escolha, por meio do pensamento de Carpena apud Lande (2005, p. 260-261), senão vejamos:

Its purpose is to define each area of law, to delineate boundary between them, to show how they interact with each other, and to show how they ultimately support one another as the two components of a single overarching unity. That overarching unity is consumer choice. Antitrust and consumer protection law share a common purpose in that both are intended to facilitate the exercise of consumer sovereignty or effective consumer choice. Such consumer choice exists when two fundamental conditions are present: (1) there must be a range of consumer options made possible through competitions; and (2) consumers must be able to select freely among these options. The boundary between antitrust and consumer protection is best defined by reference to these two elements of consumer choice. The antitrust laws are intended to ensure that the marketplace remains competitive, so that meaningful range of options is made available to consumers, unimpaired by practices such as price fixing or anticompetitive mergers. The consumer protection laws are intended to ensure that consumers can select effectively from among those options with their critical faculties unimpaired by such violations as deception or the withholding of material information. Protection by both the antitrust and consumer protection is needed to ensure that a market economy can continue to operate effectively. (Robert H. Lande. Neil W. Averitt. Consumer choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law. *Loyola Consumer Law Review*, v. 10 n. 1, 1998, p. 44-62)⁹.

9 Sua proposta é definir cada área da lei, para delinear o limite entre elas, a fim de mostrar como elas interagem entre si e para mostrar como elas dão suporte definitivo uma a outra como dois componentes de uma unidade simples e geral. Essa unidade é a escolha do consumidor. As leis de proteção e de defesa do consumidor comungam de uma proposta comum na qual ambas pretendem facilitar o exercício da soberania ou a escolha efetiva do consumidor. Tal escolha do consumidor existe

Não é demais lembrar que os consumidores ocupam posição de relevo no contexto legislativo brasileiro, uma vez que, além de ser parte integrante da mencionada coletividade, a defesa de seus interesses é um princípio constitucional inserido na ordem econômica enquanto ditame importante que deve ser respeitado e observado na norma infraconstitucional. Por sua vez, a função do direito da concorrência é proteger o funcionamento eficiente dos mercados, com os consequentes benefícios assim gerados aos consumidores, à economia e à sociedade como um todo.

Direito do consumidor e direito da concorrência são formas de proteção da ordem econômica, constitucionalmente garantida, sendo que os consumidores devem ser beneficiados, ainda que de forma indireta, pela manutenção de um processo competitivo entre fornecedores de produtos e serviços, conforme se vê nas palavras de Todorov (2014, p. 22):

Como visto acima, em linhas gerais, o direito antitruste tem como preocupação central a manutenção das relações de concorrência entre as empresas no mercado. Por sua vez, o direito do consumidor visa à tutela dos interesses dos indivíduos ou pessoas jurídicas que, no contexto de relações jurídicas voltadas à aquisição de produto ou prestação de serviço, encontram-se em posição de vulnerabilidade frente a agentes econômicos de maior porte. A incidência de suas normas está, portanto, voltada primordialmente à existência desse desequilíbrio.

Contudo, a legislação antitruste não traz, em nenhum momento, a definição ou conceito de consumidor, em que pese o seu artigo 115 determinar a aplicação subsidiária do CDC, havendo, por esse motivo, quem defenda que o conceito de consumidor pode ser unificado, para efeito de aplicação de ambas as legislações.

De acordo com o pensamento de Nunes (2012, p. 102), a livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do mercado, significando, portanto, que o produtor/fornecedor tem de oferecer ao consumidor os produtos e os serviços melhores do que os de seus concorrentes, observando-se que esta obrigação é posta *ad infinitum*, de forma que sempre haja melhora na prestação do serviço não só no que concerne à qualidade, mas, principalmente, ao preço ofertado, sendo este o forte elemento concorrencial na luta pelo consumidor, qual seja, o binômio qualidade/preço.

Nota-se, assim, que a concorrência tem papel fundamental em dois aspectos relevantes para a melhoria do bem-estar do consumidor, preço e qualidade, ressaltando-se que é justamente por meio da defesa da concorrência que se pode garantir um mercado com vários fornecedores/produtores, surgindo, aqui, um terceiro aspecto relevante que são os princípios antitrustes de garantia da liberdade de escolha, observando-se que garantir a liberdade de escolha é assegurar que sempre haverá no mercado um satisfatório número de players concorrendo em igualdade de condições.

quando duas condições fundamentais estão presentes; (1) deve haver uma variedade de opções, para os consumidores, que se tornem possíveis através das Leis de Proteção e (2) os consumidores devem ser capazes de escolher livremente dentro dessas opções. O limite entre a defesa e a proteção do consumidor é melhor definido pela referência a esses dois elementos de escolha do consumidor. As leis de proteção ao consumidor pretendem assegurar que o mercado permaneça competitivo, assim essa variedade significativa de opções se torna disponível para os consumidores prejudicados por práticas tais como fixação de preço ou fusões não-competitivas. As leis de proteção ao consumidor pretendem assegurar que os consumidores possam escolher, efetivamente, e dentro dessas opções, quando são prejudicados por violações como enganação ou a negação de material informativo. Tanto a proteção quanto a defesa do consumidor se faz necessária para assegurar que a economia de mercado possa continuar operando efetivamente. (Tradução livre).

