



UNIVERSIDADE
FUMEC

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 17 | 2022
Número 3

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

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

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

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

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

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

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

REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

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

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

NÚCLEO DE APOIO À REVISTA MERITUM

Mestrando Almir Teixeira Esquárquio (PPGD/FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR 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. 3
(set./dez. 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 Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

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

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

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

SUMÁRIO/SUMMARY

Artigos

- A RELEVÂNCIA DA PROVA SINGULAR EM PROCESSOS PENAIS: UM CONTRAPONTO ENTRE A NARRATIVA POLICIAL E O PLENO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO EM CASOS DE FLAGRANTE DELITO E DESACATO9
THE RELEVANCE OF THE WITNESS PROOF IN CRIMINAL PROCEEDINGS: A COUNTERPOINT BETWEEN THE POLICE NARRATIVE AND THE FULL EXERCISE OF THE CONTRADITORY IN CASES OF FLAGRANT OFFENSE AND CONTEMPT
Juliana Castro Torres
Jessica Cristina de Moraes
Zaíra Garcia de Oliveira
- TRABALHO DECENTE NO SISTEMA PRISIONAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA GESTÃO DE MÃO DE OBRA CARCERÁRIA DO PARÁ E DO AMAZONAS30
DECENT WORK IN THE PRISON SYSTEM: A COMPARATIVE ANALYSIS OF HANDCRAFT MANAGEMENT CÁRCERARIA DO PARÁ AND AMAZONAS
Juliana Oliveira Eiró do Nascimento
José Claudio Monteiro de Brito Filho
Suzy Elizabeth Cavalcante Koury
- (IN)SANIDADE DA SEGURANÇA PÚBLICA: GESTÃO NEOLIBERAL E SOFRIMENTO PSÍQUICO NA POLÍCIA BRASILEIRA53
(IN)SANITY OF PUBLIC SECURITY: NEOLIBERAL MANAGEMENT AND PSYCHOLOGICAL DISTRESS IN THE BRAZILIAN POLICE
Felipe da Veiga Dias
Lucas da Silva Santos
Augusto Jobim do Amaral
- A ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO ÚLTIMO RECURSO NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.....71
INTERNATIONAL ADOPTION AS A LAST RESOURCE IN THE PERSPECTIVE OF DISTRIBUTIVE JUSTICE
Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro
Maria Marlene Escher Furtado
- A TUTELA DA PROTEÇÃO DE DADOS NO DIREITO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM A DEFESA DO CONSUMIDOR.....89
THE PROTECTION OF DATA IN BRAZILIAN LAW AND ITS RELATIONSHIP WITH CONSUMER PROTECTION
Antônio Carlos Efig
Louvaine Locks
- (RE) PENSANDO A DIFERENÇA: A (DES) CONSTRUÇÃO DOS PAPÉIS DE GÊNERO SOB A ÓTICA DE LUIS ALBERTO WARAT106
(RE) THINKING ABOUT DIFFERENCE: THE (UN) CONSTRUCTION OF GENDER ROLES FROM THE VIEWPOINT OF LUIS ALBERTO WARAT
OS EFEITOS PERVERSOS DA MITOLOGIA DA MORTE SÃO VISTOS ATRAVÉS DO SILÊNCIO E DO SEGREDO SOBRE OS QUE VÃO MORRENDO; É O “DIFERENTE” TRANSFORMADO EM “DESAPARECIDO”. WARAT.
Lucimary Leiria Fraga
Juliani Borchardt da Silva
Ivo dos Santos Canabarro

- O AVESSE DO AVESSE: UMA BREVE ANÁLISE FUTURISTA DO UNIVERSO TRANS.....120
THE INSIDE OUT: A BRIEF FUTURISTIC ANALYSIS OF THE TRANS UNIVERSE
 EU VEJO SURGIR TEUS POETAS DE CAMPOS, ESPAÇOS/TUAS OFICINAS DE FLORESTAS, TEUS DESSES DA CHUVA...(CAETANO, "SAMPA")
 Daniela Duarte
 Márcio Túlio Viana
- DO TRATO MÉDICO DISPENSADO ÀS PESSOAS INTERSEXO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE133
OF THE MEDICAL TREATMENT EXPENSED TO INTERSEX PEOPLE IN THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS
 Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos Santos
 Valeria Silva Galdino Cardin
- VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: A (IM)POSSIBILIDADE DE SE EXCLUIR A RESPONSABILIDADE PELOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS. UM ESTUDO COM O DIREITO COMPARADO148
LATENT DEFECTS IN THE CIVIL CODE OF 2002: THE (IM)POSSIBILITY OF EXCLUDING LIABILITY FOR LATENT DEFECTS. A COMPARATIVE LAW STUDY.
 Gustavo Henrique de Oliveira
- A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A GESTÃO DE CONFLITOS .167
ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN BRAZILIAN JUDICIARY AND CONFLICT MANAGEMENT
 Talitha Pedras Figueiredo Campos de Carvalho Souza
 Sérgio Henriques Zandona Freitas
 Adriano da Silva Ribeiro
- ANÁLISE SOBRE A INCLUSÃO DO DISPUTE BOARDS COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 184
ANALYSIS OF THE INCLUSION OF DISPUTE BOARDS AS ALTERNATIVE METHOD OF CONFLICT RESOLUTION IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS SIGNED WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION
 Marcia Walquiria Batista dos Santos
 Robert Wagner Conceição Simões
 Júlia Castro Hasegawa
- EVOLUÇÃO DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....207
THE EVOLUTION OF THE CONSTITUTIONAL ROLE OF THE JUDICIAL POWER IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES FOR THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS
 Sílvio Marques Garcia
 Rubens Alexandre Elias Calixto
 José Roberto Marques
- DEMOCRACIA E EFEITO BACKLASH NO JUDICIÁRIO: DA INTENÇÃO DEMOCRÁTICA AOS POSSÍVEIS EFEITOS DELETÉRIOS228
DEMOCRACY AND THE BACKLASH EFFECT IN THE JUDICIARY: FROM DEMOCRATIC INTENT TO POSSIBLE DELETERIAL EFFECTS
 Matheus Teodoro
 Fernando de Brito Alves
- EM BUSCA DA FORMA ADEQUADA DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO242
IN SEARCH OF THE ADEQUATE WAY TO RESOLVE STRUCTURAL DISPUTES IN THE LIGHT OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW
 Lillian Zucolote de Oliveira
 Luiz Alberto Pereira Ribeiro

- A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO259
THE PROTECTION OF THE LABOR ENVIRONMENT IN PUBLIC MANAGEMENT: THE APPLICATION OF OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY STANDARDS AND THE JURISDICTION OF LABOR JUSTICE
 Thais Borges da Silva
 Cláudio Jannotti da Rocha
- A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELA PROTEÇÃO DE DADOS NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS284
THE EMPLOYER RESPONSIBILITY FOR DATA PROTECTION IN THE WORK ENVIRONMENT: LEGAL CONSEQUENCES
 João Gabriel Yaegashi
 Cleber Sanfelici Otero
- É POSSÍVEL AGRADAR A GREGOS E TROIANOS? ASPECTOS JURÍDICOS ACERCA DA EXTINÇÃO DO VOTO DE QUALIDADE NO ÂMBITO DO CARF300
IT IS POSSIBLE TO PLEASE GREEKS AND TROJANS? LEGAL ASPECTS REGARDING THE EXTINCTION OF THE QUALITY VOTE UNDER THE CARF
 Carlos César Sousa Cintra
 Lucas Antunes Santos
- O RECONHECIMENTO EXPRESSO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....320
THE EXPRESS RECOGNITION OF THE RIGHT TO DATA PROTECTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE FEDERAL CONSTITUTION
 Bruno Benevento Lemos de Lira
 Jorge Shiguemitsu Fujita
- REFLEXÕES SOBRE CULTURA, DESENVOLVIMENTO E DESGLOBALIZAÇÃO: UM DIÁLOGO ENTRE A TEORIA PÓS-DESENVOLVIMENTISTA DE ARTURO ESCOBAR E O MULTICULTURALISMO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.....339
REFLECTIONS ON CULTURE, DEVELOPMENT AND DEGLOBALIZATION: A DIALOGUE BETWEEN THE POST-DEVELOPMENTAL THEORY OF ESCOBAR ARTURO AND THE MULTICULTURALISM OF BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS
 Marcos Vinícius de Jesus Miotto
 Patrícia Silva de Almeida
 Daniel Barile da Silveira
- A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA DOS POVOS INDÍGENAS: UM ESTUDO DO CASO BELO MONTE355
THE STATE INTERNATIONAL LIABILITY FOR VIOLATION OF PRIOR, FREE AND INFORMED CONSULTATION OF INDIGENOUS PEOPLES: A STUDY OF BELO MONTE CASE
 Daize Fernanda Wagner
 Jéssica Araújo do Carmo

EDITORIAL

Este texto introdutório tem o propósito de estimular a leitura de todos os artigos desta edição 3 de 2022. O conteúdo foi organizado com dedicação tanto dos(as) autores(as) quanto da Equipe Editorial.

Assim, nesta edição 3 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

A RELEVÂNCIA DA PROVA SINGULAR EM PROCESSOS PENAIS: UM CONTRAPONTO ENTRE A NARRATIVA POLICIAL E O PLENO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO EM CASOS DE FLAGRANTE DELITO E DESACATO

THE RELEVANCE OF THE WITNESS PROOF IN CRIMINAL PROCEEDINGS: A COUNTERPOINT BETWEEN THE POLICE NARRATIVE AND THE FULL EXERCISE OF THE CONTRADICTORY IN CASES OF FLAGRANT OFFENSE AND CONTEMPT

JULIANA CASTRO TORRES¹
JESSICA CRISTINA DE MORAES²
ZAÍRA GARCIA DE OLIVEIRA³

RESUMO

Tenciona o presente estudo analisar a repercussão das prerrogativas de fé pública de agentes policiais durante a fase pré-processual e processual em casos de flagrante delito e de desacato nos quais o policial é, ao mesmo tempo, a vítima, a única testemunha e o responsável por lavrar o registro da notícia do crime. Para tanto, a pesquisa foi baseada em três enfoques: o primeiro se deu num contraponto entre a valoração das presunções de veracidade e legitimidade em relação à desvaloração dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do direito ao contraditório. O segundo enfoque, deu-se por meio da análise jurisprudencial de Estados brasileiros onde mais são cometidos a infração de desacato e nos quais o depoimento do policial e

- 1 Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Especialista em Direito Público Lato Sensu pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Passos. Advogada. É membro do Conselho Municipal da Cidade de Passos-MG. É Professora de Direito, no curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG - Unidade Passos. É Coordenadora do Núcleo de Assistência Judiciária Gratuita - NAJ da UEMG - Unidade Passos. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9094-4715>.
- 2 Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal, pela Faculdade Única de Ipatinga (FUNIP). Graduada em História, pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Bacharela em Direito, pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Participa do Grupo de Estudo e Pesquisa em Direitos Humanos, Penas e Execução Penal. Pesquisa sobre a inimputabilidade penal do psicopata, política criminal e segurança pública. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-3073-9215>.
- 3 Advogada, Professora Universitária no curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais Unidade-Passos (UEMG), Doutora em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente na linha de pesquisa Vulnerabilidades Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Araraquara, Mestre em Desenvolvimento Regional, na linha de pesquisa Desenvolvimento Social e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Franca (Uni- Facef). Possui graduação em Direito pela Universidade de Franca (2008), Especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Rede LFG/Uniderp (2010), Especialização em Direito Público pelo Centro Universitário Claretiano de Batatais (2015) e Especialização em Docência do Ensino Superior pela Universidade Gama Filho (2010). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-7365-4046>.

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

TORRES, Juliana Castro; MORAES, Jessica Cristina de; OLIVEIRA, Zaíra Garcia de. A relevância da prova singular em processos penais: um contraponto entre a narrativa policial e o pleno exercício do contraditório em casos de flagrante delito e desacato. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 9-29, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8724>.

o Termo Circunstanciado de Ocorrência por ele lavrado traduzem a única prova dos autos. E, o terceiro, traz à baila possíveis critérios para valoração da palavra de agentes no processo penal, visando a minimalização dos erros de condenação baseados na supervalorização de prova singular. Por derradeiro, concluiu-se que, para que sejam evitadas condenações baseadas em prova singular e, sobretudo, para a efetiva concretização do devido processo legal, urge a necessidade de que se estabeleça critérios mínimos, como, por exemplo, análise da credibilidade subjetiva do agente e também da verossimilhança e firmeza das alegações em juízo e a existência de outros elementos probatórios que corroborem a acusação para valorar objetivamente a relevância da prova testemunhal em processos penais, especialmente em casos de flagrante delito e desacato. Para elucidar a problemática, foi realizada uma pesquisa quali-quantitativa, de natureza descritiva, baseada no método hipotético-dedutivo e com técnicas de pesquisa de análise documental (jurisprudência) e revisão bibliográfica.

Palavras-chave: atuação policial; fé pública; presunção de veracidade e legitimidade; contraditório; prova singular.

ABSTRACT

The present study aims to make an analysis of the repercussion of the prerogatives of public faith of police officers during the pre-procedural and procedural phases in cases of flagrante crime and contempt in which the police officer is, at the same time, the victim, the only witness and the person responsible for drawing up the record of the crime report. In this regard, the research was based on three approaches: the first was a counterpoint between the valuation of the presumptions of veracity and legitimacy in relation to the devaluation of the constitutional principles of presumption of innocence and the right to adversarial proceedings. The second approach is based on an analysis of the jurisprudence of the Brazilian states where most offenses of contempt are committed and in which the testimony of the police officer and the Circumstantiated Record of Occurrence drawn up by him represent the only evidence in the case file. And, third, brings up possible criteria for evaluating the word of agents in criminal process, seeking to minimize the errors of conviction based on overvaluation of singular evidence. Finally, it was concluded that, in order to avoid convictions based on singular evidence and, above all, for the effective realization of due legal process, there is an urgent need to establish minimum criteria, such as, for example, an analysis of the subjective credibility of the agent and also of the plausibility and firmness of the allegations in court and the existence of other probative elements that corroborate the accusation in order to objectively assess the relevance of testimonial evidence in criminal proceedings, especially in cases of flagrante delicto and contempt. To elucidate the problem, a qualitative-quantitative research was carried out, of a descriptive nature, based on the hypothetical-deductive method and with documentary analysis research techniques (case law) and bibliographic review.

Keywords: police action; public faith; presumption of veracity; presumption of legitimacy; contradictory; singular evidence.

1. INTRODUÇÃO

Os reflexos inquisitórios ainda prevalentes no sistema penal brasileiro têm consequências muito latentes na aparente necessidade de culpabilização e encarceramento do indivíduo levado a julgamento, quanto mais se levamos em consideração a grandiosa quantidade de casos que carecem de robusto conjunto probatório para basear tanto o cometimento do ato delituoso quanto a sentença condenatória.

Nesse particular, analisando os casos de insuficiência probatória, surgem muitas dúvidas acerca da lisura de um processo penal que condena o indivíduo sem a devida observância de preceitos constitucionais como a presunção de inocência, o efetivo contraditório e a ampla

defesa. Isso porque, é costumeiro ao Poder Judiciário atribuir extrema relevância e valor à narrativa, seja ela verbal por meio do testemunho ou seja ela escrita por meio da lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência, prestada por agentes policiais ao invés de sobressaltar o princípio constitucional da presunção de inocência de cada acusado, o que interfere, inclusive, na aplicação efetiva dos princípios também constitucionas do direito ao contraditório e à ampla defesa.

É sabido que agentes estatais possuem pela natureza da sua função prerrogativas diferentes das demais pessoas da sociedade, contudo, questiona-se, qual é o limite da atuação do agente estatal, notadamente do agente policial, que goza de marcantes prerrogativas funcionais como a fé pública expressada pela presunção de veracidade e legitimidade?

Isto é, muito embora agentes policiais sejam respaldados pela presunção da verdade e da observância da lei em suas declarações e atos funcionais, trata-se de uma interpretação democrática e constitucional a condenação com base na valoração de uma prova singular trazida ao processo por policiais que, ao mesmo tempo, figuram como responsáveis pelo flagrante delito e como supostas vítimas de desacato?

Veja-se, não se trata do objeto do presente estudo questionar a legalidade do trabalho policial ou, tampouco, tentar impedir o uso da prova testemunhal para a formação do livre convencimento do magistrado. Em verdade, objetiva-se apontar a necessidade de construção de uma avaliação racional e objetiva no processo penal, especialmente em casos cuja condenação foi baseada em prova singular de natureza testemunhal ou documental – haja vista que, saibamos, a lavratura Termo Circunstanciado de Ocorrência e a sua posterior confirmação em juízo, em interpretação simplista pode até parecer prova dupla, contudo, trata-se apenas da palavra do agente policial exarada pela via escrita quando do lavramento do referido Termo e verbal quando da ratificação deste em juízo; ou seja, trata-se apenas de uma mesma prova produzida em momentos diferentes e, por isso, prova singular.

Pois, ao passo da existência da presunção de veracidade e legalidade dos atos administrativos, é também norma cogente do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de sua anulação por via da presunção *juris tantum* ou, de outro modo, da presunção de relatividade dos atos administrativos, a qual é comumente afastada em virtude da fé depositada nas declarações e na atuação de agentes policiais; possibilitando, assim, a violação de princípios constitucionais como a presunção de inocência e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O princípio da presunção de inocência porque o acusado é apresentado como culpado diante da presunção de veracidade emprestada aos atos e depoimentos policiais. E, o direito ao contraditório e à ampla defesa porque, ante ao cenário anteriormente descrito, torna-se dificultosa a produção de prova suficiente para contrapor a palavra do agente policial, ainda que esta seja a única indicação da ocorrência dos fatos.

À vista disso, no intuito de trazer resposta à problemática acerca da supervalorização da fé pública na atuação e nas declarações de agentes policiais em detrimento dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do direito ao contraditório e à ampla defesa, busca o presente artigo analisar, sob o contexto prático da atuação do Poder Judiciário brasileiro, como a repercussão do depoimento de agentes policiais, de fato, influencia na condenação em casos de flagrante delito e de desacato nos quais a palavra do policial e o Termo por ele lavrado performam a única prova constante nos autos.

Nessa senda, vislumbrando que a palavra de agentes estatais pode gozar de maior peso em juízo em relação às demais provas e, assim, restar afastada a paridade de armas entre acusado e acusação, haja vista que daquele é tolhida a chance de exercer o contraditório dada à total falta de fiabilidade com que são vistas as provas trazidas pela defesa, levanta-se, aqui, a necessidade de incorporar requisitos objetivos na análise da prova testemunhal prestada em juízo para que não existam condenações baseadas somente em prova singular sem a realização de, ao menos, um processo investigatório e a produção de outras provas.

A pesquisa foi realizada em três etapas. Inicialmente, buscou-se delinear um contraponto entre a interpretação dada pelo Poder Judiciário à presunção de veracidade e presunção de legitimidade conferida às declarações e à atuação de agentes policiais responsáveis pela averiguação do flagrante delito, bem como dos agentes que supostamente sofreram desacato, e a possibilidade conferida ao acusado de exercer efetivamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, levando-se em consideração, ainda, a presunção de inocência ou não culpabilidade.

Após, visando ratificar o posicionamento adotado, será analisada a jurisprudência brasileira dos Estados em que mais se registram novos casos de desacato, nos quais foi possível averiguar que a condenação foi consubstanciada somente com base na palavra dos agentes policiais, sem que qualquer outra prova compusesse os autos.

E, por fim, o último tópico traz à baila possíveis métodos de valoração racional e objetiva da prova testemunhal exarada em juízo a serem adotados para desestimular a condenação fundamentada em prova singular.

2. A ATUAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS ASSENTADA NAS PRESUNÇÕES DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE, A CHAMADA FÉ PÚBLICA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

No Brasil, a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio por meio da atuação das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis, militares, corpos de bombeiros militares e polícias penais federal, estaduais e distrital (BRASIL, 1988).

Em aspectos gerais, é dizer que a Constituição Federal deixa a cargo da polícia administrativa e da polícia judiciária a atividade responsável pela manutenção da estabilidade democrática do país ao incumbi-las da proteção de bens tão caros quanto a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Nesse particular, em atenção à finalidade proposta pela Lei Maior, infere-se que a polícia ganha elevado status de

atividade da Administração Pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais (ZANOBINI, 1950, p. 17 apud MORAES, 2020, p. 1.545-1.546).

Desta feita, dois são os ramos da polícia, a saber, a polícia administrativa, de caráter fiscalizador, composta por órgãos ou entidades da Administração Pública, quais sejam, polícia militar e polícia rodoviária estadual e federal, e a polícia judiciária, exercida por corporações especializadas como a polícia civil e a polícia federal.

Para o que importa à presente pesquisa, filiar-mo-nos ao que traduz a polícia administrativa, haja vista que esta se relaciona à noção de segurança pública em si, notadamente em se tratando dos casos afetos à polícia militar, que é a corporação responsável pelo policiamento ostensivo, ou seja, trata-se da responsável pela manutenção da ordem pública por intermédio da coibição das ilicitudes de maneira direta, uma vez que o policial militar é quem, usualmente, faz o policiamento em espaços públicos, patrulhas, abordagens, revistas de suspeitos, dentre outras atividades.

Nessa linha intelectual, sabendo que a Constituição Federal atribui a segurança pública às polícias e que os policiais são servidores públicos, pois que, são ocupantes de cargos públicos com remuneração paga pelos cofres públicos (DI PIETRO, 2020, p. 1.239), afere-se, logicamente, que os policiais são “agentes que exprimem a manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que haja feito de certos poderes” (MELLO, 2009, p. 244); são os chamados atos administrativos.

Para Hely Lopes Meirelles (2016, p. 173), ato administrativo é “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”. Ou seja, o ato administrativo é a manifestação ou, para alguns, a declaração, da vontade do Estado exteriorizada pelas ações e procedimentos realizados pelos servidores públicos e órgãos públicos.

Nessa direção, considerando que os atos administrativos possuem diversos traços específicos como a forma com que devem ser exteriorizados, o objeto lícito, a observância do interesse público, dentre outros, mister é trazer à baila a presunção de legalidade ou fé pública dos atos administrativos, a qual se ramifica e se confunde com dois importantes pontos: as presunções de veracidade e de legitimidade.

Isso porque, na atuação policial, especialmente em se tratando da hipótese da atuação policial em casos de flagrante delito e notadamente em se tratando dos casos afetos à infração de desacato em que os policiais responsáveis pelo flagrante também são, também, os que afirmam terem sofrido desacato e os responsáveis por lavrar o Termo Circunstanciado de Ocorrência, salta aos olhos que na maioria dos julgamentos a condenação é baseada em prova singular produzida pelo testemunho do policial ou, ainda, é consubstanciada apenas no relato da ocorrência constante no sobredito Termo, o qual, reitera-se, é lavrado pelo policial militar.

O que somente se faz possível porque a atuação dos agentes estatais goza de presunção de veracidade e de legitimidade, isto é, de fé pública, de maneira a que muitas vezes tão somente a palavra do agente policial basta para a condenação do acusado já que é, sem embargo, confundida com a verdade.

Assim sendo, a presunção de veracidade, corolário do princípio da legalidade previsto no artigo 37, da Constituição Federal, remonta à ideia de que os fatos trazidos e necessários para a melhor atuação da Administração Pública são essencialmente verdadeiros até que provado o

contrário (MEIRELLES, 2016, p. 183). Pois, uma das consequências da presunção de veracidade – e também da presunção de legitimidade – e, portanto, uma das consequências da fé pública com que são dotados os atos administrativos, é a inversão do ônus da prova, momento em que cabe ao administrado, no caso em análise, ao acusado, provar a nulidade do ato administrativo, uma vez que se presumem verdadeiras as declarações exaradas por agentes que, em tese, exprimem a vontade estatal sem vícios.

Outrossim, a presunção de legitimidade se trata da presunção inerente de todos os atos administrativos, sejam eles espécie de declaração dos servidores públicos ou dos órgãos públicos, que traz consigo a máxima de que os atos administrativos, ou declarações e manifestações proferidas em nome e a bem do Estado, observam as regras estabelecidas pela Lei. Isto é, trata-se da qualidade que acoberta os atos administrativos para que estes se presumam verdadeiros por estarem em conformidade com o que preceitua o Direito, até que se prove o contrário (MELLO, 2009, p. 413).

Vê-se, portanto, que sendo os policiais servidores públicos e, por isso, gozando seus atos de todos os pressupostos inerentes aos atos praticados pela Administração Pública, as declarações exaradas por agentes policiais são, de plano, vistas como verdadeiras e em conformidade com a Lei, incluindo nesse cenário, obviamente, os testemunhos prestados por policiais, bem como a lavratura do registro da notícia do crime em casos de flagrante delito.

Contudo, vale ressaltar que adotar as presunções de veracidade e legitimidade como prova vai de encontro à natureza de um Estado Democrático de Direito ao passo que a valoração de presunções legais e relativas como uma prova em si, ainda que (ou quando apenas) ratificadas em juízo, seria impossibilitar o contraditório e comprometer a validade do convencimento do magistrado acerca de um fato que pode ser provável, porém é por ele desconhecido (THIBAU, 2007, p. 101).

Destarte, percebe-se que os operadores de Direito no geral encaram a palavra do agente policial como único reflexo da verdade, de modo a sequer cogitarem a necessidade de produção de quaisquer outras provas acerca do ato criminoso. Sintetizando o estudo realizado por Maria Gorete Marques de Jesus (2018, p. 212-216 apud RIGON; DE JESUS, 2019, p. 7-8), promotores de justiça baseiam a valoração da prova oral produzida por meio do testemunho policial na prevelença no princípio *pro societate*, na presunção de legitimidade e na legalidade em razão do exercício da função. Não diferente, magistrados legitimam a oitiva de policiais como testemunhas bastantes para a condenação ao argumento de que o simples fato de serem agentes policiais não os impede de serem testemunhas.

Nesse contexto, os Tribunais de Justiça brasileiros, aplicando a inteligência do Supremo Tribunal Federal, Cúpula defensora de que a valoração do depoimento testemunhal por servidores policiais prestado em juízo se reveste de inquestionável eficácia probatória⁴⁵⁶, têm o entendimento uníssono de que os testemunhos policiais gozam da mesma presunção de veracidade dos demais depoimentos, de modo a que o depoimento de policiais somente se desautoriza e perde credibilidade se comprovado o seu interesse na investigação, quando o policial age facciosamente, com abuso de autoridade, ou quando demonstradas que as

4 HC 209703, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 03/12/2021, DJe 07-12-2021.

5 RHC 208560, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 15/11/2021, DJe 17-11-2021.

6 HC 193993, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 09/12/2020, DJe 10-12-2020.

declarações não encontram amparo ou, tampouco, são coerentes com outras circunstâncias probatórias idôneas.

Nos casos analisados, nota-se que a declaração dos policiais foi utilizada como prova singular do ato delituoso, uma vez que, embora fundamentada a condenação na ratificação em juízo, ainda assim falamos de prova singular, pois que, a ratificação em juízo se trata apenas da confirmação pelo agente policial da sua própria narrativa dos fatos.

Nada obstante, o que se percebe é que, nos casos de condenação justificados em prova singular fundada em depoimento de policiais ou na lavratura do registro da notícia do crime, a escusa para condenação baseada na presunção de veracidade e de legitimidade da declaração é lastreada na premissa do *juris tantum* dos atos administrativos, ou seja, é baseada na premissa de que a fé pública é sempre relativa e pode ser afastada mediante apresentação de prova em sentido contrário por intermédio do exercício do direito ao contraditório.

Contudo, nesse espeque, muito embora o acusado tenha direito ao contraditório e esse seja o limite constitucional da presunção de veracidade e da presunção de legitimidade do ato administrativo performado pelo depoimento do policial que efetuou o flagrante ou a lavratura do registro da notícia do crime, muitas questões são levantadas acerca da real efetividade do contraditório exercido em casos como estes, isso porque, a uma, a chance do acusado de se defender efetivamente é mínima se comparada ao poder que detém a palavra de um policial nos tribunais e, a duas, a condenação baseada somente na palavra de policiais não se trata de casos isolados, mas, sim, de prática recorrente nos tribunais brasileiros.

3. O CRIME DE DESACATO PRATICADO CONTRA POLICIAIS MILITARES

Como dito anteriormente, dentre outros temas, a Constituição Federal de 1988 vela por assegurar a vida, a liberdade, o patrimônio, o meio ambiente e a incolumidade pública, assuntos que Direito Penal se ocupa de proteger por intermédio da tutela de bens jurídicos-penais destacados na conhecida parte especial do Código Penal (BRASIL, 1940).

Nesse espeque, traz-se à baila o capítulo destinado aos crimes praticados por particular contra Administração em geral, especialmente o crime destacado no artigo 331, a saber, o crime de desacato, o qual apresenta conduta típica quando da desobediência de ordem legal de funcionário público.

Em outras palavras, o crime de desacato se ocupa da proteção que vai além da segurança habitual assegurada à toda a sociedade, trata-se, em verdade, de proteção destinada ao servidor público, que, pelo exercício da função, necessita de escudo especial para resguardar o desempenho normal das atividades por ele exercidas, bem como para garantir a dignidade e o prestígio das atividades exercidas em nome ou por delegação do Estado, pois que, no exercício da função ou em razão dela, o agente estatal deve contar com respaldo contra quaisquer violências ou afrontas que vier a sofrer, para, assim, garantir a concretização da soberana vontade do Estado (NUCCI, 2019, p. 890).

Na mesma linha, para Rogério Greco (2020, p. 894), a referida proteção se deve, sobretudo, por dois motivos, o primeiro porque quando da prática de condutas a bem do serviço público e da coletividade, o agente estatal pode vir a sofrer retaliações pela falta de alcance dos diretamente afetados, a saber, dos particulares, na medida em que as práticas em nome e em função da Lei podem desagradar a alguns, e o segundo porque o agente estatal em si, bem como as funções por ele exercidas podem vir a ser desrespeitadas ou menosprezadas pelo simples fato deste ser o reflexo da Administração Pública. Desta feita, argumenta Greco (2020, p. 894) que, “por essas e outras razões, foi criado o delito de desacato, tipificado no art. 331 do Código Penal, que tem por finalidade tutelar o normal funcionamento do Estado, protegendo, especialmente, o prestígio que deve revestir o exercício da função pública”.

Outrossim, insta ressaltar, ainda, que qualquer funcionário público, independentemente da atividade por ele exercida, pode sofrer o crime de desacato, abarcando, sem distinção, do lixo ao Presidente da República (MASSON, 2020, p 704).

Nessa linha intelectual, levanta-se que o crime de desacato significa desprezar, faltar com respeito ou humilhar o funcionário público, podendo, estes casos, ocorrerem através de qualquer tipo de palavra grosseira, ato ofensivo, ameaças e/ou agressões físicas (NUCCI, 2019, p. 890), isto é, o tipo do artigo 331, do Código Penal, resta caracterizado pela ofensa a qualquer “funcionário público com a finalidade de humilhar a dignidade e o prestígio da atividade administrativa” (MASSON, 2020, p. 706).

Ademais, para que se configure o crime de desacato não se faz indispensável que o ato infracional ocorra na presença do agente estatal ao passo que a conduta tipificada pode se dar quando, de alguma forma, a ofensa possa ser escutada, presenciada ou percebida pelo servidor público (GRECO, 2020, p. 895), estando o referido servidor no exercício da função, ou seja, desempenhando naquele momento as atribuições de seu cargo, ou até mesmo quando o servidor, fora do ambiente de trabalho ou no não exercício da função pública, tem contra si dirigidas ações de cunho ofensivo, humilhante e ameaçador estritamente em razão da função pública, como, à guisa de exemplo, trata-se de desacato apontar como corrupto o servidor que está fora do ambiente de trabalho e não praticando suas atividades funcionais.

No mais, acrescenta-se que o tipo penal em tela se trata de infração penal de menor potencial ofensivo em função da pena máxima cominada em abstrato, razão por que, geralmente, compete ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento e faz-se possível a proposta de suspensão condicional do processo, com arrimo no artigo 89, da Lei dos Juizados Cíveis e Criminais.

Feitas estas breves explicações, para a tratativa do estudo proposto, insta fazer referência aos crimes de desacato cometidos contra policiais militares, notadamente em se tratando dos casos de flagrante delito.

Isso porque, como determinado pelas ordens legais brasileiras, incumbe ao policial militar que averiguou a ocorrência prestar testemunho para lavratura do Boletim de Ocorrência nos crimes de procedimento comum e a própria lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência nos crimes cujo procedimento se dá pelo Juizado Especial, nos moldes do artigo 304, do Código de Processo Penal, e do artigo do artigo 69, da Lei n.º 9.099/95.

Nesse cenário, considerando as questões destacadas acima acerca da implicação da fé pública e da presunção de veracidade e legalidade que acompanham a atuação do agente esta-

tal, neste caso, que acompanham o policial, questiona-se, sendo o flagrante delito averiguado pelo policial e sendo o crime de desacato cometido contra este mesmo policial, que é, na prática, o único responsável por apresentar o conjunto de provas contra o indiciado, o direito ao contraditório e à ampla defesa são realmente passíveis de serem exercidos se considerarmos que aquele que realizou o flagrante é responsável não só por corroborar os fatos por ele narrados, mas também por lavrar o documento que relata os acontecimentos do suposto ato infracional?

Uma possível resposta ao questionamento se evidencia ao dissecar o juízo de valor construído por magistrados acerca da narrativa dos acusados e dos agentes policiais, que se pauta na lógica segundo a qual “acreditar nos réus também significava (...) desqualificar os policiais, e igualmente, a própria justiça” (RIGON; DE JESUS, 2019, p. 13), o que não se difere do discurso perpetrado por promotores no sentido de que “policiais saiam por aí “predendo pessoas sem motivos”, especialmente “pessoas que não conhecem” (...) uma crença de que policiais não prendem pessoas “sem motivos”.” (DE JESUS, 2015, p. 137)

Veja-se que, na hipótese acima descrita, está-se diante, de um lado, da figura do agente estatal cujos atos e decisões são respaldados e acobertados do começo ao fim – da prisão em flagrante, passando pela lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência até, enfim, o testemunho prestado em juízo –, e, de outro, da figura do indiciado, que antes mesmo da sentença condenatória, é visto sob a alcunha de culpado.

Assim sendo, não se mostra a mais acessível das garantias processuais o exercício do contraditório e da ampla defesa quando todas as provas realizadas, as quais, na realidade, são apenas uma, a palavra do agente policial, estão contra o acusado, especialmente em se tratando do crime de desacato, o qual, geralmente, é fundado em Termo Circunstanciado de Ocorrência lavrado unicamente pelo policial militar que efetuou o flagrante e, supostamente – pois, todos são inocentes até que se prove o contrário –, sofreu desacato.

4. O ALCANCE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM CASOS DE FLAGRÂNCIA ENVOLVENDO DESACATO

Seguidamente, insta pontuar que um dos princípios fundamentais trazidos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) se trata do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, destacado pelo artigo 5º, LVII, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Trata-se, assim, de um dos princípios basilares do Estado de Democrático de Direito e da democracia ao passo que visa a tutela da liberdade pessoal em detrimento de processos desconectados do devido processo legal.

Pela inteligência de Alexandre de Moraes (2020, p. 257), a presunção de inocência importa para que o Estado tenha necessariamente que comprovar a culpabilidade do indivíduo, sem a qual se faz impossível e arbitrária a condenação, já que imposições de sanções deficientes do devido processo legal e da decisão definitiva do órgão competente seriam o reflexo de um Estado arbitrário e afastado dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda sobre o tema, merece destaque o posicionamento do Ministro Celso de Mello na Ação Penal n.º 858, julgada em 26 de agosto de 2014, que notavelmente prima pelo princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade ao dizer que nenhuma acusação penal se presume provada antes de demonstradas provas suficientes para corroborar a denúncia.

Noutro giro, tem-se ainda como princípio fundamental constitucional, o princípio do contraditório e da ampla defesa previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), por meio do qual se confere “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse diapasão, extrai-se que o âmbito de proteção não se finda na mera manifestação e contraprova no processo, pois que, a garantia consagrada no referido artigo almeja a proteção dos direitos de informação, de manifestação e da efetiva consideração dos argumentos das partes.

O que significa dizer que, o contraditório e a ampla defesa buscam, a uma, a prestação de informação clara por intermédio do dever do órgão julgador de dar publicidade às partes do inteiro teor dos atos praticados no processo, a duas, a segurança de que as partes podem se manifestar no processo, oralmente ou por escrito, sobre quaisquer elementos fáticos e jurídicos correlatos aos fatos e ao processo e, a três, a interpretação séria e detida do magistrado acerca de todos os argumentos e provas levantados durante a instrução processual, exigindo, ainda, do julgador a capacidade de apreensão e isenção de ânimo (MENDES; BRANCO, 2020, p. 622-623).

De outro modo, é dizer que a dupla proteção ao indivíduo proposta pelo devido processo legal deve ser observada tanto no que se refere ao âmbito material com a proteção do direito à liberdade, uma vez que a visão da presunção de inocência pautada na tutela da liberdade pessoal em detrimento de processos afastados do devido processo legal é corolário do contraditório, quanto no aspecto formal, referindo-se, neste momento, à efetiva paridade de armas entre o acusado e quem o acusa e à plenitude de defesa através do direito à defesa técnica, à publicidade, à produção de provas, dentre outros direitos.

Mais detidamente, classifica-se o princípio da ampla defesa como “o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário” (MORAES, 2020, p. 232) e o princípio do contraditório como

a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo o ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2020, p. 232).

Observa-se, então, que o princípio do contraditório e da ampla defesa não se restringe a contraditar as acusações, pois, fato é que o referido princípio deve ser entendido de maneira ampla, ou seja, não deve ser facilitador apenas da oportunidade de contrapor a prova ou de o acusado usar de todos os meios de defesa disponíveis, mas, sim, da soma destes à possibilidade real e efetiva de influenciar a decisão do magistrado no decorrer do processo judicial.

Conquanto, se em um mundo ideal a relatividade com que deve ser tratada a fé pública dos atos administrativos, isto é, a sua presunção de legitimidade e veracidade – aqui, fala-se

do testemunho dos policiais ou da lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência – seria bastante para o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, o que ocorre no dia-a-dia dos tribunais brasileiros é o afastamento da presunção de inocência do acusado de plano, antes mesmo que a defesa possa se manifestar, em razão do caráter absoluto veiculado às palavras dos agentes policiais, sejam elas prestadas em juízo ou escritas no registro de notícia do crime.

A referida problemática acerca da utopia da presunção de que todos os atos administrativos se encontram, sem exceção, alinhados aos mandamentos constitucionais, inclusive, já foi apontada ao se analisar que, na prática dos sistemas penais, a observância de parâmetros mínimos para verificação da regularidade dos atos administrativos é mínima, especialmente em se tratando de casos de intervenção policial; devendo, por isso, a presunção de veracidade do depoimento policial ser submetida a critérios de avaliação (DE CARVALHO, 2018, p. 32-33).

Assim, nota-se que esta situação, indubitavelmente, ocasiona na impossibilidade do efetivo exercício ao direito ao contraditório e à ampla defesa, haja vista que, não sendo a narrativa dos policiais, seja ela proferida de forma verbal ou escrita, tratada com relatividade, ou seja, não sendo respeitada a presunção *juris tantum* dos atos administrativos e sendo a palavra do policial lida como a única expressão da verdade, resta evidente o desequilíbrio de pesos entre a palavra do policial que efetuou o flagrante e a palavra do acusado, o qual, por ordem constitucional, deveria gozar de presunção de inocência.

Em casos de flagrante delito em que a acusação se funda somente em prova singular do depoimento do policial que efetuou o flagrante, ou, mais ainda, em casos cujo ato ilícito cometido se trata do desacato em que, em razão da pena e em razão de ser julgado e processado no Juizado Especial Criminal, a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência é feita pelo próprio policial, atos que não excepcionalmente são lidos como o reflexo puro e verossímil dos fatos, não há que se falar em possibilidade real de contrapor as acusações ou de efetivamente influenciar a decisão do magistrado, uma vez que, ainda que robustas as provas apresentadas pela defesa, a única prova relevante e valorada se trata da narrativa do policial quando do registro da notícia do crime ou quando do depoimento do policial prestado em juízo, momento em que os policiais arrolados como testemunha reafirmam o que consta nos autos, muitas vezes sem sequer se lembrar dos fatos, apenas lendo o relato por si escrito.

Dessa forma, o alcance do contraditório em casos de flagrante delito e de desacato, notadamente nos casos em que a acusação se fundamenta única e exclusivamente na palavra escrita ou verbal do policial, é inexistente, uma vez que a presunção de inocência é afastada de plano e não há meios probatórios suficientes para que seja provado o contrário do alegado pelo agente policial responsável pelo flagrante e supostamente desacatado, restando, pois, clara a violação ao direito fundamental do exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes. É o que apontam Santoro e Tavares (2019, p. 98-99) ao evidenciar que a nova redação do artigo 155, do Código de Processo Penal, uma alteração feita pela Lei n.º 11.690/08, perfoma um engodo acerca do convencimento judicial e do contraditório da prova produzida diante da inclusão de diversas exceções na inadmissão de decisão condenatória baseada somente em elementos colhidos na fase pré-processual.

Melhor dizendo, afere-se que na medida em que a presunção de veracidade e de legitimidade atribuídas aos atos praticados pelo policial responsável pelo flagrante delito e que afirma ter sido desacatado não encontram limites exequíveis, o exercício do contraditório

resta prejudicado de tal forma que não há meios de provas suficientes para contraditar a fala de um agente policial.

Se assim não o fosse, não haveria que se trazer à pauta questões acerca da valoração do depoimento de policiais, uma vez que, sendo o contraditório e a ampla defesa efetivos, por mais contundente que seja o depoimento prestado pelo agente policial, o acusado teria possibilidade e armas bastantes para, sendo o caso, provar sua inocência.

O que não ocorre nos processos judiciais criminais que tratam de casos de desacato fundado em prova singular, qual seja, a narrativa apresentada no Termo Circunstanciado de Ocorrência e sustentada no depoimento dos policiais prestado em juízo, pois, como se verá da análise dos casos concretos exposta adiante, o acusado tem baixa expectativa de defesa em razão da disparidade de pesos da palavra e do corpo probatório apresentados pelo acusado frente à fé inabalável depositada nos agentes estatais, uma vez que, neste cenário, a possibilidade de absolvição do acusado é notadamente improvável dada a aderência *prima facie* da palavra do agente policial; fator que desmonta na total falta de credibilidade das provas trazidas pela defesa, mormente da palavra do acusado.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS ESTADOS BRASILEIROS COM MAIOR INCIDÊNCIA DA INFRAÇÃO DE DESACATO

Na intenção de elucidar a argumentativa acima delineada, buscou-se analisar alguns casos concretos jurisprudenciais dos tribunais brasileiros, a fim de exemplificar o descompasso das medidas judiciais adotadas entre o que preceitua a Constituição Federal acerca da presunção de inocência e do princípio do contraditório e da ampla defesa e o viés extremamente valorado e arbitrário do depoimento policial na hipótese de flagrante delito, especialmente em casos afetos ao crime de desacato.

Nessa trilha, usou-se da “Justiça em Números”, uma plataforma do Conselho Nacional de Justiça (2021), para afunilar a pesquisa, estreitando-a para os resultados obtidos com o aplicação de filtros para a análise da ocorrência de novos casos do crime de desacato durante o lapso temporal de 2019 a 2020, sendo que, nesse interim, os três Tribunais de Justiça com maior incidência do referido tipo penal foram os juízos do Mato Grosso com uma média de 4.427 novos casos, de Minas Gerais com 1.262 e do Paraná com 1.216.

Desta feita, traz-se à baila os casos mais relevantes que demonstram as peculiaridades importantes para o presente estudo, a saber, (a) casos de flagrante delito com o tipo penal de desacato, (b) negativa de autoria da parte ré ou até mesmo não oitiva da parte ré, (c) prova singular dos fatos baseada em depoimento de agente policial ou lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência e (d) sentença corroborada por fundamentação idêntica ao testemunho ou aos fatos narrados pelos policiais no registro de notícia do crime, vejamos.

No Tribunal de Justiça do Mato Grosso, dentre os inúmeros casos semelhantes, o caso que mais salta aos olhos se trata da apelação criminal por ocasião de confirmação da sentença do

juízo de primeiro grau, que condenou a acusada pelos crimes de dano qualificado, desacato e ameaça ao argumento de que

Impõe-se a manutenção da condenação pelo crime de dano qualificado quando o conjunto probatório, formado pelos depoimentos seguros dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante da ré, demonstram que ela causou os danos, propositadamente, à viatura da Polícia Militar (BRASIL, 2018)

Seguidamente, no Tribunal Mineiro, traz-se uma apelação criminal por ocasião do crime de desacato e resistência em que o acusado sequer foi ouvido nos autos, contudo, em razão da atuação dos policiais militares que realizaram a diligência e ratificaram em juízo os termos do registro de ocorrência do crime no que tange ao desacato, a sentença condenatória foi mantida ao argumento da credibilidade do depoimento dos policiais⁷.

E, por fim, no Tribunal de Justiça do Paraná, destaca-se outra apelação criminal por inconformidade com a sentença de primeiro juízo, que condenou o acusado somente com base no depoimento dos policiais, o qual, pelo entendimento do juízo processante do apelo recursal, trata-se de elemento adequado a comprovar a prática dos crimes de desacato e resistência, inexistindo, portanto, dúvidas sobre as condutas delituosas narradas pelos agente policiais supostamente desacatos⁸.

Com efeito, da compulsão dos casos acima destacados, o que se vê é que, na contramão do que preza a Constituição Federal, é roteiro recorrente do Poder Judiciário basear sentenças condenatórias em um arcabouço de jurisprudências validando a condenação pela simples existência de depoimento policial reafirmando a ocorrência dos fatos, optando, assim, por desestimular o valor e a importância da presunção de inocência ou da não culpabilidade dos acusados frente à preponderância da presunção de veracidade e de legitimidade dos atos praticados por policiais, ou seja, do que se constata, o indivíduo acusado não tem vez quando contra ele são levantadas provas fundadas na fé pública dos policiais, principalmente nos casos de desacato em que o referido agente estatal é, a um só tempo, a suposta vítima e o único responsável pela produção e confirmação das provas contra o acusado.

Nesse cenário, questiona-se, considerando a presunção *juris tantum* dos atos administrativos, que abarca as declarações efetuadas por agentes públicos e tão logo, declarações de policiais, o depoimento dos agentes policiais por si só, considerando ainda o depoimento que apenas ratifica a narrativa exarada pelo próprio policial na lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência, perfazendo nos autos prova singular, pode ser considerado bastante para a condenação ou faz-se necessária uma detida investigação a fim de analisar os pormenores do caso em concreto?

E, para fins aclaratórios, não se vislumbra confusão em apontar a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência e o testemunho policial prestado em juízo como prova singular, pois que, o testemunho prestado em juízo somente ocorre porque da notícia de registro de crime materializada pelo TCO foi gerado um processo, de modo a que, em juízo, o policial apenas ratifica a narrativa por ele feita anteriormente. Em outras palavras, é dizer que, apesar de ocorrerem em momentos distintos, a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência na fase pré-processual e a prestação de testemunho em juízo na fase processual se tratam de

7 TJMG - Apelação Criminal 1.0024.17.068269-4/001, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/05/2020, publicação da súmula em 18/05/2020.

8 TJPR - 2ª C.Criminal - 0001206- 57.2013.8.16.0039 - Andirá - Rel.: DESEMBARGADOR LUIS CARLOS XAVIER - J. 22.05.2020.

uma prova singular, seja porque o agente policial comparece em juízo apenas para ratificar o trabalho por ele antes realizado ou seja porque uma é apenas o desdobramento da outra: a lavratura do Termo provoca a prova testemunhal e a prova testemunhal acarreta na ratificação do Termo.

6. A NECESSIDADE DE SE ESTABELECEM CRITÉRIOS PARA O CONTROLE DE RELEVÂNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL PRESTADA POR AGENTES POLICIAIS

Segundo dados colhidos pelo Ministério da Justiça em parceria com o IPEA (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 41-42), são mais corriqueiras do que se imagina na prática judiciária tanto a validação sem critérios da palavra do agente policial pelos magistrados quanto a simples ratificação do teor do registro da notícia do crime pelo policial-testemunha: em 14% dos casos, os agentes policiais apenas apresentaram um discurso uniforme e genérico no sentido de inexistência de dúvidas sobre a sua atuação; e, 11,5% dos casos, houve uma busca de legitimação da conduta por parte dos policiais; em 30,7% dos casos, foi constatado um direcionamento dos depoimentos em função dos interesses buscados a partir da leitura prévia da ocorrência e da ratificação da narrativa pelos policiais; em 23% dos casos, houve leitura dos autos pelo Promotor de Justiça e a ratificação da narrativa ou confirmação do teor por parte dos policiais; em 19,2% dos casos, os próprios policiais solicitaram apenas a confirmação do depoimento da fase policial; em 15,3% dos casos, o agente policial prestou um testemunho genérico, artificial e semelhante ao fatos do registro de ocorrência; e em 7,6% dos casos, o magistrado sequer permitiu a narração livre da testemunha, tendo buscado apenas confirmar o depoimento prolatado na fase policial.

E mais, ainda segundo o mesmo estudo (IPEA, 2015, p. 44), em 20% dos casos, o discurso policial foi construído no sentido de apresentar somente os detalhes prejudiciais ao agente supostamente criminoso.

Ante ao exposto, tendo em mente que é uma realidade nos tribunais brasileiros a fé cega na palavra dos policiais em casos flagrante delito e da infração de desacato em decorrência da extrema relevância da presunção de legitimidade e de veracidade, a qual, reforça-se, deveria ter interpretação à luz da presunção *juris tantum*, urge necessária a busca de critérios mínimos de credibilidade para que o depoimento dos policiais possa ser considerado suficiente para, eventualmente, acarretar na condenação.

Nessa linha intelectual, esclarece-se, contudo, que a necessidade de se estabelecer critérios não se trata de tentativa de invocar flagrantes simulados e irregularidades na conduta policial a fim de obstruir o trabalho dos agentes policiais, ou, tampouco, trata-se de meio usado para questionar a integridade dos relatos policiais. Pelo contrário, a necessidade de trazer parâmetros para a valoração da prova testemunhal é motivada pelo correto processo legal na busca do verdadeiro conjunto probatório, isto é, almeja-se apenas a coexistência de outras provas para que se fundamente uma condenação criminal.

Reforça-se, não se trata de tentativa de impedir o uso de depoimentos policiais para a formação da convicção do julgador, até porque tal conduta contraria o princípio do livre convencimento motivado previsto no artigo 155, do Código de Processo Penal, trata-se, efetivamente, de tentativa de equiparar os valores probatórios das provas trazidas a juízo, sejam elas produzidas por acusação ou defesa, em razão de que viola a presunção de inocência estabelecer valor probatório maior ao depoimento do policial, ainda que este goze de presunção de veracidade e legitimidade, em relação ao depoimento de qualquer pessoa, incluindo, por óbvio, o depoimento do acusado.

Significa dizer que a tradição jurisprudencial brasileira de atribuir maior relevância ao depoimento policial, denotando status da presunção de veracidade superior ao da presunção de inocência, contraria a lógica do processo penal democrático e acusatório, como deveria ser, uma vez que as decisões passam a ser baseadas não no poder-saber, ou seja, no conhecimento dos fatos, e sim em uma lógica autoritária fundada no não conhecido, mas na autoridade, e que a gestão de provas acaba tolhida das partes e concedida ao magistrado.

Para mais, embora o depoimento do agente policial que efetuou o flagrante delito de fato deva ser interpretado com vistas à presunção de legitimidade e de veracidade, a conduta típica de se atribuir ao testemunho em juízo máxima veracidade beira a um absurdo jurídico, pois que, “especialmente quando se trata de possível quebra da cadeia de custódia da prova, a fé inabalável nos agentes estatais deve ser invertida, não pela desconfiança pressuposta e sim porque se trata de comprovação de condutas criminalizadas, a partir da presunção de inocência” (ROSA, 2017, p. 446).

Até porque, não sustenta erro o pensar de que o policial responsável pela atuação do flagrante delito vá ratificar a sua versão exarada na data dos fatos quando da prestação de depoimento em juízo, o que o faz para o fim de legitimar a sua conduta.

Nesse espeque, vale salientar que esta postura adotada por muitos policiais na audiência quando, ao não se lembrarem verdadeiramente dos fatos, apenas ratificam o que já consta nos autos e respaldam sua fala pelo simples motivo de “terem estado lá” (LIMA, 1989, p. 76), recebe críticas severas justamente por nada comprovar, por se tratar de mera reprodução, que não deve ser valorada pela sentença (LOPES JR., 2020, p. 281).

Igualmente, Aury Lopes Jr. (2005, p. 257) é categórico ao dizer que a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa dependem de um processo fundado em estrutura dialética, no qual não se admite uma verdade que não é processual. E, é daí que urge a indispensabilidade de estabelecer critérios mínimos para que o depoimento do policial – e de qualquer outra pessoa que figure na condição de testemunha – seja valorado em status de prova singular suficiente para a condenação.

Nessa linha intelectual, sob o intuito de coibir demasiada valoração e sem, no entanto, esperar que o estabelecimento de requisitos venha a garantir a verdade da declaração, mas tão somente minimizar eventuais vícios, Mercedes Fernández López (2009) aponta a existência de, ao menos, quatro critérios de observância obrigatória, vejamos.

O primeiro se baseia na indubitável credibilidade subjetiva do agente, isto é, para o aceite do depoimento como forma contundente de prova, faz-se indispensável a ausência de motivações particulares para incriminar determinado indivíduo, tais como, o sentimento de vingança, o interesse de incriminação para logro próprio e a obediência a outrem.

O segundo e terceiro requisitos traduzem a verossimilhança e a firmeza da alegação marcando como substancial à valoração do depoimento que quem o presta narre objetivamente os fatos e não os modifique no decorrer do processo. Em outras palavras, trata-se de expor de forma irretratável a conduta averiguada quando do flagrante, sem quaisquer relatos descolados da realidade, contraditórios e/ou cheios de lacunas.

Por fim, o quarto requisito se trata da corroboração por outros elementos de prova além do depoimento prestado em juízo, haja vista que, para fins de consolidação de prova singular, é mais do que necessária a existência de outros elementos provenientes de uma mínima investigação.

O que se propõe é que o controle de relevância da prova testemunhal possa vir a ser melhorado quando adotados critérios mais objetivos do que somente a confiança no testemunho. Pois, sendo a realidade dos tribunais a atribuição de demasiado peso à palavra de agentes policiais, a aplicação de critérios lógicos e imparciais junto a uma investigação mais acurada decerto colocaria as armas em flagrante paridade e proporcionaria o efetivo contraditório.

Ademais, considerando o que dispõe o artigo 155, do Código de Processo Penal, acerca da vedação de o magistrado basear sua decisão exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação (BRASIL, 1941), a condenação fundamentada na mera palavra dos policiais que realizaram o flagrante delito, sem qualquer outro elemento que corrobore a denúncia, contraria os preceitos constitucionais vigentes, os quais prezam pelo princípio do contraditório – isso, sem mencionar a violação aos princípios fundamentais do Direito Processual Penal, como, à guisa de exemplo, o princípio do *in dubio pro reo*, o qual determina que, na dúvida ou na falta de provas suficientes para acusação, interpreta-se em favor do acusado.

À vista disso, resta evidente que carece de amparo legal o afastamento do princípio da presunção de inocência, de envergadura constitucional, em função da sobrevalorização da presunção da veracidade e da legitimidade, que, sequer, tem previsão legal.

Com efeito, impõe-se distanciar o olhar do Poder Judiciário do tratamento institucionalmente agregado à palavra do policial para que a presunção de veracidade não se sobreponha à presunção de inocência e não impeça o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa (CORDERO, 1986, p. 51). Isto, a fim de que, a verdade dos relatos, seja ela narrada pelo acusado ou pelo policial, seja demonstrada no decorrer do processo por intermédio de criteriosa e objetiva valoração dos meios de provas passíveis de serem produzidos e não somente por prova singular, a qual pode muito bem estar contaminada pela necessidade de confirmação da atuação adotada pelos policiais na repressão e apuração do fato.

Com base nessa argumentação, Aury Lopes Junior (2020, p. 749) apoia que os tribunais devem ter pelas narrativas dos agentes policiais olhar de extrema atenção e cuidado, vejamos:

(...) não há que se falar em restrição ao depoimento dos policiais. Eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer impedimento. Obviamente, deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejuízos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz

ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento. A restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des) valorar esse depoimento.

Contudo, é recorrente o Ministério Público arrolar como testemunhas apenas os policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito. Busca, com isso, judicializar a palavra dos policiais para driblar a vedação de condenação “exclusivamente” (art. 155 do CPP) com base nos elementos informativos colhidos na investigação (...)

No fundo, é um golpe de cena, um engodo, pois a condenação se deu, exclusivamente, com base nos atos da fase pré-processual e no depoimento contaminado de seus agentes, natural e profissionalmente comprometidos com o resultado por eles apontados (...)

Da mesma forma, Gustavo Henrique Badaró (2015, p. 474), apesar de acreditar que o testemunho policial não deve ser desconsiderado, adota uma posição intermediária: se, de um lado, não podem os policiais serem considerados suspeitos pelo simples fato de ocuparem um cargo público e serem policiais, de outro, não se pode afastar o interesse dos policiais na confirmação da legalidade de sua atuação. Diante disso, Badaró é defensor de uma valoração relativa ao testemunho, de modo a que o testemunho será considerado somente se atender a determinados requisitos e a que não se faz possível uma condenação, em um Estado Democrático de Direito, baseada exclusivamente em depoimentos policiais, ainda que sejam coesos.

Tal porque, ainda há um caminho a ser traçado para a efetiva concretização de um processo penal constitucional corolário de um Estado Democrático de Direito. É que, ao contrário de processualistas como Fernando Capez (2011, p. 74-82), defensores de que no Brasil vigora um sistema penal de natureza mista com predominância acusatória, a doutrina mais progressista e alinhada com os pormenores da materialização das normas invoca que esta posição não condiz com a realidade brasileira. Para Kant de Lima (1989, p. 75), o equívoco em classificar o modelo brasileiro como acusatório se dá tanto na fase pré-processual quanto na processual, fator que acena substancialmente para a impossibilidade de caracterização do sistema penal brasileiro como acusatório ou, tampouco, como misto.

Na mesma linha, para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2002, p. 185), a busca pela verdade real na apuração dos fatos, isto é, a gestão da prova no processo penal brasileiro, é um forte indicativo da prevalência do sistema inquisitorial ao passo que, contrariando o modo estabelecido pelo sistema acusatório onde a gestão da prova incumbe às partes, a gestão da prova atualmente se encontra nas mãos do magistrado, como possibilita o artigo 156, do Código de Processo Penal, o que denota o caráter inquisitorial do sistema vigente.

Ademais, importa também ressaltar que na medida em que, a uma, o entendimento recorrente dos tribunais de que o depoimento de policiais seja bastante para condenação vai de encontro tanto ao princípio constitucional da presunção de inocência quanto da proibição de condenação “exclusivamente” com base em elementos pré-processuais, do artigo 155, do Código de Processo Penal; a duas, que não há impedimento para a prestação de depoimento por policiais, ainda que seu testemunho seja claramente contaminado pela vontade de validação de seus atos; e, a três, que existe um costume entre os magistrados de não levantar qualquer suspeita acerca da palavra do agente policial (RIGON; DE JESUS, 2019, p. 9), vê-se nitidamente a necessidade de valorar objetiva e racionalmente a prova testemunhal em pro-

cessos penais, notadamente em se tratando de casos de flagrância delito, para que não se condene com base somente em prova singular.

Isso porque, o sistema penal não pode ser instrumentalizado para fins estritamente punitivos. Deve, em verdade, ser o reflexo de um sistema capaz de limitar o poder e de ser garantidor do indivíduo (LOPES JR., 2008, p. 6), pois, um sistema penal constitucional e afinado com as diretrizes de um Estado Democrático de Direito deve representar um processo de garantias, no qual eventual resposta penal seja construída a partir de um processo sem arbitrariedades, sobretudo em relação à aplicação da norma.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, importa pontuar que a condenação fundamentada exclusivamente na atuação e na declaração de agentes policiais não se trata de conduta atípica dos magistrados, uma vez traduz a realidade de muitos casos levados à apreciação judicial por ocasião da prisão em flagrante delito e do cometimento de desacato.

Nessa senda, o que ocorre é que, na contramão dos preceitos constitucionais, o acusado, que deveria gozar da presunção de inocência, comparece em juízo já sendo considerado culpado, sem qualquer possibilidade de exercer o contraditório ou de, efetivamente, influenciar na decisão do magistrado, pois que, o Poder Judiciário brasileiro atribui extrema relevância e valoração à fé pública das declarações e da atuação dos policiais em prejuízo do princípio constitucional da não culpabilidade – fator que evidencia o desequilíbrio de pesos existente entre a declaração do policial e do acusado, bem como a conduta antidemocrática e anticonstitucional da condenação baseada em prova singular.

É que a fé inabalável nos atos praticados por agentes públicos torna impossível o exercício da defesa, seja na possibilidade de contraditar os fatos narrados pela acusação, na possibilidade de produzir provas que corroborem a sua linha argumentativa ou ainda na possibilidade de influenciar a decisão do magistrado.

Assim sendo, a problemática ganha força quando do emprego de valoração especial aos testemunhos policiais, os quais apenas ratificam o conteúdo por eles informado no registro da ocorrência, sob o argumento da presunção da verdade e da observância da lei que se espera de agentes estatais, haja vista que, nem sempre, aliás, muitas são as vezes, em que não há nada mais que consubstancie o cometimento de ato ilícito que não a palavra do policial que efetuou o flagrante, os quais costumeiramente são arrolados como testemunhas pela acusação.

Em outras palavras, nota-se que a declaração dos policiais, ainda que desamparada por outras provas, significa a condenação do acusado, afastando, dessa forma, todos os meios possíveis de defesa, uma vez que ao acusado é negada a presunção de inocência e o efetivo exercício do contraditório pelo simples fato de ser visto com descrédito por figurar como réu em uma ação penal.

Assim sendo, à vista de possibilitar um processo penal digno e comprometido com a verdade dos fatos, não merece ser acolhida a acusação baseada simplesmente em provas singulares produzidas pelo Termo Circunstanciando de Ocorrência e do testemunho em juízo, pois que, é mister para um processo penal democrático e constitucional a distinção entre fato alegado e existência de fato pelas provas trazidas e produzidas nos autos.

Isso porque, não se trata de prova suficiente para a condenação depoimentos de agentes policiais prestados em juízo que sejam a simples reprodução do que consta no registro de notícia do crime, uma vez que aceitar provas cruas de tal maneira reflete claramente a vontade do sistema penal brasileiro inquisitorial de condenar a qualquer custo, ainda que sem um robusto conjunto probatório.

É por essa razão que urge a necessidade de um olhar mais rigoroso para a valoração das provas testemunhais, especialmente quando estas perfazem a única prova dos autos, pois que, ao contrário do que vem ocorrendo nos tribunais brasileiros, outros elementos probatórios devem existir para fundamentar a sentença condenatória, de modo que, na inexistência, deve sobrelevar os princípios constitucionais da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Com efeito, salienta-se da importância de se realizar o controle de relevância das provas testemunhais sob requisitos objetivos como, a uma, o descrédito de depoimentos prestados por pessoas com motivações particulares para incriminar o acusado e, a duas, a observância da verossimilhança e firmeza dos fatos narrados no decorrer de todo o processo.

Isso porque, ainda que se fale em depoimentos prestados por agentes estatais, os quais gozam da presunção de veracidade e legalidade, não se vislumbra lisura e imparcialidade em testemunhos realizados por pessoas intencionadas em culpabilizar o acusado ou que, no decorrer do processo, modifiquem o seu testemunho, tornando-o contraditório ou irregular.

Assim o sendo, não se trata de elevar o princípio da presunção de inocência a status imaculável, mas, sim, de possibilitar ao acusado a prova do contrário através do exercício do efetivo contraditório ou da simples produção de outras provas, o que lhe é assegurado constitucionalmente.

Outrossim, considerando o status constitucional da presunção de inocência, não se mostra arrazoado afastá-la em função de prova singular provida pela junção do Termo Circunstanciado de Ocorrência e do testemunho do agente policial que realizou o flagrante e supostamente foi desacato, pois que, na busca da validação da sua própria atuação, o policial mantém o testemunho ainda que não se recorde com exatidão dos fatos. Efetivamente, mostra-se coerente a existência de outras provas para além do depoimento, pois que, para fins de consolidar uma prova, não deveria ser estranho aos procedimentos judiciais demandar a produção de outros elementos probatórios suficientes para corroborar a declaração do agente policial, o que de forma alguma seria traria descrédito para a palavra dos agentes estatais, seria, em verdade, tão somente a promoção da interpretação da presunção *juris tantum* dos atos administrativos.

Desta forma, o que se conclui é que os depoimentos policiais isoladamente não devem vistos como bastantes para uma condenação, mas tão somente quando, corroborados por outros elementos probatórios, os testemunhos forem reflexos da efetiva compreensão dos fatos, de isenção e de imparcialidade.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Poder Legislativo, Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: Poder Legislativo, Brasília, DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: Poder Legislativo, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Diário Oficial da União**: Poder Legislativo, Brasília, DF, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso (3. Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 0000122-34.2014.8.11. 0036. Relator: Desemb. Juvenal Pereira da Silva, 4 de abril de 2018. **DJE**, 13 abr. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel Justiça em Números, anos-base 2019 e 2020**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qv w&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 16 maio de 2021.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CORDERO, Franco. **Guida ala procedura penale**. Torino: Editora UTET, 1986.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: ANUÁRIO Ibero-americano de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DE CARVALHO, Salo. "Making a Drug Dealer": O impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-SC Ordem dos Advogados do Brasil –Seção de Santa Catarina**, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial – volume III. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2020.
- DE JESUS, Maria Gorete Marques. "**O que está no mundo não está nos autos**": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2015. 275 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.
- LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LÓPEZ, Mercedes Fernández. La valoración racional de las pruebas declarativas. **Jueces para la democracia**, v. 64, p. 95-116, 2009.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial (arts. 233 a 359-H) – volume 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Parte Especial**: arts. 213 a 361 do Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

RIGON, Bruno Silveira; DE JESUS, Maria Gorete Marques. Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 162, p. 85-120, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. A policização da justiça: uma análise sobre a hipótese de Foucault no sistema de justiça criminal brasileiro a partir do direito ao contraditório. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, Belém**, v. 5, n. 2, p. 83-102, 2019.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2015. (Série Pensando Direito, n. 59). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 22 de jun. de 2022.

THIBAU, Vinícius Lott. **As presunções legais relativas e o contraditório no paradigma do Estado Democrático de Direito**. 2007. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 25/10/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/10/2021
- Avaliação 1: 06/12/2021
- Avaliação 2: 28/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 16/06/2022
- Retorno rodada de correções: 23/06/2022
- Decisão editorial/aprovado: 10/07/2022

Equipe editorial envolvida

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

TRABALHO DECENTE NO SISTEMA PRISIONAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA GESTÃO DE MÃO DE OBRA CARCERÁRIA DO PARÁ E DO AMAZONAS

DECENT WORK IN THE PRISON SYSTEM: A COMPARATIVE ANALYSIS OF HANDCRAFT MANAGEMENT CÁRCERARIA DO PARÁ AND AMAZONAS

JULIANA OLIVEIRA EIRÓ DO NASCIMENTO¹
 JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO²
 SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY³

RESUMO

Neste artigo, realiza-se uma análise comparativa entre a gestão de mão de obra prisional nos estados do Pará e Amazonas, sob a ótica do conceito de Trabalho Decente. A pesquisa visa responder se, à falta de legislação específica, é possível afirmar que a gestão da mão de obra dos presos nos estados do Pará e do Amazonas traz avanços no que concerne à garantia dos direitos mínimos em prol da dignidade da pessoa humana. A hipótese é que a gestão da mão de obra prisional do Pará e do Amazonas, apresentam avanços na proteção de garantias aos apenados, mas ainda são parcimoniosos na garantia de direitos mínimos em prol da dignidade do detento trabalhador. Por fim, a pesquisa conclui que tanto a gestão da mão de obra dos encarcerados no estado do Pará, como no estado do Amazonas ainda são parcimoniosas na garantia dos direitos mínimos necessários a assegurar o trabalho em condições que respeitem a dignidade da pessoa humana. Para tanto, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica, pelo exame de conceitos e aspectos teóricos, através de obras de Brito Filho (2018), Sarlet (2016), Kant (2007) e Rocha (2011); e uma abordagem qualitativa dos temas.