Esse direito de escolha, expressamente mencionado no artigo 6º, inciso II, do CDC (“a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, assegurada a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”), relaciona-se com o princípio da autonomia da vontade, sendo dever do órgão de regulação, no presente estudo, preservar o necessário protagonismo volitivo do consumidor em todas as fases da relação de consumo (não apenas na celebração da avença e mesmo após o término da execução), sempre o fazendo de modo inteligível, a par do desenvolvimento do mercado para as companhias aéreas.

Os consumidores são beneficiados pela concorrência, em regra, pois ela deve ter o condão de acarretar menores preços (MAGALHÃES, 1976, p. 3-5), pois quanto maior a qualidade e a diversidade de produtos e serviços colocados à disposição da sociedade (FONSECA, 2001, p. 78), maior será a liberdade de escolha, como pressuposto do direito de acesso ao consumo (MALARD, 1997, p. 134).

Observe-se, ainda, que há pontos de contato entre o direito do consumidor e o direito da concorrência que podem favorecer esse diálogo seja na seara administrativa, seja na civil, seja na penal. Segundo afirma Holanda (2021, p. 244) sobre a difícil simbiose das esferas “a pouca familiaridade do Poder Judiciário com a matéria concorrencial é uma realidade que vai melhorar e o déficit vem diminuindo ao longo do tempo”.

Na seara administrativa a Lei 12.529/2011 tipifica as infrações à ordem econômica sujeitas à aplicação de penalidades administrativas, enquanto que o CDC e o Decreto 2.181/97 estabelecem as práticas infracionais que sujeitam o fornecedor, no contexto de uma relação de consumo, as sanções de natureza administrativa, ressaltando-se que a responsabilização administrativa dos agentes envolvidos nas infrações previstas pelos sistemas de defesa da concorrência e do consumidor ocorre por meio de processos administrativos de natureza sancionadora, os quais tramitam perante o CADE e os órgãos de defesa do consumidor, respectivamente.

Na seara civil, e que interessa ao presente arrazoado, tem as ações civis públicas concorrenciais e consumeristas, sendo utilizadas tanto na proteção de interesses de consumidores lesados quanto em casos de infrações à ordem econômica enquanto os atos anticompetitivos e propostas pelos sujeitos previstos no art. 5º da Lei 7.347/85, dentre os quais o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, a empresa pública, a fundação ou a sociedade de economia mista e a associação.

Por sua vez, na seara penal existe convergência entre as duas políticas, uma vez que o cartel é o crime contra a ordem econômica cuja persecução criminal tem sido mais intensificada, sendo que o CDC tipifica certas práticas que constituem crimes contra as relações de consumo, prevendo penas tais como detenção de três meses a dois anos e/ou pagamento de multas para essas infrações, como, por exemplo, a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva.

Enquanto o direito da concorrência visa garantir um mercado competitivo, evitando-se que os agentes econômicos, “de forma artificial, manipulem o mercado gerando desequilíbrios microeconômicos que possam resultar em redução da oferta de determinado bem ou serviço e seu consequente aumento de preço” (TODOROV, 2014, p. 54), sendo o consumidor o beneficiário mediato da política de defesa da concorrência.

A venda casada que é o fornecimento de um produto condicionado à compra de um segundo é prática vedada tanto no direito do consumidor quanto no direito da concorrência,

conforme se pode ver dos artigos 39, I, do CDC, e 36, §3º, XVIII da Lei nº. 12.529/2011, demonstrando assim ser também uma convergência passível de diálogo entre essas duas fontes.

Contudo, não só de convergências vive o diálogo das duas legislações.

Quanto à cobrança de preços excessivos só se constitui em ilícito no direito concorrencial se o preço acima do patamar competitivo resultar de uma outra prática comercial. Já para o CDC a ilegalidade da cobrança de preço excessivo consta expressamente em seu artigo 39, incisos V e X: exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” e “elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços, o que pode ser observado no entendimento de Todorov (2014, p. 58):

Portanto, diferentemente das normas concorrenciais, o direito de defesa do consumidor contém uma preocupação específica com a própria onerosidade excessiva de um produto ou serviço. Novamente, mostra-se aqui uma divergência quanto aos focos de atuação dos dois sistemas normativos. Enquanto o direito da concorrência está voltado à própria manutenção do processo competitivo (sendo então o consumidor protegido reflexamente), o direito do consumidor está, no caso dessa prática, voltado à prevenção de comportamentos oportunistas pontuais de agentes econômicos, protegendo o hipossuficiente na relação específica de consumo.

O art. 36, §3º, inciso XV, da 12.529/2011 proíbe o chamado preço predatório que consiste em vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo, porém o CDC não trata sobre o assunto, pois um preço mais baixo é de interesse do consumidor.

Outra relação intrínseca entre as duas leis diz respeito a recusa de fornecimento de bens e serviços. No âmbito concorrencial essa conduta unilateral de recusa de fornecimento só constitui ilícito se verificado um potencial ou concreto efeito anticompetitivo no mercado, conforme indicado no caput do mesmo dispositivo. Já no CDC há preocupação em coibir a recusa de fornecimento está em evitar uma limitação artificial às opções de consumo enquanto ato ilícito consumerista mesmo em situações que não acarretariam a aplicação das normas concorrenciais, por inexistir um efeito negativo sobre as relações de concorrência no mercado, podendo ocorrer o oposto, ou seja, a prática de recusa pode gerar efeitos concorrenciais (como na comercialização de insumos e matérias primas), mas sem envolver uma relação de consumo.

Outro ponto de diálogo entre o CDC e a Lei Antitruste diz respeito a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica, pois ambas as leis prevêem tal possibilidade em caso de abuso ou infração.

Por fim, para estimular esse diálogo, em 02/07/2014, por meio da Portaria/MJ 1.184/2014, foi criado o Portal do Consumidor (www.consumidor.gov.br) que funciona como um canal direto entre consumidores e as empresas conveniadas, por meio do qual conflitos poderão ser solucionados diretamente, visando fortalecer os consumidores na busca pelas garantias que lhes são conferidas e proporcionar aos órgãos de defesa do consumidor a ampliação da análise e monitoramento do mercado de consumo, aprimorando os fluxos e processos de atendimento pelos fornecedores participantes e um incremento à competitividade no mercado pela qualidade do atendimento ao consumidor, ou seja, tem o papel de proteger o consumidor e a concorrência ao mesmo tempo.

Assim, a relação entre tutela do consumidor e normas concorrenciais resta evidente, conforme aduz Salomão Filho (2003, p. 81), pois “o fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em destinatário jurídico direto das mencionadas normas”, ou seja, a legislação de defesa da concorrência tem como foco direto a proteção do mercado com reflexos na proteção do consumidor, devendo haver um diálogo constante entre o CDC e a Lei Antitruste.

4. A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E OS PRINCÍPIOS REITORES DA RESOLUÇÃO Nº. 400 DA ANAC.

Há que se esclarecer que as agências reguladoras apesar de não serem órgãos de defesa do consumidor e, assim, não integrarem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor não estão afastadas dessa ordem constitucional de defesa e proteção do player mais fraco na relação, devendo a regulação ser um ponto de equilíbrio baseado na harmonização dos interesses dos fornecedores e dos consumidores, assentada na viabilização e dinamização do serviço ou produto regulado, observando-se que as agências reguladoras não podem desrespeitar as leis de proteção do consumidor, devendo refleti-las em suas normas de regulação (PFFEIFFER, 2016, p. 91).

Na esteira do artigo 7º, *caput*, do CDC, a teoria do diálogo das fontes teve sua utilidade emergida por ocasião da promulgação do Código Civil de 2002 (CC-02), quando surgiram indagações acerca do possível conflito entre as normas dos dois códigos. A solução não é excludente, mas conciliadora e, segundo Cláudia Lima Marques (2005, p. 78), “as normas do CC-02 podem ser aplicadas às relações de consumo como normas gerais, subsidiárias e no que couber, ou quando especifiquem sua aplicação ao caso concreto”.

Portanto, a proteção do consumidor transcende a normatização do CDC, devendo haver uma simbiose de outras fontes normativas capazes de tutelar a flagrante desigualdade de posições na assunção das obrigações consumeristas, notadamente quando se está diante de um cenário de poucas empresas que detêm a condição de fornecedoras dos serviços de transporte aéreo de passageiros¹⁰.

Há um histórico de debates judiciais em que se digladiam as normas oriundas das Agências Reguladoras no Brasil e a legislação de espécie voltada à defesa do consumidor, ressaltando-se que, antes de se verticalizar o debate sobre as alterações intentadas pelas regras do transporte aéreo, faz-se necessário tangenciar o histórico normativo do transporte aéreo, preparando o enfrentamento da atuação da ANAC e sua Resolução nº. 400.

A Convenção de Varsóvia, datada de 1929, foi a primeira norma a tratar da aviação. Naquele momento, a proteção do transportador, com a mitigação de sua responsabilidade,

10 Não é demais lembrar do caso em que normas setoriais conflitavam com normas do CDC no caso de indenização por extravio de bagagem em transporte aéreo, onde todos os diplomas legais determinavam a indenização, mas o ponto controverso era o *quantum* indenizatório, pois enquanto o CDC estabelecia a regra da efetiva reparação (artigo 6º, VI) tanto o Código Brasileiro de Aeronáutica quanto a Convenção de Varsóvia impunham limites ao valor, tarifando-o. O STJ (REsp. 1289629) decidiu que prevalece a regra do CDC uma vez que se informe, no conhecimento de transporte, o conteúdo da mercadoria transportada.

era a tônica da regulação do setor. Tal orientação foi mudando nas décadas seguintes (Convenções de Haia, em 1955; Montreal, em 1966; Guadalajara, em 1971; e novamente Montreal em 2006), com a ampliação dos limites indenizatórios e a maior responsabilização do fornecedor, cuja imputação passou a ser objetiva.

O setor aeronáutico no Brasil, antes da criação da ANAC, estava distante do arcabouço típico do surgimento das outras Agências, uma vez que neste segmento, a prestação dos serviços aéreos não era monopólio estatal e tampouco executado, em sua maior parte, diretamente pela Administração Pública, esclarecendo-se que o setor privado, antes mesmo da existência da ANAC, já provia a demanda por serviços aéreos. Muitos dos leitores se recordarão das companhias Varig, Vasp, e Transbrasil, por exemplo.