Palavras-chave: trabalho decente; trabalho carcerário; gestão de mão de obra carcerária no Pará-BR; gestão de mão de obra carcerária no Amazonas-BR.

- 1 Mestranda em Direitos, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Centro Universitário do Pará (CESUPA). Advogada no escritório André Eiró Advogados. ORCID iD: 0000-0002-5754-8937.
- 2 Doutor em Direito pela PUC/SP. Vice-Coordenador do PPGD/CESUPA. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7823839335142794>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4435-6450>.
- 3 Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Desembargadora do Trabalho. Ex-presidente do TRT da 8ª Região (2016-2018). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento e da graduação do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Líder do grupo de pesquisas CNPq Emprego, Subemprego e Políticas Públicas na Amazônia. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1244-6221>.

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

NASCIMENTO, Juliana Oliveira Eiró do; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Trabalho decente no sistema prisional: uma análise comparativa da gestão de mão de obra carcerária do Pará e do Amazonas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 30-52, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8954>.

ABSTRACT

In this article, a comparative analysis is carried out between the management of prison labor in the states of Pará and Amazonas, from the perspective of the concept of Decent Work. The research aims to answer whether, in the absence of specific legislation, it is possible to say that the management of the prisoner's workforce in the states of Pará and Amazonas brings advances in terms of guaranteeing minimum rights in favor of the dignity of the human person. The hypothesis is that the management of the prison workforce in Pará and Amazonas, present advances in the protection of guarantees to the convicts, but they are still parsimonious in guaranteeing minimum rights in favor of the dignity of the detainee worker. Finally, the research concludes that both the management of the workforce of those incarcerated in the state of Pará and in the state of Amazonas are still parsimonious in guaranteeing the minimum rights necessary to ensure work in conditions that respect the dignity of the human person. To do so, the hypothetical-deductive method will be used, with a documentary and bibliographic analysis, by examining concepts and theoretical aspects, through works by Brito Filho (2018), Sarlet (2016), Kant (2007) and Rocha (2011); and a qualitative approach to the themes.

Keywords: decent work; prison work; prison labor management in Pará-BR; prison labor management in Amazonas-BR.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, é possível verificar que o direito ao trabalho em condições que preservem a dignidade da pessoa humana, ou seja, o trabalho decente possui uma vasta proteção no arcabouço jurídico normativo nacional, como na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), bem como no ordenamento jurídico internacional como, por exemplo, no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Tendo em vista que, a dignidade é um atributo intrínseco a todos os indivíduos, preexistente a qualquer direito positivo, não sendo possível excepcionar nem mesmo ao pior indivíduo criminoso condenado, constata-se que é obrigação do Estado oportunizar o labor em condições que respeitem a dignidade humana dentro das penitenciárias.

O mencionado dever estatal fica ainda mais evidente quando se analisa que a Lei de Execuções Penais (LEP - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) (BRASIL, 1984) estabelece benéficos que aproximam o apenado da liberdade, como a remição de pena e a progressão de regime, que estão condicionados à realização de atividades laborais.

Nesse sentido, tanto a LEP como o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (CP) (BRASIL, 1940) asseguram o direito ao trabalho digno aos sujeitos encarcerados, todavia não estabelecem os direitos mínimos a serem garantidos em prol dessa dignidade, bem como há uma determinação expressa na LEP no sentido de vedar a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-Lei nº 5.452/1943) (BRASIL, 1940).

Em decorrência dessa ausência de legislação específica, muitos detentos ficam ao alvêrio de Projetos de gestão de mão de obra carcerária formulados por cada Estado. Com isso, muitas vezes, deixam de ter garantidos direitos mínimos em prol da dignidade humana, o que dificulta o desenvolvimento humano e social, e a reinserção social obrigatória (art. 1º, LEP), revelando-se importante uma pesquisa que busque examinar tais projetos.

Por isso, e tendo em vista o enfoque regional do Programa de Pós Graduação stricto sensu do Centro Universitário do Pará – CESUPA, com o fim de realizar uma investigação comparativa

no que tange aos direitos dos detentos que laboram, selecionou-se a regulamentação da mão de obra encarcerada no Pará, realizada por meio da portaria nº 465/2020 da SEAP/PA (PARÁ, 2020), e no Amazonas, estabelecida em um Projeto de gestão formulado pela Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do Amazonas (SEAP)⁴.

Com isso, a presente pesquisa reúne informações com a finalidade de responder ao seguinte problema de pesquisa: à falta de legislação específica, pode-se afirmar que a gestão da mão de obra dos presos nos estados do Pará e do Amazonas traz avanços no que concerne à garantia dos direitos mínimos em prol da dignidade da pessoa humana?

A hipótese é que a gestão prisional do Pará e do Amazonas, no que se relaciona com a mão de obra dos apenados, considerando a lacuna legislativa específica sobre direitos mínimos de presos que laboram, apresenta avanços na proteção da dignidade desses sujeitos no campo sócio laborativo. Todavia, ainda são parcimoniosos na garantia de direitos mínimos em prol da dignidade do detento trabalhador.

O presente estudo justifica-se pela necessidade de pesquisas sobre a realidade social do labor no cárcere, uma vez que os Projetos de gestão de mão de obra, a que estão submetidos os sujeitos presos, podem estar violando direitos mínimos garantidores de dignidade da pessoa humana.

Atualmente, é possível constatar uma carência de reflexões sobre o labor no cárcere e de pesquisas que relacionem o Sistema Penal e o Trabalho Decente. Tal fato é exemplificado pela incipiente produção acadêmica neste tema. Ao se fazer uma busca no catálogo de Teses e Dissertações da CAPES e na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações, pelas palavras-chaves “Cárcere e Trabalho Decente no Pará”, “Labor digno no sistema carcerário Amazônico”, “Gestão de mão de obra no cárcere”, verificou-se que ainda não se encontram dissertações ou teses que proponham tal análise e investigação.

Desse modo, o presente estudo apresenta relevância teórica pela produção de conteúdo que relaciona a questão trabalhista com o labor nos presídios, bem como pela análise de uma problemática que pode estar afetando diretamente os Direitos Humanos dos indivíduos encarcerados nos estados do Pará e Amazonas.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar as diferenças existentes entre a gestão da mão de obra nos estados do Pará e do Amazonas no que concerne à garantia dos direitos mínimos em prol da dignidade da pessoa humana. Para atingir o fim almejado, o presente artigo é estruturado em seis itens, sendo o primeiro esta introdução; o segundo explana a relação entre trabalho e a noção de dignidade da pessoa humana; o terceiro realiza uma análise do labor prisional no Brasil; o quarto realiza uma análise da gestão de mão de obra do Pará e Amazonas; o quinto expõe uma comparação dessas gestões de mão de obra no que tange aos direitos mínimos garantidos em prol da dignidade humana. Por fim, o sexto e último item apresenta as considerações finais deste estudo.

A pesquisa é substancialmente básica, tendo em vista que se objetiva proporcionar conhecimento científico nos ramos dos Direitos Humanos e fundamentais, bem como no Direito

4 Atualmente, o Projeto de gestão de mão-de-obra carcerária do estado do Amazonas não está disponível para acesso em nenhuma plataforma digital. Contudo, algumas informações sobre o Projeto podem ser localizadas no site da SEAP-AM, no endereço eletrônico <http://www.seap.am.gov.br/trabalhando-a-liberdade/>.

Penal e no Trabalhista, no que tange ao conhecimento sobre as condições de mão de obra no cárcere nos estados do Pará e Amazonas.

No que se refere aos métodos que garantiram as bases lógicas da investigação científica, utiliza-se o hipotético-dedutivo e, ao final, todo o levantamento e análise bibliográfica e documental foi sistematizado de forma qualitativa para fins de conclusão da pesquisa realizada.

Ressalta-se que a pesquisa é exploratória teórica e, quanto aos métodos de procedimento, utiliza-se o bibliográfico, pelo exame pormenorizado de conceitos e aspectos teóricos que se relacionem com o labor decente e indigno carcerário, através de obras de Brito Filho (2018) e Sarlet (2016), bem como de filósofos como Kant (2007) e Rocha (2011).

Quanto às técnicas de pesquisa, utiliza-se a análise de documento de fontes primárias, como normas nacionais e internacionais, normas coletivas, princípios constitucionais, bem como secundárias, no que se refere ao exame pormenorizado dos Projetos de gestão aplicados no Amazonas, de livros e artigos publicados na literatura.

2. O TRABALHO E A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Kant (2007) esclarece que a dignidade humana é uma qualidade intrínseca a todos os seres racionais, tendo em vista que são capazes de realizar ações para realizações pessoais. Logo, os seres humanos são fins em si mesmos, não sendo possível usá-lo como meios para atingir outros fins.

O autor acrescenta que, no reino dos fins, tudo possui um preço e uma dignidade de modo que homem racional não pode ser substituído por outro de igual valor, ele é dotado assim de dignidade humana, não podendo jamais ser instrumentalizado (KANT, 2007).

Além disso, ao apresentar suas lições sobre a dignidade humana, Sarlet (2016) explica que é uma característica de todos os seres humanos preexistente a qualquer direito positivo. Explica também que a dignidade é o que impõe ao Estado, bem como a toda a sociedade, o dever de respeitar o complexo de direitos e garantias estabelecidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH - de 1948 que, segundo ele, é o arcabouço normativo que tornou universal as lições Kantianas.

Desse modo, todos os seres humanos passaram a ser merecedores de igual respeito, tendo o Estado a obrigação de zelar pela dignidade de todos, devendo não somente se abster de ações que possam a violar, como também tendo o dever de atuar positivamente por meio de políticas públicas, como a edição de leis e ações afirmativas, para eliminar obstáculos que possam afastar os indivíduos de uma vida digna (RODRIGUES, 2011).

São nesse sentido as previsões dos diplomas internacionais garantidores de Direitos Humanos, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 igualmente consagra a igualdade entre os indivíduos em dignidade e direitos (ONU, 1948). A mesma previsão se repete no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966).

Além disso, a DUDH, assinada pelo Brasil em 1948, que estabelece “[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ONU, 1948).

Outrossim, é possível verificar que, no rol de direitos estabelecidos neste diploma internacional, com o objetivo de garantir vida digna e minimizar as desigualdades, há, no artigo 23, a prescrição de que todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego, bem como tem direito a igual remuneração por igual trabalho (ONU, 1948).

Além disso, nas “convenções fundamentais” da Organização Internacional do Trabalho (OIT) estão previstos os direitos à “liberdade sindical (87 e 98), a proibição do trabalho infantil (29 e 105), a limitação de idade para o trabalho (138 e 182), bem como a proibição de discriminação (100 e 111)” (BRITO FILHO, 2021, p. 87).

Ademais, verifica-se que no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, há, do mesmo modo, previsões dos direitos mínimos que devem ser assegurados ao homem-trabalhador, nos artigos 6º ao 9º (BRASIL, 1992).

Provavelmente inspirada nesse arcabouço normativo internacional, a CF/88 determina, no artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) e, segundo Sarlet (2016), consagra, em seguida, um extenso rol de direitos fundamentais garantidos a todos sem discriminação, em razão do princípio geral de igualdade (artigo 3º, inciso IV, e 5º, CF/88), como forma de explicitar esse valor (BRASIL, 1988).

Em meio a essa vasta listagem de direitos, verifica-se o direito ao trabalho e à previdência social (artigo 6º). Ademais, com o objetivo de assegurar o labor em moldes que respeitem o valor universal da dignidade humana, a Carta Magna elenca, no artigo 7º, o rol de direitos devidos a todos os sujeitos trabalhadores (BRASIL, 1988).

Na verdade, o que se verifica, de acordo com as lições de Brito Filho (2018), é que se tornou necessário, em vista da necessidade de garantir a dignidade humana e afastar qualquer forma de instrumentalização do indivíduo trabalhador, assegurando o que se denomina Trabalho Decente, entendido pelo autor com um arcabouço de direitos mínimos que devem ser assegurados em prol da dignidade da pessoa humana.

O autor explica que esses direitos mínimos estão divididos em 3 planos. O primeiro plano é o individual, que engloba o “direito ao trabalho” (BRITO FILHO, 2018, p. 51); a “liberdade de escolha do trabalho” (BRITO FILHO, 2018, p. 52); a “igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho” (BRITO FILHO, 2018, p. 52); o “direito a exercer o trabalho em condições que preservem a saúde do trabalhador” (BRITO FILHO, 2018, p. 53); o “direito a justa remuneração” (BRITO FILHO, 2018, p. 54); o “direito a justas condições de trabalho, principalmente limitação da jornada de trabalho e existência de períodos de repouso” (BRITO FILHO, 2018, p. 54); a “proibição do trabalho infantil” (BRITO FILHO, 2018, p. 55).

No que tange ao segundo plano, denominado de coletivo, verifica-se que engloba o direito à “liberdade sindical” (BRITO FILHO, 2018, p. 56). Por fim, o autor explica que o terceiro plano é o da seguridade e corresponde à “proteção contra o desemprego e outros riscos sociais” (BRITO FILHO, 2018, p. 56).

Dessa forma, como o trabalho deixou de ser visto como um simples meio de sobrevivência, passando a ser considerado uma forma de realização dos indivíduos, é possível afirmar que não basta que a oportunidade de trabalho seja garantida, é necessário que o Estado busque formas de regulamentar a atividade para que se desenvolva de forma decente (BRITO FILHO, 2018).

Com isso, o governo do Brasil, em 2003, assumiu o compromisso, junto à OIT, de promover o Trabalho Decente e, em 2006, criou a Agenda Nacional de Trabalho Decente, formada por 4 eixos, a saber: 1) Criação de empregos de qualidade para homens e mulheres; 2) A extensão da proteção social; 3) A promoção e fortalecimento do diálogo social; 4) O respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, expressos na Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho da OIT.

Em razão disso, o Brasil comprometeu-se a garantir, através de políticas públicas, a liberdade de associação e de organização sindical e reconhecimento do direito de negociação coletiva; o fim de qualquer forma de labor forçado ou obrigatório; a eliminação efetiva do trabalho infantil; e a abolição da discriminação no que tange ao emprego e à ocupação.

Tal análise impõe a explicação do que vem a ser considerado o contraponto do trabalho decente. De acordo com Brito Filho (2018), o trabalho indigno seria uma das piores formas de precarização do labor, podendo ser verificado, por exemplo, no trabalho em condição análoga à de escravo, previsto inclusive como crime no art. 149 do CP (BRASIL, 1940).

Essa espécie de superexploração de mão de obra se consuma quando fica constatado (1) o labor de maneira forçada, isto é, quando é “exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”, conforme Convenção nº 29 da OIT; (2) o trabalho desempenhado em jornada exaustiva, de modo que o obreiro sofra com desgastes físicos e mentais, além de malefícios para a sua saúde e/ou vida, ainda que estejam sendo respeitados os limites estabelecidos na legislação vigente; (3) o trabalho com restrição de locomoção por dívida contraída; e (4) o labor realizado em condições degradante que não assegurem o mínimos estabelecido legalmente (BRITO FILHO, 2018).

Além disso, Brito Filho (2018) salienta que igualmente deve ser considerado trabalho indigno o labor escravo por equiparação. De acordo com as lições do autor, o crime se consuma quando há a retenção do obreiro “em seu local de trabalho por meio do cerceamento do uso de qualquer meio de transporte, ou com vigilância extensiva, ou pela retenção de seus documentos ou objetos de uso pessoal” (BRITO FILHO, 2018, p. 109).

Importa destacar que as Convenções da OIT nº 29 (OIT, 1930) e 105 (OIT, 1957), ambas ratificadas pelo Brasil por decreto publicado em 1966, já regulamentam o combate ao labor em condição análoga à de escravo. Com isso, o país passa a ter o dever de combater o labor obrigatório ou forçado e de forma alguma utilizá-los.

Por fim, Brito Filho (2018) aponta que o labor realizado por crianças e adolescentes, e o intermediado, ou quando ocorre discriminação e/ou exclusão, isto é, quando os empregadores dispõem tratamento desigual ou até excluem do mercado de trabalho “[...] pessoas que, por qualquer circunstância são discriminadas e/ou pertencem a grupos vulneráveis [...]” (BRITO FILHO, 2018, p. 117-118), de igual maneira é trabalho indigno.

Diante do panorama descrito, visualiza-se que o Estado tem o dever de garantir a efetivação do labor a todos os indivíduos sem qualquer forma de discriminação, bem como deve atuar

positivamente para assegurar que o trabalho seja desempenhado em moldes que respeitem todos os direitos mínimos garantidores de dignidade humana.

3. O TRABALHO PRISIONAL NO BRASIL

No que se refere aos sujeitos encarcerados, tendo em vista o princípio geral de igualdade consagrado nos art. 3º, inciso IV e 5º da CF/88 (BRASIL, 1988), é possível verificar que, se o preso mantém todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, devendo as autoridades respeitarem a integridade física e moral (artigo 38º do CP e 3º da LEP) do detento, conforme artigo 3º, da LEP (BRASIL, 1984), e artigo 38, do CP (BRASIL, 1940), o direito ao trabalho em moldes que respeitem a dignidade humana deve ser assegurado dentro das penitenciárias.

Além disso, constata-se a existência de benefícios, condicionados à prática de atividade laborativa, capazes de aproximar o apenado do direito constitucional à liberdade que enfatizam a necessidade de criação de vagas de trabalho no sistema carcerário, a saber: a progressão de regime, prevista no artigo 112 da LEP, bem como a remição de 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho, conforme o artigo 126 da LEP (BRASIL, 1984).

Contudo, tendo em vista, conforme já mencionado, que a noção de dignidade da pessoa humana se aplica a todos os indivíduos, o labor desempenhado pelos presos deve ser regulado por parâmetros que respeitem esse valor e deve objetivar, conforme dispõe o artigo 1º da LEP, que elenca os objetivos da execução penal, a ressocialização do apenado, o que parece estar sendo um desafio para o Estado durante o período de custódia do condenado (BRASIL, 1984).

É bem verdade que a LEP determina, no artigo 28, que o trabalho do preso deve ocorrer em condições dignas, devendo ter por finalidade, além da produção, a educação. Além disso, o mesmo diploma jurídico estabelece, no artigo 83, que as penitenciárias devem possuir em duas dependências, dentre outras coisas, áreas e serviços destinados à assistência e ao trabalho (JULIÃO, 2009).

Soma-se a isso que, de acordo com a LEP, a assistência destinada ao preso deve visar à ressocialização, devendo compreender, dentre outras coisas, a formação profissional do detento que deve se dar, por exemplo, por meio do trabalho (artigos 17 a 21 da LEP) (JULIÃO, 2009).

Outrossim, o labor no cárcere deve ser também considerado como um dever social, tendo em vista que a remuneração auferida deverá ser usada para indenizar os danos causados pelo delito, desde que haja determinação judicial e não tenham sido de outro modo reparados; bem como deverá, em parte, ser destinado à assistência familiar do preso; a pequenas despesas pessoais e ao ressarcimento do Estado pelos custos da manutenção do condenado sob sua custódia, conforme art. 29, §1º, da LEP (BRASIL, 1984).

A problemática decorre do fato de que a LEP pouco dispõe sobre quais os direitos mínimos a serem garantidos em prol do trabalho que preserve a dignidade humana do encarcerado, bem como que garanta que o trabalho funcione como uma verdadeira ferramenta de ressocialização.

O que se verifica é que a LEP se restringe apenas a assegurar as precauções relativas à segurança e higiene, no artigo 28, §1º, uma remuneração que, na contramão dos ditames

constitucionais, poderá ser de inferior ao salário mínimo, de acordo com o artigo 29, bem como um limite à jornada de trabalho, no artigo 33, compatível com as previsões constitucionais (BRASIL, 1984).

Além disso, constata-se que o artigo 28, § 2º, da LEP, prevê expressamente a inaplicabilidade da proteção da CLT (BRASIL, 1943) às relações de trabalho estabelecidas com os apenados, pois, segundo a Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983 do mesmo diploma legal, inexistente “[...] condição fundamental, de que o preso foi despojado pela sentença condenatória: a liberdade para a formação do contrato”, gerando apenas um vínculo de natureza pública (BRASIL, 1984).

Em razão disso, verifica-se que há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma carência de legislação específica que tenha por finalidade regulamentar os direitos mínimos a serem garantidos aos indivíduos encarcerados em prol do trabalho em condições que assegurem a dignidade humana e que seja um meio de redução dos obstáculos para a reinserção social do detento.

Como consequência dessa ausência de parâmetros regulatórios mínimos à exploração da mão de obra presa, cada Estado elabora e implementa o seu próprio método de gestão de mão de obra dentro dos presídios. Isso torna possível a supressão de diversos direitos imprescindíveis para garantir que o labor seja desempenhado de forma digna e muitos apenados acabam ficando ao alvedrio de condições de labor violadoras da dignidade humana e, conseqüentemente, dos Direitos Humanos.

Tal constatação se confirma, por exemplo, quando verificamos as conclusões a que chegou Julião (2009), após quatros anos pesquisando sobre educação e profissionalização como forma de reinserção social do apenado no sistema penitenciário do Rio de Janeiro. De acordo com o autor, o labor dentro do sistema carcerário é muitas vezes mal remunerado, não estão de acordo com normas mínimas necessárias à preservação da saúde, segurança e higiene dos presos. Além disso, em sentido contrário às previsões básicas da LEP, não há a garantia de vagas para todos os encarcerados e pouco se dá importância à verdadeira formação profissional dos detentos.

No mesmo sentido observam-se as conclusões das investigações realizadas por Lemos, Mazzilli e Klering (1998) sobre o trabalho prisional do Rio Grande do Sul, em que afirmam a incapacidade do Estado de efetivar o labor no cárcere como um meio de reinserção social após o cumprimento de pena. Além disso, explicam que, no lugar de trazer como benefício o desenvolvimento pessoal do preso, apenas geram desgastes psicológicos, tendo em vista que ocorrem de forma repetitiva e com pouquíssimo envolvimento do preso no processo produtivo.

Outrossim, os autores descrevem que o labor, muitas vezes, ocorre sob a égide da rigidez e pressão, ocasionando sofrimento, doenças e envelhecimento aos corpos dos apenados. Por fim, explicam que todo esse panorama somente garante um enorme desequilíbrio psíquico que afasta cada vez mais o encarcerado de um bom e adequado retorno ao convívio social (LEMOS; MAZZILLI; KLERING, 1998).

Realizado esse panorama geral sobre o trabalho dos encarcerados no Brasil, far-se-á uma análise comparativa entre a gestão da mão de obra dos presos nos estados do Pará e do Amazonas, de modo a examinar se os parâmetros mínimos instituídos ao labor dos apenados

nessas regiões são capazes de proteger a dignidade humana e garantir o labor como uma ferramenta de reinserção social obrigatória.

4. ANÁLISE DA GESTÃO DE MÃO DE OBRA DO PARÁ E AMAZONAS

Com o objetivo de comparar como os dois Estados, que abrigam uma das maiores massas carcerária da região Amazônia⁵, estão garantindo os direitos mínimos em prol do Trabalho Decente aos sujeitos encarcerados, neste item é realizada, em primeiro lugar, uma análise da gestão de mão de obra do estado do Pará e, em seguida do estado do Amazonas, no que se refere aos direitos assegurados aos presos que realizam atividade laborativa.

Posteriormente, passa-se a uma análise comparativa entre a coordenação das atividades laborais nesses estados, no que diz respeito aos direitos mínimos assegurados com o fim de garantir o trabalho em moldes que preservem a dignidade humana, sob a ótica do conceito de Trabalho Decente.

4.1 ANÁLISE DA GESTÃO DE MÃO DE OBRA NO SISTEMA PRISIONAL DO PARÁ

Atualmente, no estado do Pará, a gestão do trabalho no sistema penitenciário está regulamentada pela Portaria nº 465/2020 – GAB/SEAP, elaborada pelo Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Pará, publicada no Diário Oficial nº 34.226, no dia 21 de maio de 2020 (PARÁ, 2020).

A Portaria tem como objetivo normatizar e estabelecer procedimentos para a realização das atividades laborais do sujeito privado de liberdade, seja preso provisório ou sentenciado, custodiado em unidades prisionais do estado ou em unidades hospitalares (PARÁ, 2020).

A Portaria estabelece que o trabalho realizado pelo sujeito custodiado será dividido em (1) operações de produção, como agropecuária, artefatos, artesanatos, cortes e costuras industriais, fraldas descartáveis, marcenaria, panificadora e confeitaria, reciclagem, serralheria, vasouraria, dentre outros que visem a criação de produtos nas unidades prisionais produtivas; e (2) prestação de serviços em unidades prisionais e administrativas da SEAP e em entidades do Poder Executivo e Legislativo estaduais, municipais e federais, Poder Judiciário, Ministério Público Estadual e Federal, organizações da sociedade civil, organizações não governamentais, organizações sociais, organismos internacionais, federações sindicais, sindicatos e outras entidades e empresas privadas, firmados por meio de convênios ou termos de cooperação técnica, como conservação e recuperação ambiental, distribuição de alimentação, higienização, limpeza e desinfecção de órgãos públicos e unidades prisionais, limpeza de vias públicas, lavanderia, e outras prestações de serviços implementadas após a publicação da Portaria (PARÁ, 2020).

5 Conforme consulta realizada no endereço eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública. <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>.

Ressalta que, nesse último caso, a alocação do sujeito preso nas atividades deverá ser realizada pelo técnico em reinserção social observando os critérios definidos pela Coordenadoria de Trabalho e Produção (CTP/DRS), acerca, principalmente, da geração ou informação do Número de Identificação do Trabalhador (NIT) para garantias de benefícios previdenciários no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), na espécie de segurado facultativo (PARÁ, 2020).

No que tange à jornada de labor dos detentos trabalhadores, a Portaria dispõe que não poderá ser inferior a 6 horas nem superior a 8 horas por dia, salvo se for atribuído um horário especial em virtude de algum tipo de trabalho que esteja vinculado com a produção de algum item ou prestação de algum serviço que seja essencial ou emergencial para a SEAP ou de interesse público (PARÁ, 2020).

Os detentos que tenham interesse em realizar atividades laborais deverão passar por uma seleção realizada por uma equipe multidisciplinar da unidade prisional, momento em que será avaliada a compatibilidade da aptidão física e mental do preso para a realização da atividade laboral pretendida, bem como será examinado o comportamento do detento (PARÁ, 2020).

Ademais, é necessário que os apenados passem por uma triagem biopsicossocial que identificará os sujeitos que não possuem documentos essenciais de cidadão e de trabalhador, como Certidão de nascimento, Carteira de identidade, Cadastro de pessoa física, Carteira de Trabalho e Previdência Social, para realizar as respectivas emissões (PARÁ, 2020).

É importante destacar que a Portaria resguarda também o direito ao trabalho aqueles detentos que estão em condição idosa acima de 60 anos, com doenças, bem como de pessoas com deficiência (PcD), porém, que possuem capacidade laborativa preservadas. Nestes casos, deverá ocorrer a contratação de seguro contra acidente de trabalho, bem como é necessário que a jornada de trabalho esteja em conformidade com os parâmetros constitucionais (PARÁ, 2020).

Além disso, a Portaria regulamenta que, antes de iniciadas as atividades descritas no convênio de cooperação, o preso deve receber todo o treinamento e orientação profissional necessário e adequado à boa execução do trabalho (PARÁ, 2020).

Conforme já mencionado, as atividades laborais permitem que os presos se beneficiem de formas mais céleres de atingir a liberdade. Nesse sentido, na hipótese de o apenado sofrer alguma espécie de acidente de trabalho que o impeça de trabalhar, a Portaria estabelece que o acidentado continue a se beneficiar da remição de pena (PARÁ, 2020).

Cumprido salientar também que a Portaria determina que o seguro contra acidente de trabalho deve ser contratado pelo Estado, em benefício do apenado, mas, na hipótese desta contratação estatal não ocorrer, é dever do conveniado promover a contratação (PARÁ, 2020).

Acrescenta-se que a Portaria especifica que, nos casos de acidente de trabalho ou no trajeto para o local de exercício da atividade laboral, será de responsabilidade do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) da entidade conveniada, a prestação de assistência à saúde e a elaboração da Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) (PARÁ, 2020).

A Portaria ressalta que a frequência nas atividades laborais da pessoa privada de liberdade deve ser anotada em folha de frequência apropriada e lançada em ferramenta eletrônica

ou sistema de informação, bem como deve ser monitorada e organizada constantemente (PARÁ, 2020).

Sobre a remuneração do sujeito preso, a Portaria dispõe que o apenado que realiza trabalho prisional na SEAP estadual receberá somente uma parcela da bolsa remunerada classificada conforme a atividade de operações de produção ou de prestação de serviços prestada, senão vejamos (PARÁ, 2020).

Nos casos de agropecuária na Colônia Penal Agrícola de Santa Izabel, a bolsa remunerada corresponderá a R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais); na Marcenaria na Central de Triagem Metropolitano II e Centro de Recuperação do Coqueiro será de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais); nos casos de Serviços Gerais em todas as unidades prisionais a bolsa remunerada totalizará R\$ 100,00 (cem reais); no caso do detento realizar Serviços Gerais na sede da SEAP, receberá R\$ 746,77 (setecentos e quarenta e seis reais e setenta e sete centavos); nas Unidades prisionais produtivas, a bolsa é de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) (PARÁ, 2020).

Tal remuneração se diferencia daquela determinada na Portaria às pessoas privadas de liberdade que trabalham em entidades conveniadas, caso em que a remuneração estará disposta em instrumento firmado e terá o valor global de 01 (um) salário-mínimo vigente, devendo incluir o percentual da contribuição previdenciária na modalidade de segurado facultativo (PARÁ, 2020).

Salienta-se que a Portaria ressalta que, nos casos de convênios firmados antes da sua publicação, o valor da remuneração poderá ser diferente (PARÁ, 2020).

De acordo com o que já foi salientado, o trabalho também é para o preso um dever social, pois o salário auferido deve atender a algumas espécies de indenização. No estado do Pará, a Portaria também define a que deverá ser destinado o valor percebido pelos detentos em decorrência da sua atividade laboral, bem como o percentual correspondente (PARÁ, 2020).

Nos casos das pessoas privadas de liberdade em regime aberto, a remuneração líquida atenderá a seguinte distribuição: 25% (vinte e cinco por cento) da destinado à família e/ou dependente que, na hipótese de inexistência, somará a remuneração da pessoa privada de liberdade; 50% (cinquenta por cento) será destinado à pessoa privada de liberdade, para gastos pessoais; bem como 25% (vinte e cinco por cento) ao ressarcimento do Estado, pelas despesas realizadas com a manutenção da pessoa privada de liberdade (PARÁ, 2020).

No que tange à remuneração líquida percebida pelos sujeitos que cumprem pena em regime semiaberto, a distribuição deverá ocorrer de maneira diferente, sendo que 25% (vinte e cinco por cento) da remuneração poderá ser destinado à família e/ou dependente da pessoa privada de liberdade, 25% (vinte cinco por cento) destinado à pessoa privada de liberdade; 25% (vinte e cinco por cento) à constituição do pecúlio, depositado em conta poupança; bem como 25% (vinte e cinco por cento) da remuneração ao ressarcimento do Estado (PARÁ, 2020).

Ressalta-se que o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) destinado aos custos pessoais da pessoa privada de liberdade, somente poderá ser recebido pelo sujeito apenado quando receber algum benefício judicial de licença temporária, progressão de regime, livramento condicional ou alvará de soltura (PARÁ, 2020).

Por fim, os detentos em regime fechado terão sua remuneração líquida distribuída em 25% (vinte e cinco por cento) à família da pessoa privada de liberdade e/ou dependente que,

na hipótese de inexistência, somará ao pecúlio; 50% (vinte e cinco por cento) à constituição do pecúlio; e 25% (dez por cento) da remuneração ao ressarcimento do Estado, pelas despesas com a manutenção do custodiado (PARÁ, 2020).

Em conformidade com o que dispõe a LEP, a Portaria determina que os detentos poderão realizar atividades que tenham a finalidade educativa e produtiva, exclusivamente com o propósito de capacitação profissional, para remição da pena e com possibilidade de recebimento de bolsa remunerada e a jornada normal de trabalho prisional deverá estar em conformidade com os ditames constitucionais (PARÁ, 2020).

Por fim, a Portaria dispõe que os egressos do Sistema Penitenciário também serão beneficiados pela Portaria 465/2020 – GAB/SEAP (SEAP, 2020). Além disso, determina que a Coordenadoria de Assistência ao Egresso e Família (CAEF/DRS) da Diretoria de Reinserção Social passa a ter o dever de atuar de forma conjunta para garantir os direitos previstos na LEP, bem como inserir os presos e os egressos em uma rede de inclusão e proteção social (PARÁ, 2020).

Igualmente, devem ser articuladas ações com o objetivo de formar uma rede de cidadania que promova a reinserção social, a capacitação profissional e a valorização desses sujeitos de modo que seja possível inseri-los no mercado de trabalho (PARÁ, 2020).

Do mesmo modo, a SUSIPE, no que tange à relação comportamental trabalho/empresa, passa a ter a função de acompanhar, monitorar e fiscalizar o desempenho dos detentos nas empresas e instituições conveniadas, bem como deve ajudar na reconstituição da cidadania através de ações que garantam direitos elementares, como a documentação civil (PARÁ, 2020).

4.2 ANÁLISE DA GESTÃO DE MÃO DE OBRA NO SISTEMA PRISIONAL DO AMAZONAS

Atualmente, no estado do Amazonas, as atividades laborais dos sujeitos apenados são reguladas por um Projeto de gestão de mão de obra⁶ elaborado pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP). Esse órgão, conforme a Lei estadual nº. 4.163, de 09 de março de 2015 (AMAZONAS, 2015), tem a função tanto de elaborar, como de implementar, monitorar e avaliar políticas públicas que visem à reintegração dos sujeitos encarcerados e à humanização da pena, respeitando a integridade física e moral do preso, conforme 5º, XLIX, da CF/88 (BRASIL, 1988).

Em vista de assegurar que o detento tenha a oportunidade de se beneficiar da progressão de regime e da remição de pena pelo trabalho, o Projeto tem o objetivo de criar meios de oportunizar o labor para os apenados que cumprem pena em regime fechado e semiaberto (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a)

Ademais, o Projeto estabelece, em conformidade com o que ordena a LEP (BRASIL, 1984), que o trabalho do apenado não deve visar somente a produção, mas ao aprendizado e à capacitação dos sujeitos dentro do cárcere; com isso, é possível estimular a reinserção social obrigatória do preso após o cumprimento de pena e evitar a reincidência (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

6 Atualmente, o Projeto de gestão de mão-de-obra carcerária do estado do Amazonas não está disponível para acesso em nenhuma plataforma digital. Contudo, algumas informações sobre o Projeto podem ser localizadas no site da SEAP-AM, no endereço eletrônico <http://www.seap.am.gov.br/trabalhando-a-liberdade/>.

No Amazonas, os detentos que tenham interesse em ocupar a vaga de trabalho devem ser submetidos a um processo seletivo realizado pela Comissão Técnica de Classificação (CTC), composta por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, de modo que seja possível definir se o preso possui as aptidões necessárias para ocupar a vaga pretendida, bem como avaliar a responsabilidade, tipo de crime, seu psicológico e comportamento carcerário, em vista de garantir a segurança de todos os envolvidos nas atividades (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

O Projeto determina, de forma expressa, em conformidade com o que dispõe a LEP (BRASIL, 1984), que as atividades laborais realizadas pelos detentos não geram vínculo empregatício, ou seja, não é uma relação regida pelas CLT (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Outrossim, estão enumerados também os direitos sociais, constitucionalmente previstos a todos os trabalhadores, aos quais os detentos que realizam atividades laborativas não farão jus, a saber: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), aviso prévio indenizado ou não, indenização adicional prevista no artigo 9º da Lei 7.238/84, repouso semanal remunerado, feriados ou dias santificados, férias + 1/3 constitucional, 13º salário, licença paternidade, contribuição previdenciária (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019b).

Do mesmo modo, o Projeto dispõe claramente sobre os direitos que devem ser assegurados a esses trabalhadores, como, por exemplo, a remuneração pelas atividades prestadas que deve corresponder ao valor do salário mínimo (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Ressalta-se que o Projeto também estabelece como esse valor deverá ser fracionado, de modo que 10% deve ser depositado mensalmente, por meio do Documento de Arrecadação (DAR), a título de ressarcimento ao Estado; 5% destinado ao trabalhador, deverá ser depositado em caderneta de poupança e constituir um pecúlio a ser entregue quando posto em liberdade; 25% destinado ao pagamento de indenização pelos danos causados pelo crime, desde que determinado judicialmente; 25% para pagamento de multa, se determinada judicialmente; 25% para assistência familiar e de seus dependentes (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Com isso, após todos os descontos, o apenado fará jus a apenas 10% do salário-mínimo recebido para custeio de despesas pessoais. Ademais, deve receber valor referente à alimentação e transporte - quando couber, conforme estabelece o Estatuto Penitenciário do Estado do Amazonas - Lei nº 2711 de 28 de dezembro de 2001 (AMAZONAS, 2001). Além disso, a empresa deve fornecer quantidade suficiente de uniforme, EPI - equipamento de proteção individual - e treinamento adequado para a prática da atividade laboral (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Na qualidade de segurado facultativo, ao sujeito apenado será devido o valor de 11% referente ao pagamento da contribuição do regime geral da previdência social (INSS), depositado em conta e gerido pelo Fundo Penitenciário do Estado do Amazonas - PUPEAM (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

É importante ressaltar que a SEAP tem o dever legal de implementar medidas para preservar a vida e a saúde do detento e, do mesmo modo, a empresa deve manter o ambiente de trabalho nos padrões das normas de Segurança e Medicina no Trabalho. A SEAP deve garantir,

igualmente, a segurança de todos os envolvidos na atividade laborativa, bem como deve controlar a folha de frequência dos apenados e os documentos que comprovem pagamentos devidos aos encarcerados (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

A jornada de trabalho do sujeito preso deve respeitar os limites constitucionalmente previstos, bem como a empresa beneficiária do serviço prestado pelo apenado deve realizar o controle dessa jornada, estabelecer os horários e locais da atividade laborativa, bem como assegurar descanso nos domingos e feriados (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

5. COMPARAÇÃO DA GESTÃO DE MÃO DE OBRA CARCERÁRIA NO PARÁ E AMAZONAS

Após apresentadas as principais previsões estabelecidas nas gestões de mão de obra dos estados do Pará e Amazonas, esse item tem como objetivo expor uma análise comparativa entre o Projeto de gestão e a Portaria, com a finalidade de analisar quais as diferenças entre ambos no que se refere aos direitos mínimos necessários de serem garantidos aos apenados em prol de que laborem em condições que preservem a dignidade humana, de modo que o trabalho prisional seja uma ferramenta de ressocialização.

Primeiramente, é possível verificar que a Portaria do Estado do Pará visa regulamentar os procedimentos para o trabalho prestado pelo apenado às unidades prisionais e administrativas da SEAP/PA, bem como às entidades do Poder Executivo e Legislativos da esfera federal, estadual e municipal; Poder Judiciário, Ministério Público Estadual e Federal, organizações da sociedade civil, organizações não governamentais, organizações sociais, organismos internacionais, federações sindicais e sindicatos e outras entidades ou empresas privadas (PARÁ, 2020).

Nesse ponto já é possível constatar uma diferença evidente no que se refere ao Projeto de gestão do Estado do Amazonas, verifica-se que esse diploma normativo possuiu o objeto de normatizar o labor prestado pelos encarcerados apenas às empresas privadas, à SEAP e outras Secretarias Estaduais (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Ademais, a Portaria elaborada pela SEAP/PA disciplina o trabalho dos presos que cumprem pena em regime aberto, semiaberto e fechado (PARÁ, 2020), enquanto que o Projeto de Gestão do Amazonas, ora analisado, dispõe somente sobre as atividades laborais prestadas por apenados em regime fechado e semiaberto (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Cumpram ressaltar que tanto a Portaria do Pará (PARÁ, 2020), quanto o Projeto de gestão do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), regulamentam um processo de seleção ao qual o preso deve ser submetido para que sejam analisadas as suas aptidões, capacidade e comportamento. Com essa previsão, é possível que o encarcerado seja colocado em uma atividade compatível e seja garantida, de forma mais adequada, a segurança de todos os envolvidos nas atividades laborais.

No que tange aos direitos mínimos a serem garantidos em prol do trabalho em condições que respeitem a dignidade humana, após a análise dos Projetos de gestão de mão de obra carcerária do Pará (PARÁ, 2020) e Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), foi possível verificar que, diante da carência legislativa no que tange à proteção desses direitos aos apenados que trabalham, é possível considerar que a criação de projetos que visem estimular a criação de vagas de trabalho e regulamentar o trabalho no cárcere é um enorme avanço. Todavia, ainda se constata que a garantia desses direitos mínimos é bastante parcimoniosa.

Brito Filho (2018), ao explicar os direitos mínimos a serem garantidos ao homem-trabalhador, explica que, no plano individual, o Estado deveria criar meios e condições para garantir o direito ao trabalho, bem como todos os demais direitos dele decorrentes. Além disso, tem o dever de criar mecanismos para que o sujeito possa manter uma vida digna, assim como a sua família.

No que tange à regulamentação do trabalho no cárcere, a Portaria elaborada pela SEAP/PA visa estimular a criação de vagas para oportunizar o trabalho aos presos que cumprem as penas em regime aberto, semiaberto e fechado (PARÁ, 2020), enquanto o Projeto de Gestão do Amazonas, ora analisado, abarca uma quantidade menor de indivíduos, isto é, somente os apenados em regime fechado e semiaberto, não regulamentado as hipóteses de regime aberto (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Em relação aos egressos do Sistema Penitenciário, verifica-se que são expressamente beneficiados pela Portaria do Pará (PARÁ, 2020), enquanto o Projeto do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a) não possui qualquer previsão relativa a esses sujeitos. Salienta-se que muitos desses indivíduos sofrem com uma enorme dificuldade de reinserção no mercado de trabalho, criando um verdadeiro obstáculo à ressocialização. Logo, é demasiadamente importante uma gestão de mão de obra que vise oportunizar vagas de trabalho para esses egressos.

Ademais, a Portaria do Estado do Pará possui o objetivo de garantir a oportunidade de emprego para detentos maiores de 60 (sessenta) anos e/ou com doença, e para pessoas com deficiência (PcD), mas que possuam a capacidade de laborar (PARÁ, 2020). A previsão não se repete no Projeto de Gestão do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Desse modo, é evidente que, no que se refere ao direito social ao trabalho, a Portaria elaborada pela SEAP-PA (PARÁ, 2020) parece regular de forma mais abrangente e adequada a oportunidade de labor tanto para os encarcerados como para os egressos do sistema prisional do que o Projeto de gestão de mão de obra do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Cumprir destacar que Brito Filho (2018) leciona também que é necessário que seja assegurada a liberdade de escolha do trabalho. O autor explica que a escolha da atividade laboral deve decorrer da livre vontade do trabalhador, sendo vedado submeter qualquer indivíduo ao trabalho forçado e que não derive do seu espontâneo desejo.

Aqui cabe ressaltar que, apesar de a CF/88, vedar, expressamente, a pena de trabalho forçado (artigo 5º, inciso XLVII, alínea c) (BRASIL, 1988), a LEP dispõe, no artigo 31, que o condenado com sentença transitada em julgado à pena privativa de liberdade está obrigado

a trabalhar (BRASIL, 1984). Apesar de aparentemente contrariar o texto constitucional, essa previsão da LEP nunca foi declarada inconstitucional.

No que se refere à gestão da mão de obra presa nos estados do Pará e Amazonas, é possível verificar que tanto no Projeto (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), como na Portaria editada pela SEAP-PA (PARÁ, 2020), não há qualquer previsão expressa no que se refere ao trabalho de forma não espontânea pelo trabalhador, na verdade, ambos determinam que “os interessados na vaga” devem se submeter ao processo seletivo, de modo que se denota que a opção pelo trabalho ocorrerá de forma livre.

Além disso, Brito Filho (2018) explica que também é necessário que seja garantido o direito à igualdade no exercício do trabalho. Segundo o autor, a oportunidade de labor deve ser oferecida sem qualquer forma de discriminação; do mesmo modo, a gestão dentro da tomadora da atividade deve ocorrer sem qualquer distinção.

Nesse sentido, é possível verificar que tanto na gestão do Pará (PARÁ, 2020) como na do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), existe expressamente o objetivo de reinserção social do preso após o cumprimento de pena, de modo a tentar evitar a discriminação que sofrem os egressos do sistema penal ao serem inseridos no mercado de trabalho.

Todavia, somente o Projeto do Amazonas determina o atendimento adequado das necessidades do preso trabalhador no que se refere a treinamento, EPIs, uniforme, de modo que seja possível desempenhar suas atividades de forma digna, sem escassez desses itens, conforme se supõe que laborem os demais trabalhadores da beneficiária do serviço (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

De outro lado, a Portaria de SEAP-PA parece observar a enorme resistência existente em empregar egressos do sistema prisional, pois determina que sejam elaboradas ações que garantam àqueles que já cumpriram a pena estabelecida, meios de serem (re) inseridos no mercado de trabalho, evitando a discriminação (PARÁ, 2020).

Outrossim, apenas essa Portaria possui uma previsão que determina que devem ser garantidas oportunidades de labor aos detentos maiores de 60 (sessenta) anos e/ou com doença e para apenados com deficiência (PcD) (PARÁ, 2020).

Desse modo, nota-se que, apesar de existirem previsões que visam à igualdade no exercício do trabalho, em especial, na Portaria do Estado do Pará (PARÁ, 2020), que parece ter avançado um pouco mais nesse aspecto, é evidente a necessidade de que ambos os projetos previssessem a fiscalização e o controle de discriminação nas entidades que se beneficiam do labor de detentos e egressos.

Acrescenta-se que, de acordo com as lições de Brito Filho (2018), deve ser garantido o direito a exercer o trabalho em condições que preservem a saúde do trabalhador, bem como a sua vida. O autor esclarece que “De nada adianta ao trabalhador um emprego, mesmo com remuneração razoável, se sua saúde estiver comprometida” (BRITO FILHO, 2018, p. 53).

Nesse sentido, verifica-se que a Portaria do Pará (PARÁ, 2020) e o Projetos de gestão de mão de obra carcerária do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a) determinam que aquele que esteja se beneficiando do trabalho do apenado tem a obrigação de zelar pelas instalações e infraestrutura, mantendo o ambiente de trabalho

dentro dos padrões de segurança e higiene exigidos. Ademais, ambas as gestões determinam o direito ao treinamento e orientação adequada, devendo ser fornecido pela beneficiária do serviço para a execução de modo seguro e adequado das atividades prestadas.

No entanto, constata-se que somente o Projeto do Estado do Amazonas faz referência expressa ao respeito às normas de Segurança e Medicina no Trabalho, bem como determina que sejam fornecidos os materiais e EPIs necessários ao bom desempenho das atividades e que a empresa que abrigue a mão de obra dos presos fiscalize, oriente e exija o uso desses (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Em contrapartida, apenas a Portaria do Pará determina que o Estado tem o dever de contratar um seguro acidente de trabalho em benefício da pessoa privada de liberdade, na ausência dessa contratação, o diploma normativo estabelece expressamente que aos conveniados caberá promover o seguro (PARÁ, 2020)

Brito Filho (2018) explica que ao sujeito trabalhador deve ser garantido o direito à justa remuneração capaz de suprir as suas necessidades, bem como as de seus familiares e detentos, de modo que possam viver com dignidade. Além disso, a contraprestação pelo serviço deve ser correspondente aos serviços realizados.

É bem verdade que tanto o diploma normativo que regulamenta o trabalho dos encarcerados no Pará (PARÁ, 2020), como do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a) determinam que devem ser remunerados em valor não inferior a 1 (um) salário mínimo, quando realizam atividades laborais em entidades ou empresas privadas. Todavia, é possível verificar que, na Portaria que regulamenta o trabalho no sistema carcerário, há a permissão de que o detento receba bolsas remuneratórias em valor inferior ao mínimo legalmente previsto quando labora na SEAP/PA (PARÁ, 2020).

Ademais, cumpre ressaltar que tanto no Pará o salário percebido pelo apenado que realiza atividades laborais deve atender a distribuições específicas em percentuais elevados, com isso os presos que trabalham sofrem uma redução drástica no valor real da remuneração auferida (PARÁ, 2020). O mesmo se repete com os apenados no Amazonas. Por exemplo, no estado do Amazonas, 25% do valor recebido deverá ser destinado à assistência familiar do encarcerado e somente 10% será destinado a despesas pessoais (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

No que se refere à Portaria, constata-se que após a distribuição, se o detento estiver em regime fechado de cumprimento de pena, somente terá 25% do valor recebido destinado à assistência familiar e aos seus dependentes, de modo que nenhum valor percebido será destinado às suas despesas pessoais (PARÁ, 2020).

Contudo, na hipótese de o detento estar em regime semiaberto, 25% da remuneração será destinada a familiares e dependentes e 25% destinada às despesas pessoais do condenado. Sobre os apenados em regime aberto, 25% do salário deve atender a interesses de seus familiares e dependentes, enquanto que 50% do valor recebido é destinado às suas despesas pessoais (PARÁ, 2020).

Cumpre destacar que, em vista das dificuldades e obstáculos com que se deparam muitos egressos do sistema prisionais para conseguirem se inserir no mercado de trabalho, ambos os diplomas possuem uma previsão demasiadamente importante para a reinserção social do preso após o cumprimento de pena.

No Projeto elaborado pelo Estado do Pará, caso o preso cumpra pena em regime fechado, 50% do valor recebido deve integrar o pecúlio, depositado em conta poupança e entregue ao preso quando posto em liberdade. Em relação àqueles que estão em regime semiaberto, o percentual destinado ao pecúlio é de 25%. Em ambos os casos, se o detento não possuir dependentes, a porcentagem que seria destinada à assistência familiar também deverá constituir esse pecúlio (PARÁ, 2020).

No Amazonas, independentemente do regime de cumprimento de pena, verifica-se a previsão de que 5% do valor recebido deverá constituir o pecúlio, depositado em caderneta de poupança e deverá ser entregue ao condenado quando posto em liberdade. O Projeto também estabelece que, não havendo danos a serem ressarcidos, metade do valor deverá ser destinado ao pecúlio e a outra metade, à assistência familiar. Na hipótese de não possuir família ou dependentes, o valor deve ser integralmente destinado ao pecúlio (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Desse modo, o detento que realizar atividades laborativas durante o período de custódia, ao sair do sistema penitenciário, se beneficia do valor em pecúlio depositado em conta poupança para que tenha condições mínimas de se manter nos primeiros períodos fora do cárcere. Com isso, terá um tempo maior para buscar e encontrar alternativas para receber remuneração capaz de lhe garantir uma vida digna (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

Importa reiterar que, apesar de a LEP, na contramão dos preceitos fundamentais da constituição, assegurar a possibilidade de recebimento de salário abaixo do mínimo legal aos apenados (BRASIL, 1984), o Projeto do Amazonas já garante o salário-mínimo aos detentos (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a). Por outro lado, o Estado do Pará garante-o somente àqueles que laboram em entidades ou empresas privadas, o que talvez seja um obstáculo para a garantia de uma remuneração capaz de garantir a dignidade humana desses sujeitos trabalhadores (PARÁ, 2020).

De igual modo, é possível analisar que tanto o Projeto elaborado no Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), como a Portaria do Pará (PARÁ, 2020), permitem inúmeros descontos nos valores recebidos pelos detentos, restando apenas, muitas vezes, uma parcela demasiadamente baixa para despesas pessoais do trabalhador e de assistência à sua família, tornando provavelmente difícil atender a necessidades mínimas necessárias a uma vida digna, como prescreve o artigo 7º, IV, da CF/88 (BRASIL, 1988).

É bem verdade que a Portaria do Estado do Pará já avançou bastante nesse aspecto, prevendo um percentual de 25% àqueles sujeitos em regime semiaberto e 50% aos sujeitos privados de liberdade em regime aberto (PARÁ, 2020), enquanto o Amazonas apenas 10% (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a). Além disso, torna-se imprescindível examinar se um detento, por exemplo, que recebe menos do que um salário mínimo, consegue, com esse percentual, concretizar o mínimo existencial, e não somente o mínimo vital.

Outrossim, cumpre salientar que, no que tange ao pagamento de alimentação e transporte, somente o Projeto de Gestão do Amazonas determina o pagamento desses valores pelo beneficiário do trabalho prestado ao apenado (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a).

No que se refere ao direito às justas condições de trabalho, Brito Filho (2018) explica que é necessário que haja limitação da jornada de trabalho e existência de períodos de repouso, de modo que a beneficiária da mão de obra respeite uma duração adequada do labor.

Nesse aspecto, tanto o diploma que regulamenta o trabalho dos detentos no Pará (PARÁ, 2020), como o instrumento do estado do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), estabelecem jornada de trabalho em conformidade com os ditames constitucionais, ou seja, não inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados, além disso determinam, expressamente, o devido controle da presença e jornada de trabalho para que os detentos recebam, de forma justa e adequada, os benefícios decorrentes das atividades laborais, ou seja, remição de pena e progressão de regime.

Contudo, verifica-se que a Portaria do Pará admite uma jornada especial em casos essenciais e emergenciais, porém não regulamenta qualquer parâmetro para que essa jornada excepcional não seja violadora da dignidade (PARÁ, 2020).

Brito Filho (2018, p. 56) também explica que é necessário que seja assegurada a proteção contra o desemprego e outros riscos sociais, “[...] aqueles que impedem ou diminuem sua capacidade de subsistência, sendo um deles o desemprego que [...] assume proporções que, sem nenhum alarmismo, são gigantescas”.

Nesse aspecto, cumpre reiterar que a Portaria da SEAP-PA (PARÁ, 2020) e o Projeto de Gestão do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a) garantem tanto para aquele sujeito que cumpre pena em regime semiaberto, como para aquele em regime fechado, que um percentual do valor recebido seja reservado para a constituição de um pecúlio. Esse valor deverá ser entregue no final do cumprimento da pena, para resguardar a subsistência do sujeito fora do cárcere enquanto busca vaga de trabalho.

Porém, inexistente previsão sobre algo que possa funcionar como um Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em benefício dos apenados. Contudo, a Portaria (PARÁ, 2020) e o Projeto (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a) garantem ao detento que realize atividade laboral o recebimento do percentual de contribuição previdenciária para segurado facultativo.

Por fim, cumpre frisar que, tendo em vista que os detentos não estão sujeitos ao regime da CLT (BRASIL, 1943), alguns benefícios não são assegurados por nenhum dos dois Projetos de gestão de mão de obra carcerária, a saber: férias + 1/3, 13º salário, FGTS, auxílio-acidente, aviso prévio indenizado ou não, repouso semanal remunerado, feriados e dias santificados e auxílio enfermidade.

Contudo, apesar de ser evidente que os presos trabalhadores, tendo em vista que estão sujeitos à restrição de liberdade, não fazem jus a todos os direitos trabalhistas devidos a um trabalhador livre com vínculo empregatício, é necessário que seja definido um conjunto mínimo de direitos em prol da dignidade humana de todos os encarcerados que laboram, afastando-se, com isso, qualquer espécie de trabalho indigno nas penitenciárias.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do que foi exposto, é possível verificar que tanto a gestão da mão de obra dos encarcerados no estado do Pará (PARÁ, 2020), como no estado do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), ainda são parcimoniosas na garantia dos direitos mínimos necessários a assegurar o trabalho em condições que respeitem a dignidade da pessoa humana.

Para atingir tais resultados, o artigo examinou a relação entre o direito ao trabalho e a noção de dignidade da pessoa humana. Verificou-se que o arcabouço jurídico brasileiro, bem como o internacional não admitem que o direito ao labor seja dissociado da noção de dignidade, tendo em vista que esse é um valor inerente a todos os indivíduos racionais.

Dessa forma, o Estado passa a ter o dever de atuar positivamente para garantir oportunidade de trabalho em moldes dignos, evitando a instrumentalização do trabalhador. É nesse sentido que Brito Filho (2018) leciona sobre o trabalho decente, afirmando que somente se concretiza se assegurado o arcabouço de direitos mínimos necessários para a prática da atividade laboral preservando a dignidade do sujeito, afastando qualquer espécie de labor indigno.

Igualmente o estudo analisou o trabalho prisional no Brasil, explicando que é um direito/dever do apenado desempenhar suas atividades laborais em condições dignas, tendo em vista que esse é um direito fundamental e possibilita que o preso afaia benefícios que o aproximam da liberdade de forma mais célere. Logo, o Estado deve garantir vagas de trabalho dentro do cárcere e atuar para que o labor não viole a dignidade do preso.

A pesquisa explicou que apesar de a LEP determinar que o trabalho deva ocorrer de forma digna, visando, sobretudo, funcionar como uma ferramenta de reinserção social obrigatória do encarcerado, o diploma carece de previsões sobre os parâmetros mínimos para tanto (BRASIL, 1984).

Como consequência, muitos detentos ficam à mercê de gestões de mão de obra estaduais que, no sentido contrário aos diplomas normativos mencionados, pouco objetivam a ressocialização do condenado, tornando o labor muitas vezes apenas uma forma de explorar um trabalho com custos reduzidos e desgastar a integridade física e mental do preso, afastando-o da ressocialização.

Em seguida, para responder ao problema de pesquisa proposto, o estudo examinou como tem ocorrido a gestão de mão de obra dos encarcerados nos estados do Pará e Amazonas, demonstrando como a Portaria nº 465/2020 GAB/SEAP/PA (PARÁ, 2020) e o Projeto de Gestão de mão de obra do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a) normatizam o trabalho do preso, em especial os direitos mínimos a serem garantidos.

Por fim, realizou-se uma análise comparativa entre as duas gestões, sob a ótica da relação estabelecida previamente sobre o trabalho e a noção de dignidade humana, demonstrando que, em face de uma carência de arcabouço legislativo específico que assegure direitos mínimos adequados aos apenados que trabalham, a criação de um Projeto de gestão de mão-de-obra pelos Estados do Pará (PARÁ, 2020) e Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a) que, de algum modo, tenha o objetivo de garantir alguns direitos constitucionalmente previstos, inclusive mais vantajosos que o estabelecido pela LEP, como

o salário mínimo, já significa um grande avanço em prol da garantia da dignidade humana dos detentos no campo sócio laborativo.

Por outro lado, verificou-se que tanto o Projeto de Gestão de Mão de Obra do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), como a Portaria do Estado do Pará (PARÁ, 2020) são parcimoniosos no que se refere à garantia de determinados direitos mínimos necessários ao trabalho em condições que sejam capazes de garantir a dignidade humana.

Outrossim, o estudo enfatizou que os direitos previstos na CF/88 a todos os trabalhadores são fundamentalmente necessários para consolidação de uma vida digna, de modo que ainda que o trabalhador, como é o caso dos detentos, não esteja protegido pelas CLT (BRASIL, 1943), é necessário que seja assegurado um arcabouço de direitos mínimos capazes de garantir o labor em moldes que preservem a dignidade humana do preso (BRASIL, 2020).

Além disso, frisou-se que alguns aspectos da Portaria formulada pelo Estado do Pará (PARÁ, 2020) são mais benéficos do que as previsões do Projeto do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), como o fato de que a primeira abrange um número maior de condenados, ou seja, os presos em regime aberto e os egressos do sistema prisional, no que tange à garantia de oportunidade de trabalho, bem como à destinação de um percentual maior do salário às despesas pessoais do apenado.

Porém, no que se refere à garantia de um justo salário, observou-se que o Projeto do Amazonas se destaca (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), tendo em vista que a Portaria da SEAP-PA (PARÁ, 2020) ainda prevê remuneração abaixo do mínimo legal em alguns casos, bem como silencia sobre a necessidade de fornecimento de alimentação, transporte, uniforme e EPIs.

Constatou-se, com a análise dos instrumentos, que tanto a Portaria (PARÁ, 2020), como o Projeto (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a) deixam de assegurar também algo que possa funcionar como uma espécie de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Ademais, no diploma do Pará (PARÁ, 2020) e no do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), há a prescrição de que o salário-mínimo estabelecido deve sofrer numerosos descontos e, conseqüentemente, enormes reduções, fazendo com que o rendimento pecuniário do preso trabalhador seja incapaz de atender, conforme ditames constitucionais, as suas necessidades de subsistência, assim como as de sua família. Tal fato é ainda agravado quando se observa que o trabalhador preso no Pará ainda pode, dependendo da atividade que exerça, auferir valor inferior ao salário mínimo que, com os elevados descontos, chega a patamares baixíssimos.

Com isso, conclui-se, por meio da análise comparativa realizada, que tanto o Projeto do Amazonas (SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, 2019a), como a Portaria do Pará (PARÁ, 2020), no que se refere à proteção dos direitos mínimos em prol da atividade laboral em moldes que preservem a dignidade humana e, conseqüentemente, dos Direitos Humanos, são deficientes.

Cumprе ressaltar que o respeito da dignidade dos presos que laboram no sistema penitenciário é um caminho obrigatório, pois não há como concretizar Direitos Humanos, sem realizar essa associação, de modo que se afaste qualquer forma de trabalho indigno, abominado

por todos os diplomas nacional e internacional, não sendo possível excepcionar mesmo aos sujeitos criminosos, tendo em vista que, conforme os ditames constitucionais, não perdem seu status de sujeito detentor de Direitos Humanos, em especial, de dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- AMAZONAS. **Lei nº 2711, de 28 de dezembro de 2001**. Dispõe sobre o Estatuto Penitenciário do Estado do Amazonas. 2001. Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/norma/pesquisar?tipo=1&numero=2711&ano=2001&data_0=&data_1=&data_publicacao_0=&data_publicacao_1=&ementa=&assuntos=&data_vigencia_0=&data_vigencia_1=&orgao=&o=&indexacao=. Acesso em: 24 jan. 2022.
- AMAZONAS. **Lei Ordinária nº 4.163, de 9 de março de 2015**. Dispõe sobre a estrutura administrativa do Poder Executivo, define os órgãos e entidades que o integram, o seu quadro de cargos de provimento em comissão e funções gratificadas, e dá outras providências. 2015. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/norma/8617>. Acesso em: 24 jan. 2022.
- 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: 1 nov. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BRASIL. **Lei de Execução Penal. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Incluído pela Lei nº 12.258 de 15 de junho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em 2 nov. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 1 nov. 2020.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho Decente: Análise Jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho Escravo e outras formas de Trabalho Indigno**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Justiça: tema de liberalismo igualitário**. Brasília, DF: Editora Venturoli, 2021.
- JULIÃO, Elinaldo Fernandes. **Ressocialização através da educação e do trabalho no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2009. 440p. Tese (Doutorado) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LEMONS, Ana Margarete; MAZZILLI, Cláudio; KLERING, Luís Roque. Análise do Trabalho Prisional: um Estudo Exploratório. **Rev. Adm. Contemp**, Curitiba, v. 2, n. 3, set./dez. 1998.
- PARÁ. SEAP. Portaria nº 34.226, de 20 de maio de 2020. Normatiza e estabelece procedimentos para o trabalho prisional de pessoas privadas de liberdade e egressos do Sistema Penitenciário, no âmbito do Estado do Pará. **Diário Oficial do Estado do Pará**: Belém, p. 33, 21 maio 2020.
- ONU. Comissão Internacional de Direitos Humanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 029: Convenção sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório**. 1930. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang-pt/index.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 105**: Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado. 1957. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 5 jul. 2021.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA (Amazonas). **Projeto trabalhando a liberdade**: criação de grupo de trabalhadores para utilização de mão de obra prisional. Manaus. 2019a

SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA (Amazonas). **Apresentação trabalho do preso**. Manaus. 2019b

Dados do processo editorial

- Recebido em: 02/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/03/2022
- Avaliação 1: 11/03/2022
- Avaliação 2: 28/03/2022
- Decisão editorial preliminar: 21/08/2022
- Retorno rodada de correções: 24/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 18/09/2022

Equipe editorial envolvida

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

(IN)SANIDADE DA SEGURANÇA PÚBLICA: GESTÃO NEOLIBERAL E SOFRIMENTO PSÍQUICO NA POLÍCIA BRASILEIRA

(IN)SANITY OF PUBLIC SECURITY: NEOLIBERAL MANAGEMENT AND PSYCHOLOGICAL DISTRESS IN THE BRAZILIAN POLICE

FELIPE DA VEIGA DIAS¹
LUCAS DA SILVA SANTOS²
AUGUSTO JOBIM DO AMARAL³

RESUMO

O presente artigo tem como tema produção do sofrimento psíquico na atividade policial, com ênfase na afetação dos agentes policiais brasileiros. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: como as práticas neoliberais investidas na atuação policial afetam a saúde psíquica dos profissionais de segurança pública no Brasil? Essa indagação se fundamenta nos dados de incremento de casos de sofrimento psíquico por parte dos profissionais de segurança pública, por diversas vezes com consequência letais. A fim de responder à indagação, toma-se por base o método de abordagem dedutivo, em conjugação com a técnica de pesquisa da documentação indireta com ênfase bibliográfica. Por fim, conclui-se que o modo de governar neoliberal aplicado à segurança pública impõe demandas inconciliáveis com as finalidades sociais da atividade, ao mesmo tempo em que aumenta significativamente o sofrimento psíquico dos policiais em prol de uma eficácia punitiva inócua baseada em um discurso bélico.

Palavras-chave: criminologia crítica; neoliberalismo; polícia; sofrimento psíquico.

- 1 Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de doutorado sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Mestrado. Professor do curso de Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo – RS. Brasil. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social” (IMED). Advogado. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/6961580388113058>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-8603-054X>.
- 2 Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Controle”, coordenado pelo Professor Dr. Felipe da Veiga Dias (IMED). Advogado. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0228508315055981>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-4524-0035>.
- 3 Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciência Política, História das Ideias e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra. Doutor; Mestre; Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/4048832153516187>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-0874-0583>.

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

DIAS, Felipe da Veiga; SANTOS, Lucas da Silva; AMARAL, Augusto Jobim do. (IN)sanidade da segurança pública: gestão neoliberal e sofrimento psíquico na polícia brasileira. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 53-70, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8673>.

ABSTRACT

This article has as its theme police action and psychological distress, with an emphasis on the affectation of Brazilian police officers. It starts with the research problem: how does the adoption of the neoliberal model affect the performance and, consequently, the mental health of Brazilian policemen? This question is based on data on the increase of cases of psychological distress by public security professionals, several times with lethal consequences. In order to answer the question, the deductive approach method is based, in conjunction with the indirect documentation research technique with bibliographic emphasis. Finally, it is concluded that the adoption of the neoliberal model applied to public security imposes demands irreconcilable with the social purposes of the activity, at the same time that it significantly increases the psychic suffering of the police in favor of an innocuous punitive efficacy based on a discourse of war.

Keywords: *critical criminology; neoliberalism; police; psychic suffering.*

1. INTRODUÇÃO

Os debates nas ciências criminais sobre a segurança pública são vastos, principalmente desde a perspectiva criminológica, tendo especificidades desde aspectos político-criminais, até análises a respeito de ações policiais violentas (DIAS; SANTOS, 2019). Nesta pesquisa, o enfoque vai ao encontro de interrogar as questões relativas ao sofrimento psíquico junto aos agentes de segurança pública no país, haja vista que pesquisas recentes apontam aumentos significativos de transtornos atingindo estes profissionais, sendo igualmente destacáveis os resultados letais envolvendo tais situações.

Assim, sublinha-se como orientador do estudo a resolução do seguinte problema: como a adoção das formas neoliberais de gestão afetam a atuação e, por conseguinte, a saúde mental dos policiais brasileiros? Parte-se assim de um contexto social contemporâneo no qual a ênfase nas práticas neoliberais lastreia a orientação social, econômica, jurídica e especialmente a segurança pública, almejando-se demonstrar as correlações e consequências desses enlaces para os agentes de segurança pública.

Todavia, faz-se necessário contextualizar, ao mesmo tempo, as bases do sistema jurídico-penal sobre as quais operam as autoridades policiais brasileiras, de modo a compreender os discursos e a mentalidade que fundamentam as intervenções punitivas e como vem se moldando o atual modelo de controle social.

Após o estabelecimento desses dois pressupostos, torna-se viável a abordagem acerca do crescimento do sofrimento psíquico em policiais, conectando tanto os aspectos macroestruturais que afetam a sociedade em seus mais diversos âmbitos, quanto em específico os atores da segurança pública.

Para responder às indagações e conduzir a pesquisa, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, tomando elementos gerais acerca dos estudos criminológicos da segurança e do neoliberalismo, para posteriormente aprofundar aspectos relativos à polícia e à saúde mental. Colaciona-se ainda como auxílio a técnica de pesquisa de documentação indireta, com ênfase bibliográfica, na qual se faz uso de artigos, livros, pesquisas e outros documentos que almejam sustentar as considerações projetadas neste artigo.

2. CONTORNOS CRIMINOLÓGICOS DA SEGURANÇA PÚBLICA: DOS REFORÇOS PUNITIVOS AO CONTROLE DAS POPULAÇÕES

A segurança pública brasileira ampara-se numa série de caracterizações históricas e de discursos de fundamentação próprios do sistema penal, sendo que a sua totalidade é vasta em complexidade e dimensões. Apesar da impossibilidade de completude da explanação, faz-se imperioso estabelecer alguns aspectos relevantes no debate da segurança e das atuações policiais. Por este motivo que, no âmbito das imensuráveis perspectivas que se expõem no seio de uma abordagem criminológica de *cariz radical* e os liames entre poder, política e punição, encontra-se um local privilegiado no qual se consegue perceber um “ponto cego da soberania política”: a polícia (AMARAL, 2020, p. 199).

Inicialmente, as instituições policiais encontram-se ligadas ao exercício do poder soberano, funcionando a partir do século XVII como o “cálculo e a técnica que possibilitarão estabelecer, uma relação móvel, mas apesar de tudo estável e controlável, entre a ordem interna do Estado e o crescimento das suas forças” (FOUCAULT, 2008, p. 421). Logo, a polícia não é uma representação da justiça em um Estado de Direito, mas sim a composição da governamentalidade do poder soberano, que anseia constantemente pela obediência.

Entretanto, Revel aduz significativa mudança no papel das polícias a partir dos modernos Estados capitalistas, contando com o significativo aumento dos aparatos de controle, a fim de atender “a necessidade de controlar os fluxos e a distribuição espacial da força de trabalho, levando em consideração os imperativos da produção e do mercado de trabalho”, em uma verdadeira “ortopedia social” focada no gerenciamento das populações (REVEL, 2014, p. 152, tradução nossa).

Com fulcro nisso, pode-se inferir que, por mais que se indique a relação policial com o poder soberano, ainda existem intercâmbios e papéis constantemente executados pelas instituições policiais que estão ligados aos exercícios disciplinares e de controle, tanto de indivíduos quanto de populações, o que denota a caracterização dinâmica das relações de poder (FOUCAULT, 1988, p. 88-93).

Ademais, alguns aspectos do poder soberano são potencializados pelas diversas camadas das políticas neoliberais, a militarização⁴ é um desses aspectos. A institucionalização do policiamento militarizado nos espaços periféricos (nova urbanidade militar), gestão das polícias como empresas (LEVY, 2010, p. 378-389) e dronificação da segurança pública (AMARAL; SALLES; MEDINA, 2019, p. 278-298), são alguns exemplos que representam dispositivos que operam para ditar o controle da morte sobre determinadas populações.

A militarização dos espaços urbanos, valendo-se do desenvolvimento de práticas neoliberais, evidencia uma administração pública constituída por políticas de segurança temerárias, populistas e belicosas. Contudo, independentemente das fragilidades, essas políticas eviden-

4 Cerqueira define o conceito de militarização: “tem sido atual nas discussões sobre a militarização o enfoque de privilegiar somente o aspecto organizacional das polícias; os debates centram-se na conveniência ou não de uma polícia militar. É importante ampliar o campo dessa discussão, examinando-se outros aspectos deste processo. Análise a militarização como um processo de adoção e emprego de modelos, métodos, conceitos, doutrina, procedimentos e pessoal militares em atividades de natureza policial, dando assim uma feição militar às questões de segurança pública” (CERQUEIRA, 1998, p. 139).

ciam as concepções hegemônicas do Estado brasileiro (FRANCO, 2018, p. 25). Mesmo que a militarização e o controle policial repressivo sobre as populações sejam ancestrais no Brasil, a sofisticação e ampliação dos dispositivos de combate e guerra contra os inimigos internos são direcionadas para a manutenção da segurança de Estado (AMARAL, 2020, p. 205).

Por mais que a penalidade seja uma estratégia importante para interpretar as relações de poder (CASTRO, 2015, p. 65), é importante também perceber as dinâmicas estabelecidas no exercício das práticas policiais em suas mais variadas formas. Igualmente cabe frisar as construções criminológicas que evidenciam o papel das técnicas de poder ligadas à atuação dos sistemas penais fundamentados em importantes marcadores sociais que acabam por definir sua lógica de intervenção (BATISTA, 2015, p. 90). Portanto, pode-se apontar, em termos gerais, que a segurança pública brasileira está associada a uma racionalidade gerencial de produtividade e de eficiência policial. Ocorre que essa cobrança de produtividade está pautada em que? “Prender e apreender drogas e armas. Prender que tipo de transgressor? Atuar contra quais delitos?” (SOARES, 2019, p. 42). Noutros termos, a “qualidade” e “produtividade” das polícias são definidas por números de prisões, apreensões, abordagens, operações, ocupações etc.

Assim, as polícias são operacionalizadas como verdadeiros aparatos de guerra com o objetivo de “combater” a criminalidade e sustentar a segurança do Estado, buscando atender um clamor social-midiático por produtividade das polícias. Deste modo, esse “fazer a guerra” significa repressão arbitrária, o encarceramento em massa da juventude negra e a criminalização dos movimentos sociais (SOARES, 2019, p. 26).

Essa lógica de eficiência e produtividade policial, na prática, é mensurada essencialmente mediante supostas reduções nos índices de criminalidade. Assim, modelos de gestão policial são constituídos visando ao aumento do encarceramento e das taxas de resolução dos crimes. Trata-se de uma cultura de combate ao crime e aos criminosos, amplificada significativamente pela militarização da segurança pública e do social, na qual determina-se que a única forma de avaliação da qualidade da atividade policial é por meio da atenuação da criminalidade e o crescimento de prisões em flagrantes (SERRA; D’ELLIA FILHO, 2012, p. 24-25).

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019, a partir de um indicador/contador utilizado em países democráticos para mensurar a letalidade das polícias, exterioriza a presença dessa racionalidade eficientista nas agências policiais brasileiras. A série histórica dos registros de mortes violentas provocadas por atuações policiais confirma um crescimento contínuo da letalidade policial. No ano de 2018, o crescimento registrado em relação ao ano de 2017 foi de 19,6% na letalidade por parte das polícias (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 58).

Em complemento, o Anuário 2019 frisa que não existe relação entre os estados brasileiros com as maiores taxas de letalidade policial e as maiores reduções nas mortes violentas intencionais. Com isso, expõe-se como os discursos punitivistas que buscam validar atuações policiais violentas/letais como efeitos colaterais “necessários” em favor de uma redução da criminalidade violenta não possuem embasamento na realidade (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 60). O Brasil em 2019, alcançou o maior número de mortes provocadas a partir de intervenções policiais, desde o início da contagem pelo Anuário no ano de 2013 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 87).

Ressalta-se que a polícia brasileira é responsável pela proporção de 10,8% de todos os homicídios que ocorrem no país; em média são 17 pessoas mortas por dia, 6.220 vítimas em 2018, ou seja, 11 a cada 100 mortes violentas intencionais são de responsabilidade das polícias. Além disso, os próprios policiais são vítimas dessa política de guerra contra a criminalidade, em média morre um policial para cada 18 mortes provocadas pela polícia (majoritariamente os policiais são mortos fora de serviço), e o risco de um policial ser morto, em média, é três vezes superior ao da população em geral (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 8; LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016, p. 64).

O Relatório Letalidade Policial no Rio de Janeiro em 10 pontos, produzido pelo centro de pesquisas do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, assevera que não existe relação entre a violência/letalidade policial com a violência urbana de determinado estado da federação. Por exemplo, o estado do Rio de Janeiro possui a polícia mais letal do Brasil, mesmo não figurando dentre os 10 estados mais violentos do país. A polícia do estado do Rio de Janeiro responde por 23% das mortes causadas pelas polícias de todo o Brasil (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2019).

Destaca-se que mesmo ostentando a polícia mais letal do Brasil, o governador do estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel (atualmente afastado do cargo), em 23 de setembro de 2019, por meio do Decreto 46.775/2019, alterou as regras para concessão de gratificação para policiais militares e civis. O novo Decreto realizou ajustes no Sistema de Definição e Gerenciamento de Metas⁵, deixando de considerar a redução de mortes decorrentes de intervenções/confrontos policiais como uma meta para concessão da premiação (BRASIL, 2019).

Assim, a redução de mortes causadas pelas polícias não figura mais como um dos requisitos utilizados para avaliação e posterior premiação dos profissionais da segurança pública do estado do Rio de Janeiro – o que reforça que a política do governador está pautada no aumento de letalidade (BRASIL, 2019). Cabe dizer ainda que o discurso de guerra/combate é projetado pelas dinâmicas econômico-gerenciais, executando práticas de exercício de poder na direção da aceitabilidade de ações autoritárias ou mesmo de sacrifícios necessários – sejam eles de funcionários/policiais sejam da população atingida⁶ como dano colateral (GAULEJAC, 2007, p. 31).

A síntese dos argumentos apresentados acima indica o imobilismo social e a naturalização dos altíssimos índices de violência e letalidade para todos os lados, a vitimização policial cresce exponencialmente dentro e fora de seus horários de serviço e, especialmente, a população negra e periférica são o alvo preferencial dessa política belicista. No tocante à seletividade racial, 79,1% dos mortos pela polícia são negros (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 90).

O fato é que as instituições de segurança pública e o sistema de justiça criminal são cobrados diariamente pelos meios de comunicação de massa e pela opinião pública, que partem da ideia de combate à criminalidade a qualquer custo. Com isso, as violações de direitos

5 O Sistema de Definição e Gerenciamento de Metas do estado do Rio de Janeiro, também denominado de Sistema de Metas e Acompanhamento de Resultados (SIM), trata-se de um modelo de gestão direcionado para resultados, foi criado pelo Decreto nº 41.931 de 25 de junho de 2009, sendo desenvolvido pela Secretária de Estado de Segurança. "O SIM tem como objetivos introduzir uma cultura de gestão nas forças de segurança do estado, reforçar a integração das Polícias Civil e Militar e reduzir os índices de criminalidade, mais especificamente a Letalidade Violenta" (SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA, 2019).

6 Valioso registrar o estudo de Silva (2014) que abrange as polícias militares do Rio de Janeiro e o Exército em suas ocupações dos territórios periféricos no estado e do gerenciamento para além das previsões jurídicas sobre as populações negras, pardas e pobres.

humanos, o uso desmedido da força, o aumento da letalidade policial e o encarceramento em massa são efeitos inevitáveis (LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016, p. 65).

Assim, as corporações policiais, desde a formação de seus agentes, implementam gradualmente a ideia de que os policiais não devem mais pensar de modo autônomo, ou seja, no momento em que vestem suas fardas, não integram mais suas verdadeiras classes sociais e passam a enxergar seus semelhantes como inimigo social em razão de sua cor de pele, estrato social e local de moradia (SOARES, 2019, p. 45).

A cultura predominante no interior das corporações, as distinções entre o cidadão comum e o policial parecem ser profundas: os policiais explicitam-nas até mesmo em termos existências. Quando um policial, ao falar da função ou missão dos policiais, admite que a natureza dessa função faz do policial alguém diferente do cidadão comum – pois cumprir sua função nesse caso pode ser sinônimo de matar ou morrer –, ele afirma que, em certo sentido, o poder sobre a vida e a morte (PORTO, 2004, p. 136).

Franco (2018) rememora casos emblemáticos de treinamentos físicos e psicológicos de policiais no Estado do Rio de Janeiro, um caso chamou atenção da mídia, quando o recruta da polícia militar Paulo Aparecido Santos Lima, veio a óbito durante uma prova de aptidão física realizada em condições de extremo calor no Rio de Janeiro, mais precisamente na data de 12 de novembro de 2013, a temperatura chegou aos 42 graus Celsius (sensação térmica de 50 graus). Outro exemplo foi do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças (CFAP) da Polícia Militar Estadual do Rio de Janeiro, denunciado para o Ministério Público Estadual, após recrutas do Centro de Formação prestarem depoimentos em razão das violações/abusos sofridos durante os treinamentos realizados sobre o asfalto que ocasionou queimaduras em vários candidatos (FRANCO, 2018, p. 97-98).

O paradigma bélico faz como que a morte do outro (desviante), dos anormais, degenerados não signifique simplesmente a “garantia” da segurança pessoal (geral) de determinados indivíduos, mas aquilo que deixa a vida em sociedade mais “pura”, em outras palavras, uma relação perversa de poder que assegura a expressão máxima da soberania, define-se quem importa e quem é descartável. Assim, a violência passa a ser compreendida como um dispositivo, técnica apta a produzir e assegurar ordem em determinados corpos e espaços sociais (D’ELLIA FILHO, 2015, p. 132-133).

A cultura implementada desde a formação dos agentes, através de castigos físicos e psicológicos intitulados de “treinamentos de guerra”, é reiteradamente denunciada ao Ministério Público. Para não ficarmos apenas no exemplo fluminense, em algumas tropas de elite do Estado de São Paulo, como o Choque, as Rondas Ostensivas Tobias Aguiar (ROTA) e o Apoio de Motocicletas (ROCAM), policiais são punidos por se apoiarem em paredes, após horas de trabalho em pé, assim como também é proibido o uso de capas/abrigos em dias de chuva. Segundo alguns agentes policiais, como fartamente noticiado, existem castigos psicológicos (BBC, 2018).

Caso análogo é o “pagar banho”. Trata-se de um dos castigos mais aplicados em todo o Brasil quando um policial comete um erro classificado como leve. Neste caso, deve entregar seu armamento, mergulhar fardado em represas ou pequenos rios e concluir o seu turno molhado. O intuito desse castigo é fazer os policiais passarem frio até terem a sensação de que suas pernas adormeceram. No ano de 2018, um soldado das Rondas Ostensivas Táticas

Metropolitanas (ROTAM) do estado de Goiás teve um brasão de metal da ROTAM cravado em seu peito após finalizar o curso preparatório e se formar no batalhão especial (BBC, 2018). Um estudo robusto elaborado pelo Laboratório de Análise da Violência da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, coordenado pelos pesquisadores Cano e Duarte, intitulado “Análise comparativa das legislações disciplinares das corporações de segurança pública: uma proposta de matriz de lei disciplinar para o Brasil” serve como base para apontar a militarização e o autoritarismo intrínseco nas legislações disciplinares em todo o país. Algumas das transgressões tipificadas pela polícia civil e polícia técnica do estado do Rio Grande do Sul e do estado do Espírito Santo são as seguintes: “lealdade às instituições e aos companheiros”, “coragem”, isto é, a covardia é tipificada como transgressão disciplinar (CANO; DUARTE, 2013, p. 339). Igualmente, “eximir-se, por covardia, do cumprimento do dever policial. (Polícia Civil e Polícia Técnica RS) [...] eximir-se, por displicência ou covardia, dos preceitos do código de Ética Policial. (Polícia Civil e Polícia Técnica ES)” (CANO; DUARTE, 2013, p. 339).

Deve-se sempre ser questionado de que forma esses servidores públicos irão trabalhar e sob que condições, sub-humanas, hierarquizadas e subalternas. Ademais, a partir de um processo de embrutecimento característico de seus treinamentos de guerra, como preservar a saúde física e mental? (FRANCO, 2018, p. 98). Na atualidade, esse paradigma bélico como política de Estado, na qual define-se o negro, pobre, morador de localizações periféricas como “inimigo da ordem”, seja qual for o lado, a vítima será a mesma, em outras palavras, gente pobre matando gente pobre com o objetivo de defender os interesses do Estado e da sociedade capitalista (WERMUTH, 2018, p. 293).

Não olvidemos que a maioria dos profissionais que integram a área da segurança pública, particularmente os policiais militares, estão excluídos do debate público, não possuem condição de livre expressão, porque lhe são proibidas pela organização, mesmo que limitadas à opinião. É vedado aos policiais o direito à greve, o direito sindical, configurando uma, na prática, uma subclasse profissional. E quem discute os problemas da segurança pública são os governantes e seus subordinados. Serão os comandantes a falarem em nome da categoria, ao passo que quem verdadeiramente sofrerá diariamente com os desafios e as dificuldades inerentes à violência urbana não detém voz (SOARES, 2019, p. 14-15).

Por tais razões, é preciso um esforço para se tentar superar as insuficiências e limitações dos treinamentos militarizados dos agentes policiais, examinar o passado e presente para compreender que ambições até aqui fracassaram. Quando se ostenta uma das polícias que mais mata e morre no mundo, trata-se de tarefa urgente avançar nas discussões que exigem conhecimento técnico e prático pertinentes a realidade nacional.

Todavia, um dos maiores obstáculos, sabe-se, é romper com a formação fundada na Doutrina de Segurança Nacional⁷, dado que as tais entranhas autoritárias contribuíram e ainda hoje fundam de forma significativa as rotinas policiais no Brasil (MUNIZ, 2001, p. 185-186). Numa espécie de disputa com o tráfico ilícito de drogas, as polícias brasileiras competem para se saber quem tem maior capacidade letal, uma vez que o descumprimento dos direitos humanos por parte das instituições policiais de forma reiterada acarreta no seu próprio enfraquecimento e resulta na consolidação do crime organizado (FRANCO, 2018, p. 105; SOARES, 2019, p. 15).

7 Miguel explica de forma sintetizada que: “a ‘segurança nacional’ foi o mantra comum das ditaduras militares que, entre as décadas de 1960 e 1980, proliferaram pela América Latina. A expressão remetia a uma mesma doutrina, gerada nos Estados Unidos e adotada pelas forças armadas do subcontinente: a necessidade de privilegiar o combate ao chamado inimigo interno” (MIGUEL, 2002, p. 40).

Portanto, não há eficiência policial sem o respeito aos direitos humanos e contenção do poder punitivo (SOARES, 2019, p. 32), embora essa não seja a dinâmica pautada por uma “nova razão do mundo” (DARDOT; LAVAL, 2016).

3. A GESTÃO NEOLIBERAL: CONCORRÊNCIA E RESULTADOS NO COMBATE AO CRIME

Nas aproximações criminológicas acerca do neoliberalismo⁸, em especial, devemos avançar das análises macroeconômicas e suas afetações no sistema penal. Sobretudo importa, para nossa perspectiva, acentuar que o neoliberalismo não é uma mera fase, modelo ou ramificação do capitalismo, e este é o ponto a ser evidenciado para compreender sua forma peculiar de governo de si e dos outros.

Naturalmente, assim, importa registrar que estudos focados nas análises internacionais (globalização, modernidade tardia e ascensão do neoliberalismo) já apontaram que, por exemplo, a diluição das fronteiras permite uma transferência das ideais punitivas entre diferentes países. Esse contexto marcado pela sociedade de risco, detentora de novas inseguranças e incertezas, observáveis em um mercado de trabalho cada vez mais flexível, imigração, ameaças ambientais etc., tende a tornar os indivíduos mais intolerantes com as ameaças criminais (BELL, 2011, p. 133-134).

Nesse sentido, sobre a expansão da malha penal, Bell destaca o alerta que já fora dado por Wacquant (2015), compreendendo que o atual contexto de políticas criminais ultrapunitivistas inseridas na maioria dos países do globo não se apresentam como uma resposta ao crime, mas à insegurança social intensificada pelo neoliberalismo. Assim, a política criminal e a social, que possui como alvos prioritários pobres e marginalizados, tentam controlá-los e neutralizá-los, pois, neste ideário, representam a ameaça constante. Trata-se de uma *gestão penal da pobreza*, a ser compreendida na transformação do Estado Neoliberal através da amputação de seu braço econômico, retração de seu seio social e expansão maciça de políticas criminais punitivas (BELL, 2011, p. 170).

A política governamental com foco na insegurança social implementada pelos Estados Unidos e apresentada como modelo para as outras nações avançadas demandou a substituição do braço social do Estado para o braço penal (o redirecionamento das prioridades orçamentárias, de pessoas e discursiva) quanto à colonização da esfera assistencial pela lógica punitiva neoliberal e panóptica (WACQUANT, 2015, p. 8).

A impressão geral do neoliberalismo coloca-o desde um grupamento de políticas voltadas ao campo econômico, em que se “promovem ações irrestritas, fluxos e acumulações de

8 O termo neoliberalismo é polissêmico, pois, segundo Gamble, nunca houve um neoliberalismo. O uso inicial se deu por Alexander Rüstow na década de 1930, no contexto do pensamento liberal que surgia em contraste ao intervencionismo estatal que se tornou comum nas primeiras décadas do século XX. Em 1938, numa Conferência realizada em Paris, sugeriu-se a criação de um centro internacional para promover a renovação do liberalismo clássico. As ideais ali estabelecidas tiveram de ser adiadas com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, sendo retomadas posteriormente, em 1947, quando da criação da Sociedade *Mont Pèlerin*, berçário das ideais neoliberais do século XX (BELL, 2011, p. 139, tradução nossa). De modo mais geral, sobre o campo de pesquisa aberto por Michel Foucault, no qual de alguma maneira perseguimos, cf. (BOLTANSKI; CHIAPELLO, 2009); (DARDOT; LAVAL, 2016); (BROWN, 2019) e mais recentemente (CHAMAYOU, 2020).

capital por meio de tarifas e impostos baixos, desregulamentação de indústrias, privatização de bens e serviços anteriormente públicos”, retirando incumbências antes adstritas ao Estado e às organizações trabalhistas (BROWN, 2018, p. 61, tradução nossa).

Entretanto, a tônica neoliberal vai além das inserções econômicas na sua arte de governar (FOUCAULT, 2008, p. 127), pois executa o enfraquecimento das ações coletivas frente ao incremento da competição individual em todos os campos da vida, de modo a definir novas formas de subjetividade. Concretizam-se processos de cisão entre os sujeitos que se adaptam a tais exigências e aqueles que não conseguem, restando destruído qualquer pensamento acerca da solidariedade ou da cidadania enquanto visão coletiva e plural (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 8).

Por isso, a norma de convivência imposta pelo neoliberalismo é a concorrência. O discurso central é a crítica ao assistencialismo estatal, reforçando a ideia de responsabilização individual. Assim, o Estado neoliberal, ao invés de prestar assistência e intervir em problemas sociais, agiganta-se para garantir o capitalismo financeiro, desse modo, tornando-se nada mais do que um facilitador das soluções de mercado (BELL, 2011, p. 174-175).

Assim, o que Brown chama de racionalidade neoliberal (apesar de compreender as incongruências internas como parte do modelo⁹), mas que poderia ser melhor compreendida como fato social (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 26), modo de vida ou um *ethos* neoliberal, expande seus princípios a diferentes áreas de atuação. Observar, portanto, tal perspectiva desde o prisma unicamente econômico, vislumbrando os modos atuais como novas versões do capitalismo, seria um equívoco de relevo, e que ignoraria a afetação de núcleos educacionais, de saúde ou, em especial, de segurança pública (BROWN, 2018, p. 62).

Essa expansão para searas distintas se opera no plano turvado dos espaços antes compreendidos como sendo de ação pública ou privada, catalisando a indistinção na gestão da vida, seja individual ou socialmente projetada (HARCOURT, 2015, p. 26). Assim, apesar da incompreensão sobre quem exerce a arte de governar, ainda se verifica o núcleo originário do neoliberalismo, qual seja, a garantia da concorrência, indicada como incumbência protetiva ao próprio Estado para o exercício da liberdade de mercado (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 8). Tal elemento consiste em um dos vetores nucleares para refletir sobre a construção das subjetividades e moldar cada um a e a todos.

Posto isso, partir de pressupostos de enfraquecimento do Estado ao observar os efeitos desse modelo sobre a segurança pública e seus agentes é mais um equívoco, já que mesmo com todas as variações globais do neoliberalismo (que são muitas) há uma norma constante de que para garantir a livre economia deve haver um Estado forte (BELL, 2011, p. 142).

É viável dizer que, dentre as transformações neoliberais produzidas, encontra-se a própria adaptação do Estado, pois “o papel do Estado não foi reduzido, mas radicalmente transformado, à medida que sua principal função passou do papel de prestador de serviços públicos para o de facilitador de soluções de mercado”. Em síntese, o Estado passa a implementar uma espécie de governança colaborativa com agentes mercadológicos e financeiros (BELL, 2011, p. 141, tradução nossa).

9 As figuras teóricas do neoliberalismo e suas transposições reais em variadas formatações mantiveram um fator constante: as suas contradições. Por exemplo, diversas práticas que visavam garantir a liberdade do mercado somente se tornavam viáveis pela intervenção estatal massiva, executando uma série de avanços e retrocessos na dita redução do papel do Estado. (BELL, 2011, p. 140).

Se o “neoliberalismo não é o domínio da economia que suprime o da política, mas a criação de um mundo político (regime de governamentalidade) que emerge como uma ‘projeção’ das regras e exigências do mercado da concorrência”, como refere Gago (2015, p. 29, tradução nossa), ele se caracteriza por sua maleabilidade e adaptação a praticamente qualquer contexto. Conforme dispõe Micocci e Di Mario:

A expansão da ideologia neoliberal não pode, em outras palavras, ser explicada apenas em termos da adaptabilidade de uma práxis econômica para se tornar uma ferramenta holística para abordar a vida, mas também de sua capacidade de homogeneizar as dimensões compostas de uma estrutura social, fingindo ser baseado individualmente. Desde a sua fundação, o neoliberalismo tem demonstrado uma grande capacidade de ser empregado em vários contextos políticos, porque pode acenar com sua principal centralidade política, moral e econômica. Ele pode ser identificado com uma ‘capacidade de reestruturar’ sistemas econômicos, políticos e sociais, independentemente das condições de partida, devido à sua atitude homogeneizadora, unilateral e mítica na condução da economia e da sociedade em direção a uma trajetória neoliberal, que, afinal, é uma quase-utopia: uma trajetória pseudo-liberal ou de mercado (MICOCCI; DI MARIO, 2018, p. 40, tradução nossa)

Nesse sentido, ao se questionar acerca da aderência massiva em diversas partes do globo a tal perspectiva, pode-se encontrar as chaves para entender a força do neoliberalismo, especialmente a ideia de governamentalidade baseada na liberdade, realizando um projeto de controle e ordem “livre” (GAGO, 2015, p. 230). Daí a necessária intersecção entre a reflexão das práticas neoliberais e as relações de poder, a rigor o foco da biopolítica foucaultiana (promoção da vida enquanto capital humano a ser manejado), sobremaneira a partir da análise das estratégias de controle contemporâneo (DELEUZE, 1992, p. 220).

Todavia, a aceitação abrangente não se justifica simplesmente pela flexibilidade-adaptativa e sedução amparada na liberdade. Com base nisso se pode inferir que há uma espécie de monopólio do discurso para transmissão da mensagem básica: não há alternativa (MICOCCI; DI MARIO, 2018, p. 35; BROWN, 2019, p. 78–79).

Portanto, os discursos são projetados tanto para criar uma cultura de liberdade e escolhas aparentemente livres, embora gerenciadas conforme os ditames mercadológicos e de poder estabelecidos, ao mesmo tempo em que impõem sobre os indivíduos uma “realidade” inescapável, a qual precisa ser aceita sob a condicionante de inviabilizar a vida em sociedade, ou seja, a aceitação das regras do jogo não é negociável na atual gestão do capital humano (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 217).

Nessa cosmologia neoliberal, a seara da segurança pública e dos atores que dela participam também recebe a carga da concorrência e da eficácia, tanto da perspectiva externa de avaliação-gerencial das atividades (equiparando a prestação pública a uma atividade de consumo) quanto da autogestão administrativa e pessoal de cada sujeito (cobrança pelo constante aprimoramento pessoal). Essa última nuance, que constitui o empreendedor de si mesmo (FOUCAULT, 2008, p. 310–311), é o que delimita o espaço de sofrimento a ser avaliado, enquanto consequência das exigências impostas.

4. GERENCIAMENTO DO SOFRIMENTO PSÍQUICO E SUAS RELAÇÕES COM A MORTALIDADE POLICIAL

Após compreender os parâmetros neoliberais e a forma que estes atingem a vida humana, pode-se interpretar as consequências da visão gerencial aplicada às atividades e ao próprio desempenho humano. Segundo o autor francês Gaulejac, a expressão gerenciamento funciona enquanto tecnologia de poder que estaria disposta “entre o capital e o trabalho”, tendo como finalidade a obtenção da “adesão dos empregados às exigências da empresa e seus acionistas. A gestão como ideologia que legitima uma abordagem instrumental, utilitarista e contábil das relações entre o homem e a sociedade” (GAULEJAC, 2007, p. 31).

O que está em jogo neste gerencialismo convocado pelo neoliberalismo, afinal, é uma espécie de *tecnologia de guerra*, naturalizada e incentivada ainda mais dentro das práticas policiais. Numa lógica de empresa como forma de governo, acentua-se ainda mais o objetivo de neutralização do adversário e seu eventual aniquilamento. Não será à toa a adoção de manuais de contrainsurgência (HARCOURT, 2021) como mote dos profissionais de relações públicas de grandes empresas como refere Chamayou (2020, p. 71). Portanto, política de segurança pública como continuação da guerra civil é o cenário mais afeito às demandas neoliberais.

Assim, ao observar a cobrança pessoal realizada pelas mais variadas carreiras, percebe-se um redirecionamento na responsabilização pelas perdas, erros e demais consequências das atividades realizadas, executando uma espécie de violência psicológica autoinfligida. “O sujeito de desempenho explora a si mesmo até chegar a consumir-se totalmente (*burnout*), e assim há o surgimento da autoagressividade, que vai se intensificando e, não raro, leva ao suicídio”, portanto, o projeto de sujeito neoliberal se revela “um projétil que o sujeito de desempenho direciona contra si” (HAN, 2017, p. 25).

Novamente, encontra-se diante de uma marca do controle neoliberal, já que agencia a subjetividade dos envolvidos ao transpor interesses objetivos da empresa/corporação para a esfera pessoal de cada indivíduo, ou seja, uma expressão do neoliberalismo que explora as emoções em busca da assimilação individual dos interesses corporativos (HAN, 2014, p. 68). Isso exige que o indivíduo mergulhe nas ações como realizações pessoais, de modo que o poder se direciona aos seus desejos, e ao fazer isso consegue que o sujeito “trabalhe para a empresa como se trabalhasse para si mesmo e, assim eliminar qualquer sentimento de alienação e até mesmo qualquer distância entre indivíduo e empresa que o emprega”. Alerta-se ainda que tudo isso deve estar incorporado como algo fruto de desejos pessoais, ou seja, o sujeito decidiria a partir de sua própria “liberdade” tomar tal rumo de ação, ao qual não seria capaz de resistir (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 327).

A sobrecarga assumida por cada sujeito é posta sem colocar em dúvida o sistema ou a sociedade, e isso se liga com a autoexploração. Por razões simples, quando se projetava um regime de exploração capitalista anterior, havia claramente a figura dos explorados na sua mão de obra e do explorador, de modo que os primeiros possam nutrir um sentimento comum de solidariedade para com os demais (ao menos era essa a visão de Marx), porém quando se trata da condição neoliberal não há essa relação, já que a agressividade se volta contra o próprio sujeito. “Esta autoagressividade não converte o explorado em revolucionário, mas em depressivo” (HAN, 2014, p. 18).

Portanto, quando se pensa na segurança pública e na polícia, o que se deseja é a incorporação pessoal por parte dos agentes das metas de redução da criminalidade, de número de prisões, de satisfação do público ou qualquer outro parâmetro contábil de gerencialismo¹⁰ imposto às complexidades envolvidas. Resta pouco espaço não abrangido pelo *ethos* neoliberal, de modo que o perfil empreendedor foi determinado como “modelo de vida heroica porque ele resume um estilo de vida que põe no comando a *tomada de riscos* numa sociedade que faz da concorrência interindividual uma justa competição” (EHRENBERG, 2010, p. 13), ao mesmo tempo em que o eventual insucesso recaia igualmente sobre os mesmos empreendedores de si mesmos.

Isso significa que juntamente às práticas disciplinares típicas de instituições militarizadas como a polícia, historicamente no Brasil expressão de violência (SANTOS, 1997, p. 162), somam-se novas articulações de controle, ou melhor dizendo, autocontrole próprias do atual momento social, impostas como exigências aos policiais em atividade. Há dessa forma a combinação disciplinar que dociliza os corpos e do controle gerencialista que “mobiliza a psique sobre objetivos de produção” (GAULEJAC, 2007, p. 41), o que quando se trata de segurança pública se traduz no aumento dos riscos das ações em busca da eficácia produtiva e, por conseguinte, na carga de estresse proporcional e pressão psicológica imposta aos agentes. Portanto, a gestão neoliberal adiciona aos elementos físicos um enfoque psíquico, no sentido de transpor a barreira dos corpos e atingir elementos imateriais, ou seja, impõe-se aqui o gerenciar de uma psicopolítica amparada na liberdade e na autoexploração (HAN, 2014, p. 41).

Sobre o plano psicológico, passamos de um sistema fundado sobre a solicitação do Superego – o respeito pela autoridade, a exigência de obediência, a culpabilidade –, para um sistema fundado sobre a solicitação do Ideal do Ego – a exigência de excelência, o ideal de onipotência, o medo de fracassar, a busca de satisfação narcísica. A identificação com a empresa e sua idealização suscitam a mobilização psíquica esperada. Cada um vive como seu próprio patrão. Os agentes se autocontrolam, se autoexploram. O poder da organização com a qual se identificam permite-lhes acreditar em uma onipotência individual, a de um Ego em incessante expansão, não encontrando limites. Todavia, se as satisfações são profundas, as exigências também (GAULEJAC, 2007, p. 124).

Assevera esse entendimento as palavras de Dardot e Laval (2016, p. 339), os quais indicam que parte deste novo controle associado aos anteriores exercícios soberano e disciplinar de poder, inspirando-se em Foucault, dá-se através de uma espécie de ascese do desempenho. Destarte, tal fator estaria refletido nas variadas técnicas à disposição dos sujeitos para o seu aprimoramento, desde *coaching* até o domínio das emoções, todos funcionando a serviço do melhoramento/adaptação da empresa-sujeito.

Nesse norte, a liberdade converte-se em coação, de modo que, diferentemente dos dispositivos disciplinares que impõem um dever, mas que possuem limites, não há limitações para o poder fazer, ou seja, nas dinâmicas atuais em que se exerce controle constante e cobranças ilimitadas que levam os seres humanos ao limite. Com efeito, o incremento de quadros

10 “Sob uma aparência objetiva, operatória e pragmática, a gestão gerencialista é uma ideologia que traduz as atividades humanas em indicadores de desempenhos, e esses desempenhos em custos ou benefícios. Indo buscar do lado das ciências exatas uma cientificidade que elas não puderam conquistar por si mesmas, as ciências da gestão servem, definitivamente, de suporte para o poder gerencialista”. (GAULEJAC, 2007, p. 40).

depressivos ou da síndrome de *burnout* são reflexos dessa transformação, em que a liberdade se converte em coação (HAN, 2014, p. 12).

O crescimento do sofrimento psíquico na conjuntura hodierna é reflexo da autocoerção produzida pelo gerenciamento neoliberal. Posto isso se faz necessário, inclusive, a ressignificação de instrumentos como as drogas/fármacos¹¹, as quais recebem em parte um tratamento sociocultural distinto. Explica-se a rearticulação em torno de que não se trata mais de uma alteração de consciência ou fuga da realidade (mudança da visão sedativa para psicoestimulante), mas sim um conjunto de substâncias que permite a manutenção da concorrência, bem como auferem o autocontrole que mantém o sujeito “no jogo” (EHRENBERG, 2010, p. 134–135).

Formata-se assim uma sociedade do cansaço e do desempenho, que trata de modificar o significado de palavras e comportamentos, especialmente se isso diz respeito ao aprimoramento pessoal, físico ou cognitivo, ou como seria chamado anteriormente: *doping*. Nesse sentido, bastaria a distribuição “justa” desses melhoramentos para que o desempenho máximo fosse alcançado, sem levar a um processo desigual, embora tal linha de raciocínio ignore completamente a destruição da alma e psique humana em prol do desempenho (claramente alicerçado na pressão capitalista) (HAN, 2015, p. 69-71).

A confirmação de que o modelo neoliberal em operação acarreta graus crescentes de sofrimento psíquico no continente latino-americano pode ser encontrado no relatório “*La carga de los trastornos mentales en la Región de las Américas*, 2018”. Além dos dados de déficit de investimento em relação ao número de ocorrências (algo dedutível quando se adota a visão neoliberal que reduz pessoas a meros custos) (GAULEJAC, 2007, p. 54), em torno de 34% da população da região (com pequenas variações entre os países) apresenta transtornos mentais incapacitantes (ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, 2018, p. 6).

Conforme já afirmado os profissionais da segurança pública acabam atingidos pelas consequências do sofrimento psíquico, haja vista que do mesmo modo que se expande o *ethos* neoliberal, também aumentam as pessoas aplacadas por seus efeitos. O reflexo disso pode ser observado nos dados de 2015 sobre o acometimento de transtornos em policiais, em que o Grupo de Estudo e Pesquisa em Suicídio e Prevenção (GEPeSP) “entrevistou, por meio de um questionário on-line, 18.007 policiais de diversas instituições em todo território nacional. Desse total, 3.225 já haviam cogitado se matar e 650 chegaram a tentar suicídio” (METRÓPOLES, 2019). Ademais, conforme dados recentes levantados pela Associação de Delegados de Polícia de São Paulo (ADEPESP) a partir da Lei de Acesso à Informação, entre os períodos de 2015 e 2021 cerca de 61 policiais civis cometeram suicídio, em contraponto ao número de 21 agentes que morreram durante a realização de suas atividades laborais (STOCHERO, 2021).

Inúmeros motivos são elencados pelos policiais, como por exemplo: falta de reconhecimento interno (superiores hierárquicos) e externo (sociedade civil), precariedade das condições de trabalho, regime excessivo devido ao baixo contingente, metas/resultados atrelados à

11 Registra-se a existência de críticas significativas aos parâmetros de tratamento e medicalização operados pela psiquiatria, criando o paralelo concomitante entre o aumento de casos de sofrimento psíquico conjuntamente a proliferação, por vezes ilusórias ou sem critérios científicos verificáveis, de novas patologias. Nesse sentido Dunker explica: “muitos psiquiatras questionam as renovações feitas pelo DSM-V porque elas não se apoiam de fato em novas descobertas científicas, mas em redefinições nominalistas de sintomas e definições operacionais de síndromes. Isso valoriza ou sobrevaloriza o diagnóstico mediante exame retrospectivo dos efeitos de medicações cujo verdadeiro mecanismo de ação se desconhece. Ou seja, a unidade perdida com o sequestro da neurose, como hipótese que unifica história de vida, sintomas e personalidade, é reencontrada na unidade de um objeto: a medicação” (DUNKER, 2017, p. 213).

injustiça e ordem social (METRÓPOLES, 2019). Revela-se assim um modelo de gerenciamento insustentável e que ignora o sofrimento psíquico como um fator de mortalidade policial.

Conjuga-se à carga de sofrimento crescente a totalidade de discursos que compõem a cultura autoritária-alienante que fomenta a violência e impede tratamentos, seja pela incorporação do discurso da guerra contra o crime, tipicamente esculpido no país e seu combate aos inimigos internos¹², seja no mito do policial herói (algo inclusive projetado no gerencialismo da segurança pública).

No entanto, não é possível haver surpresa quando tais pesquisas indicam o aumento de casos de transtornos mentais em policiais. Ademais, torna-se ainda mais flagrante a gravidade da gestão do sofrimento psíquico quando se observa os dados do mais recente Anuário Brasileiro de Segurança Pública, revelador das consequências mortais da situação nacional. De acordo com os números expostos, houve mais policiais vítimas de suicídio (cerca de 104 agentes) do que policiais mortos em horário de trabalho em 2018, o que revela um aumento de mais de 40% quando comparado com o ano anterior (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 8).

O Boletim de Notificação de Mortes Violentas Intencionais (2020) nos ajuda a entender um pouco da magnitude do suicídio entre agentes de segurança pública no país. A nossa equipe recebeu 51 casos de suicídios consumados em 2018. Em contrapartida, no ano de 2019, notificamos 83 mortes por suicídios de profissionais de segurança pública do país. Trata-se de um crescimento de 39% (MIRANDA *et al*, 2020, p. 14).

Os dados, ainda que possam conter as invisibilidades de subnotificações regionalizadas no país, demonstram níveis alarmantes de mortes, reafirmando a precarização das vidas dos policiais em relação ao sofrimento psíquico, para além dos riscos físicos inerentes às funções realizadas na área da segurança. Registra-se que tal dificuldade de levantamento de dados se verifica no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, quando parte das instituições policiais deixou de fornecer informações sobre suicídios de seus agentes no ano antecedente (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 53). Denota-se assim que mesmo “a morte, em seus muitos disfarces, é um dos subprodutos do neoliberalismo: quando as pessoas já não têm mais nada a perder, sejam recursos ou força de trabalho, elas se tornam simplesmente descartáveis” (CRARY, 2016, p. 53).

Portanto, a ausência de preocupação com transtornos mentais de ansiedade, depressão, *burnout* ou qualquer outro atrelado às funções desempenhadas por policiais no Brasil é uma marca do modelo neoliberal aplicado à segurança pública, reduzindo as perdas de vidas a meros danos colaterais, tudo simplificado ao gerenciamento quantificável, inclusive a vida humana.

12 O texto constitucional de 1988 inclusive passa a utilizar o termo segurança pública para afastar as noções da segurança nacional e do combate aos inimigos da nação, tipicamente utilizadas no período da ditadura civil-militar no país. Porém segundo Dutra (2019, p. 40), as práticas de morte e violência não foram atenuadas “durante a transição democrática, o desempenho da polícia, ao invés de melhorar, deteriorou. A arbitrariedade e a violência são marcas que não só permaneceram, mas também cresceram com a ineficiência dessa instituição como controladora do crime. Assim, a imagem policial criada durante a ditadura não se remodelou, mas permaneceu negativa. Tal percepção é causada tanto pela violência e arbitrariedade da polícia quanto pela falta de controles externos, isto é, de vias institucionais disponíveis para a população poder registrar suas colocações e reclamações sobre o comportamento policial”.

5. CONCLUSÃO

O debate ora apresentado nessa pesquisa tem como escopo central o sofrimento psíquico produzido nos agentes de segurança pública por um gerencialismo neoliberal. Procurou-se dar ênfase aos efeitos incrementados nos agentes policiais por um modo militarizado de combate ao inimigo interno e, sobretudo, às práticas neoliberais que introduzem modos de vida que reproduzem violência e letalidade.

Posto isso, o problema de pesquisa foi elaborado desde uma questão: como a adoção de uma razão neoliberal afeta a atuação e, por conseguinte, a saúde mental dos policiais brasileiros? Assim, buscou-se indicar alguns parâmetros para responder tal indagação através de uma abordagem dedutiva, que analisou os dados mais recentes sobre violência e letalidade policial, bem como, examinando os estudos de destaque sobre os índices de suicídio e problemas de saúde mental nos policiais brasileiros.

Portanto, as bases de pressão psíquica formatadas pelo contexto punitivo (discurso de guerra) em que são inseridas as práticas de segurança pública, contando com treinamentos e outras práticas típicas de modelos autoritários, acabam multiplicadas e reforçadas pelas práticas neoliberais. Isso significa que o *ethos* neoliberal intensifica o sofrimento psíquico nos policiais, os quais são obrigados a aderir a sistemas de métricas, metas e outras formas gerenciais que alimentam a concorrência e eficácia como formas de avaliação da segurança, afastando-se das finalidades sociais mais básicas da atividade.

Significa dizer que tanto o aumento de casos de sofrimento psíquico, como o índice de mortalidade por suicídios superando as mortes em conflitos ou de forma geral em horários de trabalho, não causa nenhuma estranheza quando se percebe a produção de subjetividades calcadas na capitalização do humano e na precarização da vida. Em síntese, a (in)sanidade do modelo de segurança pública – além de transformar os policiais e demais agentes de segurança pública em objetos descartáveis, em índices para maximização dos resultados, em que qualquer espécie de sofrimento psíquico em razão daquilo que são obrigados a suportar – expõe uma tecnologia de guerra (re)produtora de extermínio de si e dos outros.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da criminologia**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- AMARAL, Augusto Jobim do; SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho; MEDINA, Roberta da Silva. Militarização Urbana e Controle Social: primeiras impressões sobre o policiamento por “drones” no Brasil. **Revista de Direito da Cidade**, v. 11, n. 2, p. 278-298, 2019.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- BBC. **Espancamentos, banho em represa gelada e fezes no carro**: os castigos a policiais de elite no Brasil. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44462719>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BELL, Emma. **Criminal justice and neoliberalism**. Hampshire/New York: Palgrave Macmillan, 2011.
- BENJAMIN, Walter. **O capitalismo como religião**. São Paulo: Boitempo, 2013.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Éve. **O novo espírito do capitalismo**. Tradução Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRASIL. **Decreto nº 46.775**. 2019. Disponível em: http://www.ioerj.com.br/portal/modules/conteudoonline/busca_do.php?acao=busca. Acesso em: 16 fev. 2020.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo**. Tradução Mário Marino e Eduardo Santos. São Paulo: Politeia, 2019.

BROWN, Wendy. Neoliberalism's Frankenstein: Authoritarian Freedom in Twenty-First Century "Democracies". **Critical Times**, v. 1, n. 1, p. 60-79, 2018.

CANO, Ignácio; DUARTE, Thais Lemos. **Análise comparativa das legislações disciplinares das corporações de segurança pública**: uma proposta de matriz de lei disciplinar para o Brasil. 2013. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2015/07/5-Lei-Disciplinar.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2020.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Questões preliminares para discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre segurança pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 22, p. 139-182, abr. 1998.

CHAMAYOU, Grégoire. **A sociedade ingovernável**: uma genealogia do liberalismo autoritário. Tradução Letícia Mei. São Paulo: Ubu Editora, 2020. (Coleção Explosante).

CRARY, Jonathan. **24/7**: capitalismo tardio e os fins do sono. São Paulo: Ubu, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELEUZE, Gilles. **'Post-scriptum' sobre as sociedades de controle**. Conversações (1972 – 1990). São Paulo: Editora 34, 1992.

D'ELLIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

DIAS, Felipe da Veiga; SANTOS, Lucas da Silva. Violências operacionalizadas pelo Estado: um debate sobre danos causados pelas atuações letais da polícia brasileira. **Revista Húmus**, v. 9, n. 27, 2019.

DUNKER, Christian. **Reinvenção da intimidade** – políticas do sofrimento cotidiano. São Paulo: Ubu, 2017.

DUTRA, Luiza Correa de Magalhães. **"É o céu da boca do inferno esperando você"**: a violência policial e o marcador social raça – representações sociais sobre o campo de análise. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

EHRENBERG, Alain. **O culto da performance**: da aventura empreendedora à depressão nervosa. Aparecida/SP: Ideias e letras, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>. Acesso em: 9 maio 2022.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade 1** – a vontade de saber. São Paulo: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978 – 1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. Curso do Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANCO, Marielle. **UPP a redução da favela a três letras**: uma análise da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro. São Paulo: N-1 edições, 2018.

- GAGO, Verónica. **La razón neoliberal**. Economías barrocas y pragmática popular. Madrid: Traficantes de sueños, 2015.
- GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Aparecida/SP: Ideias e Letras, 2007.
- HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. Barcelona: Herder, 2014.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
- HAN, Byung-Chul. **Topologia da violência**. Petrópolis: Vozes, 2017.
- HARCOURT, Bernard E. **A contrarrevolução**: como o governo entrou em guerra contra os próprios cidadãos. São Paulo: Glac, 2021.
- HARCOURT, Bernard E. **Exposed**: Desire and disobedience in the digital age. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Governo do Rio de Janeiro**. 2019. Disponível em: <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=38>. Acesso em: 19 out. 2019.
- LEVY, Yagil. The Essence of the "Market Army". **Public Administration Review**, p. 378-389, May/June, 2010.
- LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 1, p. 49-85, 2016.
- METRÓPOLES. **Quando a polícia adocece**. Epidemia dentro de quartéis e delegacias, as doenças mentais são gatilho para suicídio de responsáveis pela segurança pública. 18 jun. 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/materias-especiais/gatilho-para-suicidio-doencas-mentais-viram-epidemia-entre-policiais?fbclid=IwAR0I-cJVQOv-vGnvZsyYCwTPFTz-IGAXU7LkA26tjC-Er-Shh3Qmq1VkyxXY>. Acesso em: 11 jul. 2020.
- MICOCCI, Andrea; DI MARIO, Flavia. **The fascist nature of neoliberalism**. New York: Routledge, 2018.
- MIGUEL, Luis Felipe. Segurança e desenvolvimento: peculiaridades da ideologia da segurança nacional no Brasil. **Diálogos Latinoamericanos**, n. 5, p. 40-56, 2002.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Letalidade Policial no Rio de Janeiro em 10 pontos**. 2019. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/letalidade_policial_no_rio_de_janeiro_em_10_ponto. Acesso em: 16 fev. 2020.
- MIRANDA, Dayse *et al.* **Boletim IPPES 2020**: Notificação de Mortes Violentas Intencionais entre Profissionais de Segurança Pública no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa, Prevenção e Estudos em Suicídio (IPPES), 2020.
- MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. A crise de identidade das polícias militares brasileiras: dilemas e paradoxos da formação educacional. **Security and Defense Studies Review, Washington, DC**, v. 10, n. 1, p. 177-198, 2001.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. **La carga de los trastornos mentales en la Región de las Américas**. Washington: OPS, 2018.
- PORTO, Maria Stela Grossi. Polícia e violência: representações sociais de elites policiais do Distrito Federal. **São Paulo em perspectiva**, v. 18, n. 1, p. 132-141, 2004.
- REVEL, Judith. **Foucault, un pensamiento de lo discontinuo**. Buenos Aires; Madrid: Amorrortu editores, 2014.
- SANTOS, José Vicente Tavares dos. A arma e a flor: formação da organização policial, consenso e violência. **Tempo Social**: revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 9, n. 1, 1997.
- SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA. **Sistema de Metas**. 2019. Disponível em: <http://www.sistemademetas.seguranca.rj.gov.br>. Acesso em: 17 maio 2020.
- SERRA, Carlos Aguiar; D'ELLIA FILHO, Orlando Zaccane. Guerra é Paz: os paradoxos da política de segurança de confronto humanitário. In: BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.
- SILVA, Denise Ferreira da. Ninguém: direito, racialidade e violência. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 67-162, 2014.
- SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**: segurança pública e direitos humanos. São Paulo: Boitempo, 2019.
- STOCHERO, Tahiane. Número de suicídios na Polícia Civil de SP é três vezes maior do que o de mortes em serviço, aponta estudo. **G1**, 5 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/10/05/numero->

de-suicidios-na-policia-civil-de-sp-e-tres-vezes-maior-do-que-o-de-mortes-em-servico-aponta-estudo.ghtml. Acesso em: 9 maio 2022.

WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucault e o Estado penal na era neoliberal. **Revista Transgressões**, Natal, v. 3, n. 1, 2015.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 284-309, set./dez. 2018.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 31/08/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 31/08/2022
- Avaliação 1: 02/09/2022
- Avaliação 2: 21/09/2022
- Decisão editorial preliminar: 08/05/2022
- Retorno rodada de correções: 18/09/2022
- Decisão editorial/aprovado: 18/09/2022

Equipe editorial envolvida

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

A ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO ÚLTIMO RECURSO NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

INTERNATIONAL ADOPTION AS A LAST RESOURCE
IN THE PERSPECTIVE OF DISTRIBUTIVE JUSTICE

CRISTINA FIGUEIREDO TEREZO RIBEIRO¹
MARIA MARLENE ESCHER FURTADO²

RESUMO

O artigo versa sobre a adoção internacional e o princípio do superior interesse da criança e objetiva-se analisar a adoção internacional no viés da justiça distributiva na perspectiva da autoestima para a construção de seu plano de vida em atenção ao princípio do superior interesse da criança, problematizando se com a atual legislação brasileira, onde a adoção internacional é regulada como último recurso, é possível atender o superior interesse da criança na perspectiva da justiça distributiva. Para alcançar os resultados apresentados, a metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica via método dedutivo. Iniciou-se com os princípios que regem a adoção internacional, dando ênfase à legislação brasileira e aos princípios jurídicos da Convenção de Haia/1993, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, seguindo-se com a adoção internacional na perspectiva da Justiça Distributiva, a partir da leitura das obras de Stuart Mill, Friedrich Hayek, John Rawls e Robert Nozick, de forma a trabalhar categorias como felicidade, prazer, obrigação da sociedade e princípios de justiça, aliando ao superior interesse da criança, em razão do direito fundamental à família. Com as teorias de justiça, demonstra-se que a legislação vigente impede a adoção internacional, pois é colocada como último recurso, inviabilizando plano de vida de crianças dentro de uma sociedade, que busca o ideal de justiça.

Palavras-chave: adoção internacional; superior interesse da criança; justiça distributiva.

- 1 Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia (2001). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2005). Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2011). Curso de Educação em Direitos Humanos no Canadá (2006). Curso sobre o Sistema ONU de Direitos Humanos na Suíça (2007). Visiting Scholar do Washington College of Law, American University (2009-2010). Curso de Proteção de Dados Pessoais na França (2012). Pesquisadora Visitante, McGill University, Montreal, Canadá (2022-2023). Atualmente, é Professora efetiva da Universidade Federal do Pará, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/9188707404168670>.
- 2 Professora adjunto da Universidade Federal do Oeste do Pará/UFOPA. Possui graduação em Bacharelado em Direito pela ULBRA/STM; e mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará/UFPA, área de concentração "Direitos Fundamentais e Relações Sociais". Doutora em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFPA. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4284-428X>.

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

RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo; FURTADO, Maria Marlene Escher. A adoção internacional como último recurso na perspectiva da justiça distributiva. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 71-88, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8543>.

ABSTRACT

The article deals with intercountry adoption and the principle of the best interests of the child and aims to analyze international adoption from the perspective of distributive justice and self-esteem for the construction of your life plan in attention to the principle of the best interests of the child, problematizing itself with the current Brazilian legislation, where international adoption is regulated as a last resort, it is possible to meet the best interests of the child from the perspective of distributive justice. To achieve the results presented, the methodology used was bibliographic research via deductive method. It began with the principles that govern international adoption, emphasizing Brazilian legislation and the legal principles of the Hague Convention/1993, relating to the protection of children and cooperation in matters of international adoption, followed by international adoption in perspective of Distributive Justice, from the reading of the works of Stuart Mill, Friedrich Hayek, John Rawls and Robert Nozick, in order to work on categories such as happiness, pleasure, society's obligation and principles of justice, combining the best interests of the child, in fundamental right to the family. With the theories of justice, it is demonstrated that the current legislation prevents international adoption, as it is placed as a last resort, making life plan unfeasible for children within a society that seeks the ideal of justice.

Keywords: international adoption; superior interest of the child; distributive justice.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A adoção é instituto jurídico que data de mais de dois mil anos na história da humanidade, no passado prevalecendo mais os interesses do adotante e, hodiernamente, devendo prevalecer os interesses do adotando, em consonância da doutrina da “proteção integral”, e que deve ser dada às pessoas em desenvolvimento, tendo como finalidade fundamental estabelecer “laços de filiação legal entre duas pessoas, independentemente dos laços de sangue” (VENOSA, 2010, p. 275). Trata-se de um tema que constitui um dos ramos do Direito mais voltados para o aspecto humano, que cuida da afetividade, relação pessoal mais íntima da pessoa.

A adoção se estabelece a partir do interesse do Estado de viabilizar um ambiente familiar favorável ao pleno desenvolvimento de uma criança/adolescente que o não encontra no seu meio de origem. Ela se concretiza por via judicial e é entendida como a inserção numa família, de forma definitiva, adquirindo um vínculo jurídico próprio da filiação de uma criança/adolescente cujos pais morreram, são desconhecidos, não assumem as funções do poder familiar ou são considerados incapazes de desempenhar. O presente artigo versa sobre a adoção internacional, que constitui medida excepcional de colocação em família substituta estrangeira na modalidade de adoção, havendo o deslocamento da criança do país de origem para o país de acolhida.

O problema que suscitou a pesquisa traz o seguinte questionamento: é possível a adoção internacional atender o superior interesse da criança e do adolescente na perspectiva da justiça distributiva, sendo tratada como último recurso? Os objetivos almejados foram: analisar a adoção internacional no viés da justiça distributiva; conhecer os princípios que regem a adoção internacional; analisar a justiça distributiva pelo viés do direito fundamental da criança de ser criada por uma família; e, identificar a possibilidade da mudança de padrões discursivos quando a adoção internacional não atender o superior interesse da criança e do adolescente na perspectiva da justiça distributiva. Para alcançar os resultados apresentados no texto, a metodologia utilizada foi da pesquisa bibliográfica em livros, teses, artigos em revistas jurí-

dicas, sentenças dos Tribunais e *sites* da rede *internet*; tendo como método de abordagem o dedutivo dialético.

O relato da análise apresentada inicia com os princípios que regem a adoção internacional, dando ênfase à legislação brasileira e aos princípios jurídicos previstos na Convenção de Haia de 1993, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, na perspectiva de que o tratamento legal brasileiro dado a adoção internacional como último recurso não condiz com o princípio do superior interesse da criança/adolescente. O capítulo seguinte inicia com teorias da justiça distributiva, discorrendo sobre a adoção internacional na perspectiva da construção do plano racional de vida e do superior interesse da criança/adolescente, em razão do seu direito fundamental à família. Ele finaliza com a justiça distributiva e o direito fundamental da criança de ser criada por uma família.

2. PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional trata do processo de adoção³ de criança e/ou adolescente, que é transferida do seu país de residência habitual para o país da residência habitual dos adotantes, com vista de lhe dar uma família. A regulamentação da sua prática é relativamente recente, teve pouca expansão até os anos 70, sendo que a partir da década 80, passou a ter maior incidência, causando preocupação aos organismos internacionais, pela ausência de legislação específica para solucionar problemas complexos que surgiam, a exemplo dos ganhos financeiros, que incentivavam adoções fraudulentas e abusos como raptos, coerção, subornos e venda de crianças, sem priorizar o bem-estar do adotando (ARANGUREM, 1993).

A sociedade internacional vem adotando uma posição *principista* no sistema jurídico dos Estados, respaldada pelos Princípios Gerais do Direito Internacional, decorrentes de uma consciência jurídica universal (TRINDADE, 2013, p. 55), onde o destinatário final é a pessoa natural que busca a realização da justiça. Neste tópico, são tratados os princípios jurídicos da adoção internacional, que têm a força normativa maior que a das regras, de par com o entendimento de que os valores nesses princípios transfundidos são os que mais conferem unidade material à legislação e promovem a espontânea adaptabilidade dela às mutações do mundo circundante viabilizando, assim, sua atualização sem maior necessidade de um formal processo de emenda ou revisão, uma vez que “todo sistema jurídico tem princípios fundamentais, que inspiram, informam e conformam suas normas” (TRINDADE, 2013, p. 21).

2.1 A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

No estudo do percurso legislativo da adoção internacional no Brasil, identifica-se que sua regulamentação é recente, pois tanto o Código Civil de 1916 como o Código de Menores de 1927 somente regulavam a adoção de crianças em âmbito interno, não contendo previsão legal sobre adoção internacional e facilitando, assim, a retirada de crianças brasileiras por estran-

3 A adoção se fundamenta em uma verdade afetiva e sociológica, que estabelece uma relação de filiação legal, que está centrada no superior interesse da criança e do adolescente desprovido de família.

geiros não residentes no país, ocasionando um grande contingente de crianças que deixou o Brasil durante o século passado, as quais estavam suscetíveis a fraudes e ilícitudes via tráfico de crianças. O único documento exigido para que se realizasse a adoção internacional de uma criança brasileira era uma escritura pública, feita em qualquer cartório, sem o conhecimento do Poder Judiciário, também não havia necessidade da presença dos postulantes a adotar, podiam ser representados por procuradores, favorecendo o comércio e o tráfico internacional de criança. Essa lacuna legislativa fez com que juízes brasileiros⁴, no início da década de 70, criassem diretrizes básicas em matéria de adoção internacional (POMPEU, 2016).

O Código de Menores de 1979, primeira lei brasileira que fez referência à adoção internacional, restringindo-a em parte, no sentido reduzir o envio de crianças brasileiras para o exterior sem qualquer controle pelo Estado, e como não revogou o Código Civil de 1916, pouco contribuiu em estabelecer efetivas mudanças. O caráter contratual da adoção restringia seus efeitos ao adotante e ao adotado, cujo vínculo estabelecido não atingia outros parentes, pois não determinava o rompimento dos vínculos naturais do adotado (MACEDO, 2011).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) trouxe modificações significativas, a exemplo do princípio da não discriminação dos filhos, da ação conjunta de autoridades nacionais de diferentes países com objetivos comuns, e a obrigatoriedade da adoção internacional ser assistida pelo Poder Público. Em consonância com a Carta Magna é aprovado, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069/90, que revogou o Código de Menores/79, alterando conceitos e estabelecendo novos requisitos e procedimentos para a adoção. Ele estabeleceu a permissão da adoção de crianças e adolescentes brasileiros por estrangeiros residentes ou domiciliados fora do país, em caráter excepcional, devendo ser considerada como alternativa e exceção. No mesmo ano, também foi promulgado o Decreto n. 99.710/90, que aprovou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989 e introduziu no ordenamento brasileiro o princípio do melhor interesse da criança.

A Convenção de Haia/93, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, foi incorporada na legislação do Brasil pelo Decreto n. 3.087/1999, e, por fim, em 03 de agosto de 2009 foi aprovada a Lei n. 12.010, que dispõe sobre adoção e sobre as autoridades responsáveis pelos trâmites da adoção internacional, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Lei n. 8.560/1992, revogando dispositivos do Código Civil/2002, sendo que essa nova lei sofreu alterações pela Lei n. 13.509/2017.

Por se tratar de uma medida excepcional, a lei dispõe que a adoção internacional deve ser levada em consideração como último recurso, logo, para deferir esta adoção, deve ser comprovado que não existe nenhum adotante brasileiro para adotar a criança e adolescente. A justificativa é de que tal requisito é importante, pois ajuda a preservar as raízes culturais do adotando, tornando o processo de adoção menos impactante, pois na adoção internacional, ela passará por mudanças radicais em sua vida; além disso, com sua natureza definida no artigo 51 do ECA, ela só poderá acontecer quando ficar comprovado que as autoridades competentes do Estado de acolhida verificaram que os futuros pais adotivos se encontram habilitados e aptos para adotar; que asseguraram que os adotantes foram convenientemente orientados; e,

4 O magistrado fluminense Alyrio Cavallieri (1998, p. 203) estabeleceu três condições para fundamentar suas sentenças sobre adoção internacional: 1. requerer a lei do país do adotante para possibilitar uma avaliação de que as crianças brasileiras não seriam consideradas pessoas de segunda classe naquele país; 2. requerer um estudo sobre a família adotante nos mesmos moldes que o exigido para adotantes brasileiros; e 3. permitir a adoção de crianças por estrangeiros residentes no exterior somente se não houver nenhuma possibilidade de obter família brasileira.

tiverem verificado que a criança foi ou será autorizada a entrar e a residir permanentemente no Estado de acolhida.

2.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL PREVISTOS NA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1993, RELATIVA À PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E À COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

O pluralismo de regras estabelecidas pelos ordenamentos jurídicos nacionais causava transtorno e insegurança para os adotantes e o adotado quando do seu ingresso no país de recepção, requerendo um ordenamento que colmatasse as lacunas, reduzisse a fragmentação de normas e induzisse a cooperação entre os Estados de origem e de recepção (CASSESE, 2010, p. 15). Neste contexto, foi criada a Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, a fim de desenvolver medidas que garantissem a adoção internacional e salvaguardassem o melhor interesse da criança e seus direitos fundamentais.

Com a teoria da proteção integral foram estabelecidos, pela Organização dos Estados Americanos (OEA), princípios de caráter geral para promover políticas públicas, que fortaleçam as condições das famílias de cuidar e criar seus filhos, sendo fixados estandartes mínimos das modalidades de cuidado alternativo nos casos em que fosse necessário separar a criança de seus progenitores por motivos de proteção e do seu superior interesse. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013, p. 66-129)

Com relação à adoção internacional, as normas universais⁵ atuam para garantir maior segurança e transparência ao procedimento adotivo, no sentido de que “os princípios são fundamentos para regras ou regras em si mesmas” (ALEXY, 2015). Assim, a teoria da proteção integral e o princípio da dignidade humana, que perpassam por todo ordenamento jurídico, são amplamente utilizados no ECA, sendo que o procedimento da adoção internacional, além desses princípios, conta com princípios específicos encontrados na Convenção de Haia/1993, a saber:

- Princípio do melhor (ou superior) interesse da criança e do adolescente – é originário do *parens patrie*, ele está vinculado a concepção de que as crianças/adolescentes são sujeitos titulares de direitos com sua dignidade e suas necessidades especiais de proteção. O princípio do melhor interesse foi consolidado em 1959, por meio da Declaração dos Direitos da Criança e está disciplinado no artigo 1, a) da Convenção de Haia de 1993, nos artigos 3 e 21 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças e no artigo 43 do ECA. Esse princípio tornou-se tanto orientador para o legislador como para o aplicador da norma jurídica, determinando a primazia das necessidades infante-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica ou mesmo como forma de elaboração de futuras demandas; estabelece que todas as condutas devam ser adotadas, levando em consideração o que é melhor para a criança, por isso a jurisprudência pátria tem se manifestado nesse sentido, pois quando se trata da adoção, por exemplo, entre as possíveis pessoas a adotarem deve-se levar em consideração o que é melhor para o adotando e não o que o adotante deseja (PEREIRA, 2008).

5 Denominadas *normas principiológicas* que estão explícitas e implícitas em tratados internacionais, a exemplo dos princípios estabelecidos na Convenção de Haia/1993.