Assim, o surgimento da ANAC¹¹, em contraposição ao surgimento de outras agências reguladoras, não foi precedido da desestatização de serviço público ou privatização de empresa pública prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica, pois antes mesmo da criação da ANAC, já eram desempenhadas as atividades de fiscalização e de definição dos contornos das atividades de aviação civil, as quais estavam a cargo, à época, do Comando da Aeronáutica, nos termos da Lei Complementar nº. 97, de 9 de junho de 1999.

A parte do conteúdo que se disciplinou na Resolução ANAC nº. 400 estava tratado em normas editadas pelo referido órgão militar (Portaria nº 767/CG-5, de 13 de novembro de 2000), esclarecendo-se, que o cenário da época e, conseqüentemente, o escopo da regulação eram bastante diversos da finalidade regulatória atual.

Um conceito importante nesse cenário da aviação civil diz respeito à vulnerabilidade dos consumidores, pois nem as associações nem os órgãos de proteção ao consumidor dispõem de conhecimentos técnicos para compreender e participar ativamente do processo regulatório, não tendo, inclusive, recursos financeiros para a contratação de especialistas, além do que os fornecedores de serviços públicos regulados, por sua vez, possuem conhecimentos técnicos e capacidade econômica superior não só em relação aos consumidores, mas também em relação às próprias agências reguladoras. Diante dessa contraposição, a iniciativa da ANAC passou a ser a de promover audiências públicas antes da edição da norma em debate, teve o condão de atenuar tais assimetrias.

Por essa razão, a Resolução nº 400 esteve ancorada na Nota Técnica ANAC nº. 11/2016/GEAC/SAS, de 17 de maio 2016, que contemplou o estudo sobre os possíveis efeitos da desregulamentação da franquia de bagagem despachada no mercado de transporte aéreo, fruto da Agenda Regulatória da ANAC para o biênio 2015-2016, aprovada por meio da Portaria nº. 2975/DIRP, de 10 de dezembro de 2014. Segundo o item 14 da Nota Técnica, as medidas de flexibilização das condições de prestação dos serviços de transporte aéreo teriam proporcionado o desenvolvimento desses serviços, através da ampliação da concorrência entre as empresas do setor e inúmeros benefícios aos passageiros a médio e longo prazo.

Registre-se que se inserem como medidas de desregulamentação a partir da Resolução 400 da ANAC a implantação do regime de liberdade tarifária em voos domésticos e internacionais no Brasil, a livre iniciativa para a constituição de novas empresas aéreas, e a liberdade

11 A competência da ANAC sobre a matéria exsurge do disposto no Código Brasileiro de Aeronáutica (artigo 193) e é confirmada pelo artigo 8º, incisos IV e X, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. O poder de elaborar normas nessa matéria é intrínseco ao poder regulador conferido à Agência, sem o qual não poderia exercer a finalidade, definida no artigo 2º da lei de criação, de regular e fiscalizar as atividades de aviação civil.

de oferta de voos em qualquer linha aérea no país, tendo a referida Nota Técnica projetado os seguintes benefícios com a norma: a ampliação da concorrência no setor, a criação de novas empresas aéreas, a expansão da oferta de voos, a diversificação dos serviços e de tarifas; a melhoria da eficácia operacional, a inovação, a redução das tarifas, o incremento da demanda por transporte aéreo, e a inclusão social.

Contudo, na realidade brasileira não foi o que se viu como será detalhado abaixo, partindo-se da análise da atuação judicial coletiva consumerista.

5. A ANÁLISE DA TUTELA COLETIVA POR MEIO DA ACP Nº. 0816363-2016.4.05.8100

Questionando a resolução 400 da ANAC, o Tribunal Regional da 5ª Região, foi instado através da Ação Civil Pública de nº. 0816363-41.2016.4.05.8100 proposta pelo Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor (PROCON) de Fortaleza-CE e que tramitou na 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará (BRASIL, 2019).

Apesar dos apontamentos judiciais de violação ao direito do consumidor, a sentença proferida julgou improcedentes os pedidos do autor coletivo, sob o argumento de que não teria havido violação dos dispositivos da Resolução 400/2016/ANAC aos dispositivos do CDC indicados pelo PROCON-CE na inicial da Ação Civil Pública, por terem sido resultado de estudos técnicos e de audiência pública, estando eles dentro da esfera do poder de polícia exercido pela ANAC, tendo, ainda, estipulado o seguinte:

Deve-se ponderar, no entanto, que a mera desregulamentação da franquia de bagagem despachada, por si só, não representa violação a direitos do consumidor ou concessão de vantagem excessiva ao fornecedor. Tratando-se o transporte aéreo de pessoas, além de um serviço de interesse público, de uma atividade empresarial, ainda que exaustivamente regulada pelo Poder Público, deve proporcionar lucro às pessoas jurídicas que exploram essa atividade, de modo que quaisquer custos que venham a ser impostos à sociedade empresária devem ser repassados para o consumidor no preço final do produto ou serviço, do contrário a companhia aérea sofrerá prejuízos, o que ao longo do tempo inviabilizará a continuidade de seus serviços e a sua própria existência. (BRASIL, 2017, p. 13).

O Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor apelou da sentença alegando que a Resolução nº. 400/2016 da ANAC teria violado os preceitos do CDC, conforme dito alhures, e que se a sentença recorrida não fosse alterada redundaria em incremento nas despesas do usuário dos serviços de transporte aéreo, tendo o consumidor que arcar com o custo de um serviço acessório adicional já computado no principal, sem que tenham sido apresentados elementos indicativos da não onerosidade aos consumidores com as novas regras.

Afirmou o PROCON-CE que o parecer do MPF teria sido pelo acolhimento da sua pretensão, sustentando, ainda, que a retirada do benefício pertinente a franquia de bagagem nos limites estabelecidos anteriormente, aplicada em outros países, não teria reduzido os valores das passagens, ou qualquer outra melhoria na prestação do serviço, aduzindo que a cobrança

da bagagem despachada e o fim da franquia de bagagem importaria em violação ao direito do consumidor, sem qualquer ganho para ele.

Em sede de recurso de apelação participaram como *amici curiae* O Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor - FNECDC e o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON, manifestando-se pela suspensão dos dispositivos da Resolução 400/2016, alegando que a expectativa otimista da ANAC não se concretizou nos preços das passagens.

Ao julgar do recurso, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve a sentença de improcedência, sob o argumento de que deveria ser respeitado o Poder de Polícia da ANAC ao elaborar a referida resolução, senão vejamos:

O poder de polícia da ANAC foi exercido dentro de seus naturais matizes, tanto que a resolução objeto da controvérsia foi precedida de estudos e debates em audiência pública, e que seu art. 42 prevê que a Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos - SAS, deverá submeter à Diretoria, após 5 (cinco) anos de vigência da Resolução 400/2016, relatório sobre sua aplicação, eficácia e resultados, com a indicação de possíveis pontos para revisão. Tal dispositivo denota que o poder de polícia de regulamentar a política tarifária da aviação no Brasil, dentro do espectro do princípio da liberdade tarifária, disposta no art. 49, §1º da Lei nº. 11.182/05, foi exercido corretamente pela ANAC. Nesse sentido, seus atos normativos gozam de presunção de veracidade e legitimidade. (BRASIL, 2019, p. 10).

Salvo melhor juízo, entendia-se inicialmente que a norma setorial tenderia a proteger o consumidor, diferente do que havia professado a entidade demandante, tendo em vista que a norma trataria de um teto e não de uma regra geral de que a multa, em todas as situações e em todas as tarifas.

Com a normatização da Resolução nº 400, prometeu-se um alinhamento da norma setorial com o artigo 740 do CC-02, numa tentativa de ampliar os direitos do usuário do transporte aéreo, na medida em que, juntamente com o artigo 9º da Resolução, afastar-se-ia qualquer ônus para o usuário que obedecesse a liturgia que restou disciplinada.

Entretanto, ao que parece, a tutela coletiva do consumidor não foi atendida no presente caso, deixando de dialogar o CDC com a lei antitruste e por esse motivo levou à improcedência dos pedidos do autor coletivo legitimado.

A seguir, será abordada uma questão específica que também foi objeto da demanda coletiva, relacionada com a abusividade na cobrança de franquias de bagagens, que se verificou no decorrer da vigência da referida resolução 400.

6. ANÁLISE APARTADA DA PRÁTICA ABUSIVA NA COBRANÇA DA FRANQUIA DE BAGAGENS

Após o estudo sobre a tutela coletiva e o diálogo das fontes, resolveu-se segregar a análise de um dos tópicos da ACP nº. 0816363-41.2016.4.05.8100, notadamente o que impugna o artigo 4º, § 2º da Resolução da ANAC (que dispõe acerca do valor final a ser pago, o qual

deverá ser acrescido de eventuais serviços opcionais contratados ativamente pelo consumidor no processo de comercialização de passagem aérea).

Segundo as normas consumeristas são consideradas abusivas as cláusulas que prejudicam nitidamente a parte mais fraca da relação, causando um desequilíbrio contratual, conforme se pode interpretar da norma contida no artigo 51 do CDC. Tal norma não estabelece um conceito, porém, enumera um rol (não exaustivo) de cláusulas que podem ser consideradas abusivas, com base, inclusive, no entendimento jurisprudencial.

O conceito de cláusulas abusivas formulado por Schmitt (2010, p. 75), chama atenção para a quebra do sinalagma contratual ensejado pela estipulação de uma cláusula abusiva, observando-se que Marques (2014, p. 984) segue no mesmo sentido, ao conectar a identificação da abusividade com a quebra da boa-fé objetiva, sendo a característica preponderante de uma cláusula abusiva prejuízo grave causado ao consumidor e o desequilíbrio resultante na relação contratual.

Nota-se, assim, que esses conceitos têm em comum o foco na vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, que, ao inserir uma cláusula abusiva no contrato, torna-o excessivamente vantajoso para si, deixando o consumidor em uma situação exagerada de prejuízo e pondo fim ao equilíbrio contratual.