- Princípio da subsidiariedade (ou excepcionalidade) da adoção internacional – trata da adoção internacional como a última *ratio*, devendo somente ser admitida quando não for possível a adoção da criança no seu país de origem. Ele está regulamentado no artigo 21, *b*) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças. O artigo 31 do ECA prevê que fica expressamente permitida a adoção de brasileiros por estrangeiros, residentes ou domiciliados fora do país, ainda que, em caráter excepcional. Assim, ao mesmo tempo, deve ser considerada como alternativa e exceção, uma vez que dispõe que “a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”. Nos tribunais brasileiros, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

ADOÇÃO INTERNACIONAL. Cadastro Geral. **Antes de deferida a adoção para estrangeiros, devem ser esgotadas as consultas a possíveis interessados nacionais.** Organizado no Estado um cadastro geral de adotantes nacionais, o juiz deve consultá-lo, não sendo suficiente a inexistência de inscritos no cadastro da comarca. Situação já consolidada há anos, contra a qual nada se alegou nos autos, a recomendar que não seja alterada. Recurso não conhecido (grifo nosso) (BRASIL, 1999)

Embora tida como medida alternativa ou excepcional, que substitui a adoção nacional, sendo expressamente exigido o interesse da criança e do adolescente, a adoção internacional visa proporcionar ao adotando um ambiente familiar adequado, ainda que fora de seu país de origem, e fornecer-lhe condições para que exerça seus direitos. Os entendimentos contrários se posicionam no sentido de que estudos comprovam que é na sociedade em que o adotado nasceu que ele encontrará mais facilidade em ser adaptado em uma família substituta (SILVEIRA, 2008). Assim, esta medida é devida ao fato do legislador objetivar o privilégio da adoção por brasileiros, uma vez que só após serem esgotadas as vias da adoção por nacionais, é que se poderá deferir-lhe à estrangeiro(s), dando preferência aos residentes no Brasil, com a finalidade de que o adotando permaneça no Brasil.

- Princípio da necessidade de intervenção das autoridades públicas – este princípio declara que são proibidas as adoções exclusivamente privadas, consoante o artigo 8 da Convenção de Haia de 1993, artigo 2, *e*) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças e Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) nos artigos 47, 51, § 3º e 52, § 8º.

- Princípio da cooperação entre os Estados – decorre do fato da adoção internacional ter relação com, pelo menos, dois países distintos, fazendo com que seja fundamental uma cooperação entre os Estados na constituição do processo adotivo internacional. Ele está disciplinado nos artigos 1, *b*) e 8 da Convenção de Haia/1993, no artigo 21, *e*) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças e no artigo 52 do ECA. Este princípio inovou as regras referentes à adoção internacional, trazendo as autoridades centrais e os organismos credenciados, sendo que aquelas são fundamentais nos processos de adoção. A cooperação entre os países signatários da Convenção faz com que as adoções internacionais tenham um acompanhamento mesmo depois que a criança deixa seu país de origem (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

- Princípio da bilateralidade – dispõe que o instituto da adoção internacional deve ser reconhecido tanto pelo Estado de origem como pelo Estado de acolhida do adotado. “A adoção só deverá ser decretada se for igualmente um instituto conhecido no ordenamento jurídico de origem do menor” (SILVA, 2005, p. 99); este princípio ficou bem demonstrado no Acórdão *Harroudj vs. França*. Ele está previsto no artigo 1, *c*) da Convenção de Haia de 1993 e no artigo

51 do ECA. A adoção internacional, portanto, será concedida se o país de acolhida reconhece a adoção e respeita o superior interesse da criança, garantindo ao adotado todos os seus direitos; se os interessados estiverem devidamente inscritos junto a Autoridade Central Estadual seguindo todo o processo para sua habilitação; e se o interessado se submeter à ordem de chamada para adoção, tendo preferência aqueles que são de países signatários da Convenção de Haia/1993.

- Princípio da aplicação das mesmas garantias e dos mesmos efeitos, tanto para a adoção constituída no estrangeiro, quanto para a adoção constituída no próprio Estado – está previsto no artigo 21, c) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, no artigo 52-B do ECA, o qual estabelece que a adoção por brasileiro domiciliado em país ratificante da Convenção de Haia, cujo processo de adoção foi processado em conformidade com a legislação vigente no país de residência e atendido o disposto na referida Convenção, será automaticamente recepcionada com o reingresso no Brasil.

- Princípio da proibição dos lucros indevidos – estabelece que a adoção internacional não pode visar um aproveitamento econômico, em particular da criança, conforme previsto no artigo 32 da Convenção de Haia de 1993, no artigo 21, d) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças e no ECA, artigo 52, § 11. Ele enseja cuidados, pois está voltado para o combate ao tráfico e sequestro de crianças.

Diante dos princípios acima apresentados são construídas as regras que disciplinam a adoção internacional pelos países que aderiram a Convenção de Haia/1993, como é o caso do Brasil, que mesmo tendo como princípio maior o superior interesse da criança e do adolescente, em muitas decisões a regra tem prevalecido, entendendo que a adoção internacional só deve ser concedida como o último recurso.

3. A ADOÇÃO INTERNACIONAL NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Igualdade, liberdade e progresso são direitos e aspirações políticas do ser humano como sujeito de direitos, os quais são direcionados por um ordenamento jurídico, cujo entendimento é de que a maior autoridade é a lei instituída pela Constituição, na sociedade do ocidente contemporâneo. O estudo deste capítulo tem como desafio tratar o discurso dogmático da adoção internacional pelo viés filosófico da teoria política normativa da justiça distributiva, pois a filosofia estimula habilidades em lidar com reflexões que viabilizam deslocamentos dos eixos da argumentação, que neste caso é o tratamento da adoção internacional como último recurso, no sentido de desenvolver estruturas argumentativas capazes de defender entendimentos diferentes que atendam a busca pela justiça.

3.1 TEORIAS DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: ALGUMAS REFLEXÕES

Para buscar uma resposta à pergunta que gerou esta pesquisa, entende-se ser necessário conhecer algumas teorias que dão pressupostos à justiça distributiva, em especial a autoes-

tima e a liberdade do indivíduo para realizar o que realmente importa para o cumprimento do plano racional de vida de uma criança, em crescer e se desenvolver num contexto familiar. As teorias de justiça a serem apresentadas, de forma resumida, tratam do utilitarismo, liberalismo e libertarismo via pensamentos de Stuart Mill (2005, 2006), Friedrich Hayek (2014), John Rawls (2008) e Robert Nozick (2011).

Ao descrever “o que é o utilitarismo?”, MILL (2005, p. 22) o fundamenta dizendo “que o prazer e a imunidade à dor, são as únicas coisas desejáveis [...] são desejáveis ou para o prazer inerente a elas mesmas, ou como meios para a promoção do prazer e a prevenção da dor”; que para a doutrina utilitarista, é desejável a felicidade e é a única coisa desejável como finalidade, todas as outras coisas seriam apenas desejáveis como meio para tal finalidade; e tendo, portanto, como princípio que “a felicidade é a única finalidade da ação humana e sua promoção, o teste pelo qual se julga toda a conduta humana; disso necessariamente se segue que deve ser o critério da moralidade, uma vez que a parte está contida no todo” (2005, p. 59-60).

Na relação entre justiça e utilidade, MILL (2005, p. 64) coloca que o

[...] propósito é determinar se a realidade, à qual corresponde o sentimento de justiça, é tal que necessite de qualquer revelação especial; se a justiça ou injustiça de uma ação é algo intrinsecamente peculiar, e distinto de todas as suas outras qualidades, ou apenas uma combinação de algumas dessas qualidades, apresentadas sob um aspecto peculiar.

sendo necessário “considerar se em si mesmo o sentimento de justiça e injustiça é *sui generis* como nossas sensações de cor e gosto, ou um sentimento derivado, formado pela combinação de outros”, pois o ser humano tem dificuldade em “ver na Justiça apenas um tipo ou variação particular da utilidade geral”, por pensar que sua força compulsória superior requer uma origem diferente. A justiça implica em algo que não é apenas certo fazer ou errado não fazer, mas o que um indivíduo pode reivindicar de nós devido seu direito moral, pois onde quer que haja um direito, o caso é de justiça e não de virtude ou beneficência, assim, a ideia de justiça pressupõe uma norma de conduta e um sentimento que sanciona a norma. Ter direito “é ter a qualquer coisa de cuja posse a sociedade deve me defender”, pela razão da utilidade geral decorrente do interesse da segurança, pois dela depende a imunidade ao mal. Mill (2005, p. 90) finaliza dizendo que

A justiça permanece sendo o nome apropriado para certas utilidades sociais que são imensamente mais importantes e, portanto, mais absolutas e imperativas do que quaisquer outras classes (embora outras possam estar mais presentes em casos particulares); e que, portanto, devem ser, como naturalmente são, apenas diferente em grau, mas também em espécie; distinto do sentimento mais moderado que se liga à simples ideia de promover o prazer ou conveniência dos homens, tanto pela natureza mais definida de seus mandos quanto pelo caráter mais rígido de suas sanções.

Nesse sentido, o utilitarismo aceita apenas os deveres jurídicos e usa o termo utilidade como sinônimo de prazer; entende que há prazeres superiores e inferiores, o interesse deste artigo, que trata da adoção internacional, está nos prazeres superiores, que estão relacionados com o intelecto, a imaginação, as emoções e os sentimentos morais, que no caso estão relacionados a norma que garante o direito de uma criança crescer no seio de uma família.

Mill (2006) escreve sobre a liberdade humana no sentido de que a única verdadeira liberdade é a em que se procura o próprio bem a sua própria maneira, desde que o outro não seja

privado do seu bem, onde cada um deve viver como lhe parece bem. Ele traz a ideia da religião como “o mais poderoso de todos os elementos que contribuiram para a formação do sentimento moral” (MILL, 2006, p. 45), no sentido do seu controle sobre todas as áreas da conduta humana, gerando o “despotismo da sociedade sobre o indivíduo”, tanto pela força da opinião como pela força da legislação, fazendo com que a sociedade seja fortalecida e o poder do indivíduo seja diminuído.

Ao tratar da liberdade de pensamento e discussão, Mill (2006, p. 51) discorre sobre a importância da liberdade de expressão de uma opinião, no sentido de fortalecer a opinião dominante (opinião errada) ou de mostrar verdade (opinião certa), fazendo com que seja evitado o mal de silenciar uma opinião, mesmo que seja contrária a da maioria. Segue o autor, sobre a individualidade como um dos elementos do bem-estar, argumentando que a liberdade do indivíduo deve ser limitada quando prejudicar outras pessoas, e que a diversidade é um bem, pois “é útil que enquanto a humanidade for imperfeita haja opiniões diferentes, também o é que deva haver diferentes experiências de vida”, dando liberdade para existência de diferentes tipos de caráter. A relevância da construção da opinião individual está no contraponto das regras gerais de conduta para evitar a imitação, pois o “despotismo dos costumes é em toda parte um obstáculo permanente ao desenvolvimento humano” (MILL, 2006, p. 125).

Para Mill (2006, p. 133), todas as pessoas “que recebem a proteção da sociedade têm o dever de retribuir o benefício”, pois os seres humanos têm a obrigação de se ajudar mutuamente na escolha do que é melhor. Assim, a responsabilidade do indivíduo perante a sociedade se limita a ações que digam respeito aos interesses de outro indivíduo e lhe sejam prejudiciais; uma pessoa deve ter plena liberdade para fazer o que entender naquilo que só lhe diz respeito. Questiona-se, portanto, como se pode tratar a adoção internacional como último recurso, mesmo diante do melhor interesse de ser criada no seio de uma família? Pois quando se trata da busca da felicidade e da proteção da criança, via justiça e liberdade, dificultar a adoção internacional pode ser tirar a sua oportunidade de crescer protegida por uma família.

Hayek defende a liberdade (ausência de correção por terceiros) e a responsabilidade pessoal, tendo acreditado na força das ideias e dos ideais. Foi em sua obra mais famosa, “O Caminho da Servidão”, na introdução dessa obra (HAYEK, 2014, p. 26) expressa que “Se a longo prazo somos senhores do nosso destino, a curto prazo somos escravos das ideias que criamos”; coloca que “a democracia é essencialmente um meio, um mecanismo utilitário para salvaguardar a paz interna e a liberdade individual”; faz uma distinção genérica entre o Estado de direito e o governo arbitrário, expondo que no primeiro o governo se limita a criar normas que determinam a utilização dos recursos disponíveis, sendo os indivíduos que decidem para que fins serão usados, e no segundo, é o governo que dirige os meios de produção para determinados fins.

Hayek (2014, p. 169) se posiciona contra o intervencionismo governamental; expressa que a intensa emoção moral envolvida em um movimento nacional socialista ou comunista é parecida com a verificada em grandes movimentos religiosos, pois na perspectiva coletivista, o completo desrespeito à vida e à felicidade dos indivíduos é imperativo, pois a palavra mais deturpada é a liberdade, “em nome de uma suposta nova liberdade prometida ao povo”; finalizando sua obra, coloca que “em nenhum outro domínio pagou o mundo tão caro o fato de ter abandonado o liberalismo do século XIX como no domínio em que se iniciou a retirada: nas relações internacionais”; conclui destacando a importância de destruir os empecilhos impostos

pelos governos que obstruíram o caminho para um mundo diferente do vivido, para que indivíduos livres possam criar condições favoráveis ao progresso, ao invés de deixar os governantes planejarem o progresso; que se, em determinados períodos da história, algumas sociedades fracassaram na tentativa de criar um mundo de homens livres, é preciso ter coragem de começar de novo; que a política de liberdade para o indivíduo é a única realmente progressiva, capaz de fato de produzir progresso permanente (HAYEK, 2014, p. 259).

Trazendo as ideias de Hayek para o Direito de família, faz-se a indagação: qual o limite da intervenção do Estado nas relações familiares? Em relação a adoção internacional, será justo trata-lá como último recurso, dificultando-a via procedimentos estabelecidos em lei?

Rawls (2008) na obra “Uma Teoria da Justiça” constrói uma concepção de justiça por meio de pilares básicos, denominados “princípios de justiça”, em uma sociedade em condições iguais de desenvolvimento e critérios éticos, partindo da necessidade de ser equalizada uma igualdade material e formal, de maneira que a utilização de métodos de inclusão social, políticas públicas e ações afirmativas, auxiliem no combate às desigualdades sociais. O autor expressa que sua teoria não tem a pretensão de ser válida para todas as sociedades, mas sim ao tipo de sociedade moderna que tenha superado os condicionamentos do desenvolvimento e tenha uma concepção ética de pessoa entendida como *ser racional*, livre e igual, com seres humanos colaboradores na realização do objetivo social.

Rawls (2008, p. 03-63) entende que o papel característico das concepções de justiça é especificar os direitos e os deveres fundamentais, bem como definir as parcelas distributivas apropriadas, partindo da “descrição do papel da justiça na cooperação social”, tendo como objeto “elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa viável a essas doutrinas que há muito dominam nossa tradição filosófica”, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens que resultam da cooperação social. Sua teoria é baseada na proposta contratualista, apresenta “uma teoria da justiça que generaliza e eleva a um nível mais alto de abstração e concepção tradicional do contrato social” (RAWLS, 2008, p. 3).

O autor partindo da ideia principal da teoria da justiça, “os princípios de justiça” (RAWLS, 2008, p. 65-141) para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto de um acordo original, devendo direcionar todos os acordos subsequentes, especificar os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo a serem instituídas; tais princípios serão escolhidos na posição original, na qual ninguém conhece seu lugar na sociedade (RAWLS, 2008, p. 165-173), todos são racionais, mutuamente desinteressados e moralmente iguais. “A teoria da justiça pode ser dividida em duas partes principais: (1) uma interpretação da situação inicial e uma formulação dos diversos princípios disponíveis para escolha; (2) um argumento que demonstre quais desses princípios seriam adotados”. Os princípios da justiça que Rawls entende que seriam acordados na posição original são:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se a pessoa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos (RAWLS, 2008, p. 73).

Uma sociedade só se sustenta se for razoável a todos; Rawls entende que a justiça é necessária nos momentos de escassez e conflitos; que a restrição só pode haver por uma liberdade e não pela igualdade; que o principal problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social que se coadune com os princípios de justiça; que cada geração faz uma contribuição justa em favor daqueles que vêm depois e recebem de seus predecessores; que “o bem da pessoa é definido pelo que para ela é o projeto de vida mais racional, em circunstâncias razoavelmente favoráveis” (RAWLS, 2008, p. 490); “que o auto-respeito e a confiança na noção do próprio valor talvez sejam o mais importante bem primário”, pois a inclusão de outros tipos de bens primários levantam questões mais profundas para se entender “que a racionalidade da escolha de uma pessoa não depende de quanto ela sabe, mas apenas de sua capacidade de raciocinar acerca das informações de que dispõe, por mais incompletas que sejam” (RAWLS, 2008, p. 491); e que “o plano racional da pessoa define seu bem”.

Distribuir o que foi estabelecido, é a ideia de justiça para Rawls. A teoria completa é a união da teoria da justiça com a teoria do bem; finaliza sua teoria da justiça, demonstrando que “dadas as circunstâncias de uma sociedade bem-ordenada, o plano de vida racional de uma pessoa sustenta e afirma seu senso de justiça. [...], que na sociedade bem-ordenada um senso de justiça efetivo pertence ao bem da pessoa e, assim, as tendências à instabilidade são mantidas sob controle, se é que não são eliminadas” (RAWLS, 2008, p. 633).

Para os Estados que aderiram a Convenção de Haia/93, é justo tratar a adoção internacional como último recurso, então questiona-se: é justo dificultar a adoção internacional, ao ponto de inviabilizar que uma criança seja criada por família estrangeira, ficando em abrigos?

A obra de Nozick (2011), *Anarquia, Estado e Utopia*, consiste na defesa de um Estado mínimo que não procura corrigir as desigualdades sociais; postula uma alternativa assente em direitos individuais de propriedade que são um entrave moral de todas as formas de distributivismo, fazendo, assim, um debate com “Uma Teoria da Justiça” de Rawls, ficando estabelecidos os fundamentos entre liberais-igualitários (ou social democratas) de um lado, e do outro os libertaristas (ou neoliberais) (ROSAS, 2011). O debate de saber se valia ou não a pena a existência de um Estado ou a não intervenção dele, traz, inicialmente, o pensamento de Estado de Natureza de Locke, que gerava insegurança, por que quando alguns direitos eram violados, os indivíduos não tinham nenhuma entidade a recorrer, sendo que, portanto, a única maneira de fazer justiça seria pelas próprias mãos ou eles mesmos executando a lei que protegeria a propriedade individual.

Nozick expressa que os indivíduos podem organizar-se em associações protetivas com vista a garantir sua própria segurança, mas que pelo fato dos donos dessas associações não ter todo o tempo necessário para dedicar a tal causa, a divisão do trabalho seria necessária tanto quanto o aprimoramento das associações; defende o liberalismo radical, no qual é imprescindível uma posição neutra do Estado, face as escolhas voluntárias de pessoas adultas conscientes; define os contornos do papel que deve ser desempenhado pelo Estado, e qualquer ação diversa desta definição consiste em uma violação drástica dos direitos individuais dos cidadãos.

Para o libertário Nozick, a função do aparato estatal é proteger a liberdade contratual, o direito de propriedade e a segurança dos indivíduos; quando o Estado garante a segurança dos direitos individuais, então o Estado mínimo é preferível à anarquia, na medida em que protege melhor a auto propriedade individual. Assim, o Estado legítimo deve proteger os direitos dos cidadãos contra o uso da força, fraude e roubo; deve prevenir isso com a utilização de polícia,

exércitos e tribunais, uma vez que qualquer Estado que faça mais do que isso, está violando os direitos das pessoas. Ele critica o distributivismo rawlsiano por entender que trata os mais favorecidos instrumentalmente, obrigando-os a contribuir para a melhoria da situação dos mais desfavorecidos, pois ao tratar da justiça distributiva diz que “o Estado mínimo é o Estado mais amplo que se pode justificar” (Nozick, 2011, p. 191). Alegando, assim, que a teoria de Rawls revela seu caráter teleológico e não respeita suficientemente os indivíduos e a sua autopropriedade, portanto, as teorias distributivas são injustas a luz da titularidade, ele apresenta o Estado mínimo como um enquadramento para a utopia; evidencia que as pessoas podem viver vidas muito diferentes, pois não há uma instrumentalização da liberdade.

Ao tratar da autoestima e inveja (NOZICK, 2011, p. 309-318), o referido autor diz que “se o invejoso não puder ter (também) algo (talento, por exemplo) que outra pessoa tem, ele vai preferir que ela também não o tenha”; que a autoestima é a percepção do valor que a pessoa tem de si mesma, e que “avaliamos quanto nosso desempenho é *bom* comparando-o com o dos outros, com aquilo que eles são capazes de fazer”, então a base da autoestima está nas características diferenciadoras, não havendo possibilidade de uniformizar a autoestima e diminuir a inveja, pois “é só pensar nas várias qualidades que podemos invejar nos outros para perceber quanto é possível ter níveis diferentes de autoestima”.

Feita a apresentação sumária das teorias acima, entendeu-se que o desafio de subsumir o direito de uma criança em ser criada por uma família ao discurso filosófico da justiça distributiva, no sentido de que possa realizar seu plano racional de vida via fortalecimento da sua autoestima (bem primário social), a ser apresentado no próximo tópico deste artigo, será abordada a teoria de Rawls (2008) com algumas contribuições de Nozick (2011, p. 309-318) ao discorrer sobre autoestima.

3.2 A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA DE SER CRIADA POR UMA FAMÍLIA

Na construção de uma sociedade estruturada é de suma importância a aplicação de princípios como forma de fundamentar valores em uma estrutura básica de sociedade, na medida em que as instituições devem buscar uma distribuição equânime de direitos e deveres fundamentais, determinando a divisão das vantagens de cooperação social. Assim, portanto, uma sociedade bem organizada promove o bem-estar de seus membros:

[...] o bem de uma pessoa é definido por aquilo que para ela representa o plano de vida mais racional a longo prazo, dadas circunstâncias razoavelmente favoráveis. Uma pessoa é feliz quando ela é mais ou menos bem-sucedida na realização desse plano. [...] o bem é a satisfação do desejo racional. Devemos supor, então, que cada indivíduo tem um plano racional de vida traçado de acordo com a situação em que se encontra (RAWLS, 2008, p. 111).

Considerando o exposto acima, no que diz respeito ao direito de uma criança ser criada no seio de uma família, uma vez que esta é considerada o lugar natural do amor, da afeição, do cuidado, do conforto e da segurança que a criança e o adolescente necessitam para que cresçam e se desenvolvam de forma integral, formando um vínculo familiar estável e necessário para seu pleno desenvolvimento; e, nesse sentido, a adoção cumpre, no papel de família substituta, todas as funções que desempenha a família biológica (COSTA, 2008, p. 37-38). Daí

se dizer que a relação entre o senso de justiça com atitudes morais e atitudes naturais são pressupostos na construção e fortalecimento da autoestima de todo ser humano, a qual entra para dar sentido aos outros bens primários, indispensáveis para o cumprimento do seu plano racional de vida.

O fundamento da adoção internacional está na priorização do interesse e do bem-estar do adotado, sendo um ato de amor, em que as pessoas envolvidas no processo de adoção não a encarem como um substituto no processo biológico de gestação, concepção, pois se trata de uma possibilidade de se proteger integralmente a criança/adolescente, dando-lhe uma família, que é muito mais que um ato assistencial humanitário. Nessa perspectiva, o atual sistema de adoção, seguido pelo procedimento jurídico brasileiro, não tem atendido o superior interesse das crianças/adolescentes, pois mais de 46 mil estão em abrigos à espera de uma família, assim entende Rodrigo da Cunha Pereira, que

A raiz do problema está, inclusive, em uma interpretação equivocada e preconceituosa da lei, no sentido de que se deve buscar a qualquer custo que a criança seja adotada pela família extensa, ou seja, pelos seus parentes. Um verdadeiro culto ao biologismo, incentivado equivocadamente inclusive por dogmas religiosos. Ainda não temos um Estado verdadeiro laico. Esta procura pelo adotante “preferencial” costuma durar anos e, quando é encontrado, na maioria das vezes o parente adota não por amor, mas por culpa. O consagrado princípio constitucional do melhor interesse da criança fica longe do que seria realmente melhor para ela. Grande parte dos juízes e membros do Ministério Público ainda está paralisada na ideia de que família é da ordem da natureza, e não da cultura, ignorando toda a evolução do pensamento psicanalítico e antropológico. Isso por si só já leva o processo a atrasar anos (PEREIRA, 2016).

Dada a existência de tantas crianças/adolescente em situação de adotabilidade, percebe-se a necessidade de mudanças na legislação que rege a adoção no Brasil, onde o Ministério da Justiça elaborou um anteprojeto de lei para agilizar as adoções. O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) tem contribuído para seu aperfeiçoamento, apresentando sugestões “como simplificação e redução dos prazos processuais e a suspensão do poder familiar, que deve ser feita tão logo constatada a impossibilidade de permanência no núcleo familiar originário” (PEREIRA, 2016).

Da mesma maneira que os pais biológicos devem construir uma relação de filiação com seus filhos, os adotantes devem construir uma relação de filiação com os filhos adotados, pois filiar significa amar, desejar, conhecer e cuidar um filho como próprio, independentemente de sua origem biológica. O direito fundamental à convivência familiar está regulamentado na CF/88, dando à família um papel importante para a realização dos direitos fundamentais da criança/adolescente, representando um lugar essencial para seu desenvolvimento, sendo entendida como fundamental para sua humanização e socialização (LIBERATI, 1995).

O conceito de família, portanto, está no pressuposto da afetividade, sendo o lugar onde a criança encontra segurança e é aceita com todas as suas peculiaridades, independente se essa família é biológica ou não, do país de origem ou ainda de um país estrangeiro; o importante, é que essa família seja capaz de oferecer o afeto, amor, cuidado, proteção e educação para que a criança tenha uma vida digna.

A proposta deste tópico é subsumir a adoção internacional na justiça distributiva, partindo do pressuposto de que as pessoas devem ser livres para buscar seu plano de vida. No caso

da criança/adolescente, onde a legislação pátria contempla seu superior interesse, a adoção internacional colocada como último recurso dificulta a possibilidade de muitas crianças que estão em abrigos, à espera de uma família que as queira.

O fundamento do melhor interesse da criança e do adolescente admite a adoção internacional, uma vez que ser adotado por estrangeiro pode representar um melhor interesse para o adotando, pois, esta opção muda o destino dessa criança/adolescente, que provavelmente passaria sua infância em abrigos, ou até mesmo nas ruas sendo marginalizada. Estudos têm demonstrado que a maior parte de crianças disponíveis para adoção não se enquadram no perfil buscado por brasileiros que querem adotar, pois geralmente são crianças/adolescentes negras, com problemas de saúde e com idade acima de cinco anos, que por isso, tem como destino passar a vida, nas melhores das hipóteses, em abrigos sem nunca conhecerem o que é o afeto familiar de verdade. Nesse sentido escreve Viviane Silva (2011):

Os estrangeiros em sua maioria, por sua vez, quando vêm ao Brasil com a intenção de adotar, não fazem questão que a criança seja branca, recém-nascida, completamente saudável. Isso não significa que os estrangeiros sejam livres de preconceitos, a verdade é que por não haver, na maioria das vezes, nenhuma criança disponível em seu país de origem, cabe a eles aceitar as crianças que estão disponíveis em abrigos estrangeiros, pois como a vontade de adotar é imensa, a idealização de uma criança branca, recém nascida e saudável não configura o objetivo principal, que é adotar, e por não haver tal rejeição, a adoção transnacional tornou-se um meio de acolher essas crianças que são repelidas por suas famílias em seu próprio país.

Diante de tais manifestações, pode-se dizer que a adoção internacional é medida excepcional e tida como último recurso, mas se trazer benefícios para a criança/adolescente, deve ser deferida para atender o seu melhor interesse, pois o ingresso em famílias adotivas somente será efetivado se houver vantagens concretas, sob o fundamento do princípio do superior interesse da criança/adolescente. Enfim, o que se vislumbra com a adoção internacional é oferecer uma família àqueles que de alguma forma foram preteridos em seu país de origem, dando-lhes a oportunidade de serem pessoas respeitadas e fazerem parte de um núcleo familiar que lhes proporcione amor e carinho, portanto, “o argumento da excepcionalidade da medida de colocação em família substituta estrangeira é forte, mas não é absoluto” (LIBERATI, 2003, p. 73).

Daí dizer-se, na perspectiva da teoria da justiça, que em uma sociedade bem organizada cada pessoa aceita e sabe o que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições básicas satisfazem esses princípios, uma vez que está direcionada para promover o bem de seus membros via predomínio circunstâncias de justiça, onde não existe nem uma extrema escassez, nem uma abundância de bens, onde as pessoas são mais ou menos iguais entre si (quanto a suas capacidades físicas e mentais). Partindo para análise das instituições sociais como forma de mecanismos de busca à justiça equitativa, John Rawls (2008) destaca que, caso sejam injustas devem ser reformadas ou abolidas do sistema, pois uma teoria da justiça ao ser rejeitada ou revisada, não é verdadeira, sendo da mesma forma leis e instituições injustas, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo contemporâneo, o ser humano tem como direito fundamental nascer, crescer e se desenvolver em um ambiente familiar que lhe proporcione amor, saúde, educação, compreensão e demais valores indispensáveis para uma vida feliz. Em relação à criança/adolescente, seu crescimento e desenvolvimento saudável demandam da proteção dada pelos pais independente de nacionalidade, primando sempre pelo seu superior interesse.

Na segunda metade do século XX, a adoção internacional passou a ter importância, dada a preocupação da sociedade internacional com a situação dos excluídos e com o abandono social que surgiam cada vez mais fortes. É, nesse contexto, que se insere a adoção internacional, não como solução para o problema do abandono no Brasil, mas como forma de amenizar a situação das crianças esquecidas em abrigos, que não lograram sucesso em encontrar uma família em seu país de origem dispostas a amá-las, cuidá-las e educá-las. A regulamentação da adoção internacional é permeada de princípios estabelecidos para garantir maior segurança e transparência ao procedimento adotivo.

O ordenamento jurídico brasileiro, via teoria da proteção integral e o princípio da dignidade humana, adotou princípios norteadores para o procedimento que fundamenta a concessão da adoção internacional. Tais princípios estão contemplados na Convenção de Haia/93 sob a justificativa da necessidade do desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança/adolescente, que deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão; que cada país deve adotar, com carácter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança na sua família de origem; que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente a uma criança que não encontra uma família conveniente no seu Estado de origem; que devem ser adotadas medidas para garantir que as ações internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e no respeito dos seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o rapto, a venda ou o tráfico de crianças; desejando, para esse efeito, estabelecer disposições comuns que adotem em consideração os princípios consagrados em instrumentos internacionais, em particular na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança/1989, e na Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e Bem-Estar das Crianças, com Especial Referência à Adoção e Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional/ 1986.

Sob a justificativa do princípio do superior interesse da criança e do adolescente a adoção internacional tem, muitas vezes, sido dificultada havendo até o impedimento de que crianças e adolescentes disponíveis à adoção, e que são rejeitadas por famílias brasileiras, tenham um lar saudável, uma família que as ampare de verdade, ferindo, assim, o próprio princípio.

A legislação brasileira tem por escopo privilegiar a adoção por brasileiros, uma vez que só após serem esgotadas as vias da adoção por nacionais, é que se poderá deferi-la à estrangeiro(s), dando preferência aos residentes no Brasil, com a finalidade de que o adotando permaneça no Brasil. O carácter subsidiário que a lei estabelece à adoção internacional nem sempre representa a melhor solução para o superior interesse do adotado, pois a colocação em família substituta nacional ou internacional, já caracteriza a excepcionalidade e coloca a adoção por estrangeiros como último recurso.

O entendimento é de que a colocação da criança em família substituta tanto nacional como transnacional pode resultar em uma adoção que não logrou êxito. Os requisitos estabelecidos para a concessão da adoção internacional têm a finalidade de impedir possíveis danos ao adotado, se esta for feita de acordo com todos os preceitos exigidos pela lei. Assim, deve-se sempre observar o princípio do melhor interesse da criança, resguardando que seja garantida a adoção que proporcione melhores condições para a criança, e que se for por estrangeiros, que ela seja deferida. Portanto, a excepcionalidade da adoção internacional deve ser ponderada em cada caso, o espírito da lei é garantir que o interesse da criança/adolescente prevaleça, e ela possa ser criada em uma família que lhe dê amor e garanta seu pleno desenvolvimento.

Com o presente artigo, recorda-se que os princípios jurídicos da adoção internacional mencionados acima são comandos superiores as regras, não podendo ser aplicados de forma excepcional, mas sempre diante de situações que transpareçam o conflito, que pode ser solucionado pela aplicação do princípio, sob a justificativa de que regras injustas devem ser abolidas para ter-se uma sociedade mais justa.

Na perspectiva da justiça distributiva, os princípios estabelecidos por Rawls são importantes para as pessoas que trabalham as questões individuais, ou seja, o ser humano interessado em si mesmo; que o princípio que não muda é o das liberdades iguais; e que este autor defende que uma sociedade só se sustenta se for razoável a todos, chegando-se a conclusão de que a liberdade e o fortalecimento da autoestima são indispensáveis para que a pessoa possa realizar o que é realmente importante para cumprir o seu plano racional de vida. Portanto, para uma criança ser feliz o Estado deve facilitar que ela cresça e se forme no seio de uma família que a ame e a viabilize enquanto ser humano com dignidade.

A partir do estudo das teorias de justiça, verifica-se também em Mill que conforme os prazeres superiores, que estão relacionados com o intelecto, a imaginação, as emoções e os sentimentos morais, a norma deveria garantir o direito de uma criança crescer no seio de uma família, sem qualquer distinção entre os nacionais ou estrangeiros. A orientação normativa brasileira que privilegia os nacionais, poderia ser considerada uma intervenção desnecessária para Nozick, onde a função do aparato estatal é proteger a segurança dos indivíduos; quando o Estado garante a segurança dos direitos individuais, então o Estado mínimo é preferível, resultando em uma reprovação da norma brasileira vigente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ARANGUREM, G. Parra. **Informe Explicativo**. Haia, Países Baixos, 31 dez. 1993. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2279&dtid=31>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 180.341/SP**. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 17 de dezembro de 1999.

CAVALLIERI, Alyrio. Adoção internacional. **Revista da EMERJ**, v. 1, n. 2, p. 203-204, 1998. Disponível em: <http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/cejai/docs/adocao-internacional-alyrio-cavallieri.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2018.

COLLAÇO, Izabel Maria de Magalhães. Estudos sobre Projectos de Convenções Internacionais – sobre o esboço de convenção acerca da “adoção internacional de crianças”, emanado da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. XVI, 1963.

HAYEK, Friedrich A. **O Caminho para a Servidão**. Lisboa: Edições 70, 2014.

LENHART, Lys; ZAMBONI, Thobias. **Resenha do livro “O Caminho da Servidão” de Friedrich Hayek**. 2015. Disponível em: <http://forumdaliberdade.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Resenha-O-caminho-da-Servid%C3%A3o-com-reparos-FINAL.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MACEDO, Fábio. História da Adoção Internacional de Crianças: um perfil franco-brasileiro (1990-2006). In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 26., 2011, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1312985353_ARQUIVO_FMacedo_TextoAnpuh2011_Versaoagosto.pdf. Acesso em: 13 dez. 2016.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Gradiva, 2005.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/legislacao-adocao-internacional>.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Direitos da Criança e Adoção Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Derecho del niño y la niña a la familia**. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. 2013. p. 66-129. Disponível: <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf> Acesso em: 10 jan. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Sistema de adoção no Brasil é cruel com as crianças e os adolescentes. **IBDFAM**, 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1183/Sistema+de+ado%C3%A7%C3%A3o+no+Brasil+%C3%A9+cruel+com+as+crian%C3%A7as+e+os+adolescentes>. Acesso em: 10 jan. 2017.

PEREIRA, Tania da Silva. O Princípio do Melhor Interesse da Criança: Da Teoria à Prática. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM, 2., 2008. **Anais [...]**. 2008.

POMPEU, Inês Mota Randal. **Uma análise sobre o instituto da adoção internacional no**

ordenamento jurídico brasileiro. 26 maio 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49338/uma-analise-sobre-o-instituto-da-adocao-internacional-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 15 jun. 2016.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional>. Acesso em: 3 jan. 2017.

SILVA, Nuno Ascensão. A adoção internacional. Separata de: DIREITO e Cidadania, ano VII, n. 22, Praia/Cabo Verde, 2005. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-113818#{"itemid":\["001-113818"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-113818#{). Acesso em: 5 dez. 2015.

SILVA, Viviane Alves Santos. **A adoção internacional sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança**. 2011. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/2011/19882/Direito_Internacional_Contempor%C3%A2neo.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 ago. 2012.

SILVEIRA, Rachel Tiecher. **Adoção Internacional**. Trabalho apresentado em 19 de junho de 2008. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/rachel_tiecher.pdf. Acesso em: 16 jan. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 31/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 03/06/2022
- Avaliação 1: 09/09/2021
- Avaliação 2: 08/09/2022
- Decisão editorial preliminar: 18/09/2022
- Retorno rodada de correções: 28/09/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/10/2022

Equipe editorial envolvida

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

A TUTELA DA PROTEÇÃO DE DADOS NO DIREITO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM A DEFESA DO CONSUMIDOR

THE PROTECTION OF DATA IN BRAZILIAN LAW AND ITS RELATIONSHIP WITH CONSUMER PROTECTION

ANTÔNIO CARLOS EFING¹
LOUVAINE LOCKS²

RESUMO

O desenvolvimento de novas tecnologias desafia o direito a acompanhar as mudanças na dinâmica social e no próprio modo de viver da sociedade. O presente estudo buscará analisar a Sociedade da Informação e a figura do consumidor com a advento da evolução industrial e tecnológica, os dados pessoais como insumo para estratégias mercadológicas e a tutela da proteção de dados no direito brasileiro e sua relação com a proteção do consumidor. O objetivo é examinar a tutela jurídica da proteção de dados no direito brasileiro, no plano constitucional e infraconstitucional, em especial com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), assim como sua relação com as normas consumeristas e a defesa dos direitos do consumidor, além dos possíveis desafios a serem enfrentados. Conclui-se que a LGPD se apresenta como ferramenta importante para garantir a efetiva tutela da proteção de dados do consumidor quando aplicada na prática. O método lógico-dedutivo foi a base metodológica do estudo, partindo do entendimento das transformações das relações jurídicas a partir da Sociedade de Informação, para alcançar a importância da proteção de dados e sua regulamentação no direito brasileiro.

Palavras-chave: sociedade da informação; proteção de dados; defesa do consumidor.

ABSTRACT

The development of new technologies challenges the right to accompany social changes and the way of life of society. This study seeks to analyze the Information Society and the figure of the consumer with advances in industrial and technological evolution, personal data as an input for marketing strategies and the protection of data protection under Brazilian law and its relationship with consumer protection. The objective is to examine the legal protection of data protection in Brazilian law, at the constitutional and infraconstitutional levels, espe-

- 1 Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; Professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado militante em Curitiba/PR. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7060-2654>.
- 2 Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Processual Civil. Advogada em Curitiba. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/8112200934326690>.

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

EFING, Antônio Carlos; LOCKS, Louvaine. A tutela da proteção de dados no direito Brasileiro e sua relação com a defesa do consumidor. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 89-105, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8394>.

cially with the advent of the General Data Protection Law (LGPD) and its relationship with consumer norms and defense of the rights of the consumer, as well as the eventual challenges to be faced. It is concluded that the LGPD presents itself as an important tool to ensure the effective protection of consumer data protection when applied in practice. The logical deductive method was a methodological basis of study, starting from the understanding of the transformations of legal relations from the Information Society, to achieve the importance of data protection and its identification in Brazilian law.

Keywords: *information society; data protection; consumer defense.*

1. INTRODUÇÃO

Uma análise das últimas décadas permite concluir que houve uma modificação substancial no modo de vida e de relacionamento da humanidade. Boa parte do mundo passou por uma verdadeira transformação. O processo de industrialização e de urbanização foi responsável pelos primeiros passos de uma nova dinâmica social. A propriedade surge nos aspectos fundamentais do seu regime jurídico, regulada como instrumento produtivo, e o contrato como meio privilegiado da circulação (ALMEIDA, 1982). No entanto, inegável que a revolução tecnológica ou digital e suas inovações e criações, guardam importante, quiçá fundamental responsabilidade nessa alteração do modo da humanidade viver e de se relacionar.

Ao tratar das revoluções industriais, Schwab (2019, p. 13-18) defende a existência de uma quarta revolução industrial ou revolução 4.0. Segundo o autor, a terceira revolução industrial, também chamada de digital e baseada no desenvolvimento da computação e da internet, foi antecedida pela primeira revolução industrial, marcada principalmente pelo uso da energia mecânica, e pela segunda revolução industrial, lembrada pelo desenvolvimento da eletricidade e de meios de produção em massa. Todavia, para Schwab (2019, p. 16-17) a terceira revolução foi superada por uma nova, a quarta revolução industrial.

A quarta revolução industrial se distanciaria da anterior, pois caracterizada sobretudo pela ubiquidade e mobilidade da internet, pelo desenvolvimento da inteligência artificial e da automação da aprendizagem, pelo entrelaçamento de tecnologias e a interação entre o físico, o digital e o biológico, causando mudanças significativas no modo do viver humano e nas próprias estruturas sociais (SCHWAB, 2019, p. 16-17). Para o autor, uma mudança sistêmica e profunda é indiscutível, pois “as principais inovações tecnológicas estão à beira de alimentar uma gigantesca mudança histórica em todo o mundo – inevitavelmente” (SCHWAB, 2019, p. 18).

De toda maneira, importa registrar que a posição de Schwab sobre a existência de uma quarta revolução industrial superando a terceira, não é unânime. Contudo, para o desenvolvimento do presente estudo, auxilia para contextualizar essa nova dinâmica a partir da ideia do digital. Assim, se pretende atrair a atenção ao fato de ser indiscutível que com o desenvolvimento da computação e da internet, abriu-se espaço a um avanço tecnológico responsável pela criação de um novo ecossistema, eminentemente virtual ou digital, inédito para humanidade. Nele, mostram-se superadas as dificuldades até então impostas às relações humanas pelas barreiras físicas e territoriais.

E neste sentido, um dos aspectos mais relevantes do avanço tecnológico foi facilitar o contato e a interação humana, de maneira instantânea e sem dificuldades físicas de distanciamento e óbices fronteiriços, permitindo uma maior integração internacional em diversas searas, como a econômica, a política, social e cultural. Daí que, a par disso, pode-se dizer que o fenômeno da globalização tomou forma.

Dentro do referido contexto, ascendeu aquilo que pode ser considerado um novo ecossistema, quase que como um novo ambiente de vida humana, o digital. E esse novo ecossistema digital revelou a chamada era dos dados e da informação.

Micklethwait e Wooldridge (2015, p. 202-203) sustentam uma mudança na própria ideia e figura do Estado e de sua relação com Sociedade decorrente desse novo contexto digital trazido pelas inovações tecnológicas, até mesmo devido a acessibilidade de informações:

O atual Estado centralizado baseava-se na ideia de que a informação era escassa e fortalecia-se pelo fato de saber muito mais que as pessoas comuns. Hoje, porém, a informação é um dos recursos mais abundantes no mundo, disponível em enorme quantidade e acessível a quem quer que tenha um computador ou um smartphone. Conforme Eric Schmidt, chairman da Google, e Jared Cohen, que trabalhou com Hillary Clinton, observam em *The New Digital Age*, isso muda a natureza do relacionamento entre indivíduos e autoridades. (MICKLETHWAIT; WOOLDRIDGE, 2015. p. 203)

A era dos dados e da informação trouxe igualmente seus reflexos no campo econômico e na perspectiva de sua exploração pelos mercados, sobretudo a partir da mineração e do tratamento de dados pessoais.

Embora sempre considerados importantes em estratégias mercadológicas, os dados passaram a tratados de uma maneira coletiva e organizada com o desenvolvimento da tecnologia da informação e inteligência artificial. Com a aplicação de determinadas tecnologias, os dados, em especial os pessoais, passaram a ser transformados em informações de qualidade e se tornaram além de um novo ramo de atividade econômica, um verdadeiro insumo de uma nova economia.

As expressões como *big data*, *small data*, *data analytics*, dentre tantas outras, são comuns não só nos estudos relativos à economia digital, mas como também em diversas áreas do direito. A utilização dos dados, inicialmente vocacionada para a melhora de produtos e serviços, se estendeu a tal ponto que se estabeleceram diversos players especializados em seu processamento e transformação em informações qualitativas. A realidade apresenta um verdadeiro mercado de compra, venda e troca de dados, refletindo indiscutivelmente na economia global e em investimentos vultosos no mercado.

No início, sequer se tinha dimensão da importância que representa a obtenção de dados, com ou sem consentimento do seu titular e de seu compartilhamento com demais players, seja a título gratuito ou oneroso. Mas o mercado foi capaz de transformar dados em informações dotadas de valor agregado, de relevante importância no campo da inovação e de desenvolvimento de produtos e serviços aos consumidores.

A realidade econômica, que já havia identificado a figura do consumidor como um foco necessário a ser atingido para a expansão e o crescimento econômico, viu no tratamento de dados um caminho para uma tomada de decisão mais precisa no campo de investimentos e

de modelo de negócios, assim como de atingir de forma acertada seu “público-alvo”, ou seja, os consumidores desejados.

Estudos em diversas áreas de análise do comportamento humano relevam um outro ponto bastante intrigante da revolução tecnológica, o incentivo ou, pode-se dizer, o direcionamento do indivíduo a um consumo desenfreado. A mineração ou tratamento de dados, se tornando possível a identificação de comportamentos e preferências, associada com outras técnicas, como por exemplo a biotecnologia e o neuromarketing, permitiria a manipulação de massas para o consumo de produtos e serviços sem a devida transparência ao indivíduo sobre tais técnicas e sobre a possível violação de sua autonomia decisória. Associando comunicação com aspectos biológicos e científicos, o neuromarketing tende a avançar de forma expressiva, por apresentar potencial de capturar potenciais alvos, direcionar escolhas e mercados. Naturalmente, a situação tende a dar poder econômico a determinados agentes, podendo se transformar em um círculo vicioso de consumo inconsciente e de aumento de poder econômico.

Daí porque não passam despercebidas as preocupações com a tutela jurídica da proteção de dados, necessária para assegurar a inviolabilidade da intimidade e privacidade individual, de alguma maneira auxiliar a assegurar que a autonomia do indivíduo na tomada de decisões seja minimamente respeitada e não manipulada por estratégias escusas e sem nenhuma transparência. Com tudo isso, a tutela jurídica da proteção de dados também apresenta importante interface com a defesa do consumidor (NUNES, 2009), esta última eleita no plano constitucional brasileiro como um direito fundamental e como uma das diretrizes e limites para a exploração econômica. Conforme Bergstein e Efing (2021, p. 46) “no contexto do comércio eletrônico é preciso reforçar os mecanismos para se exigir o cumprimento do dever jurídico de efetiva prevenção de danos (art. 6, VI do CDC) sendo permanente a avaliação da conduta do fornecedor no caso concreto”.

Partindo de tais ponderações, o presente estudo se propõe a analisar o desenvolvimento da sociedade de informação, sinalizada por alguns também como sociedade de exposição, a sua relação com a tutela jurídica da proteção de dados no direito brasileiro, no plano constitucional e infraconstitucional, em especial com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Também se propõe a avaliar a relação desta última com as normas consumeristas e a defesa dos direitos do consumidor, com vistas a buscar a entender como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) se relaciona com a defesa do consumidor.

2. A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E A FIGURA DO CONSUMIDOR

O avanço industrial e tecnológico, juntamente com a idealizada busca pelo equilíbrio entre a exploração econômica e os demais anseios sociais e coletivos, desafiam a sociedade atual. A busca por um desenvolvimento econômico verdadeiramente sustentável e equilibrado, capaz de atender aos anseios dos agentes econômicos, e, ao mesmo tempo, promover o bem-estar social, reduzir desigualdades, proteger o meio ambiente e consumidores, dentre outras questões, parece ser concebível apenas no plano teórico e ideológico e de difícil concretude no plano prático em muitos países.

Neste aspecto, ao analisar a obra de Cabral destaca não ser o desenvolvimento limitado ao incremento dos meios produtivo e acumulação de capital:

Desenvolvimento econômico, no dizer de Celso Furtado, tem por base a introdução de novas combinações de fatores de produção (normalmente associados à aplicação da técnica moderna) que provocam o aumento da produtividade. Crescendo a produtividade, cresce também a acumulação de capital – que proporciona os reinvestimentos (inversões) na estrutura produtiva – e a renda social – que modifica os padrões de consumo daqueles que se beneficiam desse incremento. Contudo, além das inovações tecnológicas e da aceleração da produtividade, Furtado lembra que para alcançar o desenvolvimento, é preciso galgar a homogeneização social, que não é a simples uniformização dos padrões de vida, mas sim a garantia, para a maioria da população, das condições básicas de bem-estar, como alimentação, saúde, educação, moradia, vestuário, cultura e lazer. Ou seja, afora da criação de um sistema produtivo eficaz, é condição para se chegar ao desenvolvimento a homogeneização social. (CABRAL, 2018)

Especificamente sobre as relações de consumo, Efing e Pamplona apontam ter o consumo se transformado em um “dos dilemas contemporâneos” (2015, p. 38), em razão do seu desvirtuamento muito mais para atender anseios econômicos do que as necessidades essenciais para manutenção da vida.

Gibran (2012, p. 21) lembra o fenômeno da produção estandardizada e massificada, advindo do avanço industrial e tecnológico. Vê em tal forma de produção e na necessidade do seu completo escoamento, o afloramento de um consumo enfermo e desvirtuado, o chamado consumismo, no qual faltaria uma consciência cidadã. Enquanto “consumir é ato necessário para manutenção da vida. Consumismo é ato impensado, exagerado, impulsivo”. (GIBRAN 2012, p. 21)

Gibran também relembra a obra de Zygmunt Bauman, o qual enxergou na sociedade tida como moderna a transformação dos consumidores em verdadeiras mercadorias e o consumismo como uma “síndrome cultural”. (GIBRAN, 2012, p. 22)

Desta forma, os consumidores seriam vistos como verdadeiros objetos a serem atingidos pelos agentes econômicos, por meio de incentivos das mais variadas formas para constante aquisição de produtos e serviços, de forma a garantir o crescimento de quem oferece o produto ou serviço no mercado e não a satisfação, de forma equilibrada, das necessidades de quem consome, agregada a uma cultura do consumo como fator de aceitação social. Emergiria, assim, efeitos nefastos do consumismo.

Nas palavras de Zygmunt Bauman:

O objetivo crucial, talvez decisivo, na sociedade de consumidores (mesmo que raras vezes declarado com tantas palavras e ainda como menos frequência debatido em público) não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis. É, em última instância, por essa razão que passar no teste do consumidor é condição inegociável para a admissão na sociedade que foi remodelada à semelhança do mercado. Passar no teste é pré-condição de todas as relações contratuais que tecem a rede de relacionamentos chamada “sociedade de consumidores” e que nela são

tecidas. É essa precondição, sem exceção ou possibilidade de recusa, que consolida o agregado das transações de compra e venda numa totalidade imaginada. (BAUMAN, 2008, p. 74-76)

Passou-se a expor a figura do consumidor a uma política agressiva de dependência do consumo, com a ideia subjacente de atingimento do bem-estar e de felicidade por meio deste, a criação de carências, necessidades e vontades nunca satisfeitas pelo volume crescente e constante de produtos e serviços. Afastou-se, assim, a figura do consumidor contemporâneo de um consumo consciente e o aproximou do consumismo. (EFING; SOARES, 2016)

Baudrillard considera o que chama de a era do consumo como uma espécie de alienação cultivada em imagens, signos e modelos consumíveis:

É legítimo, portanto, afirmar que a era do consumo, em virtude de constituir o remate histórico de todo o processo de produtividade acelerada sob o signo do capital, surge igualmente como a era da alienação radical. Generalizou-se a lógica da mercadoria, que regula hoje não só os processos de trabalho e os produtos materiais, mas a cultura inteira, a sexualidade, as relações humanas e os próprios fantasmas e pulsões individuais. Tudo foi reassumido por essa lógica, não apenas no sentido de que todas as funções, todas as necessidades se encontram objectivadas e manipuladas em termos de lucro, mas ainda no sentido mais profundo de que tudo é espectacularizado, quer dizer, evocado, provocado, orquestrado em imagens, em signos, em modelos consumíveis. (BAUDRILLARD, 1995, p. 205)

Thaler e Sunstein (2019, p. 74-103) atentam para o círculo vicioso que isto pode se transformar, na medida em que as pessoas tendem a adotar condutas padronizadas, por comodidade em optar por algo previamente configurado e formatado, poupando-as da escolha. Ou ainda, por condutas impulsionadas no pensamento de que a sociedade espera de cada pessoa, resultando em influências constantes de hábito ao consumo em grupo, o que chamam de “nudges sociais” (THALER; SUNSTEIN, 2019), concebendo em influência social capaz de se traduzir em influência econômica.

E as referidas questões passaram a ser cada vez mais exploradas por agentes econômicos, principalmente em publicidades objetivando “influenciar os consumidores dizendo o que a maioria da população está fazendo” (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 77), e, com isso sinalizar que a aceitação social depende da aderência a tal cultura. Asseveram também que “muitas vezes a competição no mercado é positiva, mas em alguns casos as empresas têm um forte incentivo a atender e, ao mesmo tempo, explorar as fraquezas das pessoas”. (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 92).

Essa é a chamada “publicidade comportamental eletrônica” e de acordo com Maranhão e Barros:

A publicidade direcionada é o gênero do qual a publicidade comportamental é espécie, que consiste no direcionamento impulsionado pela coleta de dados mais invasiva, viabilizando anúncios personalizados. A publicidade comportamental reduz os custos publicitários, já que o bem de consumo anunciado é de interesse revelado do destinatário. (BARROS; MARANHÃO, 2022)

Os fatores - ou combinação deles - capazes de influenciar ou direcionar escolhas humanas são estudados em diversas ciências, principalmente relacionadas ao comportamento humano. Na área de economia comportamental, por exemplo, a par da investigação do processo de tomada de decisão dos indivíduos, busca-se tratar dos vieses e heurísticas da condição humana capa-

zes de induzir ou direcionar decisões e escolhas consideradas não racionais. Ou seja, aquelas que não favorecem o próprio indivíduo:

Muitas vezes, as escolhas realizadas sob a influência de processos mentais obscuros conduzem os indivíduos a tomar decisões deletérias. Os exemplos adiante mencionados poderão evidenciar os comportamentos vulneráveis, tomados por impulso de problemas de cognição, os quais formam um padrão de repetição contrária ao interesse dos próprios agentes. Quando somadas, essas armadilhas mentais provocadas por vieses e heurísticas da condição humana, reduzem, significativamente, a condição de bem-estar social. (PEREIRA RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 458)

Pode-se traçar assim uma interpretação no sentido de que o consumismo guarda íntima relação com uma cultura propagada de consumo e a possibilidade da interferência no processo de tomada de decisão dos consumidores, que sequer tomam consciência de que suas escolhas não foram espontâneas, mas induzidas por meio do uso de ferramentas e aliança de diversas técnicas presentes nas estratégias publicitárias e mercadológicas, cujo insumo principal é a utilização de dados e informações sobre preferências e comportamentos individuais.

Com o advento da revolução tecnológica e do acesso à internet e da facilidade ao acesso de informações e de compartilhar informações por esse meio, a sociedade de consumo evoluiu para a chamada sociedade da informação. O consumo ainda é característico, mas a tecnologia promoveu novos contornos “que convergem para o consumo inclusive da informação”. (GIBRAN, 2012, p. 25)

Desenhou-se, assim, um novo cenário em que a informação passa a ser vista também como mercadoria. O uso da tecnologia da informação, da inteligência artificial permite a coleta de dados, seu processamento e célere transformação em informação capaz de alimentar modelos de negócios, orientar decisões e permitir exponencial crescimento de negócios e agentes econômicos, não mais limitados por bases territoriais. E muitas vezes dependendo de baixos investimentos para expandir suas fronteiras para além do país de origem, pelo potencial de chegar virtualmente a qualquer canto do mundo.

Assim, as estratégias mercadológicas e de publicidades capazes de atingir um determinado público-alvo desejado pelo modelo de negócio, passa a ter seu insumo fundamental, a informação, de forma muito mais célere, e, por vezes, de forma automatizada. Barreto adverte que:

O limite da tecnologia é quando a inovação criada por ela deixa de trabalhar em benefício do indivíduo e se volta contra ele para lhe causar problemas. As novas tecnologias de informação de tão intensas em inovação produzem medo ao aumentar consideravelmente os poderes do homem; algumas vezes transformando-o em objeto destes poderes. O mundo digital cria facilidades para as atividades cotidianas, atividades de pesquisa e de ensino, mas cria, também, monstros que assombram a nossa segurança e privacidade. (BARRETO, 2007 p. 13-34.)

Embora não se ignore que a inovação é indispensável ao desenvolvimento, assim como possa se compreender que há sempre um certo risco envolvido³, devido ao rápido avanço deste novo contexto econômico e social, a tutela jurídica desses assuntos passou a ascender como

3 Nesse sentido AGUSTINHO E GARCIA defendem que “o risco é inerente à inovação. Não pode haver avanço e inovação técnica sem haver uma margem de indeterminação”. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GARCIA, Evelin Naiara. **Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 217, jan./mar. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p223, p. 227.

uma necessidade para acomodar todos os interesses e direitos envolvidos, em especial no plano da proteção de dados e, para o presente estudo, sua interface na defesa do consumidor.

3. OS DADOS PESSOAIS COMO INSUMO PARA ESTRATÉGIAS MERCADOLÓGICAS

Para tratar a respeito da proteção dos dados pessoais no ecossistema digital, importa situar o ambiente em que se desenvolveu a ideia do uso, ou melhor dizendo, do tratamento ou mineração de dados como um insumo na sociedade de consumo.

Como pontuam Posner e Weyl (2019, p. 220) “o que veio a se tornar a internet dominante não começou como designer comercial ou econômico. Era, pelo contrário, uma plataforma colaborativa em círculos governamentais, militares e acadêmicos”. Ou seja, os participantes “estariam interessados numa colaboração por razões alheias as motivações comerciais”.

Contudo, a partir da década de 1990, o investimento na tecnologia e a comercialização da internet resultou em um processo seguinte, uma maneira de fazer dinheiro por meio da base de usuários e dos históricos de navegação e de pesquisas na internet, os quais pouco ou nada pagavam diretamente pelo seu uso.

O Google destaca-se no referido processo como um dos precursores na publicação de anúncios, mas provavelmente o ápice do sucesso comercial da empresa e de outros grandes grupos da tecnologia da informação está atrelado ao caminho dos anúncios direcionados aos usuários. O objetivo, assim, não seria o mero anúncio, mas aquele personalizado, apto a atender as necessidades de seus usuários.

A ideia de que a empresa “pode coletar os valores e as preferências dos usuários em seu histórico de buscas” se tornaria capaz de “minimizar os ruídos e desperdícios dos anúncios” (POSNER; WEYL, 2019, p. 222). Ou seja, pela tecnologia própria são verificadas as preferências dos usuários capazes de “auxiliá-los” em suas buscas.

Dinâmica similar e mais vantajosa seria a vista no Facebook capaz de “aprender detalhes sobre os usuários” (POSNER; WEYL, 2019, p. 222) e capaz de identificar o momento propício ao anúncio, isto tudo com gastos mínimos com programadores⁴.

Passo seguinte da união internet e insumo de dados foi a associação da informação dos usuários em estatísticas e probabilidades, principalmente por meio da *data analytics*⁵ e as figuras *big data*⁶ e *small data*⁷.

Embora tratados com certa frequência sem muita distinção, vale observar ser o dado atrelado a “qualquer elemento identificado em sua forma bruta” (MILAGRE; SEGUNDO, 2015,

4 O Facebook gastaria cerca de 1% apenas de seu valor com programadores. O restante viria gratuitamente dos usuários. (POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. Mercados radicais: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Penguim, 2019. p. 218.)

5 De forma bastante simplória, é a ciência de examinar dados, extrair padrões e conclusões a partir dos mesmos.

6 Coleta e análise do conjunto de grandes dados vinculado a ideia de análise quantitativa. (TIROLE, Jean. Economia do bem comum. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 425).

7 O foco se baseia na análise qualitativa dos dados (LINDSTROM, Martin. Small data: Como poucas pistas indicam grandes tendências. Tradução Rodrigo Peixoto. Rio de Janeiro: HapperCollins Brasil, 2016).

p. 48). Quando os dados são processados ou tratados, tem-se a informação “relacionada ao contexto de dados que permitem a representação de fatos, conceitos ou instruções. Em grosso modo, informação é conhecimento produzido como resultado do processamento dos dados. Conhecimento é o objetivo da informação”. (MILAGRE; SEGUNDO, 2015, p. 48).

Para Adriana M. Simões a informação seria concebida em três momentos:

O primeiro, onde temos uma informação potencial, ainda sem valor, porque não está sendo utilizada e que só terá significado diante da noção de futuro que permitirá a construção desse significado. No segundo momento esta informação é selecionada para e pelo usuário, transformando-se em uma informação com valor agregado, ou informação consolidada. É no terceiro momento que a informação se transforma em conhecimento e deixa de ser um fim, para tornar-se um meio.

Durante esse processo a informação vai deixando de ser apenas “aquilo que diminui incertezas” ideia defendida por alguns autores - e passa a ser também “aquilo que provoca incertezas”, que suscita novas perguntas. (SIMÕES, 1996, p. 81)

Referida distinção permite confirmar que o avanço tecnológico, por meio de informações qualificadas, permite um verdadeiro conhecimento prévio do perfil e comportamento do usuário da internet, figura quase sempre coincidente com um consumidor.

Além de, a natureza das redes sociais e de plataformas de uma forma geral, desencadearem o chamado efeito de rede. As redes sociais e plataformas tendem a aumentarem e “fidelizarem” seus usuários como consequência do aumento da própria base e de seus usuários.

Desta maneira, tendem a aumentarem sua demanda, valor agregado e se consolidarem no mercado, dificultando até mesmo a entrada de novos agentes econômicos em concorrência, aquelas redes e plataformas que atingem o maior número possível de usuários e opções disponíveis dos produtos ou serviços buscados. Com isso, naturalmente, há o aumento no acesso aos dados dos usuários, suas preferências, gostos e opiniões, aumentando a própria base de dados do agente econômico.

E todas estas dimensões que a tecnologia foi capaz de trazer, aliadas as outras ferramentas vocacionadas a encontrar o consumidor certo, no momento certo, para o produto certo, bem como capazes de interferir ou induzir escolhas, passa a ser um desafio ao mundo moderno, o qual estava praticamente às cegas até bem pouco tempo atrás de todo este processo.

O ecossistema digital, em especial o uso frequente da internet, abriu as portas para uma nova economia, fortificada pela exploração econômica dos dados coletados dos usuários, e, para a qual notoriamente é capaz de incentivar o consumo. Em outros termos, o manejo dos dados pode ser uma eficiente fonte de aquisição, consolidação e exercício de estratégias mercadológicas, por meio de sua transformação em informação com conhecimento agregado, especialmente em mercados interconectados.

Sem contar que há uma série de outras questões relacionadas a preocupação com a proteção de dados, como a chamada “pirataria digital”, fake news, as dúvidas de segurança, vazamento ou interceptação de dados, a utilização para manipulação de coletividades, dentre outros pontos, o que apenas reforça ser difícil fugir de uma tutela jurídica específica para conceder garantias e dirimir riscos envolvidos.

4. A TUTELA DA PROTEÇÃO DE DADOS NO DIREITO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Antes de ser sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), pode-se compreender que o ordenamento jurídico brasileiro não era omissivo a respeito da tutela de dados pessoais.

No âmbito constitucional, o art. 5º, XII, prevê como garantia fundamental ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” (BRASIL, 1988), o que pode ser afastado somente por força de ordem judicial, dentro dos limites legalmente estabelecidos. Pode-se considerar ainda que, por assegurar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas, o disposto no art. 5º, X, da CF, também resguarda a tutela jurídica da proteção de dados.

De igual modo, por meio de *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF) (BRASIL, 1988), também ficou reservado no texto constitucional o acesso de informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e sua devida retificação.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, dedicou uma seção específica para tratar dos bancos de dados e cadastros dos consumidores, incluindo o direito de acesso, de notificação e retificação dos dados pessoais, tal como se observa nos artigos 43 a 44 do referido Diploma Legal.

Além das referidas disposições, ao se estabelecer no texto constitucional a garantia da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), a qual também se trata de um princípio da ordem econômica, ou em outros termos, se apresenta como um limite para a exploração de atividades econômicas, seja no âmbito público ou privado, pode-se afirmar que a proteção jurídica dos consumidores e do uso de seus dados em qualquer de suas formas, já limitava a exploração de atividades econômicas e a afastava a possibilidade de seu uso indiscriminado, reforçado pelas garantias fundamentais contidas no art. 5º, X e XII, acima referenciados.

Como pontuam Pottumati e Efing (2015, p. 165), o novo ambiente caminha para a verdadeira releitura da tutela da privacidade e de sua importante relação com outros direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, na medida em que “na sua origem, a privacidade estava ligada ao direito de ser deixado em paz (*right to be let alone*), contudo, atualmente a maior preocupação está relacionada à proteção do cidadão em relação aos mecanismos de informática de coleta, armazenamento e difusão de dados”.

De toda maneira, a primeira disciplina a tratar da expressão “proteção dos dados pessoais” (artigo 03º) foi o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014.

Nada disto, entretanto, parece retirar a relevância de um regramento específico sobre o tema, como veio a se apresentar a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), publicada em 14 de agosto de 2018, dando, ao que parece, não um tratamento autônomo, mas sim sistêmico ao tema, e, nada impedindo sua relação e um diálogo com as outras fontes do direito.

Importa lembrar que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) tem como pano de fundo a pretensão do Brasil em ingressar na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), uma das primeiras organizações a encarar o tema sob o aspecto da regulação

do uso de dados pessoais, emitindo as primeiras orientações no sentido da necessidade de regulação da matéria já na década de 1980, atualizadas em 2013.

Apesar da publicação em 14 de agosto de 2018, o início da vigência da LGPD no Brasil mostrou-se controversa. Devido a pandemia do coronavírus, alguns movimentos legislativos foram iniciados propondo seu adiamento. Foi editada, inclusive, a Medida Provisória nº 959/2020, prorrogando a entrada em vigência para a data de 03 de maio de 2021, a qual era inicialmente prevista para vinte e quatro meses após sua publicação. O que não deixou de ser criticado, devido ao prazo que já havia decorrido desde a publicação da LGPD e a expectativa de sua relevância para regulamentação do tema.

Mas o Projeto de Lei nº 1179/2020 foi aprovado e sancionado, transformando-se na Lei nº 14.010/2020, propondo a prorrogação para o dia 01 de agosto de 2021 apenas dos artigos 52 e 54, relativos a multas e sanções aplicáveis aos que descumprirem a lei.

Em seu artigo inaugural, a LGPD trata do seu objetivo principal de proteger direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, fundamentando-se, dentre outros pontos, no respeito a privacidade; na inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; no desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; na livre iniciativa, livre concorrência e na defesa do consumidor.

A lei resguarda diversos direitos do titular do dado, trazendo importante destaque ao tema do consentimento do titular, definido como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII, da LGPD) (BRASIL, 2018), mostrando-se como importante potencial ferramenta atingir os objetivos e para assegurar a observância aos princípios privilegiados pela lei e a transparência nas relações envolvidas.

Segundo previsto pela LGPD, o tratamento e compartilhamento de dados pessoais exige o consentimento explícito e detalhado do titular, vinculado a uma determinada finalidade (artigos 5º, XII, 7º e 8º, da LGPD) (BRASIL, 2018), podendo responder os agentes e demais envolvidos por todos os danos e eventuais infrações cometidas no caso de não cumprimento das referidas regras relativas ao consentimento. Nas palavras de EFING, de acordo com o art. 9º da referida lei, o titular dos dados deve ter acesso facilitado a todas as informações referentes ao tratamento de seus dados (EFING, 2019).