O PROCON-CE, na referida ação judicial, entendeu que o dispositivo representaria uma prática abusiva, capitulada no artigo 39, V e X, ambos do CDC, fazendo uma leitura do citado dispositivo no sentido de que fora inserido tão somente para se conjugar com a desregulação da franquia de bagagem despachada (proposta pelo artigo 13 da Resolução), ensejando, assim, a ilegalidade da liberação da franquia de bagagem despachada, na conformidade do que prescreve o artigo 734 do Código Civil Brasileiro, cuja interpretação autorizaria a tese de que o transporte de pessoas englobaria, necessariamente, o transporte de bagagem despachada.

Em uma primeira análise, o regulamento da ANAC visava coibir a prática lesiva ao consumidor de pré-selecionar serviços opcionais de forma sub-reptícia, tais como seguros de viagem, assentos mais caros (conhecidos como “assentos conforto”), entre outros, induzindo os passageiros a erro, pois adquiriam produtos que não desejavam, sendo esta regra chamada de *opt-in* e *opt-out*.

O PROCON, por sua vez, cearense defendeu que a desregulamentação da bagagem não fomentaria o objetivo das viagens de baixo custo (*low cost*), que até hoje não são uma realidade no Brasil, tampouco resultariam na redução dos valores das passagens.

A promessa da desregulação, nesse sentido, seria a de que somente pagariam pela bagagem despachada os passageiros que efetivamente tivessem despachado a bagagem, permitindo que aqueles que não desejassem despachar bagagem pudessem adquirir um bilhete em que o valor da bagagem despachada não estivesse inserido.

A portaria nº. 957/GM-5/1989, que regia os sistemas anterior de cobrança de bagagens, estabelecia uma franquia de bagagem despachada de 30kg, para primeira classe, e 20kg para as demais classes (salvo no caso da aviação regional, que era de 10kg), observando-se que os normativos que lhe sucederam (Portaria nº. 676/CG-5/2000 e das NOSAIs CT-011/2000 e CT 012/2001) igualaram as franquias nacionais às oferecidas nos voos domésticos pela VARIG (que deteve por muitos anos a maior fatia do mercado brasileiro), com franquias obrigatórias de 30kg (1ª classe) e 23kg (demais classes).

À época, também se fez uma reflexão civilista pelos órgãos de defesa do consumidor acerca da alegada dissociação do transporte de bagagem despachada do contrato de transporte de passageiro (ancorada na Resolução nº 400), entendendo-se pela afronta ao artigo 730 do Código Civil Brasileiro (“pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”), mesmo que a norma setorial garantisse o transporte de bagagem de mão (de até 10kg), esse sim vinculado ao contrato de transporte do passageiro. Quanto às demais bagagens, trata-se de contrato de natureza acessória¹².

Contudo, relatórios da própria ANAC seguintes à referida resolução demonstraram uma queda irrisória nos preços e a qualidade do serviço não melhorou, o que pôs em dúvida sua atuação em prol do consumidor.

De acordo com o Relatório de Tarifas Aéreas Domésticas da própria ANAC DE 16/03/2018, a redução desses preços foi irrisória, ou seja, houve redução de meros 0,6% menor em relação ao ano de 2016¹³.

Além de não ter ocorrido a justificativa na prática, a cobrança por bagagem despachada restou eivada de ilegalidade por representar prática abusiva, nos moldes do art. 39, V e X¹⁴ do Código de Defesa do Consumidor, violando, também, o art. 734 do Código Civil¹⁵, do qual se pode extrair a ilação de que o transporte de pessoas englobaria, necessariamente, o transporte de bagagem despachada.

Portanto, na prática, a resolução de nº. 400 da ANAC violou, também, o art. 4º, III¹⁶, do CDC, uma vez que desequilibrou as relações entre os consumidores e as empresas aéreas colocando os primeiros em situação de onerosidade excessiva, demonstrando, também, ser uma norma nula de pleno direito nos termos do art. 51, incisos IV e X¹⁷ da lei consumerista, uma vez que não atendeu às finalidades primordiais que seriam a de reduzir as tarifas aéreas e favorecer a concorrência no setor de aviação civil regulado pela ANAC, tornando o consumidor mais vulnerável o conforme ensina Marques e Acioli (2018, p. 227):

12 Nos termos do artigo 222 do Código Brasileiro de Aeronáutica-CBAer, lei especial do setor de aviação civil brasileiro, “Pelo contrato de transporte aéreo, obriga-se o empresário a transportar passageiro, bagagem, carga, encomenda ou mala postal, por meio de aeronave, mediante pagamento”. Importante esclarecer a diferença entre o transporte de carga e o transporte de bagagem, para que não parem dúvidas sobre a natureza acessória do transporte de bagagem. O transporte de carga é feito de forma autônoma, prescindindo de contrato de transporte de passageiro para existir. Para ser efetuado, basta que o contratante faça o contrato de transporte de carga e seja emitido um conhecimento aéreo de carga (AWB-airwaybill, em inglês), que é o documento probatório do contrato. Diferentemente, o contrato de transporte de bagagem inexistente sem um contrato principal.

13 Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/enviodeinformacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/arquivos/RelatoriodeTarifasAereas2S2017.zip>. Acesso em: 20 jan. 2021.