Cabe, entretanto, observar que o tema a respeito do consentimento e seu elemento volitivo apresenta muitos desafios no plano prático, principalmente quando houver interação da matéria com a análise da vulnerabilidade do cidadão comum e do consumidor. Em outros termos, o tema afeto ao consentimento guardará seus desafios no cenário brasileiro, até mesmo sob o viés da real compreensão do titular sobre seus os termos, pois usualmente são utilizados documentos padronizados e de adesão, contendo termos jurídicos e técnicos, que nem sempre apresentam a clareza necessária da linguagem, da informação e das estruturas textuais para o cidadão comum.

A respeito da vulnerabilidade, conhecimento jurídico e domínio da linguagem, Efing e Blauth assim observaram:

Diante destas reflexões, o “analfabeto jurídico” não é o “ignorante”. É o cidadão que não tem suficiente domínio da linguagem e dos conhecimentos jurídicos necessários para atender conscientemente e com propriedade às exigências

jurídicas a que é submetido ao longo do dia-a-dia e para ingressar nos espaços de gestão dos negócios públicos em um Estado Democrático de Direito (...) analfabetismo linguístico como importante dado para a interpretação e aplicação do direito (e dever) à informação CDC (seja em relação à abusividade das cláusulas contratuais e das práticas comerciais, à publicidade, à responsabilidade do fornecedor em virtude de defeito de informação no fornecimento de produto ou serviço, ao que deve ser informado aos consumidores em serviços de outorga de crédito, e, particularmente, à aplicação do art. 46 do CDC), bem como para o estudo de medidas efetivas para a educação e conscientização do consumidor a respeito dos impactos socioambientais do consumo. (EFING; BLAUTH, 2010).

De toda maneira, fica nítida uma dimensão a respeito do caminho desejado de uma relação de confiança, segurança e transparência entre o titular e aqueles agentes que realizarão a coleta, o armazenamento e tratamento de dados, o que vem a atender muito daquilo que norteia a Política Nacional das Relações de Consumo (art. 04º do Código de Defesa do Consumidor).

As disposições da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também preservam ao titular dos dados, que na grande maioria das vezes será um consumidor, o direito de solicitar acesso e correções em cadastros, de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador, perante a Autoridade Nacional ou organismos de defesa do consumidor, e de requerer a portabilidade de dados.

Apesar da necessidade de regulamentação sobre alguns pontos, o diálogo da LGPD com a Política Nacional das Relações de Consumo e com os direitos básico do consumidor previstos no Código de Defesa do Consumidor brasileiro (art. 6º), mostra-se novamente presente, assim como a facilitação da migração das informações para outros agentes, quando for de interesse do titular e observadas as regras envolvidas, apresentar-se como importante mecanismo para assegurar a efetiva liberdade de escolha do titular.

O relatório de impacto à privacidade⁸, por outro lado, demonstra ser uma ferramenta na análise e mitigação de riscos aos direitos dos titulares, conferindo mais segurança na relação existente entre o titular dos dados e os demais agentes envolvidos e na própria prevenção de danos, além de apresentar-se como ferramenta de avaliação da conformidade regulatória do agente que realizará a coleta, o armazenamento, o compartilhamento e tratamento de dados, e seus possíveis efeitos e reflexos reputacionais.

Importante destacar ainda que no artigo 42, a LGPD (BRASIL, 2018) trata da obrigação do agente controlador e do operador de responder pelos danos em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, com a possibilidade de inversão do ônus da prova quando “for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa”, demonstrando outros pontos de intersecção com o direito do consumidor e seus direitos básicos, por meio da garantia da facilitação da defesa de direitos, da possibilidade de responsabilização dos envolvidos e da reparação de eventuais danos sofridos pelo titular dos dados.

A LGPD também afeta o Poder Público, como destaca o artigo 23 e seguintes. O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, trata como um direito básico do consumidor, a adequada

8 Relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco

e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, de forma que a incidência da legislação consumerista ao serviço público, embora com aspectos controvertidos, é prevista em lei (art. 6º, X).

Mas a relação entre o Poder Público e proteção de dados inaugurou recente discussão em razão da edição da polêmica Medida Provisória nº 954 de 2020. Tal medida previa:

o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

A medida foi objeto de diversas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal (STF)⁹, em especial por contrair disposições constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados.

Ademais, a medida previa que as empresas de telecomunicações deveriam disponibilizar ao IBGE diversos dados dos usuários, mas foi suspensa por ordem liminar. A decisão avaliou que a pandemia, embora guarde sua relevância com a questão da saúde pública, deve ser avaliada com parcimônia em relação às garantias fundamentais, no caso em especial, o desafio moderno da tutela do direito à intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais. A medida foi referendada pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal no julgamento finalizado em 07 de abril de 2020, ficando suspensa a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020¹⁰.

Como se nota, todos os referidos aspectos apenas corroboram que a tutela jurídica específica sobre o tema da proteção, consolidada no direito brasileiro com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é de fundamental importância, mas não impede sua relação e o diálogo com as outras fontes do direito, conferindo tratamento sistêmico ao assunto.

Mas ao que tudo indica, a contribuição da legislação específica para definição de conceitos, de direitos, deveres e responsabilidade, e, ainda, regulamentação de riscos, do uso, processamento e armazenamento dos dados pessoais, caminha para conferir mais segurança aos titulares, figura comumente coincidente com um consumidor.

A tutela da preservação do direito à privacidade, promoção do desenvolvimento, fortalecimento da confiança, da segurança jurídica e do direito do consumidor, demonstra ser uma importante intervenção no campo normativo objetivando a tutela da proteção de dados e a própria proteção da figura do consumidor. Nesse sentido, Doneda observa que:

A proteção de dados pessoais é uma maneira indireta de atingir um objetivo último, que é a proteção da pessoa. Ao estabelecer um regime de obrigações para os responsáveis pelo tratamento de dados, bem como de direitos para os titulares destes, não se está meramente regulando um objeto externo à pessoa, porém uma representação da própria pessoa. (DONEDA, 2010, p. 39)

Assim, mostra-se como “um direito fundamental - uma verdadeira chave para efetivar a liberdade da pessoa nos meandros da Sociedade da Informação” (DONEDA, 2010, p. 39).

9 ADI nº 6387, ADI nº 6388, ADI nº 6389, ADI nº 6390 e ADI 6393.

10 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.393 - DF. Min. Rosa Weber, 24/04/2020)

Certamente o tema ainda encontra muitos outros desafios, tanto na tutela dos direitos individuais, como no aspecto da proteção do consumidor, mas a LGPD apresenta-se como ferramental importante, não só para assegurar a proteção mínima e necessária ao direito à privacidade, mas também para reafirmar outras importantes, senão essenciais garantias básicas do consumidor.

Princípios caros ao direito do consumidor, como a tutela da informação, da confiança, da transparência, da educação, certamente mostram-se igualmente essenciais na tutela da proteção de dados. Conforme pontua Tirole (2020, p. 418) “a revolução digital é rica em oportunidades”, mas o ponto chave está na confiança, já que:

[...] a aceitabilidade social do digital repousa na garantia de que nós, usuários que somos, tivermos de que os dados que fornecemos não se voltarão contra nós, que as plataformas da web às quais nos conectamos respeitarão os termos do contrato que nos liga a elas e que suas recomendações serão confiáveis (TIROLE, 2020, p. 418).

Considerando a recente entrada em vigência da LGPD e do ambiente pouco palpável como é o virtual, caberá analisar se o direito contemplará o instrumental necessário e suficiente para garantir a efetiva tutela da proteção de dados, do consumidor e do cidadão de um modo geral, com suas concretizações não só no plano teórico.

5. CONCLUSÃO

É necessário destacar que a tecnologia não possui apenas aspectos negativos. A maior prova é o redirecionamento do negativismo que existia sobre o mundo e os relacionamentos virtuais em razão da pandemia do coronavírus.

A tecnologia e os ambientes virtuais, antes até vislumbrados como meio de afastar o contato e o relacionamento interpessoal, mostrou uma outra face. Têm sido, sem dúvida alguma, essenciais para os relacionamentos e enfrentamento da pandemia, possibilitando um mínimo de continuidade da vida cotidiana de todo o planeta.

Os desafios impostos pela tecnologia e pelo tratamento de dados não são pequenos, devidos aos diversos impactos, nos direitos individuais, na publicidade comportamental, na própria liberdade de escolha, na economia, no desenvolvimento econômico sustentável, e, no mercado de trabalho, os quais ainda estão longe de serem medidos em sua integralidade.

Mas, assim como a virtualização mostrou-se fundamental na pandemia do coronavírus, o futuro pode sinalizar que os medos e inseguranças atuais, podem se transformar em certezas positivas no amanhã.

E neste contexto, será preciso estar a par das ferramentas a serem utilizadas para garantir transparência, neutralidade e efetividade em uma realidade tão pouco palpável, de maneira a não permitir entraves a um desenvolvimento econômico sustentável e equilibrado.

A Constituição Federal de 1988 tem em seu art. 5º estabelece como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas. O mesmo artigo instituiu o *Habeas Data* como instrumento de obtenção desses direitos. O Código de Defesa do

Consumidor por sua vez regularizou e normatizou a atuação dos bancos de dados e cadastros dos consumidores, bem como estabeleceu os limites da publicidade para que ela não seja abusiva ou enganosa.

Os princípios constitucionais e consumeristas seriam suficientes para limitar muitas condutas praticadas no ambiente digital atualmente. Devido as especificidades impostas pelas novas tecnologias a criação de instrumentos legais como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados foram necessárias para estruturar esses princípios norteadores, constitucionais e infraconstitucionais.

A eficiência da LGPD dependerá das estratégias adotadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) que terá que contar com instrumentos potentes o suficiente para monitorar um ambiente dinâmico e abrangente como é a rede mundial de computadores. A resolução tradicional de conflitos por meio do Poder Judiciário, que analisa caso a caso, continua importante porém será insuficiente para desafios a serem enfrentados nas próximas décadas na proteção aos consumidores.

A LGPD, pelo que fora avaliado, apresenta-se como fundamental importante, não só para assegurar a proteção mínima e necessária ao direito à privacidade e ao equilíbrio das relações, mas também para reafirmar outras importantes, senão essenciais, garantias básicas do consumidor. A efetivação dos direitos contemplados pela LGPD, complementam o sistema jurídico brasileiro e a entrada em vigor de todas estas normas renovam o objetivo do desejado desenvolvimento nacional e a superação das sequelas geradas pela crise da pandemia e ainda percebidas passado o seu momento mais crítico.

REFERÊNCIAS

- AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GARCIA, Evelin Naiara. Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 217, p. 223-242, jan./mar. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p223.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- BARRETO, Aldo de Albuquerque. Uma história da Ciência da Informação. In: TOUTAIN, Lúcia Maria Batista Brandão (org.). **Para entender a Ciência da Informação**. Salvador, EDUFBA, 2007. p. 13-34.
- BARROS, João Pedro Leite; MARANHÃO, Débora Fernandes. "Direito à privacidade na publicidade comportamental eletrônica. Um estudo luso-brasileiro". **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Ed. RT, ano 31, n. 142, p. 15 1-184, jul./ ago. 2022.
- BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BERGSTEIN, Laís e EFING, Antônio Carlos "O PL 3514/2015 para a Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico". In: MIRANDA, Marié ; MARQUES, Cláudia Lima; BERGSTEIN, Laís e ATHENIENSE Luciana. **Estudos de Direito do Consumidor**: volume 2. Brasília: OAB Editora, 2021. p. 41-47.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. 2002 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm . Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

CABRAL, Mário André Machado. **Subdesenvolvimento e estado de exceção**: o papel da Constituição Econômica e do Estado no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DPDC, 2010. v. 2.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2019. P. 307-310

EFING, Antônio Carlos; PAMPLONA, Francisca Edineusa. A tutela legal do cidadão vulnerável e políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, 24., 2015, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 38-67

EFING, Antônio Carlos; POTTUMATI, Eduardo Carlos. Práticas ilícitas na transferência de dados de Consumidores. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 15, n. 1, p. 153-174, jan./jun. 2015

EFING, Antônio Carlos; SOARES, Alexandre Araujo Cavalcante. Ética do consumo, consumo consciente e felicidade. **Revista do Direito UNISC**. Santa Cruz do Sul, n. 48, p. 52-69, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>.

EFING, Antônio Carlos; BLAUTH, Flávia Noemberg Lazzari. Analfabetismo jurídico e vulnerabilidade: desafios do direito do consumidor na sociedade da informação. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis, **Anais** [...]. Florianópolis, 2010. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/dompdf/arquivos/XIX%20Congresso%20Nacional%20do%20CONPEDI/115%20-%20DIREITO%20NA%20SOCIEDADE%20DA%20INFORMACAO%20/4596.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

GIBRAN, Fernanda Mara. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012.

LINDSTROM, Martin. **Small data**: Como poucas pistas indicam grandes tendências. Tradução Rodrigo Peixoto. Rio de Janeiro: HapperCollins Brasil, 2016.

MICKLETHWAIT, John. WOOLDRIDGE, Adrian. **A quarta revolução**: a corrida global para reinventar o Estado. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

MILAGRE, José. SEGUNDO, José Eduardo Santarém. A propriedade dos dados e a privacidade na perspectiva da Ciência da Informação. **Revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação**, v. 20, n. 43, p. 47-76, maio. /ago., 2015. ISSN 1518-2924. DOI: 10.5007/1518-2924.2015v20n43p47.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 41.

PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e Direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 457-472, 2018.

POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa**. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro. 2019.

SIMÕES, Adriana Machado. O processo de produção e distribuição de informação enquanto conhecimento: Algumas reflexões. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte, v. 1, n.1, p. 81-86, jan./jul. 1996. Disponível em: http://www.brapci.inf.br/repositorio/2010/08/pdf_18c55ad8fa0011624.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 23/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/03/2022
- Avaliação 1: 15/04/2021
- Avaliação 2: 24/07/2022
- Decisão editorial preliminar: 24/07/2022
- Retorno rodada de correções: 22/09/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/10/2022

Equipe editorial envolvida

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

(RE) PENSANDO A DIFERENÇA: A (DES) CONSTRUÇÃO DOS PAPÉIS DE GÊNERO SOB A ÓTICA DE LUIS ALBERTO WARAT

(RE) THINKING ABOUT DIFFERENCE:
THE (UN) CONSTRUCTION OF GENDER ROLES FROM
THE VIEWPOINT OF LUIS ALBERTO WARAT

Os efeitos perversos da mitologia da morte são vistos através do silêncio e do segredo sobre os que vão morrendo; é o “diferente” transformado em “desaparecido”. Warat.

LUCIMARY LEIRIA FRAGA¹
JULIANI BORCHARDT DA SILVA²
IVO DOS SANTOS CANABARRO³

RESUMO

Este artigo se propõe a analisar e compreender os papéis de gênero, os quais, diuturnamente, são atravessados por mecanismos de poder, bem como pelos processos de subjetividade. Parte-se do pressuposto de que os papéis de gênero são socialmente e culturalmente delineados, criando no imaginário social, normas e condutas destinadas a homens e mulheres em suas práticas e vivências. Neste sentido, o poder é estrategicamente inserido nestes papéis, buscando solidificá-los em distintos momentos. Analisa-se, igualmente, a categoria da diferença, buscando percebê-la sob o viés do enfrentamento de sua imposição nos papéis de gênero. Nesta ótica, por intermédio do pensamento waratiano, busca-se um olhar voltado à premissa de que homens e mulheres rompem com o véu binário, explorando os gêneros enquanto devires nômades, e buscando o reconhecimento das diferenças como potências de transformação social. No aspecto metodológico, utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: papéis de gênero; Luis Alberto Warat; reconhecimento-devir.

- 1 Doutoranda em Direitos Humanos (UNIJUÍ). Bolsista integral PROSUC/CAPES. Mestranda em Desenvolvimento e Políticas Públicas (UFFS). Mestra em Direito (URI), *Campus* de Santo Ângelo. Bacharela em Direito (URI) Membro do Grupo de Pesquisa Novos Direitos em Sociedades Complexas, vinculado ao Programa Stricto Sensu Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Santo Ângelo-RS (CNPQ). Membro do Grupo de Pesquisa Fundamentação crítica dos Direitos Humanos (UNIJUÍ). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7506-4653>.
- 2 Pós-doutoranda em Direito (URI). Doutora e Mestra em Memória Social e Patrimônio Cultural (UFPEL). Bacharela em Administração- Projetos e Empreendimentos Turísticos (URI). Especialista em História, Cultura, Memória e Patrimônio (URI). Especialista em Democracia Participativa, República e Movimentos Sociais (UFMG). Graduada em História-Licenciatura (UNINTER). Possui experiência em organizações civis e públicas que tratam da temática do Patrimônio Arqueológico, histórico, cultural e de memória. Atualmente atua na assessoria acadêmica da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS) Campus Cerro Largo-RS. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6838-7852>.
- 3 Pós-doutorado e doutorado em História Social pela UFF (Universidade Federal Fluminense) e UP3 (Universidade de Paris III). Professor permanente no PPGDH – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – UNIJUI/RS. Pesquisador associado a UNESCO – Cátedra diversidade cultural, gênero e fronteiras.

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

FRAGA, Lucimary Leiria; SILVA, Juliani Borchardt da; CANABARRO, Ivo dos Santos. (Re) pensando a diferença: a (des) construção dos papéis de gênero sob a ótica de Luis Alberto Warat. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 106-119, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9148>.

ABSTRACT

This article proposes to analyze and understand the gender roles, which, day by day, are crossed by mechanisms of power, as well as by the processes of subjectivity. It starts from the assumption that gender roles are socially and culturally delineated, creating in the social imaginary, norms and behaviors aimed at men and women in their practices and experiences. In this sense, power is strategically inserted into these roles, seeking to solidify them at different times. The category of difference is also analyzed, seeking to perceive it from the perspective of confronting its imposition on gender roles. In this perspective, through Waratian thinking, we seek a look focused on the premise that men and women break the binary veil, exploring genders as nomadic becomings, and seeking the recognition of differences as powers of social transformation. In the methodological aspect, the hypothetical-deductive method of approach is used.

Keywords: gender roles; Luis Alberto Warat; recognition; becoming.

1. INTRODUÇÃO

Esse ensaio teórico tem por objetivo central analisar as subjetividades humanas interligando o estudo aos papéis de gênero, socialmente construídos, notadamente, no âmbito das sociedades complexas, as quais denunciam e questionam sobremaneira os papéis distintos e hierárquicos submetidos à homens e mulheres. As análises aqui (des) construídas pretendem compreender se (e de que forma) o poder é inserido nestes processos, bem como, no imaginário social, condicionando os sexos a rótulos e práticas pré-determinados, os quais abrangem, igualmente, os espaços sociais, produzindo os (não) lugares, castrando as diferenças, as potencialidades e os desejos pulsantes de cada indivíduo.

Neste âmbito, se percebe o gênero e seus desdobramentos, observando sua vinculação à (re) construção das subjetividades. As questões de gênero, historicamente, evidenciam de que forma o poder se coloca entre os indivíduos e grupos, transformando as relações humanas em reproduções de papéis sociais. O gênero, explicitamente, determina espaços de poder distintos para homens e mulheres, espaços estes que produzem efeitos sociais excludentes e invisibilizantes, na medida em que tornam um gênero superior ao outro.

Diante disso, tem-se por intuito teórico, compreender tais perspectivas sob a ótica da igualdade e da diferença, bem como sob o viés do reconhecimento, buscando alternativas teóricas de enfrentamento aos modelos de dominação impostos pelos papéis de gênero. Importa a esse ensaio teórico, igualmente, evidenciar os inúmeros processos de construção dos papéis de gênero no cotidiano, e o quanto estes influenciam e transformam a sociedade, majoritariamente, de forma negativa, na medida em que desumanizam os indivíduos, gerando conflitos que se ressignificam a todo o tempo.

Neste sentido, as propostas teóricas ora alinhavadas, centram-se em construir, epistemologicamente, olhares plurais, ressignificados e surrealistas acerca dos gêneros masculino e feminino, atravessando as estruturas de poder, as quais destinaram diuturnamente ao gênero feminino, o lugar de inferioridade, de submissão, podendo, por consequência, infinitas possibilidades de existência.

2. A CATEGORIA DIFERENÇA EM LUIS ALBERTO WARAT

Ainda que por vasto tempo a categoria diferença tenha sido empurrada à margem dos estudos teóricos, e, de certo modo, tinha como marginalizada, na sociedade complexa, sua análise é premissa para a compreensão de mundo pautada na alteridade e na autonomia dos indivíduos, especialmente, daqueles que historicamente foram invisibilizados. Neste contexto, cabe pontuar, tal qual refere Silva (2014), que a (s) diferença (s) não é (são) algo “natural”, mas sim, se constituem por intermédio de sistemas sociais discursivos e simbólicos, os quais lhes dão algum sentido.

Corroborando com o pensar waratiano (WARAT, 1992, p. 41) acerca dos territórios da diferença, “partirei do pressuposto de que o simbólico é uma dimensão do político e o político uma dimensão do simbólico”, e com isso, pressupõe-se que as relações sociais, assim como as reivindicações de indivíduos divergentes das normas de gênero da sociedade complexa, buscam, preliminarmente, o direito à singularidade, que atravessa a ideia de autonomia, seja na esfera individual ou coletiva, buscando romper com padrões historicamente dominantes, de modo que estas tornam-se, também, demandas políticas.

Diz-se isso em razão de que, para Silva (2014, p. 81) “onde existe diferenciação- ou seja, identidade e diferença- aí está presente o poder”. No mesmo sentido, Louro (1997, p. 43) refere que “o interior das redes de poder, pelas trocas e jogos que constituem o seu exercício, são instituídas e nomeadas as diferenças e desigualdades”.

Sob esta perspectiva, as lutas e reivindicações de gêneros, sexualidades e/ou identidades partem não mais da aceitação de uma sociedade binária, mas sim, buscam o reconhecimento de seus impulsos e desejos de existência, traçam, portanto, uma nova rota de fuga de tudo aquilo que castra, oprime e engessa.

Esse entendimento plural e ao mesmo tempo simbólico acerca das demandas não binárias se justifica na medida em que, como ensina Warat (1992, p. 42) “existe uma igualdade imaginária que, apagando as diferenças entre os homens, os força a convencionais rituais de comportamentos, formas de alegrar-se e sofrer totalmente estereotipadas. Desta maneira, a igualdade termi na convertida em um antídoto contra a autonomia”.

O falso discurso acerca da igualdade dos gêneros, historicamente, mascarou a supremacia dos homens sobre as mulheres, encobrendo práticas de alienação e submissão. Neste aspecto, conforme elucida Warat (1992, p. 43):

Falar, então, de uma ordem simbólico-democrática pressupõe a aceitação de um espaço público de discussão, de questionamento, de luta, de negociação e de diálogo. Trata-se de relações entre sujeitos autônomos que se reconhecem reciprocamente como diferentes, e que podem encontrar um campo de significações identificatórias a partir de um mútuo respeito de suas diferenças. Um imaginário democrático não pode excluir, castigar ou culpar nenhum homem porque senta ou se comporta de um modo diferente, porque atua de forma discordante com as pautas unificadas pela instituição social.

É bem verdade que, para que haja efetivamente um coexistir pautado na autonomia, há que se renunciar a falácia de sociedade perfeita, com relações harmônicas e éticas, eis que os conflitos fazem parte de todo caminhar social, notadamente, no terreno das diferenças. Para

que se pense e efetive o reconhecimento das diferenças e espaços onde a autonomia dos indivíduos seja respeitada, se faz necessária a compreensão de relações e vivências inacabadas, fluidas e não previsíveis, seria, pois, para Warat (2000, p. 136), compreender o gênero como “[...] um arroio de subjetividade que passa entre o masculino e o feminino normatizado, para permitir que ambos os sexos possam deixar-se surpreender pela vida”.

Para tanto, defende-se que masculino e feminino possam coexistir ressalvadas suas diferenças, assim como, não ignoradas suas semelhanças e conexões. Sendo assim, olhar-se-ão masculino e feminino, conforme aduz Warat (2000, p. 26) sob outra lente. “O feminino, como um lado da energia do desejo [...], o masculino como o risco do previsível”, ou seja, como um compreender da vida e das relações em branco e preto.

Neste aspecto, perceber os gêneros apartado da dualidade requer adentrar a marginalidade do ser, resgatando a paixão pela vida, pelo Outro⁴, e, no momento em que esta nova compreensão de mundo se chocar com as normas socioculturais já estabelecidas, as quais para além de binárias, se construíram fixas. Neste contexto, Diniz (2008, p. 485) defende que:

[...] no plano do visível, captado pela percepção, o outro é tudo aquilo que está fora do invólucro que protege o meu eu, é uma unidade separável com a qual me é possível criar algum tipo de relação. Mas, da mesma forma que a realidade não se restringe ao visível, a subjetividade também não se restringe a um eu. Ela se faz de fluxos e partículas que constituem nossa composição atual, conectando-se com outros fluxos e partículas com as quais estão coexistindo e esboçando outras composições.

Sendo assim, as subjetividades passam a ser interligadas às possibilidades de novos olhares acerca dos gêneros, ocorrendo uma desestabilização das normas sociais impostas. No mesmo sentido, pensar os gêneros enquanto modos de existência e não enquanto papéis, requer defender, na mesma medida, os direitos da alteridade, quais sejam, como afirma Warat (2010, p. 117):

1) Direito a não estar só; 2) direito ao amor; 3) direito à autonomia, encontro com a própria sensibilidade; 4) direito à autoestima; 5) direito a não ser manipulado; 6) direito a não ser discriminado, excluído; 7) direito a ser escutado; 8) direito a não ficar submisso; 9) direito a transitar à margem dos lugares comuns, os estereótipos e os modelos; 10) direito a fugir do sedentarismo como ideologia e retomar à pulsão de errância; 11) direito à própria velocidade; à lentidão.

Os direitos da alteridade, ou, os direitos do Outro, tal qual ensina Warat (2010) são em sua essência, direitos de cunho coletivo, nunca individuais. Tratam-se, assim, de premissas para sociedades efetivamente plurais e justas, esses não seriam direitos exigíveis, mas sim, subentendidos nas relações humanas. Tais direitos devem ser, na visão Waratiana, acessados por ambos os gêneros, bem como por indivíduos gênero divergentes, haja vista demonstrarem a possibilidade de (re) construção de sociedades pela equidade, o que requer ressignificar a ideia da supremacia do masculino sobre o feminino.

Todavia, enquanto a resistência ao pensar waratiano for mantida, ou, melhor dizendo, enquanto a sociedade caminhar de forma dual, as chances de rompimento com o sedentarismo de gênero tornam-se distantes, afastando as possibilidades de vivências sem moldes.

4 A paixão pelo Outro, no pensamento waratiano, difere dos prazeres sexuais, sinalizando, portanto, para o cuidado e alteridade com nossos semelhantes e desiguais, compreendendo-os como Outro de nós.

Ou seja, os indivíduos seguem sendo, tal qual ensina Warat (2000, p. 36-37) “prisioneiros da contemplação da cena primitiva: a angústia da castração”.

O que sinaliza Warat (2000), no que se refere ao respeito às singularidades no território dos gêneros nada mais é do que o abandono do medo, em sentido mais específico, do medo de ousar burlar a norma (leia-se binária), uma vez que as normas que dividem em papéis o feminino e o masculino são, sobremaneira, uma pulsão de morte, no momento em que castram as infinitas possibilidades de existência humana, tornando homens e mulheres, seres interditados socialmente.

Sob esta ótica, atenta-se da mesma forma, para os indivíduos que, por viverem majoritariamente imbuídos nos papéis de gênero pré-estabelecidos, não visualizam seu potencial de castração. A estes, no entender de Warat (2000, p. 103) cabe o aprendizado uma nova pedagogia de mundo, a qual não se dá de maneira célere. Há que se desideologizar os gêneros e seus papéis sociais, buscando novas significações e sentidos, tecendo novos diálogos, talvez mais selvagens e desnudos de verdades absolutas, almeja-se, pois, nas palavras de Warat (2000, p. 141) “a coroação de um espaço dialético de compreensão participante e a descentralização da razão contemplativa”. Este pensar ressignificado, para Rolnik (1994, p. 161):

[...] coloca a exigência de criarmos um novo corpo (um novo modo de sentir, de pensar, de agir) que venha encarnar este estado inédito que se fez em nós. E a cada vez que respondemos à exigência imposta por um destes estados – ou seja, a cada vez que encarnamos uma diferença – nos tornamos outros.

Logo, pensar os gêneros sob uma nuance de respeito às diferenças, mas, paradoxalmente de aproximação de sentidos é, como menciona Warat (2000, p. 143) “deslocar, erotizar, diversificar, devassar, debochar, improvisar, conflitar”. São artes e pedagogias de compreensão da realidade, a partir do entendimento de que as diferenças que constroem masculino e feminino, para além de conflitarem, se complementam, denotando, portanto, os benefícios sociais da desierarquização dos modelos de gêneros e sexualidades pautados na binaridade.

As normas e papéis sociais de gênero deixam evidente, em grande parte da história das sociedades, seu caráter doentio e de rotulação, apegando-se a certezas e hierarquias que nada mais construíram, a não ser “lugares de poder” e exclusão. Nesta seara, acredita-se que, na e pela construção de espaços lúdicos e de diálogos transformativos acerca do masculino e feminino, pode se pensar em novos arranjos sociais e de gênero, onde a autonomia esteja presente não apenas nas práticas humanas, mas igualmente nos corpos, desejos e vivências.

Menciona-se espaço lúdico, não no sentido infantilizado de ver o mundo, mas, sobretudo, nas possibilidades de enfrentamento dos processos de sujeição a que, principalmente as mulheres, foram submetidas historicamente. Estes processos binários acerca dos papéis de gênero são, acima de tudo, formas de negação das diferenças e das potencialidades humanas, tornando-se uma espécie de direita dos gêneros, dado seu engessamento sob a ótica macho-fêmea, e seus respectivos papéis.

Nesta perspectiva, entende-se essencial um olhar existencial em constante movimento, e não fechado em si. Distante de uma racionalidade fixa, a qual castra e inibe, sinaliza-se para a possibilidade de um pensar caminhante, nômade e aberto, o qual reconheça nas diferenças e aproximações entre os gêneros, paradoxalmente, novos devires. Neste caminhar, Diniz (2008, p. 486, grifo nosso) pontua que, no perceber o Outro como diferença, mas, ao mesmo tempo como Outro de si:

[...] podemos acrescentar que o outro não é apenas um outro eu (homem, mulher, homossexual, heterossexual...) com o qual devo criar um exercício de vizinhança baseado na filosofia do politicamente correto. **O outro é tudo aquilo (humano, não-humano, visível, não-visível) que me arranca da pretensa estabilidade de uma identidade fixa (um modo padronizado de pensar, sentir, agir)**, provocando-me com um incessante convite para diferentes formas de ser-estar no mundo.

É, a partir deste compreender e sentir sensível e erótico acerca do Outro (neste caso, de outro gênero) que se vislumbra os indivíduos em suas múltiplas possibilidades e dimensões, as quais estão para além das normas e vivências duais. Rompe-se, assim, com a ideia de que as diferenças se constituem enquanto negativas, construindo-se caminhos abertos, lúdicos e dinâmicos, o que, por consequência, constrói suportes de questionamento das verdades absolutas, as quais estão enraizadas nos processos e papéis de gênero.

O pensamento waratiano, para além de uma utopia social, contribui sobremaneira para estudos que ousam romper com a realidade historicamente estabelecida acerca dos papéis de gênero, bem como, se perfaz enquanto um novo sentido teórico e humano para aqueles (as) que percebem nas diferenças, potências de transformação e emancipação social.

3. PAPÉIS DE GÊNERO: PERSPECTIVAS SOBRE RECONHECIMENTO

No que diz respeito aos estudos de gênero, faz-se necessário mencionar, ainda que de maneira superficial, as inúmeras contribuições do movimento feminista nesta esfera, eis que suas lutas se deram (e se dão) pautadas, também, pelo viés emancipatório. Neste contexto, Eisler (1989) refere que estes movimentos trouxeram mudanças significativas às mulheres em nível mundial.

Dentre as lutas do movimento ora referido, está a busca por reconhecimento e equidade em relação ao universo masculino, o qual acessa facilmente inúmeros lugares e oportunidades negados às mulheres, seja nos espaços públicos ou privados. Neste sentido, o significativo envolvimento de mulheres na luta por condições de reconhecimento e igualdade teve um importante marco no século XX. Conforme Eisler (1989, p. 45): “Nunca, em toda a história registrada, as mulheres de todas as nações da Terra se haviam reunido para trabalhar em prol de um futuro de igualdade sexual, desenvolvimento e paz – os três objetivos da Primeira Década das Nações Unidas para as Mulheres. ”

Diante da importância das lutas sociais, Gohn (2010) preleciona que os indivíduos ao reivindicarem suas demandas buscam a todo o tempo redefinir suas relações, na medida em que tais lutam se dão, em muitos casos, diante da negação de sua identidade, negações estas que se alimentam da opressão, da exclusão e do não reconhecimento do Outro. Neste sentido, cabe pontuar que,

Segundo Touraine (2006), as demandas sociais foram se transformando, se apresentando, em muitos momentos, não mais como lutas coletivas e universais, mas sim, como demandas singulares. Para Touraine (2006), os movimentos sociais, assim como buscam preservar

identidades e espaços sociais, unem-se, na mesma medida, em prol de objetivos pautados na resistência, assim como, compreendem a importância da luta pelo direito à diferença, compreendendo-a como benéfica à sociedade.

Neste contexto, os movimentos sociais ressignificando suas práticas, compreendem a importância da luta por liberdade e diferença. Tais lutas se dão, assim, “contra uma ordem estabelecida que decide o que é normal ou anormal, permitido ou proibido” (TOURAINÉ, 2006, p. 180). Sob esta ótica, é pertinente o entender de Taylor (2006, p. 176) ao referir que “[...] o objetivo principal do movimento social é a realização de si mesmo como ator, capaz de transformar sua situação e seu ambiente, ou seja, de ser reconhecido como sujeito” (TAYLOR, 2006, p. 176).

Merecem destaque, portanto, as demandas por reconhecimento, bem como pelo direito à diferença. E, neste interim, Honneth apresenta uma visão importante, a qual se constrói junto aos processos de transformação social da identidade, na medida em que a luta por identidade passa a ser atrelada, conseqüentemente, à busca por reconhecimento.

O trabalho de Honneth reformula um conceito-chave do marxismo ocidental em termos de relações intersubjetivas de reconhecimento e poder. Para o autor, todas as formas de reificação se devem mais a patologias no âmbito da intersubjetividade, do que ao caráter estrutural dos sistemas sociais, como o capitalismo, tal como defendem Karl Marx (1818-1883) e (1885-1971). Afora isso, ele sinaliza existir um “déficit sociológico” nos estudos da teoria crítica e concentra suas análises na Filosofia Social, Política e Moral, especialmente, nas relações de poder, reconhecimento e respeito.

Honneth (2009) elabora, assim, o construto teórico do reconhecimento atrelado aos processos identitários, a partir de um princípio moral de justiça e de bem-estar (em consonância com a noção de inclusão social) que é universal e articulado em seu contraponto, ao sentimento de desrespeito social vivenciado por classes, grupos e indivíduos.

O conceito de reconhecimento – traduzido do alemão *Anerkennung* -, originou-se filosoficamente na obra de Hegel, na qual o filósofo alemão caracteriza “reconhecimento” sob a ótica de autorreconhecimento e alteridade, a partir de redes de sociabilidade e reconhecimento mútuos. Desse ponto de vista, a demanda por reconhecimento localiza-se na esfera da razão, contudo, a principal chave hermenêutica está alinhada com interfaces de intersubjetividade, com base em sua natureza relacional, social e situacional. Segundo Honneth (2009, p. 88):

Autoconfiança, autorrespeito e autoestima não são, portanto, meramente crenças sobre si mesmo ou estados emocionais, mas propriedades que emergem de um processo dinâmico no qual indivíduos passam a experienciar a si mesmos como possuidores um certo status, seja como um objeto de preocupação, como um agente responsável, como um contribuinte valorizado de projetos compartilhados ou como o que quer que seja. A autorrelação de alguém não é, então, uma questão de um ego solitário refletindo sobre si mesmo, mas o resultado de um processo intersubjetivo contínuo, no qual sua atitude frente a si mesmo emerge em seu encontro com a atitude do outro frente a ele.

A teoria do reconhecimento de Honneth (2009) aproxima, portanto, a dimensão do autorrelacionamento e da reprodução da vida social e, se estrutura, de modo tripartite: a) a negação da dualidade redistribuição/reconhecimento; b) a centralidade no indivíduo e na condição de desrespeito como motor da luta por reconhecimento; c) a necessidade de uma teoria moral da “boa vida” sem a qual é impossível lutar por justiça. O reconhecimento, para o pensador

alemão, passa também por três esferas: a do amor, a da lei e a da estima. A primeira está no campo das relações pessoais; a segunda, da igualdade de todos os cidadãos perante a lei; e a terceira busca o reconhecimento que anule a hierarquia da escala de valores da sociedade.

É inquestionável que o debate permanente, reflexivo e institucionalizado, em torno das temáticas de sexo, gênero, orientação sexual, identidades e sexualidades, se constitui em marco referencial das lutas por equidade e liberdade. Todo esse universo conceitual, porém, está longe de ter a valoração necessária, porque os mecanismos de classificação, controle e hierarquização de corpos, acabam por produzir sentido estático aos mesmos, e, perigosamente, reproduzem um ideal único, determinando, com isso, a universalização dos padrões de heteronormatividade, assim como da supremacia do gênero masculino⁵. Neste sentido, Bobbio (2004, p. 25) afirma que:

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político; não se trata de saber quais e quantos são os direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los.

Deve-se delinear, que essa perspectiva universalizante e binária, estrutura-se com base numa mentalidade misógina, pautada pelo lastro de preconceitos e ideologização sexista. Seu funcionamento é baseado no controle dos corpos e da sexualidade, com a finalidade de normatizar comportamentos. Forma-se um sistema de crenças, que coloca alguns cidadãos em posições subalternas e submetidas a um tipo de roteiro de vida, com acesso restrito aos patamares de poder e finanças, além de limitações, quanto aos mecanismos de tomada de decisões.

A misoginia não é uma mera invenção, e como fato histórico, se constitui em traço cultural presente nas relações assimétricas entre os sexos e aspecto central do preconceito sexista e ideológico, ao postular a superioridade do masculino heteronormativo sobre a natureza dos perfis identitários do feminino. A manifestação social de posturas misóginas acontece por meio de comportamentos de aversão, repulsa mórbida, ódio, desconfiança ou desprezo por mulheres e tudo aquilo que se aproxima dessa identidade mais feminina, como condição de ser e existir.

Assim, Nobre (2003, p. 18-19) menciona que as lutas sociais estudadas por Honneth são constituídas a partir de conflitos originados pelo desrespeito existente na sociedade, onde os ataques à identidade passaram a ser constantes, tornando necessária a luta por reconhecimento.

Já para Touraine (2006) no que se refere às mudanças sociais, cabe destacar o protagonismo das mulheres na luta por direitos e espaço, muito impulsionadas pelo viés excludente a que foram historicamente submetidas em decorrência das relações de gênero lhes impostas.

Para o autor, a sociedade estaria vivenciando a inversão do modelo clássico existente na modernidade, o qual polarizou as vivências humanas, colonizando as mulheres e seus corpos. Sendo assim, “as lutas em que as mulheres desempenham um papel central não visam substituir a dominação masculina por uma dominação feminina”, (TOURAINÉ, 2006, p. 228), não se defendendo, portanto, uma supremacia feminina, mas sim, espaços de equidade e reconhecimento da mulher como ser humano.

Diante disso, importa mencionar que não se tem uma data histórica exata acerca do momento em que se estabeleceram relações de dominação e inferiorização da mulher na socie-

5 Heteronormatividade, conforme Leticia Lanz, “é um conjunto de normas e processos legais e institucionais que conferem à heterossexualidade o status e o monopólio da normalidade” (LANZ, 2017).

dade, todavia, é possível afirmar que as tais situações estão presentes em diversos momentos históricos, sendo, atualmente, ressignificado, mas ainda se fazendo presentes. Por tais razões, ainda que as lutas dos movimentos sociais sejam significativas e tenham conquistados direitos que foram divisores de águas nas lutas das mulheres, ainda há um vasto caminho a diante no que concerne a garantia efetiva dos direitos ao reconhecimento e à diferença. Com isso, este ensaio teórico alia-se ao pensamento de Perrot (1998, p. 143-144), quando a autora defende que

Havia uma razão para lutar pelo direito das mulheres: a desigualdade era e continua sendo muito flagrante. Mas se as mulheres se tornam mais fortes, têm também contas a prestar: elas não têm necessariamente razão, nem todos os direitos, diante das crianças ou dos homens. O mundo atual tenta pensar as liberdades de cada um ao máximo, recompor os códigos e equilibrar as liberdades.

Se pretende, portanto, demonstrar a importância da equidade entre homens e mulheres, sejam nos espaços públicos ou privados, rompendo com a lógica binária e violadora historicamente vislumbrada nas sociedades, as quais seguem castrando e podando vivências e desejos femininos. Por outro lado, há que se ter em mente, como já referido, que as lutas das mulheres são diárias e urgentes, na medida em que as práticas patriarcais e excludentes não foram aniquiladas, e, em muitos espaços, ainda buscam manter a mulher nos não-lugares.

Ainda, faz-se mister analisar esta seara, sob a ótica Waratiana, no intuito de buscar olhares mais humanizados em relação às lutas das mulheres. Diz-se isso, pois, para o autor, “de todas as verdades, deveres [...] e sentimentos congelados que não permitiram ao homem realizar sua autonomia, fizeram-no prisioneiro. Converteram-no em um ser miserável, roubando-lhe a alegria, a ingenuidade primordial e suas possibilidades de amor” (WARAT, 2000, p. 16).

Warat (2004), ao mencionar o poder do significado, denota o que os discursos possuem, historicamente forças capazes de negar a autonomia aos indivíduos, institucionalizando práticas que, como já mencionado, castram desejos e vivências de alguns grupos, neste caso, das mulheres. Sendo assim, construir epistemologicamente as mudanças sociais a partir do feminino, seria uma possível ferramenta na busca por reconhecimento e equidade, na medida em que a construção das subjetividades a partir deste viés, passaria a não castrar desejos.

Para o autor, por meio da linguagem o poder se mostra, construindo, por consequência realidades distintas entre homens e mulheres. Deste modo, a questão do gênero estaria umbilicalmente ligada à construção das subjetividades. E, romper com esta lógica seria a criação de sociedades e relações permeadas pela alteridade, pela liberdade e pela libertação dos valores binários historicamente construídos.

4. GÊNEROS ENQUANTO *DEVIRES* NÔMADES: UM OLHAR DESDE O SURREALISMO WARATIANO

Refletir acerca do gênero sob a perspectiva complexa requer um olhar paradoxal, desnudando-se, portanto, do viés meramente analítico e/ou dual sob o ser humano e suas práticas e discursos cotidianos. Neste contexto, “o pensamento complexo é o pensamento que se

esforça para unir, não na confusão, mas operando diferenciações” (MORIN, 2010, p. 33), sendo um pensar necessário aos estudos que buscam romper com algumas lógicas historicamente estabelecidas e reproduzidas socialmente. Para Reis (2016, p. 9):

Há que se questionar essa descontinuidade radical entre um dado que seria estruturalmente natural (sexo) e outro socialmente construído (gênero), uma vez que o próprio conceito e entendimento de que há um macho e uma fêmea na espécie humana – o próprio saber biológico formulado para explicar a natureza humana – é um dado culturalmente localizado.

Estas normas reguladoras dos sexos e gêneros, reiteradamente passam a produzir corpos, sentidos e vivências concebidas como normais e aceitáveis, bem como, materializam as diferenças sexuais, as quais, interligadas à discursos binários e patriarcais, tecem modelos inferiores, como, por exemplo, a imagem das mulheres como “sexo frágil”.

Já o viés teórico complexo pautado no *devoir*, ao contrário, busca diálogos e possíveis atravessamentos sob diversos contornos emancipatórios, no intuito de enfrentar e romper com a lógica totalizante existentes entre os gêneros, leia-se, feminino/masculino, os quais, como ora referido, são constructos sociais. Se requer, sob esta nuance, análises e reflexões dinâmicas, plurais e nômades, as quais resgatem a importância do Outro.

Logo, compreender gênero enquanto categoria aberta e nômade sinaliza a busca por um entendimento de constante *devoir*, de modo a romper com a ideia de categorias fixas. Neste entender, busca-se um entendimento complexo-paradoxal, que perceba os gêneros como permanentemente cambiantes.

Deste modo, percebendo que as relações sociais se formam múltiplas e fluidas, sem, necessariamente, uma divisão polarizada e constituída tendo como base, aspectos de poder, passa-se a analisar os papéis de gênero desatrelados do viés macho-fêmea. Diz-se isso em razão de que, mesmo diante de alguns avanços sociais e políticos no que concerne ao gênero feminino, Lipovetsky (1999, p. 12, tradução nossa) ensina que:

Os homens continuam a estar associados prioritariamente a papéis públicos e instrumentais, as mulheres a papéis privados, estéticos e afetivos; longe de romper radicalmente com o passado histórico, a modernidade trabalha constantemente para reciclá-lo. A idade do sujeito feminino combina descontinuidade e continuidade, determinismo e imprevisibilidade, igualdade e diferença; a terceira mulher conseguiu reconciliar a mulher radicalmente nova e a mulher sempre repetida.

Demonstra-se, conforme ensina Lipovetsky, que na vida cotidiana ainda existem fortes tendências binárias e violadoras, as quais, simbolicamente e materialmente, empurram as mulheres aos espaços de subordinação e inferioridade. Neste âmbito, originam-se conflitos que afastam a ideia de equidade entre os gêneros, bem como, de alteridade entre os sexos, denotando a supremacia masculina em diversos espaços sociais, eis que tais práticas vão sendo ressignificada diuturnamente.

Estes modelos sociais culturalmente fixados elencam coercitivamente, os (não) lugares, os papéis de gênero e, conseqüentemente, um retrocesso social e identitário constante. Neste contexto, conforme aduz Lipovetsky (1999, p. 221, tradução nossa), “não há uma igualdade e/ou equidade nos papéis de gênero, mas sim “a não regência dos modelos sociais e, correlativamente, o poder de autodeterminação e indeterminação subjetiva dos dois gêneros”.

Pensando nisso, Warat sinaliza para a importância do cuidado com a subjetividade como ferramenta de resgate do valor do Outro, caminhar este, que, na visão do autor, se media pelos afetos e desejos, ou seja, o amor é e sempre será um solvente de caráter universal, capaz de resgatar práticas solidárias e de cuidado, as quais não buscam “lugares de poder” masculinos, mas sim, a equidade entre os gêneros. Sob essa perspectiva, Louro (1997, p. 48) aduz que:

[..] a concepção fortemente polarizada dos gêneros esconde a pluralidade existente em cada um dos polos. Assim, aqueles homens que se afastam da forma de masculinidade hegemônica são considerados *diferentes*, são representados como *o outro* e, usualmente, experimentam práticas de discriminação ou subordinação.

Para isso, atenta-se aos estudos waratianos, os quais lançam sobre as relações sociais e complexas, um olhar carnalizado, o qual nos “intima” a tomar posições de desconforto frente aos indivíduos e suas práticas. Para Warat (1990) a criatividade de análise da vida traz consigo o aspecto de resistência, avesso, portanto, ao comodismo não questionador, “trata-se de uma imaginação que recupera o mundo como criatividade e como resistência, solicita a intervenção ativa e emancipatória do homem, decretando com isso a morte do pensador-*voyeur*” (WARAT, 1990, p. 22-23). Nesta lógica, compreende-se que homens e mulheres, em algum momento da vida, passam pelo crivo dos papéis de gênero, fomentando espaços de disputa e diferenciação.

Sendo assim, observam-se gênero e identidades como construtos sociais, e, igualmente, como produtos das vivências e experiências humanas. Portanto, o gênero seria, por consequência, um “estar” no mundo. Essa abordagem possibilita processos de desconstrução de métodos determinantes de ver o mundo, os quais, historicamente se mostram binários e fixos, compreendendo corpo e identidade como estanques.

Cabe ressaltar que, a partir dessa mudança de olhares, adentra-se em um viés surrealista, o qual questiona de maneira direta a matriz cisheterossexual, a qual se coloca socialmente como moral e adequada para as práticas humanas, reivindicam-se, assim, vivências emancipadas, tal como sinaliza Warat (1990, p. 34):

Para isso, se tenta subverter a figura perfeita da lei, da ciência e do poder, descobrindo-lhes certas marcas de corrupção; tenta inventar uma contra-imagem dos objetos amados. Um desencanto que nos permita recuperar nossa autonomia. Assim, deixaríamos de idealizar essas figuras, redescobrimo-as em suas imperfeições, e, portanto, em sua história real.

Compreender gênero sob a perspectiva Waratiana é, ao mesmo tempo, desbravar e contestar, paradoxalmente, os mecanismos duais a que estamos submetidos. Romper, portanto, com a lógica binária e fixa é um caminhar permanente e atemporal, o qual abre-se para o olhar ao Outro, enquanto diferente e fluido, sem perceber o Outro como um modelo fixo, mas sim, como um ser sendo, como um eterno devir de si mesmo.

Neste sentido Warat (2000, p. 40) refere que “a marginalidade é o território onde o homem estende o desejo institucionalmente reprimido”. Ou seja, no entender waratiano (WARAT, 2000, p. 40) “estamos entregues a um pornográfico da realidade [...] que não permite compreender o mundo pela verdade erotizada, oblíqua, transversal”. Tais discussões visam, assim como os ensinamentos waratianos, a construção de um imaginário que almeje a autonomia e a emancipação.

Busca-se, igualmente, a desideologização do gênero enquanto discurso hegemônico e, em certa medida, machista e disfuncional, eis que este, historicamente, se coloca como hie-

rarquizante e autoritário. Este entendimento compreender os papéis de gênero enquanto sistemas de rotulação, onde homens e mulheres são padronizados a ocupar espaços e funções pré-estabelecidas. Ao mesmo tempo, almeja-se uma “fuga muito sadia, já que nos propõe pensar nos saberes e suas verdades sem estar na dependência de seus preconceitos, crenças e pressupostos” (WARAT, 2000, p. 188).

Assim, o pensar waratianos ventila, como possibilidade de enfrentamento dos papéis de gênero e submissão existentes, a ecocidadania enquanto “direito do amanhã”. Sim, do amanhã, pois a equidade de gêneros ainda é um devir, e, da forma como se ressignifica, necessita ser enfrentada diariamente.

Como preleciona Warat (2004), a ecocidadania ruma, portanto, para novas formas de entender a vida e as relações humanas, recompondo a ordem social e política existente, introduzindo olhares sob a subjetividade, os desejos, os sonhos, alterando as velhas lentes de ver o mundo. Este pensamento ousado e divergente necessita, logicamente, de todos os indivíduos que anseiam se desacomodar das amarras duais e hierárquicas, é, pois, um caminhar emancipatório sustentável.

No entender waratianos, “a ecocidadania representa uma mudança ética, estética, política e filosófica profunda” (WARAT, 2004, p. 407). Ela possibilita a criação de eixos emancipatórios, os quais atentam para o resgate da autonomia, seja ela em sua forma individual ou coletiva, retirando, do íntimo de cada ser, seus desejos mais profundos de liberdade e alteridade, sinaliza-se, pois, para uma nova realidade, pautada no afeto e na garantia das singularidades.

A ecocidadania defendida por Warat (2004), instiga ao desenvolvimento de ideias, saberes e práticas reinventadas, com uma fuga aos modelos prontos e já vivenciados globalmente. As verdades engessadas e as ações binárias seriam constantemente questionadas, não se tendo um porto seguro para o viver e o sentir, mas sim, um mar de possibilidades a serem desbravadas, como uma nova cartografia dos desejos humanos, eis que “o boicote do desejo se experimenta sempre como uma perda dos sentidos” (WARAT, 2004, p. 409).

A partir do enfrentamento desta ordem social imposta, leia-se, binarismo de gêneros, pode-se pensar no rompimento da realidade de narcisismo masculino, a qual ainda destina às mulheres a condição de inferioridade e/ou submissão. Desconstrói-se, na mesma medida, os “lugares de poder” estabelecidos entre os sexos, práticas estas socialmente construídas, sob o olhar patriarcal.

Defende-se, então, o gênero enquanto um devir, como uma possibilidade de resgate da subjetividade feminina, buscando que ambos os sexos possam coexistir, sem as amarras da supremacia. O gênero sob a perspectiva do devir volta-se para a liberdade feminina, podendo-se construir um futuro efetivamente equânime e pulsante.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito norteador desse ensaio teórico instigou a busca por uma compreensão epistemológica acerca das subjetividades e sua interligação aos papéis de gênero socialmente construídos e diuturnamente ressignificados. Tornou-se possível evidenciar que a desconstrução

e/ou a resignificação destes papéis e de suas práticas socioculturais requer o rompimento epistêmico e prático com a binaridade e os contextos de violação e exclusão, notadamente, do gênero masculino sob o feminino. De igual modo, evidenciou-se, diante das diferenças reivindicadas na sociedade complexa, que as mesmas, em alguma medida, são evidenciadas nos papéis de gênero sob um aspecto negativo e de disputa.

Posterior ao desejo de enfrentar as práticas de invisibilização feminina, parte-se para a tentativa material e simbólica de questionar os processos que, historicamente, empurraram as mulheres aos sub-lugares sociais, fomentando o reforço do machismo e do narcisismo masculino no imaginário social. Neste contexto, a busca por reconhecimento aqui compreendida, se dá muito mais no âmbito da possibilidade de coexistência das diferenças entre os gêneros, sinalizando para a possibilidade de sociedades equânimes e plurais.

Resta evidente que, embora as mulheres tenham conquistado direitos e espaços antes majoritariamente masculinos, ainda existem comportamentos e práticas que às colocam como inferiores, ou seja, ao mesmo tempo em que se almejam sociedades pautadas na equidade de gêneros, se resignificam papéis de gênero de cunho tradicional.

Neste sentido, esse ensaio teórico sinalizou em seu percurso, as questões de gênero para além de fatores biológicos e universais, almejando, portanto, novos olhares acerca das subjetividades humanas, dos desejos e dos processos de busca por autonomia.

Para isso, alia-se ao pensamento waratiano compreendendo que não existem (no aspecto formal) leis de gênero, mas sim, há que se fomentar devires e reconhecimento dos gêneros enquanto constructos autônomos e dotados de pulsões e desejos diante da vida e do mundo. Os gêneros enquanto devires, percebidos como fontes nômades de subjetividades que, a todo o tempo, perpassam o masculino e o feminino sem disputas ou rotulações seriam, como aqui se defende, possibilidades ainda não experimentadas de convivência e coexistência. Diante disso, os saberes de Warat e Lipovetsky se aliam e se complementam, no sentido resignificado de defender os gêneros como eternos devires de liberdade e emancipação.

Por fim, denunciam-se e reivindicam-se desejos de liberdade de homens e mulheres, desmistificando a ideia do homem forte e da mulher frágil, do homem que não pode chorar e da mulher que nasceu para servir, de modo que ambos possam transitar nos terrenos do masculino e do feminino, sem necessariamente, fixarem-se a este ou aquele papel de gênero, mas sim, que mergulhem no íntimo de seus desejos mais profundos e silenciados pelo binarismo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **A Era dos direitos**: nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DINIZ, Nilson Fernandes. Educação, relações de gênero e diversidade sexual. **Revista Educ. Soc.**, Campinas, v. 29, n. 103, p. 477-492, maio/ago. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/nTn98Ch9xWZdqbcSFwXkykw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 jun. 2022.

EISLER, Riane. **O cálice e a espada** – Nossa história, nosso futuro. Rio de Janeiro: Imago Ed, 1989.

GOHN, Maria da Glória. **Novas Teorias dos Movimentos Sociais**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

Honneth, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2009.

- LIPOVETSKY, Gilles. **La tercera mujer**. Barcelona: Editorial ANAGRAMA, S.A., 1999.
- LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- MORIN, Edgar. **Meu Caminho: entrevistas com Djénane Kareh Tager**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- PERROT, Michelle. **Mulheres públicas**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.
- REIS, Neilton. Gêneros não-binários: identidades, expressões e educação. **Revista Reflexão e Ação**, Santa Cruz do Sul, v. 24, n. 1, p. 7-25, jan./abr. 2016.
- ROLNIK, S. Cidadania e alteridade: o psicólogo, o homem da ética e a reinvenção da democracia. In: SPINK, M. J. P. (org.). **A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar**. São Paulo: Cortez, 1994. p. 157-176.
- SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"**. Tradução Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.
- WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.
- WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: Democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Sequência**, v. 13, n. 24, 1992.
- WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias**. Tradução de Julieta Rodrigues Sabóia Cordeiro. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- WARAT, Luis Alberto. A ciência Jurídica e seus dois maridos. In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 61-186. v. 1.
- WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 13/06/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 28/08/2022
- Avaliação 2: 29/09/2022
- Decisão editorial preliminar: 23/10/2022
- Retorno rodada de correções: 26/10/2022
- Decisão editorial/aprovado: 31/10/2022

Equipe editorial envolvida

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

O AVESSE DO AVESSE: UMA BREVE ANÁLISE FUTURISTA DO UNIVERSO TRANS

THE INSIDE OUT: A BRIEF FUTURISTIC
ANALYSIS OF THE TRANS UNIVERSE

Eu vejo surgir teus poetas de campos, espaços/
Tuas oficinas de florestas, teus desses da chuva...
(Caetano, “Sampa”)

DANIELA DUARTE¹
MÁRCIO TÚLIO VIANA²

RESUMO

Ao longo dos tempos, pessoas transgêneras têm sofrido as mais cruéis discriminações – e raras vezes, até recentemente, tinham possibilidades reais de resistência. Na pós modernidade, porém, não só começam a sair à luz do dia, como a assumir protagonismos. O mais importante é que têm exemplos a dar e coisas a ensinar, inclusive nos campos do trabalho e do Direito. É essa a hipótese da presente pesquisa, que – embora breve – desliza da mitologia grega a relatos do mundo real, valendo-se de autores das mais diversas áreas do conhecimento.

Palavras-chave: trans; transgênero; direito do trabalho; discriminação; pós modernidade.

ABSTRACT

Over time, transgender people have suffered the most cruel discrimination – and rarely, until recently, did they have real possibilities of resistance. In post-modernity, however, they not only start to come out into the light of day, but to assume prominence. The most important thing, however, is that they have examples to give and things to teach, including in the fields of labor and law. This is the hypothesis of this research, which – although brief – slides from Greek mythology to reports from the real world, drawing on authors from the most diverse areas of knowledge.

Keywords: trans; transgender; labor law; discrimination; post modernity.

- 1 Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Graduada em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2003). Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Universidade de Itaúna. Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Universidade de Itaúna. MBA em Direito do Trabalho da Fundação Getúlio Vargas. Procuradora do Conselho Regional de Farmácia de Minas Gerais. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/0727932073846462>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1874-6970>.
- 2 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1972) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1994). É Pós-Doutor junto à Universidade de Roma I La Sapienza e à Universidade de Roma II Tor Vergata. Foi Professor Associado da Universidade Federal de Minas Gerais e é Professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Aposentou-se como desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/2870731771108446>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5134-2014>.

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

DUARTE, Daniela; VIANA, Márcio Túlio. O avesso do avesso: uma breve análise futurista do universo trans. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 120-132, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8976>.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Como é de conhecimento geral, a mitologia grega é carregada de símbolos, vários deles até hoje discutidos; e algumas de suas narrativas transbordaram da academia para o domínio público. Em escolas infantis europeias, as crianças costumam escutá-las, contadas pelos mestres, ao lado dos tradicionais contos de fada.

Numa dessas narrativas, Apolo, ao ver Cupido com apetrechos de guerra, quis mostrar o seu poder, e o repreendeu. Humilhado com a ofensa, Cupido preparou duas flechas. Uma, com ponta de ouro. Era a flecha do amor. A outra, com ponta de chumbo. Era a seta do horror.

Com a primeira, alvejou Apolo. Com a outra, feriu Dafne, a mais bela das ninfas. A partir de então, Apolo se pôs a persegui-la, como um louco, enquanto Dafne - desesperada - fugia.

Um dia, vendo que Apolo a alcançaria, Dafne pediu ajuda ao pai, o Deus Rio. E ele a transformou numa árvore – o loureiro. Já agora, o seu corpo era um tronco; os seus braços, os galhos; os seus cabelos, as folhas.

Apolo não se curou. Continuou louco de amor para sempre. Daí em diante, passou a usar as folhas do loureiro para enfeitar a sua cabeça – como depois fizeram os vencedores dos jogos e os césores de Roma.

Essa cena, que inspirou grandes obras de arte, já nos mostra que tudo se movimenta, e não só à nossa volta, mas até dentro de nós.

Quinhentos anos antes de Cristo, Heráclito já percebia que ninguém consegue se banhar duas vezes nas mesmas águas de um rio. Mais de mil anos depois, Lavoisier revelava que “na natureza nada se perde, nada se cria; tudo se transforma”.

Pois bem. *Trans*, prefixo que vem do Latim, tem o sentido de fluidez, mudança. Nos dicionários, costuma ser traduzido como “através de” ou “para além de” (MACHADO, 1959, p. 2101). Daí palavras como “transporte”, “translúcido”, “transcendente”, “transdisciplinar” e “transformação”. Na linguagem corrente, *trans* também derivou para *tra*. E temos então “traslado”, “travessia”, e mesmo “tradução”. Mais uma vez, movimento, alteração.

É verdade que o fenômeno do movimento sempre existiu, nos mais variados aspectos; e sobre isso falaremos adiante. Mas nunca adquiriu tanta importância como hoje.

Mesmo no campo do Direito – produzido, tradicionalmente, com vocação para durar – as leis se sucedem com rapidez crescente, como que replicando os próprios produtos que a tecnologia nos oferece.

Até os princípios jurídicos se enfraquecem, perdendo um pouco um pouco de uma de suas características: a de atestar, de forma estável, a autonomia deste ou daquele ramo do ordenamento.

Aliás, no caso específico do Direito do Trabalho, é o seu princípio basilar – o da proteção – que se desgasta, a ponto de começar a ser lido ao contrário – sob o argumento de que quanto mais se proteger o trabalhador, maior será o desemprego.

Este pequeno estudo pretende mostrar como as pessoas *trans* estão em sintonia com um mundo também assim, e como têm coisas importantes a contar. O objetivo geral – sem negar, é claro, o aspecto da discriminação - é o de acenar com novas possibilidades para o futuro.

Para tanto, o texto se vale de autores de diferentes áreas do pensamento, da História à Sociologia, da Teologia ao Direito. Divide-se em três partes, além da introdução e da conclusão. Sinteticamente, aborda passado, presente e futuro.

Pedimos licença às pessoas *trans* para tratar de um tema que não experimentamos na vida concreta, e esperamos que nos desculpem por eventuais falhas de percepção. E estamos prontos a escutá-las.

2. UM BREVE OLHAR PARA O PASSADO

Naturalmente, como sabemos, não é de hoje que tudo se movimenta – e se transforma. Desde o *Big Bang*, todo o universo é assim. Não satisfeito em girar em torno do Sol, o nosso planeta dá voltas sobre si mesmo. Com os átomos, não é diferente. E o nosso corpo nasce, envelhece e morre. Como lembra uma velha canção da roça³,

*Poeira entra em meus olhos
Não fico zangado não
Pois sei que quando eu morrer
Meu corpo irá para o chão.
Se transformar em poeira
Poeira vermelha
Poeira...
Poeira do meu sertão.*

Ainda assim, o movimento sempre conviveu com o seu oposto; o novo segue viagem com o velho, a mudança com a tradição.

No alvorecer da espécie humana, essa dualidade já estava presente. Assim, por exemplo, presume-se que os grupos se movessem pouco; não sabiam ainda plantar, nem tinham armas de caça, e eram as grutas – seguras, permanentes - que os protegiam da chuva, do frio e dos animais ferozes (NOUGIER, 1962, p. 12).

Quando inventaram a lança, o machado, e mais tarde o arco e a flecha – as mesmas armas de Cupido – os homens adultos saíram em busca de carnes, em longas jornadas, enquanto os velhos, as crianças e as mulheres provavam frutos e raízes, em volta de suas rústicas moradas.

Mais tarde ainda, foram essas mesmas mulheres, supostamente, que descobriram os mistérios da terra; de tanto catar isso ou aquilo, junto com os velhos e as crianças, perceberam que a semente provocava uma árvore, como uma espécie de magia (NOUGIER, 1962, p. 12). E assim talvez tenham também entendido, por analogia, a magia de seu próprio ventre.

A partir de então, muitos grupos se fixaram na terra, assim como as árvores que iam plantando. No entanto, outros continuaram nômades. E outros tantos alternaram os dois modos de vida, dependendo das circunstâncias da Natureza.

Nas primeiras civilizações, não foi muito diferente. O dualismo movimento/não movimento continuou.

Cerca de dois mil anos antes de Cristo, o rei Hamurabi escreveu, num bloco rígido de pedra, as normas que iriam reger a vida - já cambiante - de sua Babilônia. No Egito, para construir as pirâmides - expressão mais clara da permanência - escravos e homens livres, trabalhando em equipes, rolavam enormes troncos, transportando enormes pedras.

Na Roma antiga, ao lado das legiões que avançavam sobre o mundo, a tradição reduzia o ímpeto das mudanças. Em geral, por exemplo, sequer os inventos tinham outra função que não fosse a guerra (KRANZBERG; GIES, 1991). Não era o caso de melhorar - mas de conservar - os modos de produção.

Não por acaso, o Latim se infiltrou nas falas dos dominados - mesclando as tradições alheias com as suas. E quando um romano, naquele tempo, queria se referir a alguma coisa de que gostava muito, costumava dizer: "Isto é antigo para mim" (COULANGES, 2000, p. 183).

Na Idade Média, o servo se plantava na terra, assim como cada mestre ou aprendiz se fixava em seu ofício, repetindo os mesmos gestos e técnicas, de geração em geração. Ainda assim, não raras vezes, explodiam rebeldias (THOMPSON, 2017); e tanto nas artes como nas ciências já despontavam mudanças.

Nos dias de Carnaval, desde vários séculos atrás, o novo já se infiltrava no velho. Antecipando o futuro, e realizando os sonhos das gentes, plebeus vestidos de nobres invertiam as hierarquias; e até o rei do país decaía de sua origem divina, podendo se tornar, por exemplo, um simples *rei das galinhas* (LEGUAY, 2012, p. 473).

Quando chegou às Américas - séculos depois dos vikings - Colombo já conhecia a bússola, o astrolábio e a luneta, sinais dos novos tempos; mas para os seus homens, e mesmo para alguns clérigos, os mares eram ainda repletos de monstros, sereias e abismos, resquícios dos tempos passados.

Ao ver os indígenas na praia, Colombo os descreveu como pessoas boas, "de bons narizes"; talvez fosse ali o Paraíso, onde todos viveriam em paz, sem precisar se mover, tão logo Cristo voltasse.⁴ Com o tempo, porém, incertezas sobre o juízo final e interesses da conquista transformaram os indígenas - no olhar de muitos - em servos de Satanás; e uma das provas era exatamente o seu nomadismo, o seu ir e vir, tal como acontecia com os diabos e os ciganos (TODOROV, 2011).

Foi também naquela época, em pleno Renascimento, que Galileu teve de negar - de joelhos - a sua ciência, para escapar da Inquisição, que na época queimava as suas bruxas - a maioria, camponesas (FEDERICI, 2017, p. 290). Ao mesmo tempo, mulheres como Cristina de Pizan já começavam a se rebelar, com argumentos como este:

Deus teve em seu eterno pensamento a ideia do homem e da mulher. Quando quis trazer Adão à terra (...) o deixou dormindo e formou o corpo da mulher com uma de suas costelas, para significar que ela devia permanecer a seu lado, como sua companheira e não estar a seus

4 "Estou convencido de que aqui é o Paraíso terrestre, onde ninguém pode chegar se não for pela vontade divina" - escreveu aos reis da Espanha. Segundo TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América: a questão do outro**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 22.

pés como uma escrava e que ele haveria de amá-la como sua própria carne.⁵ Com o Iluminismo, percebemos que a razão nos permitiria construir as nossas vidas e o próprio mundo. E assim, pouco a pouco, as transformações ganharam força sobre a tradição. As revoluções seguintes - na política, no comércio, no Direito e sobretudo nas relações de produção - potencializaram esse processo.

Já no início do século XX, jovens pintores trocavam as técnicas antigas - que exigiam um trabalho paciente, demorado, no ateliê, quase sempre tentando repetir a realidade - por pinceladas rápidas, às vezes toscas, e cada vez mais livres, sobre temas variados do cotidiano, na tentativa de captar a sua essência na fração de cada instante (GOMPERTZ, 2012, p. 29-79).

Mesmo o modo de ver a arte se modificava. E assim várias escolas se sucederam, cada qual com a sua proposta, às vezes em forma de manifesto. Até os modos de cantar, tocar e compor se fizeram mais rápidos. E não foi diferente com os nossos modos de falar e mesmo de pensar (ROSA, 2019). Verdades atropelando verdades, como que mimetizando a sucessão de objetos que a fábrica ia inventando.

Desde o fim dos anos 60 do século passado, um curioso exemplo entre o estático e o dinâmico pode ser visto na Paxton Small Dance - uma vertente da “dança contato improvisação”, em que o artista inibe todos os seus movimentos externos, para se concentrar nos internos, que transitam silenciosamente por seu corpo (MANHEIMER, 1977).

3. UM BREVE OLHAR SOBRE O PRESENTE

Hoje, tudo se move cada vez mais velozmente. Aperfeiçoamos a arte de fazer várias coisas - ao mesmo tempo (MANHEIMER, 1977); a aceitar mais facilmente o que antes recusávamos; e a escolha de “pós verdade” como a “palavra do ano”, pela Universidade de Oxford, é apenas um dos muitos sinais de que já não há um porto seguro.

Naturalmente, pelo menos na Física Clássica, tem ainda valor a Terceira Lei de Newton - segundo a qual toda ação gera uma reação em sentido contrário. Por isso, ao lado das tendências que exigem o veloz e o novo, ainda há outras - embora menos fortes - que insistem no estável, no não movimento, no eterno.

São exemplos a busca - também intensa - pela prática da yoga, pela vida no campo e por tudo o que lembra o *natural*, pois no inconsciente coletivo a aceleração parece estar ligada à ciência, à tecnologia, ao consumismo, ao artificial. Mas embora essas formas de resistência tenham crescido com a pandemia, dificilmente terão força para reduzir o ritmo da aceleração. Aliás, acelerar é também uma exigência do capital, que assim potencializa os seus ganhos (MANHEIMER, 1977).

Por outro lado, vivemos um mundo que já não confia tanto no *depois* - e por isso prefere viver desde logo os seus prazeres, ao invés de remetê-los para o futuro. Nas novas seitas - que hoje proliferam - até em pregações de pastores se percebe facilmente esse deslizamento do céu para a terra, do futuro para o agora. E essa tendência, paradoxalmente, não só impele

5 TUDOR BRASIL. **Cristina de Pisano e o feminismo antes do feminismo**. Disponível em: <https://tudorbrasil.com/2015/11/16/cristina-de-pisano-e-o-feminismo-antes-do-feminismo-parte-ii-final/>. Acesso em: 27 out. 2021.

alguns para a busca do *natural*, como induz muitos outros à compra – às vezes, obsessiva - de objetos e sensações no mercado de consumo.

Mas os novos tempos não se limitam a se mover mais depressa. Eles potencializam misturas, interações.

Também aqui, é claro, não se trata de uma novidade completa; em certo grau, sempre vivemos misturados e misturando.

O próprio Direito do Trabalho, mesmo em sua versão clássica, e ainda que tenha rompido, em boa parte, com a lógica dos contratos, trouxe aspectos fundamentais do Direito Civil.

Além disso, o nosso corpo é poroso. Tudo nos afeta – desde a brisa que sopra em nossos cabelos até o canto de um passarinho que nem notamos que cantou

De todo modo, a globalização parece acentuar esse processo – como veremos melhor a seguir.

4. UM BREVE OLHAR PARA O FUTURO

Até há pouco, o contraponto ao próprio processo de “destruição criativa” era uma tendência de homogeneizar. Das casas populares ao carro preto de Ford, buscava-se – na medida do possível – apagar o diferente para se encontrar o igual. Não por acaso, a fábrica inventou o uniforme.

Hoje, é claro que também classificamos, enquadrados, separamos, pois assim também podemos, mais facilmente, dar sentido ao mundo e às nossas vidas (VIGNAUX, 1999, p. 7, 33, 34). É o que faz também o Direito do Trabalho, que centra na subordinação o elemento principal que caracteriza a relação de emprego – e deste modo limita o seu próprio universo de sujeitos protegidos.

Mas a tendência maior parece ser a de mesclar, confundir. As fronteiras se enfraquecem, as barreiras se diluem.

Na verdade, em todas ou quase todas as dimensões da vida, há uma forte tendência *trans*. Mais do que nunca, tudo *transita*, assim como se penetra. Onde havia choque, ou onde a mistura não era tão forte, predominam o contágio, a confusão – inclusive no sentido que o Direito dá a esta última palavra.

No Direito do Trabalho, essa tendência facilitou a entrada recente de elementos do Direito Civil, como no caso do combate aos assédios e discriminações. E também aplainou o caminho do legislador da reforma, quando decidiu excluir do art. 8º da CLT o requisito da compatibilidade, antes exigido, expressamente, para que normas de outros ramos jurídicos pudessem ingressar na ordem trabalhista.⁶

E nas outras esferas da vida não é diferente.

6 Naturalmente, sempre se pode argumentar que esse requisito era dispensável, já que implícito, e hoje, por isso mesmo, continua a existir.

No restaurante, já é possível comer pedaços de várias partes do mundo, ou até mesmo, se preferirmos assim, pedir bife com chocolate. Em filmes como “Encantada”, personagens de desenho animado contracenam com gente de verdade. Na música, o samba dialoga com o *rock*, que se mistura com o *funk*, ou com acordes de Mozart.

Na moda, praticamente todos os estilos são possíveis. Na arquitetura, estilos do passado convivem com elementos e composições surpreendentes.⁷ Na academia, o Direito já convive diariamente com a História, a Filosofia, a Psicologia, a Antropologia e às vezes até com a Física.

Do mesmo modo, nos museus a céu aberto, as *instalações* convidam o público a participar das obras, que por sua vez podem mesclar pintura e escultura, desenho e fotografia. No plano econômico, diminuem as barreiras comerciais e aumentam as influências recíprocas.

Várias daquelas palavras formadas com o prefixo *trans* assumem hoje uma dimensão nunca vista. De *transporte* a *transdisciplinar*, de *travessia* a *trajeto*, tudo aponta para um ritmo cada vez mais intenso de mudanças e interações. Mas a diferença com os tempos passados não parece ser apenas quantitativa; é como se tivéssemos incorporado, de uma vez por todas, a natureza do *Transformer* – o personagem criado pela Hasbro.

Nesse sentido, a pessoa *trans* também se transforma: sai das sombras, onde mal era vista - e era quase sempre mal vista - , para assumir, pouco a pouco, um protagonismo inédito. Talvez por isso, ao lado de apoios e simpatias de alguns, recebe os efeitos daquela mesma Lei de Newton, sofrendo ataques furiosos de outros. Até o índice de assassinatos aumenta⁸.

Como, hoje, o choque entre as culturas e os seus valores é muito mais forte – tanto no espaço como no tempo - os juízes são chamados, com mais frequência, para decidir questões sensíveis. Nesses casos, tanto podem passar mensagens à sociedade – os chamados *obiter dicta* (BUSTAMANTE, 2018) – como provocar respostas violentas.

No último caso se enquadra o chamado efeito *backlash*. Trata-se de uma “intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica” (SUNSTEIN apud FONTELES, 2018, p. 102).

Assim, por exemplo, há estudos que indicam “uma possível correlação entre estados norte-americanos que reconheceram o casamento gay e o aumento no índice de violência contra a população LGBT” (FONTELES, 2018, p. 20), exatamente em razão daquele efeito

Assim como, em tempos antigos, as mulheres lideraram motins contra o preço do pão (THOMPSON, 2017); passaram depois a lutar pelo voto, pelo biquíni ou pela pílula; há décadas questionam sua dupla jornada e o seu salário menor; e hoje estão na linha de frente em tantos *coletivos* e movimentos sociais, as pessoas *trans* vão se afirmando como personagens importantes desse mundo que lhes pertence – e do qual são também verdadeira metáfora.

Para isso, junto com as próprias mulheres, os *gays* e outros tantos grupos sociais, procuram se mostrar com uma marca, um nome; no fundo, porém, o que parecem querer é exatamente o contrário. Querem sumir na multidão, mas não como antes, escondidas, e sim

7 A propósito. Cf. HARVEY, David. **Condição pós moderna**. São Paulo: Loyola, 2016.

8 SODRÉ, Lu. “Assassinados de pessoas *trans* aumentaram 41% em 2020”. **Brasil de Fato**, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br>. Acesso em: 11 out. 2021. Os dados são da Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA. Em 2020, foram assassinadas 175 pessoas *trans*.

respeitadas, reconhecidas, como qualquer outra pessoa. Querem simplesmente ser vistas como gente que são.

Nesse sentido, numa pesquisa de campo sobre travestis, Olivia Paixão conclui que elas nem mesmo procuram ser mulheres, ou ser vistas assim. Embora usem meios artificiais para se modelar em formas femininas, “de modo paradoxal o que anseiam é a naturalidade” (PAIXÃO, 2018, p. 54). Algo semelhante pode acontecer no universo *trans*.

E como lutaram tanto para chegar onde estão, podem ter mais a ensinar que as pessoas *não trans*. Afinal, são elas – ou eles - que realmente estão em perfeita sintonia com um mundo também *trans*, e assim podem entender melhor as outras misturas, adaptar-se melhor às transformações e nos oferecer exemplos de resistência coletiva.

Boff nos ensina como o *jeitinho brasileiro*, em geral tão criticado, esconde uma grande sabedoria, especialmente num tempo em que tudo se mexe e globaliza:

O *jeitinho* é a forma sábia e pacífica de combinar os interesses pessoais com a rigidez da norma; é o modo de contrabalancear a correlação desigual de forças, tirando vantagens da fraqueza; é a maneira de conciliar todos os interesses sem que ninguém saia prejudicado (BOFF, 2000, p. 114-115).

Analogamente, é o que se pode dizer do modo *trans*, das pessoas *trans*. Acostumadas, por tanto tempo, a ser maltratadas apenas por serem diferentes, é provável que tenham desenvolvido sabedorias ocultas – até mesmo para sobreviver. E como nos remetem, indiretamente, a tudo que se move, vão ganhando cada vez mais força e reconhecimento.

Nesse sentido, já começam a assumir papéis inéditos, com um potencial mais forte que o das pessoas *não trans*, ou não tão discriminadas. Se de um lado sofrem violências até maiores, de outro, como se disse, conquistam adesões. Por isso, se antes, tantas vezes, procuravam a noite, hoje se mostram à luz do dia – tanto em sentido metafórico quanto no plano real. E essa tendência parece ser a mais forte, especialmente em termos de futuro⁹.

Vejamos, então, alguns exemplos de protagonismo.

5. ALGUNS EXEMPLOS *TRANS*¹⁰

Marsha P. Johnson, travesti, negra, *drag queen*, foi um dos ícones do movimento por direitos para a comunidade LGBTQIA+, nos Estados Unidos dos anos 60. Participou efetivamente da primeira parada do *Orgulho Gay* estadunidense, uma resposta à revolta de Stonewall.

Ao lado de sua amiga Sylvia Rivera, Marsha oferecia abrigo a outras meninas e meninos *trans* e travestis que viviam nas ruas, além de participar efetivamente de protestos e lutas pelo movimento LGBTQIA+. O filme “A morte e vida de Marsha P. Johnson” conta a história da

9 Os autores adotam o entendimento do Supremo Tribunal Federal do Brasil, segundo o qual não há necessidade de cirurgia ou mudanças corporais para que uma pessoa seja identificada como *trans*, pois trata-se de uma questão identitária.

10 É importante ressaltar que os termos “travesti e mulher trans” formalmente ou conceitualmente não se confundem, mas, na realidade, referem-se a sujeitos que passam pelo mesmo processo de marginalização, de *assujeitamento*, de invisibilidade, pelas mesmas formas de violências físicas e verbais, tendo em vista que a sociedade considera que seus corpos ferem a ordem normativa vigente. (DUARTE, Daniela Miranda. **Toda vida importa**: uma análise antropológica, sociológica e jurídica sobre os trabalhadores transexuais. Belo Horizonte, 2020. 131 f. p. 29)

misteriosa morte da ativista, que a polícia local entendeu com suicídio, versão que os amigos contestam.¹¹

No Brasil, importantes mulheres *trans* e travestis têm assumido postos de liderança e ativismo na luta por direitos iguais entre pessoas *trans* e não *trans*, buscando se misturar na multidão que caminha pela cidade anonimamente.

Já existe uma Associação Nacional de Travestis e Transexuais – símbolo mais explícito da conquista de uma visibilidade crescente. Keila Simpon, travesti, presidenta da Associação, e residente em Salvador, é uma das precursoras do movimento político LGBTQIA+.

Condecorada com o Prêmio Direitos Humanos pela ex-presidenta Dilma Rousseff, Keila é um exemplo pessoal de sobrevivência. Já ultrapassou a barreira dos 35 anos de idade, o que pode parecer pouco, mas é a média de vida das pessoas *trans*.¹² Ao lado de sua secretária de Articulação Política, Bruna Benevides, desde 2017 tem elaborado um mapa dos assassinatos de pessoas *trans* no Brasil.

Por sua vez, Bruna Benevides é uma mulher *trans*, feminista, transativista, palestrante, secretária de Articulação Política da Antra, coordenadora do Pré Vestibular Social PreparaNemNiteroi e membra de várias outras entidades que lutam pelos direitos da população LGBTQIA+.¹³

Há 21 anos na carreira militar, Bruna ocupa o posto de sargenta da Marinha do Brasil. Para isso, teve de reverter uma decisão judicial que havia determinado sua reforma compulsória, em razão do “quadro de transexualismo”.¹⁴ De todo modo, ou por isso mesmo, o seu exemplo revela, de forma marcante, o processo de ascensão social do grupo – especialmente se considerarmos o perfil conservador das Forças Armadas.

Superando em muito a expectativa de vida de mulheres *trans* no Brasil - que, segundo a Antra, não passa de 36 anos - Keila, em entrevista recente, diz que “quando a pessoa passa dos 60, os enfrentamentos chegam independentemente do gênero, seja para incluir, respeitar ou atender às especificidades. Quando se pensa em *trans* na terceira idade, já tem (sic) toda uma negação, são as mesmas exclusões agravadas ao quadrado”.¹⁵

Outra travesti que ganha notoriedade – e se auto intitula *putafemista* - é Amara Moira, professora e doutora em crítica literária pela Unicamp. Amara é autora do livro “ESeEuFossePutá”, resultado de um *blog* que descrevia sua vida na prostituição.

No livro, a autora e professora relata diversas situações ocorridas durante os *programas*; fala um pouco de seu processo de transição e da vontade de ser desejada pelos homens; e descreve algumas das dificuldades pelas quais passou para concluir a universidade até chegar ao doutorado.

Não bastassem os exemplos de mulheres que estão se tornando protagonistas no mundo não *trans*, nas últimas eleições mais de 294 travestis, mulheres e homens *trans* concorreram a

11 A MORTE e Vida de Marsha P. Johnson. Direção: David France. EUA, 2017.

12 <https://agenciaaids.com.br/noticia/visibilidade-trans-keila-simpson-fala-sobre-como-e-ser-mulher-trans-na-terceira-idade/> Acesso em: 10 out. 2021.

13 <https://br.linkedin.com/in/bruna-benevides-307863195>. Acesso em: 10 out. 2021.

14 <https://agenciaaids.com.br/noticia/visibilidade-trans-bruna-benevides-a-primeira-mulher-trans-na-ativa-da-marinha-brasileira/>. Acesso em: 10 out. 2021.

Lembre-se que o sufixo “ismo” remete em geral a doença

15 <https://agenciaaids.com.br/noticia/visibilidade-trans-keila-simpson-fala-sobre-como-e-ser-mulher-trans-na-terceira-idade/>

cargos de vereadores nas mais diferentes cidades – numa clara expressão de um novo espírito de luta e resistência.

Nas mesmas eleições, entre partidos *à direita* e *à esquerda*, 30 pessoas *trans* foram eleitas, dentre as quais Duda Salabert, vereadora mais votada da história de Belo Horizonte, com mais de 37.000 votos; Thammy Miranda, eleito vereador pelo PL em São Paulo; Lins Roballo, pelo PT em São Borja/São Paulo.

De acordo com a Antra, houve um aumento de 275% de pessoas *trans* eleitas em relação a 2016. Em geral, são pessoas que assumiram publicamente o dever de se posicionar sobre a condição *trans*, lutando por um maior reconhecimento social.¹⁶

No esporte, apesar da enorme polêmica e discussão que envolve a participação de atletas *trans* em competições oficiais, Tiffany Abreu conquistou notoriedade como a primeira atleta *trans* a jogar na Superliga Feminina de Vôlei.

Antes de jogar no Brasil, Tiffany, que se identificou enquanto mulher *trans* em 2012 e passou por todo o processo de transição, inclusive pela cirurgia de redesignação sexual, integrava uma equipe da segunda divisão do vôlei italiano.¹⁷

Mais recentemente, Maria Joaquina, uma patinadora *trans* de apenas 13 anos, com o apoio de seus pais adotivos, tem mostrado para o mundo que é possível vencer a transfobia e se colocar no seu espaço de identificação.

O protagonismo *trans* também tem aparecido no cinema. Basta lembrar o sucesso do filme “A Garota Dinamarquesa”, que narra a história (real) da primeira cirurgia de redesignação de que se tem notícia. Nascida em corpo masculino, a pintora Lili Elbe, ainda como Einar Magnus, começa a se relacionar afetivamente com Gerda Wegener, que mesmo amando o pintor Einar Magnus apoia a sua decisão de passar pelo processo, submetendo-se a cirurgia¹⁸.

Outro filme, “**Elisa e Marcela**”, narra a história de duas moças espanholas que se apaixonam; para viver esse amor, uma delas assume identidade masculina. Descobertas, arcam com as consequências, numa sociedade completamente hostil. Ao final, o amor vence.¹⁹

Ainda no cenário internacional, o filme “Alice Júnior” retrata a história de uma adolescente que luta e consegue ser aceita em uma escola tradicional, onde ensaia os primeiros passos em sua vida amorosa. Num contexto menos agressivo que o da história anterior, Alice conquista o apoio do pai e dos colegas da escola.²⁰

Por fim, impossível não citar a premiada série “Pose”, que descreve a vida de Blanca, uma mulher nas telas e na vida real, e frequentadora de bailes LGBTQIA+, na Nova York da década de 1970 – época em que a AIDS surgia como grande ameaça. Ela acolhe como filhos um dançarino *gay* talentoso e uma trabalhadora do sexo *trans*, apaixonada por um cliente *yuppie*.

16 BENEVIDES, Bruna. **Candidaturas trans foram eleitas em 2020**. Disponível em: <https://antrabrazil.org/noticias/>. Acesso em: 18 out. 2021.

17 <https://www.olimpiadatododia.com.br/volei/247268-o-pioneirismo-de-tiffany-e-o-que-diz-a-ciencia/>

18 “Garota Dinamarquesa”. Filme disponível na Netflix (A Garota Dinamarquesa. David Ebershoff. Direção: Tom Hooper. Produção: Tim Bevan, Eric Fellner, Anne Harrison, Tom Hooper, Gail Mutrux, Linda Reisman. Roteiro: Lucinda Coxon. [Reino Unido, Estados Unidos]. Universal Pictures 2016 (ca. 119min)

19 **Elisa e Marcela**. Filme disponível na Netflix Isabel Coixe. Produção: Mar Targarona, Zaza Ceballos, Joaquin Padró, José Carmona, Ana Figueroa. Roteiro: Isabel Coixet, Narciso De Gabriel [Espanha]. Netflix: 2019 (c a. 118 min). Baseado no livro “**Elisa e Marcela – além dos homens**”, de **Narciso de Gabriel**).

20 Alice Junior. Filme disponível na Netflix. Produção Gil Baroni. Selecionado na 27ª edição do Festival Mix Brasil, em 2019, na categoria “Competitiva Brasil - Longas” 2019 (1h27m).

Além da protagonista, várias das atrizes que trabalham no filme são mulheres *trans*. Billy Porter conquistou o “Emmy” de Melhor Ator de Série Dramática, e a série ganhou o prêmio “AFI”, de Melhor Programa de TV.²¹

6. AS PESSOAS *TRANS* E O DIREITO DO TRABALHO

Com base em todos esses dados, ideias e sugestões, é possível inferir que as pessoas *trans*, na medida em que vão ganhando força, podem influir – ou já estão influenciando – de forma positiva no Direito do Trabalho. E em suas duas dimensões.

Na esfera do Direito Individual, para potencializar o combate aos assédios e discriminações. Não custa lembrar, a propósito, que essa preocupação é relativamente recente; há não muito tempo, antes da atual Constituição Federal, entendia-se que a própria indenização por dano moral deveria se restringir a hipóteses previstas na lei, especificamente. Mesmo depois de 1988, pelo menos nos primeiros anos, raros eram os casos em que se discutia essa matéria na órbita trabalhista. O próprio conceito de assédio moral era ignorado.

Com os estudos de Leymann e Hirigoyen sobre o *mobbing*, seguidos de uma primeira decisão do Tribunal de Turim e dos avanços da doutrina e da jurisprudência em vários países do mundo – inclusive no Brasil – as indenizações por dano moral se tornaram comuns no ambiente do trabalho, a ponto de terem sido objeto de normas específicas na CLT (art.223-C).

Naturalmente, nada disso teria sido possível se não fosse, de um lado, uma evolução do pensamento humano em geral; e, de outro, uma forte tendência – componente da própria *pós modernidade* – em valorizar ainda mais a liberdade e a igualdade individuais²². Mas a condição *trans* também aparece como uma das causas e um dos efeitos desse processo. Afinal, ela constitui um dos exemplos mais fortes de sofrimento e rebeldia.

Já no plano do Direito Coletivo, o protagonismo crescente da pessoa *trans* assume uma relevância ainda maior. É mais uma forma de pressão no sentido de abrir as portas do sindicato para as pessoas tidas como diferentes e por isso menores. É também uma chamada para que ele se reapresente à sociedade com uma nova imagem, e um novo perfil – horizontal, sem preconceitos e mais democrático.

Lembre-se que, historicamente, o sindicato sempre preferiu homens às mulheres, pelo menos como dirigentes (ROCHA, 2021), e até hoje tem dificuldades de incorporar autônomos, desempregados e militantes de outros movimentos sociais. Numa palavra, não aprendeu ainda a ser *trans*. Mas a tendência é *ir aprendendo*, até mesmo para a sua própria sobrevivência. E isso também significa, como dizíamos, abrir-se para outros grupos, antes ignorados ou rejeitados – um processo que já se iniciou, aqui ou ali, embora timidamente.

Não custa notar a relevância do sindicato para o Direito do Trabalho, como um todo. Desde o início, e ao longo do tempo, tem havido quase uma relação de causa e efeito entre um e outro. É do sindicato, direta ou indiretamente, que brotam as normas de proteção. Desse modo, num

21 Pose. Série. Produtores: Janet Mock, Our Lady J, Lou Eyrich e Erica KAY. Estados Unidos. 2018.

22 Sobre os elementos da pós-modernidade, cf., por todos, HARVEY, David. Condição pós moderna. São Paulo: Loyola, 2016.

contexto – como o de hoje – em que o sindicato entra em crise, não é apenas ele – mas o próprio Direito – quem sofre. Daí a necessidade de que assuma um novo perfil, adote novas estratégias, e não apenas se abra para pessoas *trans*, mas se torne, em certo sentido, o mais possível *trans*.

7. CONCLUINDO

Com esse breve texto, tentamos não tanto relembrar o longo processo de violências que vem atingindo, historicamente, as pessoas *trans*, mas discutir um pouco sobre o que elas tem a ensinar, com suas próprias vidas, contribuindo para a reconstrução do mundo, em bases menos injustas.

Esse potencial, se estivermos certos, decorreria basicamente de dois fatores. De um lado, da própria história de sofrimento que vem marcando aquelas vidas. De outro, da sintonia entre o que elas sempre foram e o que a pós modernidade hoje lhes permite e propõe.

O resultado pode servir – ou já tem servido – não só para pressionar o legislador no combate às discriminações, como para inspirar o sindicato a se abrir, voltando a se fortalecer. Neste último aspecto, procuramos realçar a relação de quase causalidade entre a resistência coletiva e as normas de proteção.

Como também notamos, esse é um mundo *trans*, um tempo *trans*. Daí também o novo papel que as pessoas *trans* vão assumindo, em várias dimensões da vida em sociedade, e que explica – sem justificar, é claro - as violentas reações em sentido contrário, produto de sua crescente visibilidade.

Pelo que se percebe, no entanto, a própria afirmação do(a) sujeito(a) *trans* como grupo social diferenciado é circunstancial, ou emergencial; embora importante no presente, não é o esperado no futuro. O que elas ou eles querem é apenas o respeito alheio, tal como qualquer outra pessoa. Assim, paradoxalmente, o protagonismo de hoje persegue o anonimato de amanhã.

De todo modo, antes que conquistem o poder e o direito de se misturar na multidão, as pessoas *trans* vão nos ajudando a ver que o importante não está no jeito de andar, ou de vestir, ou de adotar certo gênero, ou vários gêneros, ou de praticar outro sexo, ou vários sexos, ou de se chamar João ou Maria. O importante não tem nome, nem classe. Está na essência de cada um, e esta essência, se ocupar algum lugar no corpo, talvez esteja no coração.

REFERÊNCIAS

A MORTE e vida de Marsha P. Johnson. Direção: David France. EUA, 2017.

BENEVIDES, Bruna. **Candidaturas trans foram eleitas em 2020**. Disponível em: <https://antrabrazil.org/noticias/>. Acesso em: 18 out. 2021.

BOFF, Leonardo. **Depois de 500 anos: que Brasil queremos?** Petrópolis: Vozes, 2000.

BULFINCH, Thomas. **O Livro de ouro da mitologia**. São Paulo: Ediouro, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas. *Obiter Dicta* Abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, ago. 2018.

- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DUARTE, Daniela Miranda. **Toda vida importa**: uma análise antropológica, sociológica e jurídica sobre os trabalhadores transexuais. Belo Horizonte, 2020.
- LEGUAY, Jean-Pierre. **Vivre en ville au moyen âge**. Paris: Jean—Paul Gisserot, 2012.
- FEDERICI, Silvia. **Calibã e as bruxas**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017.
- FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Brasília: IDP, 2018.
- GOMPERTZ, Will. **Isso é arte?** 150 anos de arte moderna, do impressionismo até hoje. São Paulo: Zahar, 2012.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 2016.
- KRANZBERG, Melvin; GIES, Joseph. **Breve storia del lavoro**. Milano: Oscar Mondadori, 1991.
- MACHADO, José Pedro. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Lisboa: Confluência, 1959. v. II.
- MANHEIMER, Ken. **Steve Paxton´s 1977 small dance guidance**. 1977. Disponível em: <https://myriadcity.net/contact-improvisation/contact-improv-as-a-way-of-moving/steve-paxton-s-1977-small-dance-guidance>. Acesso em: 22 out. 2021.
- NOUGIER, Louis-René. La préhistoire. In: PARIAS, Louis-Henri (org.). **Histoire générale du travail**: préhistoire et antiquité. Paris: Nouvelle Librairie de France, 1962. vol. II.
- PAIXÃO, Olivia. **Entre a batalha e o Direito**: prostituição, travestilidade e trabalho. Rio de Janeiro: Metanoia, 2018.
- ROCHA, Marina Sousa Lima. **Redes sindicais internacionais e o novo internacionalismo operário**: articulações da classe-que-vive-do-trabalho para enfrentar o capitalismo contemporâneo. 2021. Dissertação. Universidade Federal de Ouro Preto, 2021.
- ROSA, Hartmut. **Aceleração**. São Paulo: Unesp, 2019.
- SODRÉ, Lu. “Assassinados de pessoas *trans* aumentaram 41% em 2020”. **Brasil de Fato**, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br>. Acesso em: 11 out. 2021.
- THOMPSON, E. P. **Costumes em comum**: estudos sobre a cultura popular tradicional. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- TUDOR BRASIL. **Cristina de Pisano e o feminismo antes do feminismo**. 2015. Disponível em: <https://tudorbrasil.com/2015/11/16/cristina-de-pisano-e-o-feminismo-antes-do-feminismo-parte-ii-final/>. Acesso em: 27 out. 21.
- VIGNAUX, Georges. **Le démon du classement**. Paris: Éditions du Seuil, 1999.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 14/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 16/06/2022
- 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

DO TRATO MÉDICO DISPENSADO ÀS PESSOAS INTERSEXO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

OF THE MEDICAL TREATMENT EXPENSED TO INTERSEX
PEOPLE IN THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS

JAMILLE BERNARDES DA SILVEIRA OLIVEIRA DOS SANTOS¹
VALERIA SILVA GALDINO CARDIN²

RESUMO

A intersexualidade é uma condição física-biológica marcada por corpos que possuem características sexuais relacionadas tanto ao sexo feminino como masculino. No Brasil, tal condição é tratada como uma anomalia de diferenciação sexual (ADS). O corpo intersexo é múltiplo e pode se apresentar de diferentes formas, entretanto, a pesquisa se concentra nos casos clínicos marcados pela presença da genitália ambígua, antigamente denominados de hermafroditas. Atualmente, a medicina orientada que verificada a ambiguidade genital, a pessoa deverá passar por diversos exames médicos com o intento de designar o sexo predominante e, na sequência ser submetida à uma cirurgia de correção do órgão sexual. Sucede que, à luz dos direitos da personalidade, tal abordagem é interpretada como uma violação de direitos humanos básico e personalíssimos, em especial ao direito à integridade física, à identidade e à autodeterminação. A pesquisa foi desenvolvida por meio do método teórico.

Palavras-chave: intersexualidade; abordagem médica; direitos da personalidade.

ABSTRACT

Intersexuality is a physical-biological condition marked by bodies that have sexual characteristics related to both women and men. In Brazil, this condition is treated as an anomaly of sexual differentiation (ADS). The intersex body is multiple and can present itself in different ways, however, the research focuses on clinical cases marked by the presence of ambiguous genitalia, formerly called hermaphrodites. Currently, oriented medicine that verifies the genital ambiguity, the person must undergo several medical exams with the intention of designating the predominant sex and, afterwards, undergo a surgery to correct the sexual organ. It happens that, in the light

- 1 Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (Bolsa Capes/Prosup). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Paranaense. Graduada em Direito pela mesma instituição (Bolsa ProUni). Membro do grupo de pesquisa "Reconhecimento e garantia dos direitos da personalidade" da Universidade Cesumar e do grupo "Direito e Sexualidade" da UFBA. Advogada no Paraná (licenciada). Assessora na DPEMS.
- 2 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-Graduação de Doutorado e Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar. Pesquisadora e Bolsista Produtividade ICETI. Advogada no Paraná.

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

SANTOS, Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos; CARDIN, Valeria Silva Galdino. Do trato médico dispensado às pessoas intersexo à luz dos direitos da personalidade. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 133-147, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8459>.

of personality rights, such an approach is interpreted as a violation of basic and very personal human rights, in particular the right to physical integrity, identity and self-determination. The research was developed using the theoretical method.

Keywords: *intersexuality; medical approach; personality rights*

1. INTRODUÇÃO

A intersexualidade é uma condição de ordem física e biológica caracterizada por corpos que possuem caracteres sexuais relacionados tanto ao sexo feminino como masculino. No meio médico a intersexualidade é compreendida como uma Anomalia de Diferenciação Sexual ou como um Distúrbio do Desenvolvimento Sexual, isso é, tais corpos são interpretados como anormais e doentes.

Não há uma única forma de corpo intersexo, podendo esses apresentarem sinais visíveis ou não, contudo, os casos mais conhecidos são aqueles em que há a presença da genitália ambíguo e que, historicamente, eram chamados de hermafroditas, todavia, esse termo não é mais utilizado por ser pejorativo. Ante a impossibilidade de abordar todas as diversidades corporais intersexo, o presente artigo irá se concentrar nas questões relacionadas à ambiguidade genital.

Por ser considerada uma anomalia, a medicina orienta que, uma vez verificada a figura da genitália ambígua, deverá a pessoa ser submetida à uma série de exames acompanhada por uma equipe multidisciplinar, com o objetivo de determinar qual o seu sexo predominante e, na sequência ser realizada uma cirurgia de ‘correção’ do órgão sexual. De acordo com a literatura, é comum que a descoberta da ambiguidade genital se dê logo após o nascimento da criança e, portanto, caberá aos pais, em conjunto com a equipe médica, decidir sobre a melhor decisão a ser tomada.

À luz dos direitos da personalidade, os quais destinam-se a salvaguardar os elementos essenciais à proteção da dignidade da pessoa humana e ao seu livre e pleno desenvolvimento, tem-se que a abordagem médica padrão representa uma afronta a esses direitos, em especial ao direito à integridade física, à identidade e à autodeterminação. Nesse sentido, a presente pesquisa objetiva demonstrar a violação dos direitos personalíssimos e a forma como ocorre.

O artigo está dividido em três tópicos: no primeiro apresenta-se o corpo e a pessoa intersexo, no segundo dedica-se a narrar a evolução e atual abordagem médica destinada às pessoas intersexo e por último, demonstra-se como tais condutas afetam os direitos da personalidade destinados à proteção da integridade física, da identidade e da autodeterminação. Ainda, foi utilizado o método de pesquisa teórico a partir da consulta em livros, leis, sites e artigos relacionados à temática proposta.

2. DA INTERSEXUALIDADE

A intersexualidade é tratada pela medicina como uma Anomalia de Diferenciação Sexual (ADS), ou ainda, como um Distúrbio do Desenvolvimento Sexual (DDS). De acordo com a Resolução nº1.664/2003, do Conselho Federal de Medicina (CFM), tem-se que serão considerados casos de ADS “as situações clínicas conhecidas no meio médico como genitália ambígua, ambiguidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal, sexo reverso, dentre outras” (CFM, 2003).

Desse modo, de maneira genérica, serão considerados como ADS os casos em que se verificar um ‘desacordo’ “entre os vários sexos do indivíduo”, isso é, entre “o sexo genético, retratado pela sua constituição cariotípica 46,XX ou 46,XY, o sexo gonadal/hormonal, e o sexo fenotípico” (DAMIANI; GUERRA-JÚNIOR, 2007, p. 1014). Assim, “fala-se em estado intersexual quando, pelos parâmetros anatômicos convencionais, não se define o sexo biológico da pessoa. Esses estados podem coexistir com ou sem ambiguidade dos órgãos genitais internos”. Todavia, é comum que diante da existência da genitália ambígua, o indivíduo apresente incongruência sexual genética e gonadal também. (CERQUEIRA, 2011, p. 51).

Para a bióloga Anne Fausto-Sterling:

[...] os tipos mais comuns de intersexualidade são hiperplasia adrenal congênita [HAC], síndrome da insensibilidade aos andrógenos [SIA]³, disgenesia gonadal⁴, hipospádias⁵, e composições cromossômicas pouco usuais, como as síndromes de Klinefelter (XXY)⁶ e de Turner (XO)⁷. O assim chamado hermafroditismo verdadeiro apresenta uma combinação de ovário e testículos (FAUSTO-STERLING, 2000, p. 51 apud GUIMARÃES JUNIOR, 2014, p. 21).

No tocante à intersexualidade marcada pela presença da genitália ambígua, tem-se que essas pode ser subdividida em três categorias principais: “o pseudo-hermafroditismo masculino (PHM⁸ = genitália ambígua com testículos), pseudo-hermafroditismo feminino (PHF⁹ = genitália ambígua com ovários) e hermafroditismo verdadeiro

3 “A SAI é causada por mutações no gene do receptor de andrógeno (AR), resultando em resistência na atividade fisiológica dos andrógenos. Na forma completa (SICA), a genitália externa é feminina e na forma parcial (SIPA) pode haver diferentes graus de virilização da genitália interna e externa” (BEHRE *et al.*, 2000 apud ANDRADE; ANDRADE, 2019, p. 106).

4 A disgenesia gonadal pode ser pura, parcial XY, mista e camptomélica. Diz-se que uma gônada é disgenética quando essa for “constituída somente de tecido fibroso, sem função hormonal nem capacidade de produção de gametas, e sem estruturas que permitam caracterizá-la como ovário ou como testículo”. Nesses casos, a presença da ambiguidade genital é comum na disgenesia gonadal parcial XY e na mista (LIPAY; BIANCO; VERRESCHI, 2005, p. 61).

5 “A hipospádia constitui a mais frequente anomalia da genitália externa masculina [...]. Clinicamente, é caracterizada por um desenvolvimento incompleto da uretra com disposição do meato uretral na face inferior do pênis (face ventral) e não na extremidade da glândula” (MACEDO JUNIOR; SROUGI, 1998, p. 141).

6 “Na síndrome de Klinefelter, a aneuploidia consiste em pelo menos um cromossomo X a mais (47, XXY) e na maioria das vezes os casos são diagnosticados na investigação de infertilidade com azoospermia” (VAN SAEN *et al.*, 2018 apud ANDRADE; ANDRADE, 2019, p. 104).

7 “A Síndrome de Turner é uma alteração genética comum em mulheres, que se caracteriza pela ausência completa (45, X) ou parcial do segundo cromossomo sexual (45, X/ 46, XX, 45 X/46, XY ou variantes e anomalias estruturais do segundo cromossomo sexual, X ou Y)” (ANDRADE; ANDRADE, 2019, p. 104).

8 Nos casos denominados de Pseudohermafroditismo masculino (PHM) – “o cariótipo é 46,XY, desenvolveram-se testículos bilaterais, mas algum, ou alguns, dos passos necessários para completar a diferenciação da genitália externa não ocorreu de forma adequada e chegamos a uma ambigüidade” (DAMIANI *et al.*, 2001, p. 41).

9 O Pseudohermafroditismo feminino (PHF) – ocorre a partir da “virilização de um feto programado para evoluir para o sexo feminino: a genitália externa é ambígua, em presença de ovários e de um cariótipo 46,XX”. Nestes casos, a causa da genitália ambígua, normalmente, está interligada com “hiperplasias congênitas de supra-renais e que, nas formas perdedoras de sal, constituem-se em uma situação de risco de vida” (DAMIANI *et al.*, 2001, p. 41).

(HV¹⁰ = testículo e ovário com ou sem genitália ambígua)” (DAMIANI; GUERRA-JÚNIOR, 2007, p. 1014). Nessa linha, faz-se necessário esclarecer que “a ambiguidade genital não é uma doença específica, mas um conjunto de alterações que direcionam o clínico a buscar diagnósticos específicos” (ANDRADE; ANDRADE, 2008, p. 321).

Ainda, para Ana Amélia Oliveira Reis de Paula e Márcia Maria Rosa Vieira (2015, p. 71) o “genital é ambíguo quando sua aparência impõe dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de designar a criança como menino ou menina”. As autoras comentam também que a “complexidade do problema exige que a criança seja acompanhada por equipe interdisciplinar, composta por pediatra, endocrinologista, cirurgião, psicólogo, além de equipe especializada no apoio diagnóstico” (PAULA; VIEIRA, 2015, p. 71).

De acordo com a prática médica vivenciada pela Unidade de Endocrinologia Pediátrica do Instituto da Criança, Hospital das Clínicas, da Universidade de São Paulo (HC-USP), a figura da genitália ambígua pode estar relacionada à 4 (quatro) situações: “(1) Distúrbios da determinação gonadal; (2) Distúrbios da função testicular; (3) Distúrbios dos tecidos-alvo dependentes de andrógenos; e (4) Distúrbios da diferenciação do sexo feminino devidos à virilização anormal” (DAMIANI *et al.*, 2001, p. 41).

Em decorrência dessa diversidade de situações atreladas à ambiguidade genital, no momento do diagnóstico deverão ser observados alguns critérios médicos. No caso das genitálias de aspecto feminino, serão considerados para fins de ambiguidade genital os seguintes elementos: “1. Diâmetro clitoriano superior a 6 mm; 2. Gônada palpável em bolsa labioscrotal; 3. Fusão labial posterior; 4. Massa inguinal que possa corresponder aos testículos” (DAMIANI *et al.*, 2001, p. 40).

Por sua vez, quando se tratar de genitália com aspecto masculino, serão considerados como indicativos de ambiguidade os seguintes elementos:

1. Gônadas não palpáveis; 2. Tamanho peniano esticado abaixo de -2,5 DP da média de tamanho peniano normal para a idade; 3. Gônadas pequenas, ou seja, maior diâmetro inferior a 8 mm; 4. Presença de massa inguinal que poderá corresponder a útero e trompas rudimentares; 5. Hipospádia (DAMIANI *et al.*, 2001, p. 40).

Segundo a literatura médica, quando da avaliação de um paciente com ADS, seja esse adulto, criança ou um recém-nascido, a principal preocupação é conseguir identificar qual síndrome/quadro clínico está relacionada à intersexualidade (MACIEL-GUERRA, 2019). Além disso, diante de um quadro de intersexualidade, em especial os relacionados à ambiguidade genital, mais do que a preocupação com a designação do sexo do menor, devem ser observadas as questões relacionadas aos aspectos de cunho social, psicológico e jurídico (ANDRADE; ANDRADE, 2008).

Historicamente, o corpo ambíguo estava associado a explicações mitológicas, segundo as quais, *Hermaphoditos* era filho de *Hermes* (filho de *Zeus*) com *Afrodite* (deusa da beleza e do amor). Certa vez, uma ninfa se apaixonou por ele e, por não ter o seu afeto correspondido, suplicou aos deuses para que o seu corpo se unisse ao de seu amado, tornando-os uma única criatura, com caracteres de ambos os sexos (FAUSTO-STERLING, 2000).

10 O autor comenta que “os critérios mínimos para Hermafroditismo Verdadeiro (HV) são: folículos ovarianos ou presença de corpora albicantia para definir a estrutura ovariana; túbulos seminíferos ou espermatozoides definem a existência de tecido testicular” (DAMIANI *et al.*, 2001, p. 40).

Do período da Idade Média até o século XVI, a cultura ocidental considerava que as pessoas intersexo eram monstros e que como tais deveriam ser queimados e suas cinzas espalhadas ao vento (FOUCAULT, 2001). Michel Foucault (2001) explica que a condição de monstro é pautada em contraponto às definições jurídicas e às leis da natureza, de modo que é considerado como monstro aquele que não se vê reconhecido pelas ciências humanas, tampouco pelas ditas naturais. Assim,

O contexto de referência do monstro humano é a lei, é claro. A noção de monstro é essencialmente uma noção jurídica – jurídica, claro, no sentido lato do termo, pois o que define o monstro é o fato de que ele constitui, em sua existência mesma e em sua forma, não apenas uma violação das leis da sociedade, mas uma violação das leis da natureza (FOUCAULT, 2001, p. 48).

Já no século XVII, a pessoa intersexo deixa de ser punida em razão da ambiguidade sexual, no entanto, essa era forçada a optar por um dos sexos e se portar de acordo com ele, sob pena de incorrer nas leis penais caso se utilizasse do sexo preterido e ser condenado pelo crime de sodomia (FOUCAULT, 2001). Posteriormente, a partir do século XX, a intersexualidade deixa o contexto “moral para inserir-se nas más formações; os intersexuais passam a ser percebidos pela sociedade como seres incompletos que devem recorrer, o mais cedo possível, aos cuidados médicos” (CANGUÇU-CAMPINHO; BASTOS; LIMA, 2009, p. 1153). O indivíduo intersexo perdeu o *status* de monstro para ostentar a qualidade de sujeito passivo de correção e, portanto, passa-se para análise da abordagem médica dispensada às pessoas intersexo.

3. DA ABORDAGEM MÉDICA

Segundo John Money, toda criança nasce dotada de uma neutralidade psicosexual de modo que, ao lidar com um recém-nascido com genitália ambígua seria possível corrigir os seus órgãos sexuais, sem que fosse necessário observar o gênero, bastando-se, tão somente, que fosse possível criar um órgão genital que conferisse credibilidade ao papel social no qual se pretendia criar aquela criança (SPINOLA-CASTRO; SIVIERO-MIACHON, 2019).

John Money chegou à essa conclusão quando ele e sua equipe se depararam com uma situação envolvendo dois recém-nascidos gêmeos, ambos machos, no entanto, em decorrência de um procedimento de circuncisão, um dos bebês havia “perdido” o pênis. Visto que não era possível realizar a reconstituição do órgão sexual, Money optou por operar o bebê e, no lugar do pênis mutilado, construir uma vagina, bem como orientou os pais para educarem aquela criança como pertencente ao gênero feminino. Decorridos 5 (cinco) anos, verificou-se que o menor, outrora operado, se comportava, socialmente, como uma garota (COSTA, 1994).

Para Money, no trato dispensado aos casos de intersexualidade, todos os esforços deveriam ser empenhados “para criar como menino ou menina uma criança fisicamente adequada ao gênero designado, com o objetivo final de obter indivíduos bem ajustados, heterossexuais, com aderência ao tratamento hormonal, com uma boa relação familiar [...]”. (SPINOLA-CASTRO; SIVIERO-MIACHON, 2019, p. 213). Money também indicava a necessidade de o paciente desconhecer o seu quadro clínico, de modo a evitar que esse pudesse nutrir qualquer conflito

de identidade sexual em razão do conhecimento acerca do seu corpo. (SPINOLA-CASTRO; SIVIERO-MIACHON, 2019).

A proposta de Money “evidência a prevalência do modo educativo sobre a natureza biológica do sexo no que concerne à aquisição do comportamento masculino e feminino de um indivíduo”, para ele (Money) “a impressão psicológica seria mais importante do que o biológico na constituição do sentimento de pertencer a um ou outro sexo” (MICHEL, 2010, p. 12). Nesse sentido, tem-se que a prática médica de Money está vinculada à ideia de construção dos corpos, bem como faz alusão ao corpo e ao gênero inteligível¹¹, ao sustentar que uma pessoa apenas pode se identificar enquanto homem ou mulher caso possua o genital “correto”: vagina para as meninas; pênis para os meninos.

A abordagem médica proposta por Money foi amplamente aceita pelos demais médicos da época, isso porque, “a hegemonia médica em torno do manejo da intersexualidade não representava, ainda, um problema capaz de suscitar maiores discussões entre o, até então, incipiente movimento de pessoas assim diagnosticadas que começava a se organizar” (GUIMARÃES JUNIOR, 2014, p. 26). Destaca-se que, a concepção de que o gênero estava intrinsecamente atrelado ao sexo (órgão genital) foi um fator crucial para a propagação dos pensamentos do John Money e sua aceitação no meio médico.

No entanto, o mesmo caso que possibilitou o início da “Era Cirúrgica” por John Money, foi o que, mais tarde, levantou debates acerca da conduta médica em relação às pessoas intersexo e da necessidade ou não das intervenções cirúrgicas. Em meados dos anos 1990, “John/Joan”, menino que teve seu sexo de criação alterado para o feminino, após sofrer uma grave lesão peniana, revelou que, embora até os 14 (quatorzes) tivesse optado por manter sua identidade feminina, sofria de sérios problemas relacionados à sua identidade, até que decidiu optar pela reversão para a condição masculina (SPINOLA-CASTRO; SIVIERO-MIACHON, 2019). Por meio desse relato, outras pessoas intersexo começaram a se pronunciar também.

Grupos ativistas a favor do reconhecimento das pessoas intersexo começaram a surgir e a se posicionarem contrários à realização de cirurgias corretivas em recém-nascidos e menores intersexo nos casos em que essa condição física não representa quaisquer riscos à saúde e vida do paciente. Todavia, reconheciam possibilidade de que, no futuro, a pessoa pudesse querer optar pela intervenção cirúrgica para a adequação do corpo ao sexo feminino ou masculino (GAUDENZI, 2018).

Por outro lado, outros “ativistas se declararam contrários à realização da “correção” em qualquer momento da vida e se aproximaram da analítica *queer*¹², ao rechaçarem categorias binárias de classificação e normalização do comportamento sexual” (GAUDENZI, 2018, p. 4). Frise-se que, o intento desses não era negar o poder de escolha dos indivíduos intersexo, mas sim questionar a necessidade das intervenções cirúrgicas, bem como se a opção futura pela “correção” do corpo partiria de um desejo da própria pessoa ou da pressão social pela normalização dos corpos.

11 “Gêneros Inteligíveis” é uma expressão usada pela filósofa norte-americana Judith Butler (2003, p. 38) para descrever os indivíduos que “mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática e desejo sexual”. Por sua vez, Susan Bordo (1997, p. 33) fala em “Corpos Inteligíveis” como aquele que “abrange nossas representações científicas, filosóficas e estéticas sobre o corpo – nossa concepção cultural de corpo, que inclui normas de beleza, modelos de saúde e assim por diante”

12 A Teoria *Queer* parte da concepção de que tanto o gênero quanto o sexo são dados socialmente construídos, de modo que “a sociedade forma não só a personalidade e o comportamento, mas também as maneiras como o corpo [e, portanto, também o sexo] aparece” (NICHOLSON, 2000, p. 9).

Preciado (2011, p. 13) conceituou que a abordagem cirúrgica em relação as pessoas intersexo é a máxima expressão do que autora nomeou como a “proliferação das tecnologias do corpo sexual no século XX”. Assim, ao utilizar-se do uso de medicamentos e intervenções cirúrgicas, o Estado não só regula e dita quais corpos devem ser compreendidos como normais/anormais, como também passa a criar/fabricar tais corpos, de modo que as minorias sexuais são usadas como supedâneo para ratificar os corpos e as sexualidades desejáveis e aceitáveis. Assim, crianças “intersexuais”, “operadas no nascimento ou tratadas durante a puberdade, tornam-se as minorias construídas como “anormais” em benefício da regulação normativa do corpo da massa *straight*” (PRECIADO, 2011, p. 13).

Atualmente, a Resolução n.º 1.664/2003 do CFM, define que a intersexualidade deve ser tratada como um caso de urgência médica e social e que, em virtude disso, os “pacientes com anomalia de diferenciação sexual devem ter assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil”. (art. 2º) (CFM, 2003). A correlação que a resolução faz entre a definição sexual com a descoberta do gênero do paciente evidencia a ideia dos corpos e gêneros inteligíveis, segundo a qual, o sujeito só é ‘normal’ caso ostente uma relação de continuidade entre seus caracteres sexuais e o gênero (BUTLER, 2003).

Faz-se necessário reconhecer que o indivíduo intersexo não é apenas um corpo que extrapola o conceito de gêneros inteligíveis “que pode ser facilmente manipulado para se adequar às expectativas sociais”. Antes, “trata-se de um corpo que rompe com o imaginário dos ideais de uma sexualidade biológica e desafia o saber médico em termos de sexualidade naquilo que ele tem de mais sólido: seu suposto caráter científico” (GAUDENZI, 2018, p. 2).

A Resolução do CFM garante também que, sempre que possível, o paciente deverá ter assegurado o direito de se manifestar acerca do seu corpo, entretanto, no tocante à ambiguidade genital, tem-se que essa costuma ser verificada logo após o nascimento, momento em que criança será submetida à uma avaliação acompanhada por uma equipe multidisciplinar com o objetivo de definir o seu sexo predominante e posteriormente ser realizada a cirurgia de correção do órgão sexual¹³. Logo, por se tratar de um recém-nascido, não será possível que esse se manifeste sobre a realização ou não dos procedimentos médicos definidos como a abordagem padrão pelo CFM.

No âmbito médico, o discurso em prol da ‘correção’ precoce dos genitais está firmado na crença de que tal conduta é capaz de “amenizar” ou, até “eliminar” os problemas de caráter psicológica e social oriundos do quadro intersexo. Acredita-se também que a ‘construção’ de um genital com aparência ‘normal’, bem como “sexualmente funcional” trará apenas em benefícios ao desenvolvimento daquela pessoa (LEE *et al.*, 2006).

Em sentido contrário, a *American Psychological Association* (2006) sustenta que, via de regra, não há necessidade de procedimentos cirúrgicos logo após o nascimento do menor, bem como que tal prática deve ser encarado como um procedimento de caráter mutilatório quando é realizado apenas para enquadrar o corpo da criança aos padrões sociais, sem que a intersexualidade represente quaisquer riscos à saúde e à vida do bebê. (CYSNEIROS; GARBELOTTO, 2019).

13 Resolução 1.64/2003, “Art. 4º - Para a definição final e adoção do sexo dos pacientes com anomalias de diferenciação faz-se obrigatória a existência de uma equipe multidisciplinar que assegure conhecimentos nas seguintes áreas: clínica geral e/ou pediátrica, endocrinologia, endocrinologia-pediátrica, cirurgia, genética, psiquiatria, psiquiatria infantil; [...]” (CFM, 2003).

Paula Sandrine Machado comenta ainda que,

[...] a principal preocupação é com o resultado ‘estético’ ou ‘cosmético’ dos genitais construídos. As técnicas cirúrgicas são empregadas no sentido de tornar a genitália da criança ‘o mais próximo possível do normal’, de acordo com determinados padrões de tamanho, forma, ‘terminação do trajeto urinário’ (mais na ponta do pênis para os meninos; mais abaixo nas meninas) e uso (construir vaginas ‘penetráveis’ e pênis ‘que penetrem’). (MACHADO, 2005, p. 70).

A orientação médica ‘correção’ dos órgãos sexuais por meio de procedimentos cirúrgicos “é compreendida pela equipe de saúde como um dever moral dos pais em relação à criança, apesar de a APA¹⁴ afirmar não haver necessidade imediata de realização da mesma para o ajuste psicossocial de crianças intersexuais” (GAUDENZI, 2018, p. 6). Desse modo, nota-se que “as falas dos profissionais refletem, além do caráter normalizador do corpo generificado, a visão de que a recusa da cirurgia por parte dos pais é uma irresponsabilidade dos mesmos”, os quais estariam “ameaçando a saúde psíquica futura do neonato” (GAUDENZI, 2018, p. 6).

Em 2013, o Relatório Especial Sobre Tortura e Outro Tratamento Cruel, Desumano e Degradante de Punição, emitido pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, afirmou que os procedimentos cirúrgicos realizados em crianças intersexo, com genitais ambíguos, “raras vezes são medicamente necessários, causando cicatrizes, perda de sensibilidade sexual, dor, depressão crônica e incontinência, além de serem consideradas como não científicas”, potencialmente “danosas e determinantes de estigma” (ONU, 2013).

Mais recente, em outubro de 2020, 34 (trinta e quatro) países recorreram ao Conselho de Direitos Humanos da ONU solicitando o reconhecimento da autonomia corporal e do direito à saúde das pessoas intersexo. A iniciativa partiu do governo da Áustria, com o apoio da França. “Entre os países latino-americanos, o projeto contou com o apoio da Argentina, Uruguai, Panamá, Chile, Costa Rica e México” (CHADE, 2020). O Brasil, infelizmente, não participou dessa iniciativa e ainda requer uma revisão da abordagem médica destinada ao atendimento das pessoas intersexo, em especial, quando se tratar de recém-nascidos.

4. DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INTERSEXO EM RAZÃO DA ABORDAGEM MÉDICA ATUAL

Os direitos da personalidade são, em síntese, aqueles que decorrem da personalidade do indivíduo e se destinam a salvaguardar a dignidade da pessoa humana e o seu livre e pleno desenvolvimento. Tais direitos abrangem os direitos ligados à individualidade e à própria condição de ser humano, com destaque ao “direito à vida, à integridade física e psíquica, ao próprio corpo, à privacidade e intimidade, ao nome, à imagem, à honra, à voz, à propriedade intelectual, dentre outros” (SCHEIBER; SILVA FILHO, 2010, p. 155), e estão previstos tanto no art. 5º da Constituição Federal (1988), quanto no Capítulo III do Código Civil (2002).

Para Orlando Gomes (1974, p. 168) os direitos da personalidade são aqueles “considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam a resguardar a eminente

dignidade da pessoa humana”. É, portanto, os direitos da personalidade a “faculdade, assegurada a qualquer pessoa, de que sua personalidade possa se desenvolver em seus aspectos físicos, psíquicos e morais, de forma plena e com a mais ampla liberdade possível” (BARRETO; SANTOS, 2006, p. 475).

Visto que a abordagem médica atual dispensada às pessoas intersexo se pauta na realização de procedimentos cirúrgicos de caráter invasivo com o fito de adequar/corrigir o sexo do menor intersexo aos anseios sociais do que venha a ser um corpo saudável e inteligível, tem-se que, à luz dos direitos da personalidade, tal conduta representa uma afronta à três ao direito ao próprio corpo e à integridade física, direito à identidade e à autodeterminação, sem descartar a possibilidade de lesão à outros bens jurídicos salvaguardados ou não pelos direitos da personalidade.

No tocante ao direito ao próprio corpo e à integridade física, deve o corpo ser compreendido, segundo Heloisa Barboza (2012, p. 1) “como a expressão material da identidade de cada indivíduo, fiel tradutor de sua biografia. Esta proteção ao próprio corpo reflete diretamente no direito à identidade” o qual será melhor abordado a seguir. Nesse sentido, o corpo é o canal por meio do qual os demais direitos ganham expressão.

Na concepção de Caio Mario da Silva Pereira (2009, p. 212) o direito ao próprio corpo compõe a noção de integridade física, “no que se configura a disposição de suas partes, em vida ou para depois da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinado, contudo, à preservação da própria vida ou de sua integridade”. Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 194) leciona que “o direito à integridade física se atrela à proteção jurídica à vida, ao próprio vivo ou morto, em sua totalidade, ou em relação a partes passíveis de separação, como órgãos e tecidos.”

O ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne à proteção destinada ao corpo e à integridade física, discorre que mesmo em situações em que há risco de vida, o paciente consciente e juridicamente capaz, “tem direito a recusar o procedimento proposto, optar por outro, inclusive de revogar o consentimento dado anteriormente, enfim, decidir sobre o que lhe é mais conveniente, segundo suas próprias convicções pessoais” (BARBOZA, 2012, p. 1). Essa proteção é justamente em razão do corpo e da integridade física estar atrelada a proteção jurídica destinada ao bem maior – vida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) elenca o direito à proteção à integridade física no rol de direitos voltados à proteção do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade do qual faz jus toda criança e adolescentes. Sendo assim, o art. 17 do ECA estabelece que: “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, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais ” (BRASIL, 1990).

A abordagem médica atual acerca da intersexualidade é prejudicial à proteção do direito à integridade física e ao direito ao próprio corpo, sobretudo no que diz respeito ao menor intersexo. A realização da cirurgia de correção dos órgãos sexuais quando não justificada como necessária para resguardar a saúde e/ou a vida da pessoa intersexo, deve ser interpretada como um ato mutilatório. Inclusive, a *Intersex Society of North America* (ISNA)¹⁵ considera que os procedimentos médicos destinados às pessoas intersexo são invasivos e desrespeitosos.

15 Para mais informações, acesse: <http://www.isna.org>

Por sua vez, o direito à identidade consiste na proteção destinada ao bem que habita “na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está ligado a profundas necessidades humanas”, a ponto de “o teor da convivência humana depender da sua salvaguarda em termos de reciprocidade”. (SOUSA, 1995, 2015). Além disso, é por meio do direito à identidade que o indivíduo consegue afirmar o seu “particular modo de ser”, bem como impõe aos outros que o reconheçam como tal (SOUSA, 1995, p. 2015). Desse modo, a identidade não só corresponde à proteção do desenvolvimento pessoal da identidade do indivíduo, como serve para proteger a individualidade que é construída nas relações interpessoais. (MADERS; WEBER, 2016).

O direito à identidade enquanto um direito fundamental e da personalidade está diretamente atrelado “à dignidade da pessoa humana, reconhecido a todo o ser humano e resguardado por importantes instrumentos normativos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção dos Direitos da Criança, a Constituição Federal do Brasil e o Código Civil de 2002” (FRASER; LIMA, 2012, p. 8). O direito à identidade protege “o sujeito não apenas contra a imputação de uma identidade que não seja compatível com a sua, mas igualmente contra a ausência ou insuficiência do reconhecimento de sua identidade.” (KONDER, 2003, p. 05).

Rita de Cássia Risquette Tarifa (2003, p. 52) discorre que “o indivíduo tem a necessidade de afirmar sua própria individualidade, distinguindo-se das outras pessoas. O bem que satisfaz essa necessidade é a identidade [...] direito à identidade pessoal se configura, essencialmente, como direito ao nome”, o qual está diretamente ligado à designação do sexo. Diante disso, tem-se que “a autodeterminação sexual do indivíduo é um direito humano por excelência que está sustentado, dentre outros, pelo direito à dignidade, à liberdade, à felicidade e à tolerância” (OLIVEIRA; VIANA; SOUSA, 2013, p. 63). “Autodeterminar-se não significa agir irresponsavelmente, mas sim, exercer as liberdades pessoais do modo mais amplo possível, seja produzindo escolhas, seja criando uma identidade própria ou mesmo tomando decisões quanto ao próprio corpo.” (FACHIN, 2003, p. 37).

Destaca-se que, o reconhecimento da identidade do indivíduo decorre do reconhecimento jurídico da própria pessoa enquanto sujeito de direito. No âmbito do direito, o reconhecimento de uma pessoa ocorre mediante a certidão de nascimento, uma vez que sem esse documento o sujeito existe apenas no mundo dos fatos e não consegue ter acesso a outros direitos básicos como saúde e educação. Nesse sentido, Sônia Calixto e Francisco Parente (2017, p. 196) lecionam que “[...] apesar de adquirir personalidade a partir do nascimento com vida, a pessoa natural necessita formalizar sua existência mediante o registro civil do seu nascimento”. Sem o assentamento civil o indivíduo “não existe para o mundo, não recebe a proteção do Estado, não pode praticar os atos jurídicos na sociedade. É um morto-vivo. Um ser sem nenhuma representatividade” (CALIXTO; PARENTE, 2017, p. 196).

A certidão de nascimento é o “documento básico e essencial para o exercício da cidadania e o reconhecimento estatal da existência do indivíduo, titular de direitos e deveres, que deve ser respeitado em sua dignidade” (OLIVEIRA; AGAPITO, 2019, p. 303). “O registro de nascimento destaca-se como o primeiro ato civil da pessoa natural, por meio do qual adquire um nome e passa a ter visibilidade na vida pública”. Desse modo, “pode exercer os seus direitos civis, políticos, econômicos e sociais” (CALIXTO; PARENTE, 2017, p. 196). É o registro civil, portanto, o documento responsável por tornar o ser humano visível ao mundo jurídico.

A Lei de Registros Públicos estabelece a necessidade da indicação do sexo do recém-nascido para o assentamento do registro civil¹⁶. Ocorre que “o nascimento de crianças intersexuadas muitas vezes impõe um limite objetivo ao Assentamento Civil destes indivíduos, em face da impossibilidade da declaração imediata do sexo e, conseqüentemente, do prenome dessas crianças”, porquanto, no Brasil, o sexo de uma pessoa é definido com base na aparência física do seu órgão genital (FRASER; LIMA, 2012, p. 7). Além disso, apenas são aceitas as categorias masculino e feminino como indicação válida de sexo no que tange a documentos oficiais.

A Lei n.º 12.662/2012 que trata da Declaração de Nascido Vivo (DNV) estabelece que, em casos de recém-nascido portador de alguma ADS, será possível que o documento seja redigido com o sexo ignorado mediante a especificação do quadro clínico do menor. Cediço que a Certidão de Nascimento é regida com base na DNV, haveria a possibilidade de o registro de nascimento também ser lavrado sob a condição do sexo ignorado, contudo, essa não é realidade pelas famílias de crianças intersexos, os quais ficam impedidos de registrar seus filhos e são levados a crer que, para obterem a certidão precisarão autorizar que seu bebê passe por uma cirurgia de ‘correção’ da genitália.

Thais Emília de Campos dos Santos (2020) em seu livro autobiográfico, enquanto mãe de uma criança intersexo, narra que em 2016, a maternidade se recusou a emitir a DNV sob o argumento de que essa apenas poderia ser liberada depois de definir se o bebê era do sexo feminino ou masculino. A autora comenta que apenas lhe entregaram uma DNV improvisada em um receituário, com a declaração de tratar-se de recém-nascido com genitália indefinida, e com o compromisso de que, em até 30 (trinta) dias, seria apresentado um sexo para a criança. Em decorrência dessa situação, ela só conseguiu registrar o seu bebê 60 (sessenta) dias após o seu nascimento.

Nesse sentido, o trato médico além de figurar como uma afronta à integridade física das pessoas intersexo, conforme já comentado, também impede que essas desenvolvam a sua identidade na medida em que lhe retiram a capacidade de se autodeterminarem, bem como impossibilita, na prática, que essas sejam reconhecidas enquanto sujeitos de direito, retirando-lhes, até mesmo, o direito a conseguirem uma certidão de nascimento condizente com a realidade de seus corpos.

De acordo com Suzana Mendonça (2019), o reconhecimento da personalidade como um direito implica em reconhecer também que todo indivíduo possui um valor único e singular que o difere dos demais da sua espécie e, que em virtude disso, este enseja a proteção da sua integridade, garantindo-lhe o direito à autonomia de decidir sobre o que é melhor para si em respeito ao seu exercício do direito à autodeterminar-se, conforme os princípios da dignidade da pessoa humana e do livre e pleno desenvolvimento.

16 Segundo o art. 54, § 2º da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973): “O assentamento do nascimento deverá conter: o sexo do registrado” (BRASIL, 1973).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, demonstrou-se que os corpos intersexo eram rejeitados, uma vez que não podiam ser enquadrados nem como femininos, nem como masculinos. Posteriormente, esses deixaram de serem considerados aberrações para figurarem como corpos anómalos, doentes e carentes de correção, sendo essa a visão que impera até hoje, motivo pelo qual, no nosso país, de acordo com a Resolução n.º 1.664/2003 do CFM considera a intersexualidade como uma urgência biológica e social.

A teoria e a prática médica orientam que, uma vez diagnosticada a intersexualidade caracterizada pela ambiguidade sexual, o procedimento correto a se adotar é promover uma investigação precoce com o objetivo de determinar o sexo predominante do sujeito e após, submeter esse à uma cirurgia de 'correção' da genitália, no intento de adequar o corpo ao sexo escolhido pela equipe médica e os pais como sendo o 'verdadeiro'.

De acordo com as biografias consultadas, verificou-se que, na maior parte dos casos, a ambiguidade genital não representa nenhum risco à saúde e à vida da pessoa intersexo, sendo que as cirurgias são realizadas tão somente para adequar o corpo intersexo às expectativas sociais do que é considerado como normal e saudável.

Por outro lado, constatou-se que as cirurgias realizadas precocemente podem acarretar em prejuízo ao desenvolvimento do indivíduo intersexo, porquanto, além de figurarem como uma afronta ao direito à integridade física, também lhe retiram o direito de se autodeterminar e de desenvolver a sua identidade, bem como, na prática, impedem que esses sejam reconhecidos no âmbito jurídico.

Recorda-se que a proteção destinada ao corpo e à integridade física são essenciais à manutenção de todos os demais direitos, em especial os relacionados à personalidade, uma vez que o corpo é o instrumento por meio do qual os demais direitos ganham expressão, e portanto, proteger a integridade física da pessoa intersexo significa assegurar a sua dignidade. Além do mais, ainda que a Resolução 1.664/2003 do CFM preveja a possibilidade do indivíduo se manifestar acerca do seu corpo, é comum que as cirurgias sejam realizadas logo na primeira infância, permanecendo o menor a mercê da equipe médica e dos seus pais.