14 Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

15 Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

16 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

17 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

Diante do cenário que se observa atualmente, onde se têm seguidas violações dos direitos dos consumidores em companhia da omissão, ou pior, concordância, das agências reguladoras (...), o que se verifica é que o papel da defesa dos direitos dos consumidores, vulneráveis, está cada vez mais esquecido por esses órgãos.

Tal acirramento da vulnerabilidade do consumidor oriunda da desregulação do setor econômico pode ser vista na doutrina de Verbicaro (2019, p. 219, 364) que faz um panorama do atual momento no âmbito da tutela do consumidor no âmbito das agências reguladoras, senão vejamos:

Vive-se um momento tenebroso no âmbito da tutela do consumidor, marcado pela involução legislativa, abstencionismo estatal como mediador responsável, sobretudo no âmbito de sua atividade regulatória do serviço público e na execução do poder de polícia fiscalizatório para combater as práticas abusivas do mercado, sendo muitas vezes complacente com o ilícito. (...). Quanto à ineficiência dos serviços públicos, pés ainda a crítica de que as agências reguladoras nada têm feito a esse respeito, ressaltando-se que essa inércia torna-se mais gritante, quando se verifica que é o próprio Estado o poder concedente dos mesmos, lhe cabendo também e, sobretudo, a fiscalização de como têm sido disponibilizados à sociedade.

Como bem lembrado por Holanda (2021, p. 260) ao tratar da questão da responsabilidade em favor do consumidor nos delitos concorrenciais,

entende-se que os programas de *compliance* para a proteção do mercado devem ser intensificados, visando estabelecer uma empresa viável e segura do ponto de vista da confiabilidade dos negócios, através do aprimoramento de programas de integridade com o combate à anticorrupção e à concorrência desleal, por meio de metodologias de ensino que envolvam o Poder Judiciário e as instâncias educacionais das corporações no âmbito do público e privado.

7. CONCLUSÃO

Após a reflexão que se procurou compartilhar no presente artigo, acerca dos institutos de defesa do consumidor ligados às alterações das regras do transporte aéreo apresentadas pela Resolução de nº. 400 da ANAC, constata-se a impositiva ambientação que os estudiosos do tema deve ter com as disposições civilistas aplicadas à questão, dada a indiscutível centralidade do Código de Direito Material no enfrentamento dos assuntos relacionados à órbita privada.

É importante que se reconheça que os princípios de defesa da concorrência devem ter como pano de fundo, além da aplicação do princípio constitucional da livre iniciativa, a defesa do destinatário final, ou seja, a tutela do consumidor, o que deve conduzir à ilação de que sem uma atuação efetiva dos órgãos de defesa da concorrência, maiores dificuldades terão os direitos do consumidor de serem amplamente tutelados, dada a tendência de consolidação de oligopólios capazes de aguçar a vulnerabilidade técnica, econômica e informacional em desfavor do *player* fraco dessa relação, em tudo observado a teoria do diálogo das fontes descrita acima, cuja função é aproximar os dois ramos do direito (direito do consumidor e direito da concorrência).

Nesse sentido, as normas de defesa da concorrência devem resguardar a liberdade, preocupando-se em preservar a possibilidade de escolha entre mais de um fornecedor de produtos ou serviços, potencializando o princípio da autonomia da vontade, tão caro às tradições do direito privado e, porque não dizer, à própria teoria dos direitos fundamentais, haja vista se relacionarem intimamente com afirmação do querer do homem, individualmente considerado, imiscuindo-se com uma dimensão de sua personalidade.

Importante que se frise que a proteção do consumidor além de ser uma reação contra os abusos do mercado, visa a sua própria preservação e o seu adequado funcionamento, procurando solucionar algumas falhas por ele apresentadas, reconhecendo-se que a dinâmica dos contratos no âmbito do direito do consumidor, enquanto uma das disciplinas do direito privado, foge à concepção clássica de contrato.

No caso concreto que se pretendeu estudar, verificou-se que a tese defendida pelo órgão de defesa do consumidor na ação coletiva foi no sentido de que a Agência Reguladora deveria restringir a liberdade do mercado de transporte aéreo proposta na Resolução nº 400, a fim de defender o *player* fraco da relação, haja vista a exploração econômica que este passou a sofrer mediante a desregulação dos serviços, conforme dados de relatórios expedidos pela própria ANAC.

Entendeu-se no presente arrazoado que a confessada desregulação do serviço de transporte aéreo, em vez de incentivar a concorrência no setor de aviação civil e melhorar a prestação do serviço, fragilizou a condição do consumidor/passageiro e aguçou a vulnerabilidade peculiar da respectiva relação de consumo, resultando em efeitos diametralmente opostos, na medida em que prometida a ampliação da concorrência não trouxe mais opções de mercado, com passagens mais baratas, tampouco contemplou os variados segmentos e perfis dos contratantes (tanto os passageiros quanto as empresas), deixando, ainda, de promover a também prometida retomada de crescimento do setor de aviação civil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **O Acesso do Consumidor à Justiça no Brasil**. Doutrinas Essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. VI.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Consumers overignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law. **Antitrust Law Journal**, n. 713, 1997. Disponível em: http://scholar-works.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all_fac. Acesso em: 26 abr. 2021.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **O direito Pós Moderno e a Codificação**. Doutrinas Essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 2. ed. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **A vida em fragmentos**: sobre a ética pós-moderna. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.