Importa dizer que a cirurgia corretiva não garante que o recém-nascido, quando adulto, se identificará com o gênero associado ao sexo que lhe fora designado, o que poderá lhe ser danoso ao desenvolvimento da sua personalidade e identidade. Outra questão é que, é comum que as pessoas intersexo permaneçam, pelo resto da vida, dependentes de acompanhamento hormonal, destinado a assegurar o desenvolvimento do sexo escolhido pela equipe médica.

Desse modo, à luz dos direitos da personalidade, conclui-se que a prática médica atual destinada às pessoas intersexo deve ser considerada como uma violação aos direitos humanos e personalíssimos, sendo que tal prática apenas pode ser admitida quando a condição intersexo representar riscos à saúde e à vida do sujeito.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Juliana Gabriel; ANDRADE, Liliana Aparecida Lucci de Angelo. Avaliação Hispatológica. In: MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas; GUERRA-JÚNIOR, Gil (orgs.). **Menina ou Menino?** Os distúrbios da diferenciação de sexo. v. 2, 3. ed, Curitiba: Appris, p. 95-116.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Disposições do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. In: GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (orgs.). **Bioética e direitos fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARRETO, Wanderlei de Paula; SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. O conceito aberto de desdobramento da personalidade e os seus elementos constitutivos nas situações de mobbing ou assédio moral. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, Maringá, v. 6, n. 1, p. 473-487, dez. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/322/181>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- BORDO, Susan R. O corpo e reprodução da feminilidade: uma apropriação feminista de Foucault. In: JAGGAR, Alison M.; BORDO, Susan R. (orgs.). **Gênero, corpo e conhecimento**, Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1997. p. 19-41.
- 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: 8 jan. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.662 de 5 de junho de 2012**. Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV, regula sua expedição, altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12662.htm. Acesso em: 30 out. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.069/1990, 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: 22 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CALIXTO, Sônia Meire de Abreu Tranca; PARENTE, Francisco Josênio Camelo. Registro Civil das Pessoas Naturais. **Conhecer**: Debate entre o público e o privado, v. 7, n. 19, p. 189-204, 1 ago. 2017. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/604/527>. Acesso em: 2 nov. 2020.
- CANGUÇU-CAMPINHO, Ana Karina Figueira; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1145-1164, 2009. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0103-73312009000400013&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 14 ago. 2019.
- CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. **Sexualidade, gênero e desafios bioéticos**. São Caetano do Sul: Difusão, 2011.
- CHADE, Jamil. Postura do Brasil na ONU sobre Intersexo causa indignação entre ativistas. **Uol**, 02 out. 2020. Notícias. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/10/02/postura-do-brasil-na-onu-sobre-intersexo-causa-indignacao-entre-entidades.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n.º 1.664 de 13 de maio de 2003**. Brasília, DF: CFM, [2003]. Define as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual. 2003. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm. Acesso em: 24 nov. 2019.
- COSTA, Ronaldo Pamplona da. **Os 11 sexos**: as múltiplas faces da sexualidade humana. São Paulo: Gente, 1994.
- CYSNEIROS, Adriano Barreto; GARBELOTTO, Filipe de Campos. A necessária despatologização da intersexualidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Transgêneros**. Brasília: Zakarewicz, 2019. p. 97-110.
- DAMIANI, Durval *et al.* Genitália Ambígua: diagnóstico diferencial e conduta. **Arquivos Brasileiro de Endocrinologia & Metabologia**, São Paulo, v. 45, n. 1 p. 37-47, fev. 2001. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302001000100007. Acesso em: 12 ago. 2020.

DAMIANI, Durval; GUERRA-JÚNIOR, Gil. As novas definições e classificações dos estados intersexuais: o que o consenso de Chicago contribui para o estado da arte? **Arquivos Brasileiros de Endrocrinologia & Metabologia**, São Paulo, v. 51, n. 6, p. 1013-1017, ago. 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302007000600018&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 12 ago. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAUSTO-STERLING, Anne. **Sexing the body**: gender politics and the construction of sexuality. Nova Iorque: Basic Books, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes; 2001.

FRASER, Roberta Tourinho Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. **Journal of Human Growth and Development**, v. 2, n. 3, p. 1-7, 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v22n3/pt_12.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

GAUDENZI, Paula. Intersexualidade: entre saberes e intervenções. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 34, n. 1, p.1-11, 5 fev. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2018000105007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 4 dez. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES JUNIOR, Anibal Ribeiro. **Identidade cirúrgica**: o melhor interesse da criança intersexo portadora de genitália ambígua. Uma perspectiva bioética. 2014. Tese (Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/25692>. Acesso em: 10 set. 2019.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 61-73, jul./set. 2003.

LEE, Peter A. *et al.* Consensus Statement on Management of Intersex Disorders. **Pediatrics**, v. 118, n. 2, p. 488-500, 1 ago. 2006. Disponível em: <https://pediatrics.aappublications.org/content/118/2/e488/tab-article-info>. Acesso em: 21 ago. 2020.

LIPAY, Mônica V. Nunes; BIANCO, Bianca; VERRESCHI, Ieda T. N. Disgenesias Gonadais e Tumores: aspectos genéticos e clínicos. **Arquivos Brasileiro Endrocroologia Metabolica**, v. 49, n. 1, p. 60-70, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/abem/v49n1/a08v49n1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

MACEDO JUNIOR, A.; SROUGI, M. Hipospádias. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 44, n. 2, p. 141-145, jun. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-4230199800020013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 out. 2020.

MACHADO, Paula Sandrine. “Quimeras” da ciência: estudo antropológico sobre as representações de profissionais da saúde acionadas em casos de genitália ambígua. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 20, n. 50, p. 67-80, out. 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092005000300005&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 16 ago. 2020.

MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas. Avaliação Clínica. In: MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas.; GUERRA-JÚNIOR, Gil. **Menina ou Menino?** Os distúrbios da diferenciação de sexo. 3. ed., Curitiba: Appris, 2019. p. 13-20.

MADERS, Angelita Maria; WEBER, Ana Laura. Identidade(s): uma reflexão diacrônica acerca de suas diversas concepções. In: GIMENEZ, Charlise Paula Colet; LYRA, José Francisco Dias da Costa (orgs). **Diálogo e entendimento**: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflito. t. 7. Campinas: Millennium, 2016.

MENDONÇA, Suzana Maria. Dignidade e autonomia do paciente com transtornos mentais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 27, n. 1, p. 46-52, mar. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000100046&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 24 jan. 2020.

MICHEL, Aude. **As perturbações da Identidade Sexuada**. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 8, n. 2, p. 9-41, 2000. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11917>. Acesso em: 10 out. 2020.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; VIANA, Alba Jean Batista; SOUSA, Eduardo Sérgio S. O corpo intersexual como desconstrução dos gêneros inteligíveis: uma abordagem sócio-jurídica. *In*: ENCONTRO NACIONAL DA REDE FEMINISTA E NORTE E NORDESTE DE ESTUDOS E PESQUISA SOBRE A MULHER E RELAÇÕES DE GÊNERO, 17., 2013. Recife. **Anais** [...]. Recife: UFPE, 2013. p. 1-20. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/17redor/17redor/paper/view/87/47>. Acesso em: 20 out. 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de; AGAPITO, Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes. O registro de nascimento das pessoas intersexos. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). BARRETO, Fernanda Carvalho Leão (org.). **Intersexo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 303-316.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral da ONU. Conselho de Direitos Humanos. **Relatório Especial Sobre Tortura e Outro Tratamento Cruel, Desumano e Degradante de Punição**. 2013. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

PAULA, Ana Amélia Oliveira Reis de; VIEIRA, Márcia Maria Rosa. Intersexualidade: uma clínica da singularidade. **Revista Bioética**, Brasília, v. 23. n. 1. p. 70-79, jan./abr. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000100070&lng=pt&lng=pt. Acesso em: 12 out. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRECIADO, Beatriz. Multidões *queer*: notas para uma política dos “anormais”. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 1, p. 11-20, abr. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2011000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 5 out. 2020.

SANTOS, Thais Emilia de Campos dos. **Jacob(y), “entre os sexos” e cardiopatias, o que fez o anjo?** São Paulo: Scortecci, 2020. *E-book*.

SCHEIBER, Elisa; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transexuais e direitos de personalidade sob o prisma da repersonalização do direito privado. **Argumenta Journal Law**, v. 12, n. 12, p. 145-162, 2010. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/164/164>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **Direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SPINOLA-CASTRO; SIVIERO-MICHON. Aspectos históricos e éticos dos distúrbios da diferenciação do sexo. *In*: MACIEL-GUERRA, Andréa Trevas; GUERRA-JÚNIOR, Gil. **Menina ou Menino?** Os distúrbios da diferenciação de sexo. 3. ed. Curitiba: Appris, 2019. p. 209-227.

TARIFA, Rita de Cássia Resquetti. Direito à integridade moral: alguns aspectos dos direitos de personalidade. **Revista de Ciências Jurídicas**, Londrina, v. 4, n. 1/2, p. 49-55, mar./set. 2003. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com.br/index.php/juridicas/article/view/1377/0> Acesso em: 14 ago. 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/04/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/04/2021
- Avaliação 1: 04/07/2021
- Avaliação 2: 13/06/2022
- Decisão editorial preliminar: 13/06/2022
- Retorno rodada de correções: 13/07/2022
- Decisão editorial/aprovado: 13/07/2022

Equipe editorial envolvida

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

VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: A (IM) POSSIBILIDADE DE SE EXCLUIR A RESPONSABILIDADE PELOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS. UM ESTUDO COM O DIREITO COMPARADO

LATENT DEFECTS IN THE CIVIL CODE OF
2002: THE (IM)POSSIBILITY OF EXCLUDING LIABILITY FOR
LATENT DEFECTS. A COMPARATIVE LAW STUDY.

GUSTAVO HENRIQUE DE OLIVEIRA¹

RESUMO

A pesquisa tem por objeto analisar os vícios redibitórios à luz do Código Civil Brasileiro de 2002, demonstrando seu espectro de abrangência e sua utilidade no âmbito do Direito Obrigacional. Entre as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, no que tange à matéria referente aos vícios redibitórios, em relação ao seu antecessor de 1916, é possível verificar a ausência do conteúdo do artigo 1.102 do CC/1916, que permitia excluir a responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios, desde não houvesse má-fé, o que provocou dúvida na doutrina acerca da possibilidade ou não, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, de se afastar, contratualmente, a responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que é possível, em virtude da autonomia privada, inserir no contrato uma cláusula que exclua a garantia contra os vícios redibitórios, desde que observados pelas partes certos pressupostos.

Palavras-chave: vícios redibitórios; gravidade do vício; boa-fé objetiva; exclusão da responsabilidade do alienante; autonomia privada.

ABSTRACT

The research aims to analyze the latent defects in light of the Brazilian Civil Code of 2002, demonstrating its spectrum of coverage and its usefulness in the context of the Law of Obligations. Among the innovations brought by the 2002 Civil Code, with respect to the matter of latent defects, in relation to its 1916 predecessor, it is possible to verify the exclusion of the content of article 1.102 of the CC/1916, which allowed the exclusion of the seller's liability for latent defects, provided there was no bad faith, which caused doubt in the doctrine about the possibility or not, as of the entry into force of the 2002 Civil Code, of contractually excluding the seller's liability

1 Mestre e doutor em direito civil pela USP. Professor de graduação pela USF. Foi professor de mestrado pela UNIMEP. Autor de livros e artigos jurídicos. Palestrante. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9400-902X>.

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

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. Vícios redibitórios no Código Civil de 2002: a (im)possibilidade de se excluir a responsabilidade pelos vícios redibitórios. Um estudo com o direito comparado. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 148-166, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8960>.

for latent defects. The method used is the hypothetical-deductive method, based on legislation, doctrine and case law. It concludes that it is possible, due to the private autonomy, to insert in the contract a clause that excludes the guarantee against latent defects, provided that certain assumptions are observed by the parties.

Keywords: latent defects; severity of defect; objective good-faith; exclusion of the seller's liability; private autonomy.

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002, seguindo o seu antecessor, disciplinou a matéria referente aos vícios redibitórios e à evicção, não no capítulo destinado ao contrato de compra e venda como é da tradição do direito comparado, mas, sim, no Título V, correspondente a uma teoria geral dos contratos.

Os dois grandes diplomas influenciadores de nosso Código Civil de 2002, o Código Civil italiano e o português, também tratam da matéria em debate, mesmo que de forma um pouco diferente da nossa. No código civil italiano, a matéria referente à evicção está prevista no “Capo I”, que disciplina o contrato de compra e venda, a partir do artigo 1478 ao 1489 do referido diploma privado. Já o tema atinente aos vícios da coisa vendida, é disposto logo em seguida, ainda juntamente com o contrato de compra e venda, entre os artigos 1490 a 1497.

O Código Civil português também trata dos vícios redibitórios, na seção VI, denominada de venda de coisas defeituosas, que se inicia no artigo 913 e se encerra no artigo 922. Por seu turno, o Código Napoleão, maior influenciador do Código Civil de 1916, prevê os vícios redibitórios entre os artigos 1641 a 1649.

Em nosso código civil, como referido, as matérias concernentes a essas duas garantias implícitas impostas ao alienante estão previstas no Título V, que disciplina os “contratos em geral”, Capítulo I, que trata das “Disposições Gerais”, respectivamente nas seções V e VI. Nesse sentido, os vícios redibitórios estão previstos entre os artigos 441 a 446 e a evicção tem previsão nos artigos subsequentes, ou seja, 447 a 457 do CC.

Tanto os vícios redibitórios quanto a evicção sofreram algumas alterações com o Código Civil de 2002, em comparação com o Código Civil de 1916. Uma delas é a não reprodução do conteúdo do artigo 1.102 do CC/1916, que possibilitava a exclusão da responsabilidade por vícios redibitórios por parte do alienante e será um dos pontos a serem explorados neste trabalho.

Ainda no que tange aos vícios redibitórios, objeto de nossa pesquisa, as mudanças mais significativas foram com relação aos prazos decadenciais conferidos ao adquirente para a propositura de ação visando a obtenção da redibição ou abatimento no preço, previstos no artigo 445 do CC/2002; o estabelecimento de uma cláusula convencional de garantia, no artigo 446 do CC/2002; a referida supressão do determinado pelo artigo 1.102 do CC/1916, bem como o não acolhimento do conteúdo do artigo 1.106 do CC/1916, que impossibilitava a propositura das ações edilícias quando a aquisição tivesse ocorrido em hasta pública.

Embora conte com mais de 19 anos de vigência, a sociedade brasileira ainda tenta assimilar as alterações trazidas nessas duas matérias pelo Código Civil de 2002.

Assim, a pesquisa tem por objetivo, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, tratar de alguns aspectos polêmicos atinentes aos vícios redibitórios, trazendo para a discussão

deste artigo questões não muito exploradas pela doutrina, bem como outros pontos que, em consonância com a principiologia fundamental do Código Civil de 2002, passam a possibilitar uma interpretação diferente dessa categoria jurídica em detrimento de nossa tradição jurídica.

No tocante à estrutura, de início será feita uma análise conceitual do instituto, em especial seu contexto histórico. Em seguida, serão analisados os requisitos para a configuração dos vícios redibitórios, juntamente com a questão referente ao vício de pouca importância, explorado pelo sistema de outros países. Por fim, verificaremos, em estudo com o direito comparado, a questão atinente à possibilidade de se incluir uma cláusula contratual que afaste a garantia contra os vícios redibitórios, principalmente pelo fato de que o conteúdo do artigo 1.102 do CC/16 não foi preservado, ocorrendo uma disparidade de tratamento dessa questão no que tange à evicção.

Para estabelecer os parâmetros de pesquisa, adotou-se o método hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência, inclusive do direito comparado.

Tem-se, como hipótese, que é possível inserir no negócio jurídico bilateral uma cláusula contratual que exclua a garantia contra os vícios redibitórios, desde que observados pelas partes certos pressupostos.

2. ANÁLISE CONCEITUAL E ESCORÇO HISTÓRICO DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS

O nosso Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, não definiu o contrato, diferentemente do que fizeram alguns códigos civis espalhados pelo mundo, tais como o italiano, que o define em seu artigo 1321², o francês, no artigo 1101³, e o Código Civil argentino, que aduz o seu conceito no seu artigo 957⁴.

Uma vez que o contrato é um negócio jurídico, deve-se enfatizar que o poder concedido pelo sistema à manifestação de vontade da pessoa contratante é bem mais amplo, se comparado com o ato jurídico em sentido estrito. Assim, as partes envolvidas no contrato possuem maior liberdade de atuação para estabelecer o conteúdo e as consequências da manifestação de suas vontades. “No negócio jurídico a vontade caracteriza-se por sua finalidade específica, que é a gênese, modificação ou extinção de direitos.” (AMARAL, 2018, p. 467).

Tamanha é a importância do contrato para o desenvolvimento da sociedade, que dê há muito tempo verifica-se que o sistema jurídico criou instrumentos de proteção desses negócios jurídicos. Os vícios redibitórios e a evicção têm a função de estabelecer um estímulo para as pessoas celebrarem contratos, porquanto ao terem ciência, previamente, que o sistema lhes confere uma proteção, caso o bem adquirido contenha um vício objetivo ou jurídico, maior segurança para a prática dos negócios jurídicos os potenciais adquirentes de produtos sentirão.

2 “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”

3 “Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations”

4 “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”

Os vícios redibitórios, de uma maneira geral, podem ser definidos como os vícios ou defeitos ocultos que tornam a coisa imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminui sensivelmente o valor.

Essa definição coincide com a percepção de Roberto de Ruggiero (1999, p. 392) sobre o tema, para quem os defeitos ocultos ou vícios não seriam quaisquer imperfeições leves da coisa ou a falta de qualidades declaradas pelo vendedor, mas são, ao contrário, aqueles que tornam a coisa inapta para o uso a que é destinada ou o “diminuem de modo que, se o comprador o tivesse conhecido, ou não teria comprado ou teria oferecido um preço menor”.

Para Rubens Limongi França (1994, p. 740), vício redibitório: é o defeito oculto da coisa contratada, que a torna imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminui o valor, e que, por isso, gera, em benefício da parte que a recebe, o direito de rejeitá-la ou exigir o abatimento do preço. (FRANÇA, 1994, p. 740)

Nas lições de Paulo Nader (2018, p. 107), o adjetivo redibitório advém do latim *redhibitor, is*, e equivale ao ato de receber bem que se vendeu com vício. Redibir (*redhibeo, es, ui, itum, ere*) corresponde à ação de restituir o que foi adquirido com vício oculto. O defeito em debate, nada obstante, não ocasiona somente a consequência de poder *redibir* a coisa por parte do adquirente. O interessado pode, como alternativa, exigir a redução do preço.

Gladstone Mamede (2014, p. 210), por seu turno, aduz que “o adjetivo redibitório define uma qualidade jurídica específica: é redibitório todo vício que permite anular o ato jurídico de sua transferência. A redibição é justamente essa anulação judicial...”.

A doutrina visualiza, corretamente, uma ligação estreita entre os vícios redibitórios e o erro (MENDONÇA, 1911, p. 385), razão pela qual os tecnólogos, ao tratar dos vícios redibitórios, inserem na discussão sobre esse tema uma diferenciação entre o erro, defeito do negócio jurídico, previsto entre os artigos 138/144 de nosso Código Civil, declinado como defeito subjetivo e os vícios redibitórios, cujo defeito é objetivo (RODRIGUES, 1997, p. 104).

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar acerca da distinção entre erro e vício redibitório:

O equívoco inerente ao vício redibitório não se confunde com o erro substancial, vício de consentimento previsto na Parte Geral do Código Civil, tido como defeito dos atos negociais. O legislador tratou o vício redibitório de forma especial, projetando inclusive efeitos diferentes daqueles previstos para o erro substancial. O vício redibitório, da forma como sistematizado pelo CC/16, cujas regras foram mantidas pelo CC/02, atinge a própria coisa, objetivamente considerada, e não a psique do agente. O erro substancial, por sua vez, alcança a vontade do contratante, operando subjetivamente em sua esfera mental (BRASIL, 2009).

Para Custodio da Piedade Ubaldino Miranda (2013, p. 247), o sistema português consagrara a teoria do erro como fundamento nos casos de vícios da coisa e, em virtude disso, não teria uma disciplina própria dos vícios redibitórios.

Na Grécia Antiga e no Direito Romano é conferida relevância jurídica aos defeitos ocultos da coisa nos contratos de compra e venda, celebrados nos mercados públicos para a aquisição de animais e escravos. A escassa confiabilidade dos mercadores que celebravam esses contratos, impunha a necessidade de uma atenção maior por parte das autoridades da época

para garantir a aquisição de bens de forma a atender as expectativas do adquirente (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 461).

É no direito romano, portanto, que se verifica a origem dos instrumentos de proteção do comprador pelos defeitos da coisa vendida, por meio das ações edilícias que fundamentaram a ação redibitória e a estimatória presentes nos códigos modernos (ALBÁN, 2014, p. 205). Uma das obrigações impostas ao vendedor (*venditor*), no Direito Romano, era de garantir ao comprador (*emptor*) quanto aos vícios ocultos da coisa que não fossem por ele percebidos no momento da celebração do contrato de compra e venda (AZEVEDO, 2019, p. 65). Dispõe Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça (1911, p. 384) que os Edis criaram, em seu Edito, a obrigação do vendedor de se responsabilizar pelos vícios da coisa quando do momento da contratação, ainda que desconhecidos do vendedor.

Assim, foram os *edis curuis* que introduziram a *actio redhibitoria*, para possibilitar que os adquirentes de animais e escravos, caso apresentassem defeitos ou doenças (vícios) tornando-os impróprios aos fins a que se destinassem, exigissem a devolução do preço pago. Uma vez que nem sempre o adquirente desejava desfazer o contrato, satisfazendo-se com o abatimento do preço, à ação redibitória foi inserida uma alternativa para que a redução do preço pago pudesse ser exigida (*quanti minoris*). Assim, surgem as ações edilícias, nome este dado em virtude de os pósteros verificarem suas origens nos edis e dos editos que publicaram (LÔBO, 2014, p. 151).

Nesse sentido, os edis (*aediles curules*), magistrados encarregados de fiscalizar os mercados públicos, exercendo jurisdição sobre os contratos que lá eram celebrados (MORENO, 1980, p. 596), ante a existência de vícios redibitórios, passaram a conceder ações que solucionassem esse problema; a primeira delas era a ação redibitória (*actio redhibitoria*), cujo objetivo era desfazer o contrato, retornando os contratantes a sua posição inicial; a segunda era a ação estimatória ou do valor menor (*actio quanti minoris* ou *aestimatoria*), pela qual o comprador continuava com a coisa comprada, exigindo, nada obstante, abatimento em seu preço (AZEVEDO, 2019, p. 65).

Ainda a respeito de aspectos históricos desse instituto jurídico, vale a pena aduzir que, a princípio, o vendedor não respondia por esses vícios, responsabilizando-se apenas se entre ele e o comprador houvesse sido celebrada uma *stipulatio duplae* ou uma *stipulatio hebere licere*. No tempo de Cícero, por outro lado, o comprador podia obter o desfazimento do contrato, com a restituição do preço, ou o abatimento do preço, por meio *da actio empti* caso a coisa apresentasse vício e o vendedor soubesse de sua existência (ALVES, 2007, p. 522-523).

Contudo, e provavelmente desde época anterior a Plauto (século III, a.C), os edis, visando obstar as fraudes cometidas pelos vendedores contra os compradores de escravos e animais estipularam, em duas rubricas do seu Edito (*de mancipis uendendis* – sobre a venda de escravos; e *de iumentis uendendis* – sobre a venda de iumenta) a necessidade do vendedor de escravos e animais de tornar públicos os vícios de suas mercadorias, a obrigação do vendedor de escravos de celebrar a *stipulatio duplae*, dentre outros deveres com o objetivo de proteger o comprador (ALVES, 2007, p. 523).

No entanto, antes do Edito dos edis, a Lei das XII Tábuas já impunha pena em dobro ao vendedor que fizesse afirmações falsas acerca da qualidade das coisas (OLIVEIRA, 1977, p. 23).

Dentre as ações edilícias, primeiramente teria surgido a ação redibitória, cujo objetivo era a resolução da venda. Contava com um prazo de seis meses para a sua propositura e o escopo era a restituição das coisas ao estado anterior, sendo que o comprador deveria devolver a coisa com todos os seus acessórios, bem como o vendedor devolveria o preço com os juros correspondentes. Essa ação tinha um caráter penal, porquanto caso o vendedor se negasse a efetuar a restituição, seria condenado a pagar o dobro. Ao adquirente era conferida a possibilidade de cobrar os gastos com a manutenção do bem e pelos prejuízos eventualmente provocados por ela (VENOSA, 2020, p. 2015).

Dispõe Amparo Núñez Marti (2009, p. 136), a respeito da origem da ação redibitória que: “Los ediles comienzan a ofrecer al comprador esta acción, cuando el vendedor no había declarado estos vicios o la cosa estaba afectada de vicios, con independencia de la buena o mala fe éste, siendo la finalidad de esta acción solicitar la devolución total del precio.”

A ação *quantum minoris*, cujo objetivo era a redução do preço, deveria ser efetivada em um ano contado da venda, e poderia ser feita várias vezes, à medida que o adquirente constatasse novos defeitos. Diversamente ao que ocorre nos tempos atuais, essa demanda poderia dar margem à rescisão contratual (VENOSA, 2020, p. 2015).

Mesmo que originariamente as ações edilícias tenham surgido para tutelar aqueles que adquirissem escravos e animais nos mercados públicos, a jurisprudência clássica passou a estender a sua aplicação para todos os tipos de vendas, não apenas para os semoventes, mas também para qualquer tipo de bens, móveis ou imóveis (MARTI, 2009, p. 136).

3. REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS

O Código Civil pátrio (BRASIL, 2002), ao iniciar o tratamento dos vícios redibitórios explicita, em seu artigo 441, que a “coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.”

Da sua definição legal, é possível extrair os requisitos para que estejamos diante de uma situação fático-jurídica que permitirá ao adquirente da coisa valer-se de uma das duas ações edilícias - a ação redibitória ou a estimatória - previstas por nosso sistema, visando reequilibrar a relação contratual, porquanto em virtude da natureza dos contratos bilaterais, “deve haver correspondência entre as prestações das partes” (GONÇALVES, 2020, p. 137).

Patricia Verónica López Díaz (2016, p. 62), ao tratar das ações edilícias no sistema chileno e asseverar que elas constituem ações de garantia, curiosamente, aduz que:

En efecto, dichas acciones aseguran la satisfacción del acreedor frente a la existencia de vicios y falta de cualidades de la cosa, lo que permite constatar que, en nuestro sistema, por regla general, el deudor no está obligado a entregar la cosa libre de defectos ni garantizar que ella será útil, sino a sanearla, como se desprende de los artículos 1824 y 1837 del Código Civil. Y es que, salvo que se

modele el contenido de la obligación de entrega y se pacte que ésta comprende el traspaso de una cosa exenta de vicios redhibitorios, ellas no constituyen acciones por incumplimiento.

Como primeiro requisito para a configuração do vício redibitório, tem-se que o defeito da coisa adquirida deverá ser oculto, ou seja, desconhecido do adquirente.

Perante o direito grego, bastaria consultar o Tratado das Leis de PLATÃO (XI, 2, 916) para a obtenção de detalhes acerca da ação por vícios do objeto. Se o adquirente conhecia o vício, não tinha ação. Conhece-se o vício quando o vendedor ou outrem informa sobre a sua existência, ou é aparente para qualquer pessoa, ou se, por sua experiência, o comprador teria como percebê-lo, casos em que se há presunção de ter conhecido o defeito do objeto. A condenação era ao dobro se o vendedor conhecia o vício oculto (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 278).

É considerado vício oculto aquele em que uma pessoa de inteligência normal e de conhecimentos medianos, em exame superficial sobre o bem, não consiga perceber, o que significa dizer que é possível que se esteja diante de vícios aparentes ou de fácil constatação, mas que, no momento de se analisar o objeto a ser adquirido não chamou a atenção do adquirente (FIÚZA, 2015, p. 623).

A boa-fé objetiva deve incidir na análise desse pressuposto, notadamente pelo fato de que o que deve determinar se o defeito é oculto é o conhecimento, prévio, por parte do adquirente acerca de sua existência ou não. Assim, se mesmo aparente ou de fácil constatação o adquirente não o notou no momento de sua aquisição, será ainda possível a alegação do vício redibitório. Contudo, se após averiguar o bem para a sua aquisição o adquirente vislumbrou o vício, a posterior reclamação desse defeito configurará comportamento contraditório, vedado pela boa-fé objetiva.

Gladstone Mamede (2014, p. 213), nesse sentido, expõe que oculto é aquilo que não se revelou e, por conseguinte, é o que não for conhecido. Não há necessidade de ser inacessível ou interno. Basta o seu desconhecimento por parte do adquirente, que não foi informado, o que rompe com os princípios objetivos da informação.

Insisto, portanto, que estar oculto não quer dizer não ser passível de ser descoberto, não é sinônimo de inalcançável, nem de interno. Não são ocultos apenas os vícios e os defeitos que estejam dentro da coisa, como os órgãos do animal ou as engrenagens da máquina. Não é preciso estar fora de alcance. A imperfeição pode estar no que se viu, mas não se percebeu imperfeito. Também não se exige que o defeito ou vício não pudesse ser conhecido pelo adquirente se fizesse esse ou aquele exame, se tivesse se mostrado cuidadoso na investigação, pois uma tal exegese implica atribuir ao adquirente um dever de desconfiança, incompatível com os artigos 113 e 422 do Código Civil. Por isso é vício redibitório de um livro trazer páginas em branco em lugar de impressas; no entanto, bastaria ao alienatário folheá-lo para descobrir o vício e, nem por isso, perde o direito à redibição. (MAMEDE, 2014, p. 214).

De maneira contrária, entende Nelson Rosenvald que se o vício era aparente ou de fácil constatação e o adquirente não o percebeu, “presume-se que houve desídia do adquirente quando da contratação, ou mesmo renúncia da garantia, ainda que tivesse percebido a impropriedade do bem, pois ansiava por recebê-lo de qualquer maneira” (ROSENVALD, 2020, p. 478).

No mesmo sentido, Araken de Assis (2007, p. 317-318) entende que o direito tutela a ingenuidade e a ignorância, mas pune a falta de cuidado e a indiferença, de forma que, em sua

opinião, se o defeito preexistente se revela evidente, ostensivo ou aparente e, mesmo assim, o outorgado adquire a coisa, não poderia reclamar posteriormente.

Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 140), ao fazer alusão a esse requisito, explicita que a expressão, “vende-se no estado em que se encontra”, corriqueira em anúncios de venda de veículos usados, tem o objetivo de alertar os interessados de que o automóvel não se encontra em perfeito estado, e que, na opinião do referido autor, não caberia reclamação posterior caso surgisse um vício ou defeito oculto.

Nesse mesmo sentido, assevera Silvio Venosa (2020, p. 216) que não é possível “reclamar de vício oculto quem adquire objeto usado ou avariado, com a ressalva do vendedor ou transmissor de que a coisa é entregue “no estado”.

Com todo o respeito, discordamos desse posicionamento, uma vez que um sistema consagrado do princípio da eticidade não pode admitir, notadamente em virtude da boa-fé objetiva e dos deveres anexos ou de proteção, que uma informação tão imprecisa e vaga possa retirar uma garantia importante do adquirente, deixando-o à própria sorte.

O sistema italiano, recentemente, conforme será demonstrado, já enfrentou situação parecida com a cláusula “vista e piaciuta”⁵, e a resposta conferida pela Corte de Cassação foi no sentido de que esse tipo de cláusula tem valor reduzido para excluir a responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios.

Isso, ao nosso ver, não impede, como procuraremos expor, que as partes de comum acordo e em um contrato paritário possam excluir ou reduzir essa garantia implícita imposta ao alienante, desde que de maneira clara, assim como ocorre com relação à evicção.

O segundo requisito para a existência de vício redibitório é que a aquisição da coisa precisa ter ocorrido em virtude da celebração de contrato comutativo, definido como aquele em que as partes, previamente, conhecem a extensão da prestação e da contraprestação (BEVILAQUA, 1917, p. 269). É da essência dessa espécie contratual, ainda, o equilíbrio entre as prestações, que é o que a lei visa resguardar quando disciplina os vícios redibitórios.

A vinculação do instituto à figura dos contratos comutativos apresenta um aspecto bem positivo. O nosso sistema civilista, “recolhendo uma tradição que vem das ordenações, rompe o vínculo histórico das pretensões antes mencionadas com a compra e venda” (ASSIS, 2007, p. 327).

Nos contratos com encargo, mesmo sendo gratuitos, o regime jurídico dos vícios redibitórios também incidirá. O melhor exemplo é o da doação com encargo. O donatário poderá reclamar por vícios redibitórios que a coisa doada contenha, desde que realize o encargo (FIÚZA, 2015, p. 623-624).

O prejuízo ao adequado uso da coisa ou a diminuição de seu valor econômico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 195) seriam os últimos requisitos para a configuração do vício redibitório, desde que o defeito seja diagnosticado com certa gravidade (GONÇALVES, 2020, p. 140), ocasionando as consequências trazidas por seu regime jurídico.

Expõe com percuciência, Silvio Rodrigues, que o vício redibitório consiste no defeito oculto da coisa não comum às congêneres, o que vale dizer que o defeito não pode ser comum às

5 Tradução livre: vista e gostada.

demais espécies (RODRIGUES, 1997, p. 104-105). Assim, o adquirente que compra um automóvel com 100.000 quilômetros não pode esperar que o veículo não apresente as peculiaridades de um carro com a mesma quilometragem.⁶

Os objetos corpóreos e os incorpóreos, como a obra literária, a patente de invenção, científica ou artística e o próprio fundo de comércio ou empresa são passíveis de defeitos ocultos cuja proteção ao adquirente pelas suas aquisições é disciplinada pelo regime dos vícios redibitórios (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 281).

Nada obstante ser pressuposto para a existência do vício redibitório a gravidade do defeito, o nosso Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, não trouxe em nenhum texto normativo na seção que trata dos vícios redibitórios qualquer referência acerca da importância do vício e a sua relação entre as ações edilícias.

Diante dessa circunstância de omissão da lei, surge a seguinte indagação: a gravidade do vício é relevante para o reconhecimento do vício redibitório? Mesmo sendo de somenos importância o defeito, pode o adquirente escolher qualquer uma das duas ações?

Perante o direito romano, o vício que enseja a oportunidade ao adquirente de se socorrer das ações edilícias era o que cumpria os requisitos de ser anterior ao contrato, permanente e “de tal magnitud que eliminare o redujere sensiblemente la utilidad del esclavo o el animal.” (ALBÁN, 2014, p. 210). Ou seja, desde a origem do instituto já se preconizava que o defeito para a sua configuração deveria ser relevante.

A doutrina, geralmente, quando elenca os requisitos para que tipifique o vício redibitório, faz alusão à gravidade do defeito (GONÇALVES, 2020, p. 140). Silvio de Salvo Venosa (2020, p. 216) e Arnaldo Rizzardo (2022, p. 166) também pensam dessa forma.

Com relação à repercussão da gravidade do vício na escolha da ação edilícia, Silvio Venosa (2020, p. 219) entende que a escolha por uma ou outra ação (redibitória ou estimatória) é de exclusiva liberdade do adquirente. Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 142) assevera que cabe ao credor escolher uma ou outra ação. Silvio Rodrigues (1997, p. 109) dizia que a “escolha entre as duas espécies de ação se encontra ao inteiro arbítrio do adquirente”.

Pela leitura dos artigos que tratam expressamente dos vícios redibitórios, percebe-se uma dissonância entre o regime jurídico da evicção e dos vícios redibitórios.

Isso porque, conforme determina o artigo 455 do Código Civil de 2002, se parcial for a evicção, mas considerável, o evicto poderá optar entre a resolução “do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito a indenização”.

6 Nesse diapasão: “Não são considerados vícios redibitórios, aptos a resolver o contrato ou acarretar o abatimento do preço pago, os vícios de fácil constatação, decorrentes de desgaste da coisa pelo tempo, especialmente quando se trata de veículo que conta com vários anos de fabricação.” (TJDF, APC 2004.01.1.076547-0, 6a T., rel.^a Des.^a Ana Maria Duarte Amarante, DJU 05.07.2007, p. 141). No mesmo sentido: “Apelação. Ordinária. Compra e venda de veículo. Alegação de vícios redibitórios. Indenização por perdas e danos e perda da chance. Não são quaisquer defeitos que fazem caracterizar a ocorrência dos vícios redibitórios. Se os defeitos estão à vista, presume-se que o comprador quis receber o bem no estado em que se encontra o mesmo. A manutenção necessária em um veículo com muitos anos de uso, com a substituição periódica de peças desgastadas, não significa que o mesmo seja portador de vícios ocultos que prejudiquem a sua utilização ou lhe diminuam o valor, autorizando a propositura de ação edilícia. Não existindo nos autos elementos de prova suficientes a demonstrar que o recorrente realmente era titular de uma vaga para prestação de serviços junto a terceiro, bem como de que a aludida prestação se inviabilizou em decorrência de vícios ocultos existentes no veículo adquirido, não há como aplicar-se ao caso a teoria da perda de uma chance.” (TJMG, Ap. Cível n. 1.0079.08.454846-4/001, rel. Antônio Bispo, j. 09.08.2012)

Assim, na hipótese de perda inexpressiva da propriedade ou da posse de bem, por decisão judicial ou administrativa (ocorrendo evicção parcial), o evicto não poderá resolver o contrato, restando-lhe apenas pleitear uma indenização. A extinção do contrato só poderá ocorrer, em virtude da evicção, caso a perda parcial do bem seja significativa.

Esse dispositivo consagra o princípio da conservação do negócio jurídico e impede, ainda, o exercício desproporcional de uma vantagem jurídica, indo ao encontro da teoria do abuso de direito, expressamente consagrada no artigo 187 do Código Civil de 2002, cuja redação desse texto normativo foi importada do artigo 334 do Código Civil português de 1966 que, por seu turno, foi influenciado pelo legislador grego (REMEDIÓ; OLIVEIRA, 2020, p. 122).

Com relação à questão atinente à magnitude do defeito oculto no direito comparado, vários diplomas civilistas abordam de maneira expressa esse tema. O artigo 1868,⁷ do Código Civil chileno, aduz que se os vícios não são graves, o adquirente deve se valer apenas da ação estimatória.

Patricia López Díaz (2017, p. 448) assevera que naqueles casos em que não se verifique a gravidade exigida pela lei para os vícios redibitórios, o artigo 1868, do Código Civil chileno, impossibilita ao adquirente a rescisão contratual, mas lhe permite a utilização da ação estimatória, conservando o contrato.

No que tange às ações edilícias, e acompanhando esse entendimento no sentido de limitar a escolha da ação por parte do adquirente, Flávio Tartuce (2020, p. 241) entende dever-se aplicar o princípio da conservação do contrato. Destarte, é necessário considerar que a resolução do contrato é o último caminho a ser percorrido. “Nos casos em que os vícios não geram grandes repercussões quanto à utilidade da coisa, não cabe a ação redibitória, mas apenas a ação *quantum minoris*, com o abatimento proporcional do preço.” Os pequenos defeitos dão ensejo ao pedido de abatimento do preço, mas não à redibição do contrato, em homenagem à boa-fé objetiva (MIRANDA, 2013, p. 250).

Comungamos desse mesmo posicionamento.

Os artigos 1925⁸ do Código Civil colombiano e o artigo 1515,⁹ do Código Civil peruano, também tratam dos vícios ocultos de pouca importância e preveem apenas a possibilidade do abatimento do preço ao adquirente, retirando qualquer possibilidade de rescisão contratual.

Em comentários acerca do artigo 1515 do Código Civil peruano, Guillermo Arribas I (2014, p. 51) expõe que pela ação redibitória, o adquirente solicita a resolução do contrato sendo que, por outro lado, na ação estimatória o adquirente pede o abatimento do preço. Em virtude dessa distinção, se costuma sustentar que o defeito deve ter certa gravidade para fundamentar a propositura da ação redibitória, seguindo a mesma ideia da hipótese de resolução por descumprimento contratual.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2020, p. 104), o fundamento para a previsão desse instituto jurídico é o princípio da garantia, sem que haja intromissão de aspectos psicológicos de ordem moral ou psicológica, que se traduz na ideia de que o adquirente, sujeito

7 “Art. 1868. Si los vicios ocultos no son de la importancia que se expresa en el número 2.º del artículo 1858, no tendrá derecho el comprador para la rescisión de la venta sino sólo para la rebaja del precio.”

8 “Art. 1925. Si los vicios ocultos no son de la importancia que se expresa en el número 2º del artículo 1915, no tendrá derecho el comprador para la rescisión de la venta, sino sólo para la rebaja del precio.”

9 “Art. 1515. Cuando se trata de vicios de poca importancia, el transferente puede ofrecer subsanarlos, si esto es posible. Si la oferta es rechazada por el adquirente, éste puede intentar sólo la acción estimatoria, perdiendo la redhibitoria.”

a uma contraprestação, tem direito ao uso normal da coisa adquirida e, caso isso não ocorra, precisa de estar garantido em face do alienante, para a eventualidade de lhe ser transferido bem a que faltem qualidades imprescindíveis de prestabilidade.

Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 138) ensina que várias teorias procuram explicar a teoria dos vícios redibitórios e, dentre essas, a que teria sido perfilhada seria a do inadimplemento contratual, que indica o princípio da garantia como fundamento da responsabilidade pelos vícios redibitórios. O transmitente é de pleno direito garante pelos vícios redibitórios e deve fazer boa a coisa alienada.

Outro ponto importante na questão atinente à responsabilidade por vício do objeto é o fato de se tratar de responsabilidade contratual, “e não de responsabilidade anexa ao contrato” (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 281).

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 463), o princípio da garantia corporifica-se em um princípio mais amplo, que seria o do equilíbrio contratual, resumido pela ideia de equivalência material dos contratos, o que equivale a dizer preservar o sinalagma “em seus momentos genético e executivo”.

Presentes os requisitos acima explicitados, independentemente de culpa por parte do alienante - o que demonstra a existência de um modelo de responsabilidade objetiva nessa matéria (MARTI, 2009, p. 147) -, surge para o adquirente a possibilidade de se utilizar de uma das duas ações edilícias previstas em nosso sistema.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DE SE EXCLUIR A RESPONSABILIDADE PELOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UM ESTUDO COM O DIREITO COMPARADO

Conforme asseverado no tópico referente à introdução do presente trabalho, uma das mudanças engendradas pelo Código Civil de 2002, no que tange ao tema dos vícios redibitórios foi a exclusão, do Código Civil de 2002, do conteúdo previsto no artigo 1.102 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), que trazia a seguinte dicção: “Salvo cláusula expressa no contrato, a ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime da responsabilidade (art. 1.103)”. Em comentários ao referido artigo 1.102 do CC/1916, Clóvis Bevilacqua (1917, p. 270) dispunha que:

A responsabilidade por vícios redibitórios não procede de culpa ou má fé, e sim da própria natureza do contrato comutativo, no qual devem as partes conhecer a extensão de suas vantagens e perdas. Pode, porém, o alienante eximir-se da responsabilidade por cláusula expressa, se não conhecia os vícios, assim como o adquirente pode assumir o risco do vício oculto. (BEVILAQUA, 1917, p. 270)

Assim, desde que desconhecesse o vício, e por cláusula expressa, poderia o alienante afastar a sua responsabilidade na hipótese de vício redibitório. O dolo do alienante, ao transmitir uma coisa com vício redibitório, sabendo de sua existência, tornava a cláusula que restringisse a garantia ou a elimina-se nula (MENDONÇA, 1911, p. 386).

Jacyr Villar de Oliveira (1977, p. 25), ao tratar acerca do artigo 1.102 do CC/1916, leciona que a proteção conferida ao adquirente em virtude dos vícios redibitórios não se exteriorizaria por meio de normas de ordem pública, o que permitiria às partes pactuar o reforço, a diminuição ou a exclusão da responsabilidade do alienante pelos defeitos ocultos da coisa.

Jorge Oviedo Albán (2014, p. 210-211), com amparo no D. 21,2,31 (Ulp., 42 Sab.), ao tratar dos requisitos para a configuração dos vícios redibitórios no direito romano, assevera que também era permitido, na época, a pactuação das partes para a exclusão da responsabilidade do vendedor desde que ele não atuasse com dolo.

Nada obstante, o Código Civil de 2002 não repetiu o conteúdo desse dispositivo, surgindo celeuma na doutrina acerca da repercussão para o sistema dessa omissão do legislador. Em comentários ao artigo 443 do Código Civil de 2002, Jones Figueiredo Alves (2008, p. 402) afirma que não é mais possível a desoneração do alienante, por desconhecimento do vício, nos termos do que dispunha o artigo 1.102 do Código Civil de 1916, mesmo havendo cláusula expressa.

A não repetição desse dispositivo, no Código Civil de 2002, teve como justificativa, para alguns, a consagração do princípio da função social do contrato, pois o negócio jurídico celebrado com objeto defeituoso, que causa a impropriedade do seu uso para o fim a que foi destinado ou lhe diminui o valor econômico, faz com que o contrato deixe de atingir a sua finalidade principal, que é a satisfação dos contratantes (OLIVEIRA, 2002, p. 343).

Também sinaliza nesse sentido Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 141), citando trecho da obra de Mônica Bierwagen, que assevera que os princípios da boa-fé e da vedação ao enriquecimento sem causa impediriam a inserção de cláusula que afastasse a responsabilidade do alienante pelos vícios ocultos.

Custodio da Piedade Ubaldino Miranda (2013, p. 251), nessa mesma linha de raciocínio, aduz que a não repetição da norma do artigo 1.102 do Código Civil anterior no Código Civil de 2002 seria “justificada”, uma vez que “a tutela legal dispensada ao adquirente, no caso da existência de vícios ocultos da coisa, não assenta numa garantia dada pelo alienante ao adquirente”, mas na responsabilidade de adimplir o contrato, nos precisos termos.

O Código Civil italiano, por outro lado, permite a exclusão da responsabilidade do alienante por vício redibitório, no artigo 1490, segunda parte, que conta com a seguinte redação: “...Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa.” Ou seja, desde que não haja má-fé do alienante, silenciando acerca do vício conhecido, é possível afastar essa garantia a ele imposta.

No entanto, importante decisão da Corte de Cassação italiana (Sez. 6, Num. 21204, Anno 2016), de 2016, ao tratar da cláusula denominada de “vista e piaciuta”, cujo objetivo é afastar a responsabilidade do alienante pelos vícios ocultos, deixou claro que essa cláusula, nesses termos tão genéricos, apenas exclui a garantia contra os vícios perceptíveis e não com relação aos defeitos que somente posteriormente surjam. Nesse sentido, extrai-se da referida decisão (CORTE DI CASSAZIONE, 2016) que:

La clausola non può riferirsi ai vizi occulti, che si manifestano cioè, dopo i normali controlli eseguiti ante acquisto, soltanto dopo l'uso del bene compravenduto. Né potrebbe essere diversamente, giacché la espressione “vista”, se priva

di precisazioni rafforzative, inequivocabilmente allude solo ai vizi agevolmente riscontrabili dall'acquirente a primo esame"¹⁰ (CORTE DI CASSAZIONE, Civile Sent. Sez. 6, Num. 21204, Anno 2016, Relator: SCALISI ANTONINO).

O posicionamento que entende incabível a exclusão da responsabilidade pelos vícios redibitórios, defendido por alguns doutrinadores brasileiros, chama a atenção e, a nosso ver, soa ilógico, considerando o fato de que o regime jurídico de outra garantia implícita imposta ao alienante, qual seja, a evicção, prevista no Código Civil de 2002 entre os artigos 447/457, traz texto normativo expresso, mais precisamente o artigo 448 do CC/2002, que permite às partes excluïrem a responsabilidade do alienante na hipótese de evicção.

Consigne-se que, a liberdade conferida às partes contratantes pelo regime jurídico da evicção é ampla para, de acordo com o artigo 448 do CC, por meio de "cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção" e, o artigo 449 do mesmo diploma civilista explicita que o evicto não terá direito nem de receber o preço que pagou pela coisa, se soube do risco da evicção ou, dele informado, o assumiu.

E, verdadeiramente, a doutrina não discute acerca da incompatibilidade desses dispositivos com o sistema e não se trava celeuma alguma no que tange à sua validade, impondo-se apenas limites à sua implementação. Não se pode olvidar que, a evicção, em termos de ofensa patrimonial ocasionada ao adquirente é, ao menos em tese, mais prejudicial do que os vícios redibitórios, pois representa a perda da coisa.

Demais disso, nunca é demasiado recordar que no direito privado vigora a máxima de que aquilo que não é proibido é permitido, regra essa que, nada obstante sofre os temperamentos da teoria do abuso de direito, consagrada em nosso sistema jurídico pelo artigo 187 do Código Civil de 2002. Ainda, o nosso sistema jurídico, como é consabido, admite a celebração de contratos aleatórios, o que implica no reconhecimento de que ao menos um dos contratantes assumirá determinado risco após a contratação.

Assim, se o adquirente resolve adquirir produto com preço abaixo do mercado, excluindo, em exercício de autonomia privada, expressamente a responsabilidade do alienante pelos eventuais vícios redibitórios, não há ofensa à boa-fé objetiva e nem ao princípio da função social do contrato, desde que o alienante não haja com dolo, ou seja, desconheça o eventual defeito preexistente.

A assunção voluntária do risco é elemento subjetivo do negócio, o que acaba por justificar o desequilíbrio entre prestações e vantagens entre os contratantes: em muitas circunstâncias, a parte aceita correr riscos pela perspectiva de benefícios. A eventual ocorrência do sinistro constitui fator variável que foi antevisto e assumido pelo adquirente, na esperança de um ganho. Dessa forma, o princípio da função social do contrato, bem como dos preceitos da boa-fé e da probidade (subjetiva e objetivamente consideradas), deve compreender o risco assumido voluntariamente, no mínimo para afastar a incoerência com os princípios *tu quoque* e/ou *venire contra factum proprio non potest* (MAMEDE, 2014, p. 218).

10 Tradução livre: "A cláusula não pode referir-se a defeitos ocultos, ou seja, defeitos que se tornam aparentes, após as verificações normais efetuadas antes da compra, apenas após a utilização dos bens vendidos. Nem poderia ser de outra forma, uma vez que a expressão "visto", se sem reforçar detalhes, alude inequivocamente apenas a defeitos que são facilmente detectáveis pelo comprador no primeiro exame."

Arnaldo Rizzardo (2022, p. 171) expõe, em sua obra, que é possível às partes contratantes a exclusão da responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios, desde que haja o alienante de boa-fé, ou seja, que desconheça eventual defeito da coisa.

Álvaro Villaça Azevedo (2019, p. 67) entende que, apesar de existir cláusula contratual que afaste a responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios, a prova da má-fé dele, anterior à contratação, o obriga ao “ressarcimento dos prejuízos, que se causarem, sob pena de restar o Direito inerte e sem punição aos que agem sob esse estado de espírito.”

Assim, além de a má-fé do alienante tornar sem efeito a cláusula que exclua a sua responsabilidade pelos vícios redibitórios, surge para ele também o dever de reparar os danos eventualmente provocados pelo defeito da coisa.¹¹

Mesmo entendimento é compartilhado por Paulo Nader (2018, p. 113) e Silvio Venosa (2020, p. 216), sendo que o primeiro afirma não ser essa garantia implícita do adquirente matéria de ordem pública, o que possibilitaria a sua exclusão, salvo a má-fé do alienante na hipótese de conhecer previamente do vício.

O artigo 1643, do Código Napoleão, também prevê essa possibilidade de excluir a responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios. Dispõe, com efeito que: “Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n’ait stipulé qu’il ne sera obligé à aucune garantie.”¹²

Pothier já explicitava, em seu Tratado de Compra e Venda, acerca da possibilidade de excluir essa garantia do adquirente, salvo na hipótese de má fé do vendedor, com a seguinte explicação:

Dos excepciones pueden oponerse a la accion redhibitoria: resulta la una de un convenio, la otra del transcurso del tiempo. Cuando en el contrato de compra y venta se hubiese convenido que el vendedor no responderia de algunos vicios de la cosa, o bien de uno determinado, ese pacto forma una excepcion contra la accion redhibitoria. Esto no obstante si el comprador pudiese justificar que el vendedor al tempo del contrato no dudaba ya de esos vicios, si que tenia de ellos pleno conocimiento, podria entablar la accion redhibitoria, a pesar del pacto; porque si se le oponia esta excepcion la destruiria oponiendole la repliacion de dolo, como lo decide la ley 14, § 9, d. tit.” (POTHIER, 1841, p. 120).

O artigo 1485¹³, do Código Civil espanhol, prevê a possibilidade de excluir a responsabilidade do alienante que, em regra, responde pelos vícios ocultos, desde que haja estipulação e o vendedor desconheça os vícios. Em comentários a esse texto normativo do Código Civil espanhol, José Ramón de Verda y Beamonte (2009, p. 196) assevera que a responsabilidade pelos vícios redibitórios do alienante é objetiva, sendo apenas relevante a análise de sua boa ou má fé para se averiguar a validade ou não da cláusula que exclua a sua responsabilidade pelos vícios ocultos.

11 “Apelação. Recurso adesivo. Ação ordinária. Vício redibitório. Ocorrência. Inundações no imóvel. Responsabilidade do alienante. Resolução contratual. Status quo ante. Perdas e danos. Indevidas. 1 - A ignorância do alienante a respeito do vício oculto, não o exime da responsabilidade de suportar a garantia redibitória, eis que esta não decorre da culpa ou má-fé e sim da própria natureza da contrato comutativo. *In casu*, a parte demandante se desincumbiu de provar a ocorrência dos vícios ocultos no imóvel, que ocasionaram os alagamentos, impedindo o uso normal do bem. 2 - O dever de ressarcir as perdas e danos ao adquirente exsurge com a comprovação da ciência pelo alienante da existência dos vícios redibitórios, *ex vi* do art. 443 do CC. Apelação improvida. Recurso adesivo improvido.” (TJRS, Ap. Cível n. 70.030.417.497, rel. Angela Maria Silveira, j. 07.10.2009).

12 Tradução livre: “É responsável por defeitos ocultos, mesmo que não tenha conhecimento dos mesmos, a menos que tenha estipulado que não será obrigado a fornecer qualquer garantia.”

13 “El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorese. Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios ocultos de lo vendido”.

Cristian Ricardo A. Piris (2015, p. 11), em artigo publicado sobre os vícios redibitórios no Código Civil y Comercial argentino, assevera que a garantia imposta ao alienante na hipótese de vícios redibitórios não é matéria de ordem pública, mas trata-se de direito dispositivo, razão pela qual é possível estipular cláusula que afaste essa responsabilidade do transmitente, cuja função é assegurar o equilíbrio das prestações, nos contratos onerosos. Referido autor explicita que:

Las garantías por vicios ocultos se consideran efectos naturales de los contratos onerosos, están regulados en la ley, y se aplican aún en ausencia de estipulaciones de las partes. Pero si las partes deciden introducir cláusulas con el fin de ampliar, restringir o suprimir éstas garantías, están habilitadas pero con algunas condiciones. (PIRIS, 2015, p. 11).

Os artigos 1036, 1037 e 1038 do Código Civil e Comercial argentino trazem o regime jurídico acerca da disponibilidade das garantias impostas ao alienante. Como se depreende dos referidos textos normativos, a matéria não é de ordem pública, razão pela qual podem as partes modificar a natural consequência jurídica determinada pela lei na hipótese de aquisição, de maneira onerosa, de bens, mas a interpretação conferida às cláusulas que modifiquem esse corolário deve ser restritiva, e não terá aplicação, na hipótese de má-fé do alienante (CARAMELO, 2015, p. 434).

Com redação semelhante, dispõe o artigo 1859 do Código Civil chileno que: “Si se ha estipulado que el vendedor no estuviese obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, estará sin embargo obligado a sanear aquellos de que tuvo conocimiento y de que no dio noticia al comprador”.

Por seu turno, o artigo 1519, do Código Civil peruano, também permite a exclusão da responsabilidade do alienante pelos vícios ou defeitos ocultos, desde que essa renúncia seja expressa por parte do adquirente. Dispõe, com efeito, referido texto normativo que: “Cuando se pacta que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por vicios ocultos, si el bien se pierde por razón de estos vicios, debe devolver la contraprestación, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a ella.”

Assim, verifica-se que é uma tendência nos Códigos Civis influenciados pelo sistema europeu, estabelecer que as garantias implícitas impostas ao alienante - na hipótese de celebração de contrato comutativo oneroso (e em algumas hipóteses de doação) para a aquisição de bens - não representam matéria de ordem pública, podendo as partes contratantes, em homenagem à autonomia privada, desde que atuem com boa-fé, afastar, diminuir ou aumentar a responsabilidade do alienante na hipótese de vícios redibitórios.

Em nosso sistema jurídico, é importante consignar que apesar de ser possível a exclusão, por cláusula contratual, da garantia do adquirente contra os vícios redibitórios - mesmo que o Código Civil de 2002 não tenha repetido o conteúdo do artigo 1.102 do Código Civil de 1916 - isso não seria possível em um contrato por adesão, nos termos do artigo 424 do Código Civil de 2002.

Além disso, a cláusula que estipule o afastamento da responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios deve ser expressa e clara o suficiente, não sendo possível a exclusão dessa garantia por meio de palavras genéricas, a exemplo da forma como decidiu a Corte de Cassação italiana com relação à cláusula “vista e piaciuta”.

Entre nós, e nesse sentido, pela incompatibilidade com os preceitos basilares de nosso Código Civil, a conhecida “vende-se no estado em que se encontra” que, a bem da verdade, nada diz, a nosso ver não teria o condão de afastar a responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios pela falta de precisão de seus termos.

Pensamos que o contrato deve informar, com clareza, que o alienante não se responsabiliza pelos vícios redibitórios caso seja acordado o afastamento dessa garantia entre as partes contratantes em um contrato paritário.

Por fim, a má-fé do alienante também impede a produção de efeitos da referida cláusula, de forma que se ele conhece do vício da coisa, a sua torpeza não lhe pode ser favorável.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil de 2002, seguindo o seu antecessor, disciplinou a matéria referente aos vícios redibitórios e à evicção, como o fez o Código Civil de 1916, não no capítulo atinente ao contrato de compra e venda como é da tradição do direito comparado, mas, sim, no Título V, correspondente a uma teoria geral dos contratos.

Os vícios redibitórios e a evicção sofreram algumas alterações com o Código Civil de 2002, em comparação com o Código Civil de 1916. Uma delas, no que tange aos vícios redibitórios, foi a não reiteração do conteúdo do artigo 1.102 do CC/1916, que permitia a exclusão da responsabilidade do alienante por vícios redibitórios.

Os vícios redibitórios, perante o nosso sistema jurídico, podem ser definidos como os vícios ou defeitos ocultos que tornam a coisa imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminui sensivelmente o valor.

Constatou-se que foi no direito romano que surgiram os instrumentos de proteção do comprador pelos defeitos da coisa vendida, por meio das ações edilícias representadas pela ação redibitória e a estimatória presentes nos códigos modernos.

Os edis (*aediles curules*), magistrados investidos de fiscalizar os mercados públicos, exercendo jurisdição sobre os contratos que lá eram celebrados, ante a existência de vícios redibitórios, passaram a conceder ações que resolvessem esse problema; a primeira delas era a ação redibitória (*actio redhibitoria*), cujo escopo era desfazer o contrato, retornando as partes contratantes a sua posição inicial; a segunda era a ação estimatória ou do valor menor (*actio quanti minoris* ou *aestimatoria*), pela qual o comprador continuava com a coisa comprada, exigindo, nada obstante, abatimento em seu preço.

Verificou-se a existência de três requisitos para a ocorrência dos vícios redibitórios: defeito oculto, vale dizer, não conhecido pelo adquirente no momento da contratação; a celebração de um contrato comutativo e o prejuízo ao adequado uso da coisa ou a diminuição de seu valor econômico, desde que o defeito seja diagnosticado com certa gravidade.

O princípio da conservação dos negócios jurídicos também deve incidir no regime jurídico dos vícios redibitórios, de forma que o defeito sem muita gravidade não pode ser utilizado como argumento para a ação redibitória, mas, apenas, para a ação estimatória.

Como examinado, é uma tendência nos Códigos Civis influenciados pelo sistema europeu, estabelecer que as garantias implícitas impostas ao alienante - na hipótese de celebração de contrato comutativo oneroso (e em algumas hipóteses de doação) para a aquisição de bens - não representam matéria de ordem pública, podendo as partes contratantes, desde que atuem com boa-fé, afastar, diminuir ou aumentar a responsabilidade do alienante na hipótese de vícios redibitórios.

Se não há proibição expressa para a inserção dessa cláusula e se no regime jurídico da evicção é possível excluir a responsabilidade do alienante pela perda da coisa, a lógica do sistema deve levar à ilação de que isso também deve ser aplicado aos vícios redibitórios.

Tem-se, em conclusão, que restou comprovada a hipótese inicial, no sentido de que é possível a inserção de cláusula contratual, com fundamento na autonomia privada, que exclua a responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios, desde que ele não atue com má-fé, o contrato seja paritário e haja clareza no afastamento da sua responsabilidade, uma vez que essa garantia implícita imposta ao alienante não se trata de matéria de ordem pública, devendo também haver compatibilidade entre os regimes jurídicos da evicção e dos vícios redibitórios.

REFERÊNCIAS

- ALBÁN, Jorge Oviedo. "La protección del comprador ante los vicios ocultos de la cosa entregada: Del derecho romano a los instrumentos contemporáneos sobre contratos". **Revista de derecho de Universidad Católica de Valparaíso**, v. 43, n. 2, 2014. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n43/a05.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- ALVES, Jones Figueirêdo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). **Código Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ARGENTINA. **Código Civil y Comercial**. 2014. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#20>. Acesso em: 13 jan. 2022.
- ARRIBAS, Guillermo. Vicios ocultos o bienes disconformes: ¿Incumplimiento y/o saneamiento? Forseti. **Revista de Derech**, n. 3, 2014. Disponível em: http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/8_ARRIBAS.pdf. Acesso em: 26 dez. 2021.
- ASSIS, Araken. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Francisco Alves, 1917. v. 4.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **Recurso Especial 991.317/MG**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3 de dezembro de 2009.
- CAMELO, Gustavo. In: CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERERA, Marisa (dir.). **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado**. Tomo III. Libro Tercero. Artículos 724 a 1250. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

- CHILE. **Código Civil**. 2000. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>. Acesso em: 12 jan. 2022.
- COLOMBIA. **Código Civil**. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr059.html#1925. Acesso em: 16 jan. 2022.
- CORTE DI CASSAZIONE. Sez. 6, Num. 21204, Anno 2016. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=/.20161020/snciv@s62@a2016@n21204@tS.clean.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.
- DÍAZ, Patricia Verónica López. La protección del acreedor por vicios redhibitorios em el Código Civil chileno: entre la fase precontractual y contractual. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 47, 2016. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071868512016000200002&script=sci_arttext#footnote-062. Acesso em: 26 dez. 2021.
- DÍAZ, Patricia Lopes. La Naturaleza Jurídica de la Acción Redhibitoria em el Código Civil Chileno: ¿Nulidad Relativa, Resolución, por incumplimiento o Rescisión Propiamente tal? **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 44, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v44n2/0718-3437-rchilder-44-02-00423.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FIÚZA, César. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FRANÇA. **Code civil**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032006712/#LEGISCTA000032006712. Acesso em: 12 jan. 2022.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. 3. Contratos e atos unilaterais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- ITÁLIA. **Regio Decreto de 16 marzo 1942**. Il Codice Civile Italiano, n. 262. Disponível em: <https://www.codice-civile-online.it/>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- LÔBO, Paulo. **Contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAMEDE, Gladston. **Teoria Geral dos Contratos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARTI, Amparo Núñez. **Vícios ocultos**: desde el Derecho romano al Código Civil español. Fundamentos Romanísticos de Derecho Contemporáneo. 2009. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_2021&fasc=7. Acesso em: 16 dez. 2021.
- MENDONÇA, Manoel ignacio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. 2. ed. São Paulo: Francisco Alves & CIA, 1911. v. II.
- MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao código civil**: dos contratos em geral. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORENO, Antonio Manuel Morales. El alcance protector de las acciones edilicias. **Anuario de derecho civil**, v. 33, n. 3, 1980. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46523>. Acesso em: 17 dez. 2021.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil. Contratos**. vol. 3. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA, Carlos Santos de. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. **O Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- OLIVEIRA, Jacyr Villar de. Vícios Redibitórios. **Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 22-32, jul./dez. 1977.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.
- PERU. **Código Civil**. 1984. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf. Acesso em: 16 jan. 2022.

PIRIS, Cristian Ricardo A. Responsabilidad por Vicios Ocultos en el Código Civil y Comercial. **Revista de responsabilidad civil y seguros**: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación, año 17, n. 7, 2015. Disponível em: https://repositorio.unne.edu.ar/bitstream/handle/123456789/9168/RIUNNE_AR_Piris_CR.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 dez. 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXXVIII**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47.344/1966**. Código Civil. 1966. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106487514/201703310858/73407585/diploma/indice>. Acesso em: 4 maio 2019.

POTHIER, Joseph Robert. **Tratado del contrato de compra y venta**. Editorial: Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841. Disponível em: https://books.google.cl/books?id=gRfW-5I5klQC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 3 jan. 2022.

REMEDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O abuso de direito no sistema jurídico nacional: origens e aplicabilidade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 126, p. 113-137, fev./maio 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Ministro Cezar (coord.). **Código civil comentado**. 14. ed. Barueri: Manole, 2020.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. vol. III.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. **Saneamiento por vicios ocultos**: las acciones edilicias. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009. Disponível em: <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/saneamiento-por-vicios-ocultos-uros.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 06/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/03/2022
- Avaliação 1: 08/03/2022
- 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 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A GESTÃO DE CONFLITOS

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN BRAZILIAN JUDICIARY AND CONFLICT MANAGEMENT

TALITHA PEDRAS FIGUEIREDO CAMPOS DE CARVALHO SOUZA¹

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS²

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO³

RESUMO

Esta pesquisa tem por objeto, a partir do método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, desenvolver estudo das tecnologias, em especial, da inteligência artificial (IA) nos Tribunais brasileiros, com a finalidade de melhoria na prestação jurisdicional e não somente pela busca de uma eficiência quantitativa, mas, para efetivação dos princípios constitucionais, tais como, maior acesso à jurisdição e duração razoável do processo dentro do devido processo legal. Levar-se-á em consideração que o uso da inteligência artificial pelo Judiciário é crescente, tendo como grande desafio alinhar-se aos princípios constitucionais e processuais ao utilizá-la para dirimir a alta litigiosidade e o elevado acervo processual brasileiro. Dentro desta contextualização é que se pretende demonstrar a importância de garantir uma prestação judicial efetiva, observando o devido processo constitucional, alinhada às novas tecnologias como um auxílio para melhora da performance do Judiciário, tendo como parâmetro o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: inteligência artificial; poder judiciário brasileiro; gestão de conflitos; estado democrático de direito.

- 1 Mestranda em Direito Público em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC (2020/2022). Pesquisadora na área de Direito e Inteligência Artificial. Possui especialização em Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2012) e graduação em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (2007). Servidora efetiva e Assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, desde dezembro de 2007. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/6655847762998857>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1994-9921>.
- 2 Cidadão Italiano. Professor Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Editor Chefe da Revista de Direito Meritum. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale Rio dos Sinos. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessor Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>.
- 3 Professor em Estágio Pós-Doutoral no Mestrado em Direito da Universidade FUMEC. Pós-Doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor da EJEF/TJMG. Chefe de Gabinete da Presidência do TJMG. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>.