- BENJAMIM, Antônio Herman *et al.* **Manual de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, jan./fev. 2018.
- BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with it self**. New York: The Free Press, 1993.
- BRASIL. Comando da Aeronáutica. **Portaria n. 957/GM-5/1989**.
- BRASIL. Comando da Aeronáutica. **Portaria n. 676/CG-5/2000 e das NOSAIs CT-011/2000 e CT012/2001**.
- BRASIL. ANAC. **Nota Técnica n. 16(SEI)/2016/GCON/SAS**.
- BRASIL. ANAC. **Nota Técnica n. 11/2016/GEAC/SAS**.
- BRASIL. **Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)**. Boletim de monitoramento do consumidor.gov.br. Transporte aéreo. Anual 2019. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/consumidor/boletim-de-monitoramento>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- BRASIL. **Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)**. Boletim de monitoramento do consumidor.gov.br. Transporte aéreo. 3º trimestre 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/consumidor/boletim-de-monitoramento>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 7.963, de 13 de março de 2013. Institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7963.htm. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 19 set. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica nº 3/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/3-2019.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação em Ação Civil Pública nº 0816363-41.2016.4.05.8100**. Relator: Des. Leonardo Carvalho, 5 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://pje.jfce.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcesoDocumento=9e3ea0d89230e1c2b791ca2a7467>. Acesso em: 14 fev. 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Sentença em Ação Civil Pública nº 0816363-41.2016.4.05.8100**. Juiz: Alcides Saldanha Lima, 10 de março de 2017. Disponível em: <http://pje.jfce.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcesoDocumento=5bbb44fe3283834dfe1620c25c0145e>. Acesso em: 14 fev. 2021.
- CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O Acesso dos Consumidores à Justiça**. Doutrinas Essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II.
- FONSECA, João Bosco Leopoldin. **Lei de proteção da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado artigo por artigo**. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2016.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos. **Revista de Processo**, v. 97, jan./mar. 2000.

GRINOVER. **O Novo Processo do Consumidor**. Doutrinas Essenciais do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Princípio da livre concorrência: função regulamentar e função normativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 4, 1993.

GUZZO, Fabiano. O paradoxo da defesa do consumidor como finalidade das políticas de concorrência no Brasil - égide da lei n. 8.884/94. **Revista Athenas**, v. I, n. 1, p. 25-48, jan./jun. 2012.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. A tutela do consumidor em juízo em face da Resolução nº 400 da ANAC sob a óptica da Lei Antitruste. **Revista Jurídica da Uni7**, Fortaleza, v. 14, p. 139-156, jan./jun. 2017.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de Holanda; MELO, Alisson José Maia. A responsabilidade civil por ilícito anti-truste no direito brasileiro e a proteção do consumidor. In: LEAL, Leonardo José Peixoto *et al.* (org.). **Direito Concorrencial brasileiro: estudos sobre concorrência, consumo e regulação**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2021.

LACEY, Eladio. Autoria Singular e Coletiva nas Infrações contra o Meio Ambiente e as Relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 22, abr./jun. 1997.

MAGALHÃES, Francisco Carlos. Leis que preservam a concorrência protegem o consumidor. **CADE**, Brasília, ano II, n. 5, p. 3-5, dez. 1976.

MALARD, Neide Terezinha. **Concentração de empresas: livre concorrência e livre iniciativa**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. Três tipos de diálogos entre o CDC e o CC-02: superação das anti-nomias pelo diálogo das fontes. In: PFFEIFFER, Roberto;

PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **CDC e CC-02: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 127-225.

MARQUES, Cláudia Lima; ACIOLI, Carlos A. C. O papel esquecido das agências reguladoras na defesa dos consumidores. In: PROVOCAÇÕES contemporâneas no Direito do consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 205-246.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE)**, n. 7, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Nulidade das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo: Entre o Passado e o Futuro do Direito do Consumidor Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 72.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Política consumerista, política antitruste e as cooperativas no Brasil. **RIDB**, ano 2, n. 11, p. 12789-12802, 2013.

PASQUALOTTO, Adalberto. **A Defesa Coletiva dos Consumidores no Brasil**. Doutrinas Essenciais do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.

PFFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. CDC e serviços públicos: balanços e perspectivas. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **25 anos do CDC: trajetórias e perspectivas**. São Paulo: RT, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. **Direito do consumidor e direito da concorrência**. Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência. dez. 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/grupos-de-trabalho/gt-mercado-de-capitais-defesa-da-concorrenca-e-propriedade-intelectual-1/doutrina/defesa-da-concorrenca/3-seae_direito_consumidor_direito_concorrenca-final.pdf/view. Acesso em: 26 abr. 2021.

VERBICARO, Dennis. **Consumo e cidadania**. Identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VERBICARO, Dennis; LEAL, Pastora; FREIRE, Gabriela. Transporte aéreo e consumo: o Recurso Extraordinário 636.3 31 - STF à luz do diálogo de fontes e do princípio da vedação ao retrocesso. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 7, n. 2, 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 07/10/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/10/2021
- Avaliação 1: 25/05/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 08/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

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