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

SOUZA, Talitha Pedras Figueiredo Campos de Carvalho; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; RIBEIRO, Adriano da Silva. A inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro e a gestão de conflitos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 167-183, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9374>.

ABSTRACT

This research aims, from the deductive method, through bibliographic research, to develop a study of technologies, in particular, artificial intelligence (AI) in Brazilian Courts, with the purpose of improving the jurisdictional provision and not only for the search of quantitative efficiency, but for the realization of constitutional principles, such as greater access to jurisdiction and reasonable duration of the process within the due process of law. It will be taken into account that the use of artificial intelligence by the Judiciary is increasing, having as a great challenge to align with constitutional and procedural principles when using it to resolve the high litigation and the high Brazilian procedural collection. Within this context, it is intended to demonstrate the importance of guaranteeing an effective judicial provision, observing the due constitutional process, aligned with new technologies as an aid to improve the performance of the Judiciary, having as a parameter the Democratic State of Law.

Keywords: artificial intelligence; brazilian judiciary; conflict management; democratic state.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade passa por uma grande inovação tecnológica, um mundo em que a automação avança rapidamente, afetando as relações pessoais, a economia, a política, bem como a seara jurídica, ocorrendo para este século uma mudança de paradigma que assume uma sociedade mais complexa e digital, ante essas tecnologias disruptivas, em que integra sistemas cibernéticos e físicos, a Internet das Coisas e a Tecnologia da Informação e tem como fator preponderante o aumento gigantesco da capacidade dos computadores.

Diante de toda essa inovação tecnológica do século XXI, a sociedade vive uma Quarta Revolução Industrial, denominação dada por Klaus Schwab, economista e engenheiro alemão, no Fórum Econômico Mundial em 2016, que afirmou estar “no início de uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”. (SCHWAB, 2016, p. 14).

A inteligência artificial (IA), tecnologia que permite simular a inteligência humana, está inserida na Quarta Revolução Industrial, também conhecida como a “Era das Tecnologias” e seu crescimento exponencial a torna objeto de estudo de várias áreas, como na telemedicina, veículos autônomos, no mercado financeiro, entre outros, devido ao seu poder de mudança por onde ela se apresenta, o que não é diferente no âmbito jurídico.

As ferramentas de inteligência artificial já são uma realidade no mundo jurídico, otimizando trabalhos repetitivos em que o intelecto e a criatividade humana podem ser dispensáveis, buscando os operadores do direito o desenvolvimento de novas habilidades dentro do ambiente forense e sua nova relação com as máquinas.

A utilização da inteligência artificial que vem revolucionando o Judiciário, auxilia como apoio as decisões judiciais, triagens das ações repetitivas, indicação de súmulas e jurisprudências, otimização de fluxos processuais, ampliando e facilitando a eficiência laboral de servidores, magistrados, partes e advogados.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Relatório Justiça em Números 2021, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Desses, 13 milhões, ou seja, 17,2%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurí-

dica futura. Dessa forma, desconsideradas tais ações judiciais, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2020 existiam 62,4 milhões ações judiciais, demonstrando que a litigiosidade no Brasil é alta e estamos longe da cultura conciliatória (BRASIL, 2021).

Perante esse gargalo de demanda judicial, propiciando a letargia do Poder Judiciário, a tecnologia, em especial a inteligência artificial, demonstra-se como uma nova alternativa ao modus labor para auxiliar à uma prestação jurisdicional cumprindo-se uma duração razoável do processo, mais econômica e eficaz, dentro do devido processo constitucional, observando os princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Diante do atual cenário tecnológico mundial, a virtualização dos processos judiciais, a automação de tarefas forenses no âmbito dos sistemas processuais para atividades-meio e atividades-fim, se faz necessário compreender qual será o impacto de tais tecnologias na prestação jurisdicional e se refletirá uma verdadeira melhora na efetividade da Justiça brasileira.

Assim, inserido no atual contexto de mudanças tecnológicas pelas quais vem passando Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, bem como os Tribunais de Justiça de Rondônia, de Pernambuco e de Minas Gerais para a gestão de conflitos, justifica-se o presente estudo para fornecer visão crítica dos principais aspectos do uso da inteligência artificial no Poder Judiciário, tendo por base o estudo do Estado Democrático de Direito.

Destaca-se que neste artigo utilizou-se o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, sendo abordado primeiramente o conceito e registro histórico de inteligência artificial, posteriormente sua utilização no Direito e após a utilização da inteligência artificial pelos Tribunais de Justiça brasileiros citados como auxílio à gestão de conflitos.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CONCEITO E BREVE HISTÓRICO

Diante da emergente utilização da inteligência artificial tanto no cotidiano como no universo jurídico, se faz necessária conceituação sobre o que é inteligência artificial (IA) e suas consequências no mundo jurídico.

Conceituar IA não parece fácil diante de sua ampla interpretação dentro do imaginário popular que busca uma forma de materializá-la em um “robô humanoide”, mas que de uma forma simplificada trata-se de conseguir simular capacidades humanas por meio de uma máquina por algoritmos, redes neurais artificiais e sistemas de aprendizagem.

A inteligência artificial é o desenvolvimento e uso de programas de computador para realizar tarefas que, normalmente, requerem inteligência humana. Neste momento e para o futuro previsível, a inteligência artificial atual agrega recursos que só permitem os computadores abordar, alcançar ou exceder certas, mas nem todas as funções cognitivas humanas. (MARCHANT, 2017).

Não são recentes as discussões e estudos sobre os algoritmos de inteligência artificial que emergiram entre os pesquisadores na metade do século XX, tendo também como destaque

o matemático Alan Turing (1950), considerado precursor dessa tecnologia, o qual acreditava na possibilidade de desenvolvimento de uma inteligência artificial. Afirma Rômulo Valentini:

Eu proponho considerar a questão, “As máquinas podem pensar?” Isso deve começar com as definições do significado dos termos “máquina” e “pensar”. As definições podem ser enquadradas de modo a refletir, na medida do possível, o uso normal das palavras, mas essa atitude é perigosa, se o significado das palavras “máquina” e “pensar” for encontrado ao examinar como eles são comumente usados é difícil escapar da conclusão de que o significado e a resposta à pergunta, “As máquinas podem pensar?” deve ser procurado em uma pesquisa estatística, como uma pesquisa feita por empresas como a Gallup Pool (VALENTINI, 2017, p. 49).

Ao publicar artigo em 1950, se propondo a analisar quanto ao pensamento ou não das máquinas, atualmente conhecido como o Teste de Turing, tendo por base jogos de adivinhação ou imitação⁴, Turing argumentou se tais ideias poderiam ser utilizadas nos recentes computadores digitais à época e analisou a existência de nove argumentos sobre a natureza do pensamento humano, bem como acerca do funcionamento dos neurônios, verificando se as máquinas poderiam adquirir conhecimento tal como os seres humanos.

Logo após Turing, ainda na década de 1950, nos Estados Unidos, em New Hampshire, na Dartmouth College, John McCarthy, cientista da computação estadunidense, juntamente a outros pesquisadores é também apontado como um dos precursores no uso do termo inteligência artificial (IA), embora também se use o termo “aprendizagem de máquina”, uma vez que o estudo foi no intuito de descobrir como máquinas podem criar linguagem, formar abstrações e conceitos, bem como resolver problemas restritos a humanos.

De lá para cá, muito se evoluiu nos estudos para a aplicação da inteligência artificial, inclusive se tornando uma ciência nos anos de 1995, com programas inteligentes e bem sucedidos em diversas áreas, torna-se a IA algo imprescindível para o século XXI, tendo como exemplos no mercado da tecnologia as grandes empresas mundiais como Google, Apple, Facebook, Samsung, dentre outras.

Embora a inteligência artificial tenha muitos atributos para suas diferentes aplicações, dois são atualmente mais importantes para o contexto jurídico. Primeiro, “aprendizado de máquina” (*machine learning*) que é a capacidade dos computadores de ensinar eles próprios e aprender com a experiência. Isso significa que a inteligência artificial pode fazer mais do que aderir cegamente ao que foi programado para fazer, mas pode aprender da experiência e dados para constantemente melhorar suas capacidades. Segundo, tem-se o “processamento de linguagem natural” (PLN) que é a capacidade dos computadores de compreender, entender o significado falado ou escrito da fala humana e aplicar essa compreensão para realizar análise semelhante à humana. (MARCHANT, 2017).

Conforme ressalta Rômulo Valentini, a definição clássica de Donald Knuth (1973) é suficientemente precisa para fins deste estudo:

4 Fernanda de Carvalho Lage em seu Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro, p.28, explica que o Teste de Turing funciona da seguinte forma: dois seres humanos e um sistema de inteligência artificial estão situados em um mesmo ambiente. Um dos humanos é o testador ou interrogador que está separado por uma barreira do outro humano e do sistema de IA. Este interrogador entra em uma conversa em linguagem natural (via teclado) com o outro humano e com a máquina, e caso ele não consiga distinguir se está conversando com a máquina ou com o ser humano é um indicativo de eu o sistema é inteligente e passou no teste.

As instruções dadas ao computador devem ser completas e explícitas e devem permitir que ele continue o passo a passo sem a necessidade de compreensão do resultado de qualquer parte das operações que executa. Esse programa de instruções é um algoritmo. Pode exigir qualquer número finito de manipulações mecânicas de números, mas não pode pedir julgamentos sobre seu significado. Um algoritmo é um conjunto de regras ou instruções para obter uma saída específica de uma entrada específica. A característica distintiva de um algoritmo é que toda imprecisão deve ser eliminada; as regras devem descrever operações tão simples e bem definidas que podem ser executadas por uma máquina (KNUTH, 1973, apud VALENTINI, 2017, p.41-42).

O papel do algoritmo é a entrega de um resultado desejado após seguir a série de tarefas pré-ordenadas, com entrada (*input*) e saída de dados (*output*), tendo em vista que não fará juízo valorativo além do que foi programado.

Destarte, ao utilizar tecnologias em tarefas tidas como repetitivas, um algoritmo é um plano de ação pré-definido a ser seguido pelo computador, de maneira que a realização contínua de pequenas tarefas simples possibilitará a realização da tarefa solicitada sem novo dispêndio de trabalho humano (VALENTINI, 2017).

Para explicar inteligência artificial a literatura especializada diferencia seu sentido amplo, mais genérico de seu sentido estrito, fazendo a divisão em dois tipos de IA, a Inteligência Artificial Geral – AGI ou “IA forte”, comum às discussões no âmbito da ficção científica, e a “IA fraca”, que é a utilizada atualmente, inclusive em sistemas de inteligência artificial desenvolvidas no Direito, como as utilizadas em auxílio aos magistrados para proferirem suas decisões. Ainda que a expressão possa parecer depreciativa, os casos de uso de “IA fraca” estão entregando grandes resultados no processamento de informações e na sua transformação em resultados importantes para as organizações privadas e governamentais. (VALENTINI, 2017).

Em síntese, a “IA pode aumentar o desempenho (quanti e quali) dos profissionais do Direito, abrir novos mercados de trabalho e especializações jurídicas e já está gerando impactos nos seus 3 principais atores: governo, academia e mercado” (PEIXOTO, 2019).

Sendo uma realidade a utilização da IA no Direito, tem-se, a título de prévio exemplo, o Ross, sistema de inteligência artificial da IBM, com base na tecnologia de computação cognitiva, utilizado por escritórios advocatícios para realizar pesquisas jurídicas, analisar documentos, redigir contratos e prever resultados. Ademais, além dos escritórios de advocacia, Tribunais do mundo todo, inclusive o Poder Judiciário brasileiro, investem em sistemas de tecnologias, especialmente em inteligência artificial, contribuindo para celeridade, eficiência e efetividade nas soluções de conflitos.

Como uma das principais tecnologias emergentes dentro da Quarta Revolução Industrial, a IA alimenta a economia digital, pois permite a introdução de produtos e serviços inovadores, tem o poder de aumentar a escolha do consumidor e pode tornar os processos de produção mais eficientes; afirma-se que até 2030, contribua com mais de 11 trilhões de euros para a economia global (COMISSÃO EUROPEIA, 2021).

Ao mesmo tempo, que as tecnologias de IA correm o risco de reduzir o agir humano, por outro lado, deve permanecer uma tecnologia centrada no ser humano e confiável, não substituindo a autonomia humana nem assumir a perda da liberdade individual, garantindo-se

que esta Quarta Revolução Industrial é inclusiva, sem deixar ninguém para trás (COMISSÃO EUROPEIA, 2021).

Assim, para se elucidar o atual momento disruptivo da sociedade contemporânea tem-se que explicar sobre o aumento da capacidade de processamento dos computadores, a multiplicação de dados associada a ferramentas de inteligência artificial, tentando desvendar, ou ao menos esclarecer, a rápida evolução tecnológica com o crescimento exponencial, do imenso volume de dados, denominado *Big Data*.

2.1 O USO DA *BIG DATA* E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Um elemento do uso de técnicas digitais é o uso de *Big Data*, termo que se refere ao acesso de grandes quantidades de dados digitais, com uma dimensão e diversidade que podem ser utilizados para a aplicação das tecnologias digitais, bem como às várias possibilidades de as combinar e avaliar e de as tratar pelas autoridades públicas e privadas em diferentes contextos. Utilizam-se os mega dados a fim de controlar comportamentos individuais e coletivos, para registrar tendências de desenvolvimento, para permitir novos tipos de produção e distribuição, bem como tarefas do Estado, mas também podem ser aproveitados de forma ilegal, como, por exemplo, o cibercrime (HOFFMANN-RIEM, 2020).

De uma forma mais simples, a ideia é que se alimente a inteligência artificial com o grande volume de informações do *Big Data*, permitindo que a IA faça associações e aprenda de forma independente, ágil e produtiva, com análises descritivas, analisando dados históricos; diagnósticas, identificando padrões; preditivas, realizando probabilidades e estimativas por meio da análise de dados históricos e prescritivas, com a aplicação das análises para uma melhor tomada de decisão (DIAS; VIEIRA, 2013).

O *Big Data* em conjunto com a Inteligência Artificial é uma realidade no meio jurídico, que até então não existia no Direito, ao exigir a análise de dados e informações em tamanha escala, com a finalidade de responder anseios normativos da sociedade, mudando, inclusive, a forma de como o Direito é visto e aplicado, dotando o legislador e o aplicador da norma, de elementos mais assertivos ao cumprirem suas funções.

No âmbito judicial, diante da variedade de documentos, decisões, petições, dentre outros, tem-se, uma imensidão de dados, a ser analisados, interpretados e utilizados para prestação jurisdicional. Com efeito, os dados extraídos de processos podem ser – e têm sido – utilizados para desenvolver a gestão do próprio processo, por juízes, serventuários, também pelos advogados e pelas partes (até para aumentarem suas chances de êxito) (MARQUES, 2019).

Nesse sentido, para a evolução das práticas e técnicas de gerenciamento de processos, observa Ricardo Dalmaso Marques, que

visam aumentar o acesso e a efetividade de todo o sistema processual – tais como, no judicial, a seleção e a triagem de demandas, a abertura para outros meios de resolução de conflitos, o planejamento dos andamentos procedimentais, a organização da estrutura judiciária, entre muitos outros há tempos estudados pela doutrina mesmo que ainda sem referência ao uso da tecnologia (MARQUES, 2019).

A utilização da Inteligência Artificial, em especial, torna possível novas formas altamente eficientes de tratamento de dados, os algoritmos passaram a moldar vidas e realidades diárias. Eles mudam a percepção do mundo, afetam o comportamento influenciando escolhas e são uma importante fonte de ordem social. Ao mesmo tempo, mineram e constroem realidades, orientam nossas ações e, assim, determinam o sucesso econômico de produtos e serviços, bem como coletam dados para entes públicos, que os processam em seu próprio campo de atividade. Os algoritmos formam a base tecno funcional de novos serviços e modelos de negócios que desafiam economicamente as indústrias tradicionais e as estratégias de negócios (LATZER; HOLLNBUCHNER; JUST; SAURWEIN, 2021).

O *Big Data* e a Inteligência Artificial, dentre as inovações tecnológicas de elevado impacto na vida contemporânea do Judiciário, destacam-se por abrir novos horizontes que no decorrer desta dissertação se demonstrará sua importância ao Estado para prestação jurisdicional, na consecução de seus objetivos constitucionais, trazendo essas novas tecnologias como acessórias e não protagonistas nas decisões judiciais.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS

Avista-se uma tendência em somar ferramentas de automação e inteligência artificial na estrutura do Poder Judiciário como forma de lidar com gestão de conflitos, auxiliando na resolução da litigância e de oferecer uma experiência mais satisfatória ao jurisdicionado.

Como bem salientado por Fabiano Hartmann Peixoto:

São várias as capacidades de sistemas de IA que podem ser úteis para o campo do Direito, tais como reconhecer objetos/pessoas; converter linguagem/imagem em texto; extrair sentido da linguagem e transmitir significado através de sentenças geradas; ordenar informações de uma forma prática; combinar informações para alcançar conclusões; programar uma sequência de ações para cumprir. Assim, sistemas de reconhecimento, classificadores, tradutores, de perguntas-respostas, de diagnósticos, de recomendação e planejadores podem ser úteis para solução de problemas jurídicos das mais diversas ordens (PEIXOTO, 2020, p. 23).

Segundo dados do CNJ, em sua cartilha de Inteligência Artificial no Poder Judiciário brasileiro 2019, países como a China, Dinamarca, Singapura, Japão, Reino Unido, Finlândia, Índia, Canadá e Estados Unidos são exemplos de incorporação bem sucedida de novas tecnologias ao processo para facilitar o acesso ao Poder Judiciário, por meio de peticionamento on-line; entregar informação de qualidade às partes, diminuindo a assimetria informacional entre elas e, assim, ampliar a janela de acordo; organizar o processo, reestruturando e racionalizando as suas etapas; tornar mais confortável a participação das partes com o uso de ferramentas como videoconferência; automatizar a execução de tarefas burocráticas, possibilitando diminuir o tempo empregado nessas atividades; e liberar o valioso quadro de pessoal do Poder Judiciário para atividades que são imprescindível à atuação humana (BRASIL, 2019).

Se nesses países o emprego de tecnologia é muito bem-vindo, com mais razão o sistema judicial brasileiro deve-se recorrer a ela, já que possui uma situação de alta litigância, uma vez que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, existem 77,1 milhões de processos judi-

ciais em trâmite no Poder Judiciário brasileiro. Cada um dos 18.141 juízes brasileiros decide, em média, 1.877 processos por ano, o que corresponde a oito casos solucionados por dia útil. Esses números tornam o nosso Judiciário um dos mais produtivos do mundo e paradoxalmente ainda moroso (CNJ, 2020).

Inúmeras vantagens que a inteligência artificial traz ao mundo jurídico, encontra-se um caso emblemático e mal sucedido de utilização da referida tecnologia nos EUA, com o COMPAS – *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, sistema com baseado em inteligência artificial utilizado para avaliar o risco de reincidência dos criminosos do país. Contudo, uma verificação realizada pelo organismo ProPublica constatou que o algoritmo era tendencioso em classificar réus negros como de maior reincidência que os brancos. O agravante é que alguns estados norteamericanos se baseavam nesses resultados para determinar a pena do acusado e quanto maior o índice de reincidência, mais tempo de reclusão era cominado ao detento (NUNES; MARQUES, 2018).

De fato, diante de alguns insucessos com a utilização da inteligência artificial no cotidiano forense, demanda um amadurecimento dos órgãos Públicos, sopesando a aplicação de tal tecnologia frente aos princípios fundamentais, os quais destacam-se a garantia do acesso à jurisdição, o princípio da duração razoável do processo, a efetividade processual, contemplados dentro do princípio da dignidade da pessoa humana para a melhoria na gestão de conflitos.

4. A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Tem-se uma população descrente e um Judiciário moroso e congestionado, que necessita buscar a efetividade do processo, garantindo-se a sua duração razoável que está diretamente ligada ao direito de acesso à justiça e a melhoria na gestão de conflitos, como destaca Mauro Cappelletti e Bryant Garth “a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20-21).

Diante da crise do Judiciário brasileiro e para adequar aos anseios da nova sociedade digital, que infelizmente ainda se perpetua a alta litigiosidade, os Tribunais realizando investimentos em inovações tecnológicas, buscam maior efetividade na solução de conflitos, com observância do devido processo constitucional.

Deste modo, a questão de eficiência do Judiciário passa pela ideia de gestão e do uso de ferramentas tecnológicas, em especial a utilização da inteligência artificial, que vem se destacando nos Tribunais brasileiros, uma vez que metade deles já possuem projetos em utilização e/ou em desenvolvimento, estimando-se em torno de 72 projetos diferentes nessa área em diversos Tribunais estaduais e superiores, segundo o estudo da tecnologia aplicada à gestão de conflitos no Poder Judiciário com ênfase em inteligência artificial, do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2019), com intuito de contribuir para o acesso a uma prestação jurisdicional dentro da duração razoável do processo e eficaz, contemplando-se os princípios constitucionais.

A utilização da tecnologia como auxílio da prestação jurisdicional, neste momento histórico de transformação da sociedade, torna-se uma ferramenta eficaz ao cumprimento da garantia de efetivação ao acesso à jurisdição, otimização processual, elevando-se a eficiência da prestação jurisdicional, atribuindo uma melhora a gestão de conflitos.

A eficiência e segurança jurídica são valores importantes a serem alcançados na concretização do princípio da razoável duração do processo, sendo que razoável é a prestação jurisdicional exercida de maneira tempestiva e sem procrastinações (MARTINS; REIS; ANDRADE, 2020), com a solução integral do mérito e da atividade satisfativa, nos termos do artigo 4º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

A morosidade judicial se revela manifesta afronta ao Estado Democrático de Direito, acolhedor dos princípios da eficiência e legalidade que, juntos aos já citados, compõem o ordenamento jurídico e determina ao Estado a prestação dos serviços públicos adequados e eficientes e em tempo que não resulte em prejuízos aos jurisdicionados; sob pena de reparação por parte do Estado aos implicados no prejuízo por ele causado (FREITAS, 2014, p.63).

Há grande investimento dos Tribunais em tecnologias aptas a desenvolver sistemas de processos judiciais de forma virtualizada, em especial, no sistema PJe, que segundo o Conselho Nacional de Justiça, durante o ano de 2019, apenas 10% do total de processos novos ingressara fisicamente no Poder Judiciário, sendo 23 milhões de novos processos eletronicamente, destacando-se, portanto, a virtualização dos processos judiciais, com o aumento da informatização dos Tribunais (CNJ, 2020).

A questão do tempo de duração das ações judiciais vem sendo enfrentada pelo Conselho Nacional de Justiça, já há algum tempo e em busca de dirimir tal demanda, visa desenvolver soluções uniformes para o Poder Judiciário brasileiro, com o emprego de novas tecnologias e inteligência artificial, como por exemplo, ações como o “Programa Justiça 4.0”, “Juízo 100% Digital” e “Balcão Virtual”, que representam uma ampla transformação na entrega da prestação jurisdicional, corroborando para a razoável duração do processo.

Ainda nesse movimento de ações pelo Conselho Nacional de Justiça, houve a criação dos Centros de Inteligência, que tem o potencial de contribuir para a melhoria efetiva da prestação jurisdicional, ao prevenir litígios protelatórios e reduzir o crônico problema da morosidade, atendendo assim ao princípio da eficiência. Está, portanto, em sintonia com o macro desafio do Planejamento Estratégico do Poder Judiciário para o 2021-2026 referente à “gestão de demandas repetitivas e grandes litigantes com especial atenção para os relativos a litígios multitudinários que, após identificados, comportam solução semelhante, com reversão ou prevenção de cultura excessiva da judicialização” (BRASIL, 2022).

Contudo, motivar a celeridade processual conjugando o devido processo constitucional é o grande desafio do Judiciário brasileiro ao se valer das novas tecnologias, uma vez que, se deve resguardar efetivamente o Processo Constitucional, consagrado pelos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas, devendo-se assegurar a efetiva igualdade das partes, em todas as fases de atuação no processo (BARACHO, 1998).

Vale ressaltar, que no atual contexto, existe um receio sobre a substituição dos agentes do Direito pela inteligência artificial, afirmativa que não merece prosperar, pois, de fato, o que se tem hoje e para as próximas décadas é uma ferramenta tecnológica acessória ao âmbito jurídico

a fim de fomentar um cumprimento dos princípios constitucionais, que por se tratar de uma inteligência lógico-matemática, não possui abrangência holística de uma inteligência humana capaz de interpretar de forma crítico-reflexiva, com habilidades interpretativas simultâneas.

Por isso, busca-se com as ferramentas tecnológicas um auxílio para desobstruir o Poder Judiciário, visando obter uma prestação jurisdicional que, além de avançar nos resultados quantitativos e estatísticos, atenda à sociedade de modo mais eficiente, dinâmico e diligente, com a qualidade merecida ao jurisdicionado, dentro do devido processo constitucional, observando os princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Assim, a título de constatação dessas novas tecnologias, cita-se algumas ferramentas de inteligência artificial desenvolvidas no âmbito de Tribunais de Justiça Estaduais e Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), em busca de agilidade e melhoria à prestação jurisdicional, regidos pelos princípios constitucionais.

4.1 PROJETO VICTOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

O projeto VICTOR trata-se da inteligência artificial utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, desenvolvida em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, tendo como objetivo principal separar e classificar as peças do processo judicial, além de identificar os principais temas de repercussão geral do referido Tribunal.

O nome do projeto VICTOR foi dado em homenagem ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, entre 1960 a 1969, autor da obra *Coronelismo, Enxada e Voto* e principal responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em Súmula, facilitando a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos, basicamente o que foi desenvolvido inicialmente como tarefa a inteligência artificial VICTOR.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, em uma palestra em Londres, no Seminário “Novas Tendências do Direito Comum – Inteligência Artificial, Análise Econômica do Direito e Processo Civil”, que reúne profissionais do Direito, estudantes e acadêmicos do Brasil e do Reino Unido, “O programa VICTOR, que está em fase de estágio supervisionado, promete trazer maior eficiência na análise de processos, com economia de tempo e de recursos humanos” (TOFFOLI, 2019).

Toffoli ainda ressaltou que as “tarefas que os servidores do Tribunal levam, em média, 44 minutos, o VICTOR fará em menos de 5 segundos” (TOFFOLI, 2019). Porém, garante o ministro, o investimento tecnológico não dispensa o investimento no capital humano. “A informatização das rotinas de trabalho exige a requalificação da força humana” (STF) (BRASIL, 2019).

Ao identificar os principais temas de repercussão geral, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário no STF, requisito que advém da Emenda Constitucional 45/2004, a utilização da inteligência artificial VICTOR fará a filtragem das questões constitucionais, identificando, em poucos segundos, o tema de repercussão geral.

Diante de tais dados, importante frisar que não haverá uma substituição do servidor público e auxiliares da Justiça. Todavia, a utilização da inteligência artificial VICTOR levará a maior eficiência e celeridade no andamento processual, auxiliando servidores e magistrados,

além de ser uma forma para viabilizar o acesso do jurisdicionado à uma justiça mais dinâmica e eficaz.

Para Fabiano Hartmann Peixoto e Débora Bonat, esse projeto Victor “inaugura a possibilidade de uso de tecnologia de ponta para uma melhor efetividade da prestação da tutela jurisdicional e uma ampliação do acesso à justiça”. Além disso, entendem, “coloca o Poder Judiciário brasileiro na vanguarda dos sistemas jurídicos mundiais” (PEIXOTO; BONAT, 2021).

Busca-se com a utilização de novas tecnologias a diminuição do trabalho repetitivo, aumentando a celeridade processual, diante da maior velocidade de tramitação processual e por consequência alivia o Judiciário, que se encontra abarrotado de processos em trâmite.

4.2 PROJETO SÓCRATES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

O projeto SÓCRATES, desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça desde 2018, tem por objetivo a classificação processual antes da distribuição, sendo apto a reconhecer texto e classificar o processo por assunto. Além disso, vem sendo aprimorado para separar casos com controvérsias idênticas e localizar ações em que sejam aplicáveis os mesmos precedentes do tribunal (STJ..., 2018).

A solução de inteligência artificial para fornecer informações relevantes aos ministros relatores e acelerar a identificação de demandas repetitivas, contribui para a política de incentivo a esse mecanismo do Código de Processo Civil.

O SÓCRATES 1.0 – iniciado em maio de 2019 e já em operação em 21 gabinetes de ministros – faz a análise semântica das peças processuais com o objetivo de facilitar a triagem de processos, identificando casos com matérias semelhantes e pesquisando julgamentos do tribunal que possam servir como precedente para o processo em exame (STJ, 2020).

Posteriormente, o Núcleo de Admissibilidade e Recursos Repetitivos, em conjunto com a equipe de IA do Superior Tribunal de Justiça, aprimora a plataforma tecnológica e cria-se o SÓCRATES 2.0, ferramenta capaz de apontar, de forma automática, o permissivo constitucional invocado para a interposição do recurso, os dispositivos de lei descritos como violados ou objeto de divergência jurisprudencial e os paradigmas citados para justificar a divergência. (STJ, 2020).

Além disso, o SÓCRATES 2.0 identifica as palavras mais relevantes no recurso especial e no agravo em recurso especial e as apresenta ao usuário na forma de “nuvem de palavras”, permitindo a rápida identificação do conteúdo do recurso. Também sugere as controvérsias jurídicas que podem vir a estar presentes no recurso, identificando quais delas relacionam-se a controvérsias afetadas pelo STJ ao rito dos recursos repetitivos (STJ, 2020).

Registre-se que, praticamente, todos os processos que são ajuizados no Superior Tribunal de Justiça passam pela ferramenta de inteligência artificial SÓCRATES que também permite que o usuário visualize a petição do recurso especial com a identificação dos elementos marcados pela ferramenta e proponha correções, permitindo a retroalimentação e o aperfeiçoamento contínuo do sistema, além de prevê a diminuição em torno de um terço do tempo entre a distribuição do recurso especial até a sua decisão primeira.

4.3 A PLATAFORMA DO PROJETO SINAPSE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA - TJRO

O projeto SINAPSE, criado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – TJRO, também em busca de uma justiça mais eficiente e produtiva, desenvolveu sistema de inteligência artificial com objetivo de armazenar, testar, treinar, distribuir e auditar modelos de inteligência artificial.

De acordo com a Portaria n. 25/2019 do Conselho Nacional de Justiça, o sistema SINAPSE oferece uma proposta para orquestração de serviços inteligentes, consumidos pelo PJe, de modo a possibilitar a automatização de atividades repetitivas e de apoio à decisão, com vistas ao permanente aprimoramento do processo judicial eletrônico (BRASIL, 2019).

Em um primeiro momento a ferramenta de inteligência artificial SINAPSE foi desenvolvida pelo Tribunal de Justiça de Rondônia – TJRO, mas, atualmente, por meio de um termo de cooperação técnica assinado com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ está disponibilizado aos tribunais brasileiros no intuito de fazer a integração unificada destes em torno do Processo Judicial Eletrônico – PJe.

No Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia a utilização da inteligência artificial é “aplicada para automatizar tarefas repetitivas, inicialmente no Módulo Gabinete, por meio de ferramentas como predição do tipo de movimento processual, gerador de texto/autocomplete, identificação de seções em um acórdão” (RONDÔNIA, 2019), dentre outras funcionalidades que colaboram com a agilidade do trabalho dos assessores e magistrados.

A Resolução n. 332 do CNJ, aprovada em agosto de 2020, instituiu o Sinapses como plataforma nacional de armazenamento, treinamento supervisionado, controle de versionamento, distribuição e auditoria dos modelos de Inteligência Artificial, além de estabelecer os parâmetros de sua implementação e funcionamento, cabendo a cada órgão gestor do Poder Judiciário a responsabilidade de fomentar com modelos e dados (CNJ, 2020).

A mencionada plataforma integra as ações do Programa Justiça 4.0, fruto da cooperação técnica entre CNJ, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) e o Conselho da Justiça Federal (CJF), trazendo inovação disponível para todos os Tribunais brasileiros, com um padrão para o uso de inteligência artificial, o que viabiliza o compartilhamento de projetos de IA no Poder Judiciário (BRASIL, 2022).

4.4 PROJETO ELIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO - TJPE

O projeto de inteligência artificial desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, denominado ELIS, foi criado para o âmbito de execuções fiscais com a finalidade de realizar a triagem inicial dos processos, analisando questões como competência diversa, divergências cadastrais e prescrição.

Em um segundo momento, tal ferramenta tecnológica passou a se corporificar ao Processo Judicial Eletrônico – PJe, bem como à plataforma Sinapse do Tribunal de Justiça do

Estado de Rondônia – TJRO, possibilitando aprimorar e dar maior celeridade à fase inicial dos processos de execução fiscal.

Conforme dados do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE, enquanto a triagem manual de 70 mil processos de execução fiscal, que totalizam mais de 50% de todas as ações que estão em trâmite no estado nordestino, leva em média um ano e meio, a inteligência artificial Elis analisa pouco mais de 80 mil em 15 dias, revelando sua importância para auxílio das atividades jurisdicionais. (TJPE, 2019).

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, conforme orientação do CNJ, quanto ao intercâmbio de novas tecnologias entre Tribunais, realiza compartilhamento de soluções em inteligência artificial com outros órgãos, através do desenvolvimento de seu modelo de IA.

4.5 PROJETO RADAR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TJMG

A plataforma RADAR, desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em 2018, é uma ferramenta baseada em inteligência artificial que permite aos magistrados fazer pesquisa por palavra-chave inclusive dentro das peças processuais dos autos que tramitam eletronicamente (TJMG/2018) (MINAS GERAIS, 2018)

Segundo a Diretoria Executiva de Informática (DIRFOR) do Tribunal de Justiça Mineiro a “implantação do Radar, uma ferramenta inovadora que identifica e separa recursos que tratam do mesmo objeto e para os quais já existem precedentes pelo STJ ou por algum Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)”, torna-se uma ferramenta de grande colaboração ao trabalho judicial (DIRFOR/TJMG, 2018) (MINAS GERAIS, 2018)

A utilização da inteligência artificial busca aprimorar a prestação jurisdicional, dando maior agilidade em julgamentos de casos repetitivos, auxiliando servidores e magistrados em pesquisas por buscas inteligentes de palavra-chave em geral, por data de distribuição, por parte, por advogado, por órgão julgador, dentre outras demandas que se fizerem necessárias. (TJMG, 2018) (MINAS GERAIS, 2018)

O Relatório de Gestão, biênio 2018/2020, apresentado pelo TJMG, em suas ações judiciais, dentre elas o Julgamento Virtual destaca:

Com a implantação do Radar, ganha-se em segurança jurídica, pois, uma vez identificada, uma decisão com valor de precedente qualificado pode ser aplicada a todas as outras ações judiciais que versem sobre a mesma matéria de direito. Há um ganho também em termos de agilidade, eficiência e economicidade. Incluindo processos que correm em segredo de justiça, em 28 de abril de 2020 havia aproximadamente 8,6 milhões de processos indexados na plataforma. Entre as várias aplicabilidades, os magistrados também poderão verificar casos repetitivos no acervo da comarca, agrupá-los e julgá-los conjuntamente a partir de uma decisão paradigma. (TJMG, 2020) (MINAS GERAIS, 2020)

Assim, em mais uma plataforma de inteligência artificial desenvolvida e implementada no Judiciário, o que se busca é maior agilidade, celeridade, eficiência e efetividade na prestação jurisdicional, compatíveis, é claro, com as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, infere-se que as inovações tecnológicas trazidas para o Judiciário deverão atender às demandas da sociedade digital, a fim de diminuir a morosidade nos julgamentos e reduzir o acervo processual, motivo pelo qual os Tribunais brasileiros têm implementado soluções de inteligência artificial que identificam e eliminam gargalos, otimizando os procedimentos judiciais e aumentando a produtividade.

Não se quer defender a utilização do “juiz-robô”, da “máquina com maior inteligência que a humana”, em que as decisões judiciais serão julgadas por algoritmos; em que os servidores e advogados serão substituídos, mas permitir que as decisões judiciais sejam auxiliadas por relatórios e análises concebidas por inteligência artificial; que servidores e advogados também aproveitem da tecnologia para se esquivarem de trabalhos repetitivos; que Tribunais possam oferecer ao jurisdicionado um trâmite mais célere, eficiente e transparente em suas atividades, sendo certo que tais ações serão auxiliadas por uma inteligência artificial ou até mesmo substituídas em tarefas corriqueiras que não demandam um raciocínio interpretativo para sua realização, mas não retiram a capacidade inerente ao ser humano de interpretar.

Em que pese poder haver entendimento pessimista quanto a utilização das novas tecnologias no Poder Judiciário, alegando ser uma forma de desumanização do Direito, em que se fará a substituição do homem pela máquina, buscando apenas a celeridade a qualquer custo, a atual realidade, ainda que recente, demonstra vantajosa a utilização da inteligência artificial à atividade jurisdicional, pois funcionará como ferramenta de auxílio aos agentes do Direito e de incremento a gestão de conflitos.

Contudo, no atual contexto brasileiro, ainda não se pode afirmar que a prestação jurisdicional rápida e eficaz é uma realidade com as novas tecnologias, pois apesar dos progressos, persiste ainda um abismo ao cumprimento efetivo aos princípios e garantias constitucionais que permeiam a prestação jurisdicional, ainda, portanto, não se concretizando de modo efetivo os direitos fundamentais através da tutela jurisdicional do Estado.

Desse modo, os impactos transformadores da inteligência artificial no mundo jurídico continuarão em franca expansão nesse século, aplicando-se a um conjunto cada vez maior de tarefa jurídicas, requerendo dos servidores do Judiciário, magistrados, advogados e dos próprios jurisdicionados, conhecimentos e habilidades fora do conjunto ora existentes, pautando-se sempre no devido processo constitucional com as inseparáveis garantias do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: Puc Minas, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021: ano-base 2020**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Inteligência Artificial no Poder Judiciário brasileiro**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça 4.0: Inteligência Artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-4-0-inteligencia-artificial-esta-presente-na-maioria-dos-tribunais-brasileiros/>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Portal STJ. **Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ**. 23 ago 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Presidente do Supremo apresenta ferramentas de inteligência artificial em Londres. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422699>. Acesso em: 12 set. 2022.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 422 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2008.

COSTA, Ramon Silva; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. O uso de tecnologias de reconhecimento facial em sistemas de vigilância e suas implicações no direito à privacidade. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias Belém**, v. 5, n. 2, p. 01-21, Jul/Dez. 2019. Acesso em: 07 nov. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de regulamento que estabelece regras harmonizadas sobre inteligência artificial**. A Comissão propôs o primeiro marco legal sobre a IA, que aborda os riscos da IA e posiciona a Europa a desempenhar um papel de liderança globalmente. 2021. Disponível em: Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence | Shaping Europe's digital future (europa.eu). Acesso em: 12 set. 2022.

DIAS, Guilherme Ataíde; VIEIRA, Américo Augusto Nogueira. Big Data: questões éticas e legais emergentes. **Revista Ciências da Informação**, Brasília, v. 42, n. 2, p. 174-184, 2013. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1380/1558>. Acesso em: 12 set. 2022.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **O estudo da tecnologia aplicada à gestão de conflitos no Poder Judiciário com ênfase em inteligência artificial**. Centro de Inovação, Adm. e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (CIAPJ/FGV). 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em: 22 ago. 2022.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOBREIRO, Rafael Soccol; BRUN, Marco Antonio Compassi. Inteligência artificial e Judiciário: a grande ruptura de paradigmas nas decisões judiciais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 9, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8760>.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológica constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. Belo Horizonte, 2014. 210f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf 2014. Acesso em: 12 set. 2022.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Direito e Inteligência Artificial: volume 2**. Brasília, 2020. (Coleção Inteligência Artificial e Jurisdição). ISBN 978-65-00-08585 3. DR.IA.<https://orcid.org/0000-0002-6502-9897>. Disponível em: www.dria.unb.br. doi: 10.29327/521174. Acesso em: 18 set. 2022.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e Direito. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial**. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. Inteligência artificial e processo judicial: otimização comportamental e relação de apoio. **Revista Humanidades & Inovação**, v. 8, n. 47, 2021. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/5710>. Acesso em: 12 set. 2022.

LAGE, Fernanda de Carvalho. **Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021.

LATZER, Michael; HOLLNBUCHNER, Katharina; JUST, Natascha; SAURWEIN, Florian. The Economics of Algorithmic Selection on the Internet. In: BAUER, J.; LATZER, M. (Eds), **Handbook on the Economics of the Internet**. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar. 2021. 395-425.2014. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2710399> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2710399>. Acesso em: 12 set. 2022.

MARCHANT, Gary E. Artificial intelligence and the future of legal practice. **The ABA Section of Science & Technology Law**. Volume 14. 2017.

MARQUES, Ricardo D. Inteligência Artificial e Direito: O uso da tecnologia na gestão do processo no sistema brasileiro de precedentes. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, n. 13, Ano IV, abr/jun. 2019. São Paulo: Ed. RT. Disponível em: <file:///C:/Users/Talitha%20Pedras/Documents/Mestrado%20FUMEC/2022%20bibliografias/SSRN-id3512238.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

MARTINS, Anne Shirley de Oliveira; REIS, João Paulo Alves dos; ANDRADE, Lucas Silva. Novo Humanismo, Justiça Cidadã, Administração Pública Gerencial, Poder Judiciário e Inteligência Artificial: uma análise sobre o uso da computação cognitiva pelo Poder Judiciário brasileiro e os seus reflexos nas funções administrativa e jurisdicional à luz do Projeto Victor. **Virtuajus** – Revista de Graduação da Faculdade de Direito da PUC Minas, v.5. n. 8, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/24344/17021>. Acesso em: 12 set. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **Plataforma Radar aprimora a prestação jurisdicional**. 21 jun 2018. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radaraprimora-a-prestacao-jurisdicional.htm#.XVWH8JNKiRs>. Acesso em: 10 set. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Relatório de gestão 2018 a 2020 do TJMG. Ações judiciais. **Julgamento virtual**. 2020. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/hotsites/relatorio-de-gestao-2018-a-2020/julgamento-virtual.htm#.X9Y3wdhKjIU>. Acesso em: 11 set. 2022.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisórias às máquinas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 285, p. 421-447, nov. 2018.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado. **Sinapses**: Termo de cooperação técnica com o CNJ completa 1 ano. Sistema proporciona celeridade processual e realiza, em minutos, triagens que levariam anos se realizadas pelos meios convencionais. 19 dez 2019. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/11953-sinapses-termo-de-cooperacao-tecnica-com-o-cnj-completa-1-ano>. Acesso em: 10 set. 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Traduzido por Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

STJ cria sistema de inteligência artificial para agilizar processos. **Revista Consultor jurídico**, [S.I.], 14 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/stj-cria-sistema-inteligencia-artificial-agilizar-processos>. Acesso em: 13 set. 2022.

TURING, Alan .M., 1947, 'Lecture on the Automatic Computing Engine'. In: THE ESSENTIAL Turing. Copeland, 2004.

TURING, Alan .M. Computing machinery and intelligence. **Mind**, v. LIX, n. 236, p. 433- 460, out. 1950. <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433> Acesso em: 10 ago. 2022.

VALENTINI, Romulo Soares. **Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas**. 2017. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 14/11/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 14/11/2022
- Avaliação 1: /2022
- Avaliação 2: /2022
- Decisão editorial preliminar: 14/11/2022
- Retorno rodada de correções: 24/11/2022

- Decisão editorial/aprovado: 26/11/2022

Equipe editorial envolvida

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

ANÁLISE SOBRE A INCLUSÃO DO DISPUTE BOARDS COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANALYSIS OF THE INCLUSION OF DISPUTE BOARDS AS ALTERNATIVE METHOD OF CONFLICT RESOLUTION IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS SIGNED WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION

MARCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS¹

ROBERT WAGNER CONCEIÇÃO SIMÕES²

JÚLIA CASTRO HASEGAWA³

RESUMO

O estudo do direito administrativo brasileiro, especialmente nas questões voltadas à forma de atuação e resolução de conflitos pela Administração Pública, ganhou novos contornos no final do século XX e início do Século XXI, uma vez que tais atribuições passaram a adaptar-se aos novos regramentos previstos na Constituição Federal de 1988, voltadas à democratização da participação dos administrados nas mais diversas instâncias sociais, à promoção dos direitos e garantias individuais e sociais, a elaboração de negócios jurídicos para execução de atividades públicas por particulares, e também, à cultura de paz, fundada em uma sociedade livre,

1 Pós doutora em Gestão de Políticas Públicas pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da USP (EACH-USP). Doutora em Direito do Estado pela USP. Procuradora da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP. Professora Titular do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD-SP). Professora do curso de Direito do CESG – São Gotardo (MG). Ex Procuradora Geral da USP. Ex Assessora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0729-5609>.

2 Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD-SP). Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio. Graduado em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul. Servidor público do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3R). Conciliador judicial. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5254-4382>.

3 Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD-SP). Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada em Direito da Família e Sucessões pela Faculdade Única de Ipatinga. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8315-9698>.

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

SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos; SIMÕES, Robert Wagner Conceição; HASEGAWA, Júlia Castro. Análise sobre a inclusão do dispute boards como método alternativo de solução de conflitos em contratos administrativos firmados com a Administração Pública. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 184-206, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9232>.

fraterna, que busca solucionar suas controvérsias, no âmbito interno e externo, de modo pacífico e consensual. E sobre a forma de solução de conflitos, no âmbito infraconstitucional e doutrinário, buscou-se contextualizar a inserção dessa consensualidade nos contratos administrativos, principalmente através das inovações contidas na Lei nº 14.133/2021 em relação à Lei 8.666/1993, entre elas o instituto do comitê de resolução para solução de controvérsias (*dispute boards*). Desse modo e, da análise das características essenciais do tema, foi possível concluir que a aplicação desse sistema alternativo de solução de conflitos pode vir a desempenhar importante papel na consecução dos princípios da celeridade, eficiência e solução pacífica de conflitos pela administração pública contemporânea delineados na atual Constituição Federal.

Palavras-chave: administração pública; licitações e contratos administrativos; *dispute boards*.

ABSTRACT

*The study of Brazilian administrative law, especially in the questions related to the way in which conflicts and conflicts are used by the Public Administration, gained new contours at the end of the 20th century and the beginning of the 21st century, once these attributions began to adapt to the new rules provided for in the Federal Constitution of 1988, aimed at democratizing the participation of administered in the most diverse social instances, the promotion of individual and social rights and guarantees, the elaboration of legal business for the execution of public activities by individuals, and also, the culture of peace, founded on a free, fraternal society that seeks to resolve its controversies, internally and externally, in a peaceful and consensual manner. And on the form of to resolve conflicts, in the infraconstitutional and doctrinal scope, it was sought to contextualize the insertion of this consensus in administrative contracts, mainly through the innovations contained in Law nº. 14.133/2021 in relation to Law 8.666/1993, including the institute of the resolution committee for dispute resolution (*dispute boards*). In this way e, from the analysis of the essential characteristics of the theme, it was possible to conclude that the application of this alternative system of conflict resolution may play an important role in achieving the principles of celerity, efficiency and peaceful resolution of conflicts by the contemporary public administration outlined in the current Federal Constitution.*

Keywords: public administration; bids and administrative contracts; *dispute boards*.

1. INTRODUÇÃO

Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, que o Estado democrático brasileiro, além de buscar assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais por meio de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos e fundada na harmonia social, deve também estar comprometido, tanto na ordem interna quanto internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Assim, a partir de tais premissas, e analisada a evolução histórico-jurídica do Direito Administrativo, é possível observar, conforme será mais detalhadamente estudado no decorrer deste artigo, uma sensível mudança quanto ao modo de atuação da Administração Pública em face dos administrados, no qual essa buscou se afastar do autoritarismo e do excesso de burocracia (embora ainda hajam resquícios de tais atitudes no presente), a fim de conferir maior participação da sociedade, seja na formulação e tomada de decisões sobre políticas públicas, seja através da instituição de negócios jurídicos visando a prestação de serviços de caráter público e, por fim, mais recentemente, na solução consensual de eventuais litígios entre as referidas partes.

A corroborar tal entendimento, mencione-se que, após a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, foram inseridas diversas normas sobre a temática, de maneira a enfatizar a tendência de solução consensual de conflitos difundida pelo legislador ordinário nos últimos anos, com intuito de garantir maior celeridade, eficiência, e preservação dos negócios jurídicos celebrados, fundados através do diálogo e consensualismo entre as partes, como é possível conferir, entre outras legislações, na Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) para autorizar a possibilidade de realização da arbitragem pela Administração Pública para conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis; a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) que trata, em capítulo específico, da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público; as alterações realizadas pela Lei nº 13.665/2018 junto ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), introduzindo a possibilidade de, observados os requisitos pertinentes, realização de compromisso entre o poder público e os interessados com fito de sanar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público; e, por último, no âmbito das licitações e contratos administrativos, houve também a recente promulgação da Lei nº 14.133/2021 que, entre diversos outros pontos avançados, faculta a utilização de meios alternativos para solução de litígios pela Administração Pública, do qual será objeto de exame no presente artigo o chamado Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Boards*).

Portanto, para a análise do referido tema serão verificados, com base no método dedutivo, além das mudanças de pensamento e comportamento por parte do poder público, como já mencionado anteriormente, o conceito, as características, a finalidade, e também a visão da doutrina acerca da aplicação do *dispute boards* em face do atual regramento previsto para os contratos administrativos, de modo verificar se, de fato, a sua utilização pode gerar maior participação democrática e eficiência na solução de conflitos entre as partes contraentes.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E VISÃO CONSENSUALISTA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como afirmado na introdução do presente artigo, e para melhor compreensão sobre o atual entendimento acerca da Administração Pública brasileira no tocante à importância da utilização das soluções alternativas de conflitos, em especial nos contratos administrativos, faz-se necessário traçar, ainda que de maneira breve, a evolução da própria atuação da máquina estatal, lastreada no Direito Administrativo.

Neste sentido, destaque-se que o Direito Administrativo, como ramo autônomo do Direito, a nível internacional, fora inicialmente construído, após Revolução Francesa de 1789 (século XVIII), não através do Poder Legislativo, mas sim do Poder Executivo Francês (jurisprudência do Conselho de Estado, responsável pelo julgamento de disputas envolvendo particulares e a administração pública), dada a inexistência de normas anteriores, pois essas tratavam as relações apenas entre particulares. Logo, ante a inexistência de disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados, necessário se fez a aplicação de um Direito “novo”, ainda não legislado, ou que mal iniciava a sê-lo (MELLO, 2009, p. 39).

Sobre a importância do referido Conselho, aduz Francisco de Saltes Almeida Mafra Filho que:

As abundantes decisões do Conselho estabeleceram os princípios fundamentais da nova disciplina, do célebre caso Blanco -no qual foi estabelecido pelo Tribunal de Conflitos o princípio da responsabilidade do Estado, responsabilidade a qual somente a jurisdição administrativa era competente para aplicar -ao controle do juiz administrativo a ser exercido mesmo que a decisão atacada seja inspirada por razões políticas; a flexibilização das condições de admissibilidade de recursos por excesso de poder, crescimento dos meios de anulação dos últimos; a responsabilidade do Estado é reconhecida e afirmada como diferente da mesma de seus funcionários, a teoria dos contratos administrativos ganha contornos próprios, como a das decisões executivas para os mesmos. (MAFRA FILHO, 2004).

Ademais, em relação ao período supra descrito, discorre Hely Lopes Meirelles o seguinte:

Na França, após a Revolução (1789), a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio ensejar a especialização das atividades do governo e dar impertinência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da administração ativa, o que inicialmente ficou a cargo dos Parlamentares, mas posteriormente reconheceu-se a conveniência de se desligar as atribuições políticas das judiciais. Num estágio subsequente foram criados, a par dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos. Surgiu, assim, a Justiça Administrativa, e, como corolário lógico, se foi estruturando um Direito específico da Administração e dos Administrados para as suas relações recíprocas. (MEIRELLES, 2006, p. 51)

Assim, com o surgimento do referido Direito, buscou-se basicamente desvincular a função administrativa da função judicial e também das normas de Direito Civil, a fim de garantir maior autonomia e maiores privilégios ao poder público, (nesse período, surgiu o chamado contencioso administrativo, no qual o poder público julgava a si próprio, e suas decisões detinham força de coisa julgada) no que ficou marcada, também, a sua atuação pelos vieses liberal (quanto à organização do poder político), e autoritário (o que abrange a unilateralidade na imposição de normas pela administração, sem qualquer margem para negociação ou transação pelos administrados).

Discorrendo com maior profundidade sobre o mencionado, dispõe Luísa Cristina Pinto Netto que:

O Direito Administrativo e o Estado Liberal nascido com a Revolução não lograram uma total ruptura com o Estado Absolutista. Antes – e como era de se esperar de uma transição histórica – resultaram em soluções de compromisso. Não é difícil concluir que esse Estado, marcado por elementos liberal e democrático, possuía também o elemento autoritário herdado do Estado Absoluto. O elemento liberal liga-se à organização do poder político e o autoritário ao funcionamento da Administração. O Direito Administrativo que surgiu nesse contexto representa, assim, a confluência entre as técnicas de ação absolutistas e as exigências de liberdade e garantia prestadas pelo liberalismo. Curioso é observar que, se por um lado o liberalismo valorizava o indivíduo, por outro, no que tange à Administração, este era mantido como administrado, como súdito. De fato, se, com o liberalismo, mudanças significativas puderam ser observadas, por exemplo, quanto ao *status* do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, o mesmo não se pode dizer do Poder Executivo, mais propriamente

da Administração Pública, que não apresentou a mesma permeabilidade aos ideais liberais, continuando a se basear em princípios autoritários”. (NETTO, 2005, p. 43-44).

Já no âmbito brasileiro, o Direito Administrativo, como ramo autônomo do direito, surgiu, sob influência do direito francês, após a independência do país no século XIX, durante o período imperial, tendo sido introduzido na Constituição de 1824, nos arts. 137 a 144, e 154 (BRASIL, 1824) o chamado Conselho de Estado, ligado ao poder central, o qual detinha, em princípio, função consultiva, sem atuação no campo jurisdicional, mas que, no decorrer do tempo, passou a atuar também nos contextos jurídico-normativos, conforme menciona Maria Fernanda Vieira Martins:

Ligado diretamente ao poder central, a instituição atuou com ampla autonomia política e extensa ação reguladora e normativa, funcionando como ponto de encontro de redes políticas e sociais que concediam representatividade ao Estado e legitimavam suas ações [...] Em princípio, o Conselho dedicou-se à definição de competências e esclarecimentos gerais em função do caos gerado pelo amplo programa de reformas de alto teor jurídico-administrativo, inerente ao próprio processo de centralização e fortalecimento da autoridade do Estado. Tal processo vinha acompanhado de um ímpeto legislativo fundamental à organização administrativa, com sucessivas reformas que se sobrepunham e que vinham se realizando desde a época regencial. Nesse momento, o Conselho assumia o papel de órgão responsável pela inteligência da lei. Assumia, no entanto, extra-oficialmente, uma vez que tal atribuição não constava explicitamente em sua lei de criação, nem em seu regimento interno.

De fato, a seção de Justiça do Conselho poderia ser considerada a verdadeira responsável pela construção de uma unidade administrativa e jurídica no país. Funcionando, na prática, como uma instância superior, fixou os limites legais, definiu a compreensão da legislação, reformou-a quando julgou necessário, propôs novas leis e regulamentações. A Seção também serviu como árbitro em questões jurídico-administrativas que constantemente opunham os poderes central e provincial ou, como parecia mais comum, na administração dos conflitos entre as próprias autoridades provinciais. (MARTINS, 2022c)

Por conseguinte, no tocante à atuação da Administração Pública, vigorou, entre o período imperial até a República Velha, na década de 1930, o denominado modelo patrimonialista, de traço absolutista, e caracterizado pela confusão entre o patrimônio público e o particular, pelo caráter absoluto do poder, o clientelismo (em especial a troca de favores à concessão de cargos públicos), a ausência de separação entre o Estado e a Igreja, além do nepotismo, do elitismo e, por fim, do autoritarismo.

Nesses termos, discorre Idalberto Chiavenato o seguinte:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funcionava como a extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Nesse novo momento histórico a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável. (CHIAVENATO, 2012, p. 107)

Ademais, menciona Isabela Braga da Matta e Marcos Vinícius Ribeiro Flores que:

Em uma administração patrimonialista o interesse perseguido é sempre o de quem detém o aparelho de Estado, seja o soberano ou um grupo específico de pessoas, dessa forma o modelo não visa o interesse da coletividade. A administração é do Estado, mas não é pública, ou seja, o interesse do cidadão é deixado de lado, sendo o mesmo visto apenas como um mero sustentáculo do Governo. (FLORES; DA MATTA, 2017)

Posteriormente, o referido modelo fora sucedido pela chamada Administração Pública burocrática, a qual inicialmente baseada no princípio do mérito profissional descrito por Max Weber, originou-se no Brasil a partir da primeira Reforma Administrativa (Reforma Burocrática do governo Getúlio Vargas em 1936 promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes (BRESSER PEREIRA, 1996), tendo sido criado, nesse período, o Departamento de Administração de Serviços Públicos – DASP (extinto em 1986) com objetivo de reduzir a ineficiência e reestruturar o serviço público federal.

Sobre tal modelo de administração Pública, menciona Graham Stephan Bentzen Campelo que:

A administração pública burocrática tem seus traços próprios que lhe são característicos, enquanto uma antítese à administração pública patrimonialista, sendo princípios orientadores do seu desenvolvimento: profissionalismo, ideia de carreira, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo e poder racional-legal, baluartes das ideias do racionalismo na administração pública, buscando a melhoria da administração e dos serviços públicos no enquadramento dos requisitos formais, materializando a qualidade fundamental da administração pública burocrática que é a efetividade no controle dos abusos. (CAMPELO, 2014)

Ademais, acerca da criação do DASP, dispõe Fernanda Lima Rabelo o seguinte:

Conforme menciona Fernanda Lima Rabelo, “O DASP foi um departamento primordial na execução dos objetivos do governo, organizando os orçamentos, classificando cargos do funcionalismo, introduzindo novos métodos e novas técnicas para os serviços burocráticos (universalizando procedimentos), organizando processos seletivos de funcionários por meio de concurso (meritocráticos) e criando cursos de aperfeiçoamento em administração pública, os primeiros no Brasil. [...] A burocracia, no departamento, seria um elemento organizador de uma cultura científica, cultura esta assegurada por uma elite técnica e especializada. O conceito de burocracia adotado por este grupo seria de normatização e regulação no campo de trabalho e também da vida social, pois se inferia que a mentalidade do funcionalismo público deveria ser mudada e essa mudança só ocorreria com a adoção da meritocracia e padronização do funcionalismo, afastando a influência política presente na distribuição de cargos e promoções”. (RABELO, 2011)

Diante de tais afirmações, é possível concluir que, no Brasil, a administração pública burocrática tinha como principais características a racionalidade dos métodos de trabalho, a formalidade e o controle rígido e prévio de processos, a impessoalidade, profissionalização, a meritocracia, e a separação entre os interesses do detentor do poder e do interesse público, sendo a lei o principal instrumento de satisfação das necessidades individuais e coletivas.

No entanto, embora tenha alcançado, nesse período, importantes transformações na atuação Estatal (nesse período houve, ainda, uma segunda Reforma Administrativa em 1967, criada com objetivo de afastar a rigidez burocrática e tendo como uma das principais diretrizes o

Decreto nº 200/1967, que iniciou o processo de descentralização das atividades administrativas através da criação de outros entes estatais, como a autarquias, as empresas públicas e, por fim, as sociedades de economia mista (administração pública indireta), sendo considerada também como o primeiro precursor da administração gerencial no país (BRESSER PEREIRA, 1996), remanesciam alguns traços do sistema patrimonialista, como o autoritarismo, em especial sob a égide do Regime Militar (1964-1985), o que impedia que as reivindicações da sociedade pudessem ser atendidas de maneira satisfatória (ou mesmo negociadas perante o poder público).

Por conseguinte, com a demanda cada vez mais crescente por direitos individuais e sociais, e a crise Estatal ocasionadas por questões de ordem administrativa (lentidão, excesso de burocracia e ineficiência), econômica (descontrole de gastos públicos) e social (baixa satisfação dos interesses sociais coletivos), o modelo burocrático passou a ser questionado, dando assim lugar ao denominado modelo de Administração Pública gerencial, inicialmente surgido no Reino Unido em 1979, e posteriormente no Brasil (1990) após a promulgação da Constituição Federal de 1988, trazendo um viés garantista e regulador na atuação do poder público.

Sobre este modelo, conceitua Francisco Mafra que “Administração pública gerencial é aquela construída sobre bases que consideram o Estado uma grande empresa cujos serviços são destinados aos seus clientes, outrora cidadãos; na eficiência dos serviços, na avaliação de desempenho e no controle de resultados, suas principais características”. (MAFRA, 2005)

Ademais, menciona o jurista Paulo Modesto que:

Nesta nova ordem de ideias, tem-se que o Estado não deve nem tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços públicos e dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, inclusive públicos não estatais, como associações ou consórcios de usuários, fundações e organizações não governamentais sem fins lucrativos, sempre sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Poderão ainda ser operados em regime de cogestão, mediante a formação de consórcios intergovernamentais ou entre o poder público e pessoas jurídicas privadas. O Estado deve permanecer prestando-os diretamente quando não encontre na comunidade interessados que os efetivem de modo mais eficiente ou econômico ou quando razões ponderáveis de justiça social ou segurança pública determinem sua intervenção. Não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo o mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado (MODESTO, 1997, p. 323).

Por fim, discorrendo sobre a compatibilidade, ainda que parcial, dos modelos burocrático e gerencial, dispôs Luiz Carlos Bresser Pereira que:

Esta importância dada pela Reforma Gerencial de 1995 ao núcleo estratégico do Estado e às carreiras de Estado são indicações de que reforma não visava eliminar os conceitos clássicos da administração burocrática, mas corrigi-los e ampliá-los. Isto se revelou no caput do art. 37, no qual não se eliminaram os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, mas se acrescentou o da eficiência e se buscou, na sua interpretação, entender a publicidade também como transparência. O mesmo raciocínio se aplica à administração por resultados que é central na reforma gerencial. Na Reforma de 1995 deu-se grande ênfase à administração por resultados, mas não se pretendeu que ela substituísse a administração por processo – apenas que se diminuísse a ênfase em processos legais detalhados. Não há incompatibilidade entre as duas formas de controle. A conduta do gestor público deve ser legal e de resultados ao mesmo tempo. (BRESSER PEREIRA, 2008, p. 152) [...] Um pouco antes, em 1988, uma nova e democrática Constituição havia sido aprovada, e nela, ao invés de se pensar na reforma gerencial, buscou-se reafirmar e “completar” a Reforma Burocrática de 1937. (BRESSER PEREIRA, 2008, p. 156) [...] não basta que a Administração Pública garanta a execução da lei, ou, mais amplamente, das políticas públicas; é necessário efetivá-las com eficiência, ou seja, com uma satisfatória relação entre a quantidade e a qualidade dos serviços de um lado e seus custos de outro.” (BRESSER PEREIRA, 2008, p. 165).

Diante de tais afirmações, e embora seja possível constatar, de fato, que não houve, com a introdução do modelo gerencial, rompimento por completo os laços em relação ao modelo burocrático, (pois manteve-se traços como a impessoalidade, legalidade, meritocracia, entre outros), com este modelo houve um crescente processo de desburocratização e participação da sociedade nas atividades pública e tomada de decisões, dando-se ênfase aos clientes (no caso, os cidadãos) e foco nos resultados, a fim de reduzir custos, aumentar a eficiência e elevar a qualidade dos serviços prestados à coletividade, cujos direitos e garantias contam, no período contemporâneo, com forte apelo constitucional.

Por conseguinte, esse novo modelo de atuação da Administração Pública trouxe também, diante dos novos ditames previstos da atual Carta Magna, maior enfoque à chamada consensualidade (consagrada, inclusive, no art. 1º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), de aplicação supletiva e subsidiária ao processo administrativo, nos termos do art. 15 do mencionado *Codex*), consubstanciada em uma aproximação dos cidadãos e o Estado e maior espaço de diálogo entre as partes envolvidas na busca de um consenso e atendimento eficiente do interesse público, e por fim, na criação e desenvolvimento de meios alternativos às tradicionais formas de resolução de conflitos (como por exemplo, a conciliação, a mediação, a transação, a negociação, a arbitragem, e o comitê de prevenção e resolução de disputas), a fim de construir uma sociedade justa e solidária, fundada na soberania popular, na participação democrática da sociedade na vida política nacional e, também, na busca pela pacificação social.

Sobre esse consensualismo e sua leciona Odete Medauar o seguinte:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a

ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação. (MEDAUAR, 2003, p. 210)

Ademais, muito embora não exista no ordenamento jurídico nacional uma norma constitucional, legal ou regulamentar que obrigue a Administração Pública a resolver de forma consensual as suas controvérsias (o que faz remontar à ideia de discricionariedade do ente público, sem limitações), entende-se que esse poder/dever Estatal decorre da interpretação sistemática do ordenamento jurídico e da nova interpretação da noção do interesse público que vincula a atividade a uma atuação consensual, voltada à diminuição de riscos e a persecução do atendimento ao bem comum, pois compatível com os primados do Estado Democrático de Direito. (DAS NEVES, 2018)

Por fim, menciona-se os comentários de Juliana Bonacorsi de Palma acerca do alcance do interesse público por meio consensualidade, conforme disposto a seguir:

Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público, pelo contrário, segundo esse argumento a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo. O ponto está em considerar não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado no âmbito do processo, no qual haja negociação da prerrogativa pública (imperativa). Tendo em vista dos possíveis efeitos positivos da consensualidade – como a efetividade da decisão bilateral, economia de tempo e de custos, vem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta -, é importante que se reconheça o ato consensual como a própria expressa do interesse público. (PALMA 2010, p. 153)

Assim, diante de todo o explicitado, é possível concluir que a nova visão consensualista da Administração Pública brasileira decorrerá através de longo e tortuoso processo de construção, onde, inicialmente voltado apenas para consecução e legitimação de seus próprios interesses, o poder público passou, em face das crescentes e constantes mudanças de paradigmas nos cenários político, jurídico, econômico e social, a buscar (em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988), a uma maior reorganização administrativa, tendo como foco a desburocratização, o controle de resultados, a participação efetiva da sociedade na discussão e decisão de temas de relevante interesse público, com intuito de garantir maior qualidade e eficiência na prestação de serviços, buscando assim promover e proteger os direitos e garantias individuais e sociais e, por fim, resolver eventuais conflitos não só pelos métodos tradicionais (julgamento administrativo e judicial), mas também através na solução pacífica construída juntamente com os administrados.

Assim, no capítulo seguinte, será examinada, em vista das recentes alterações normativas, essa nova visão contemporânea da Administração Pública consensualista no trato das licitações e contratos administrativos firmados com os particulares.

3. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021) E A INTRODUÇÃO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS À SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.

Como dito anteriormente, com o crescente processo de desburocratização na atuação da Administração Pública, em especial após a promulgação da Constituição Federal, aliada ao processo de delegação, a terceiros, de atividades antes exclusivamente executadas pelo poder público, de modo, inclusive, a diluir a responsabilidade patrimonial estatal, passou-se o poder público a expandir a atuação administrativa pela via dos contratos administrativos.

Nesse contexto, destaca Alexandre Mazza que:

[...] é cada vez mais comum o Estado terceirizar a realização de atividades administrativas, trazendo prestadores privados para executar tarefas públicas que até então não eram executadas diretamente pela Administração. O setor específico onde o ingresso de prestadores privados tem se tornado mais visível é no campo dos serviços públicos, por meio da utilização de mecanismos de prestação indireta, como a concessão e a permissão. Quando essa delegação de tarefas estatais a particulares ocorre, independentemente do regime jurídico aplicável, opera-se uma diluição da responsabilidade patrimonial na medida em que o Estado deixa de ser o principal responsável pelo ressarcimento de prejuízos decorrentes da prestação. Cabe ao prestador privado o papel de responsável principal na hipótese de prejuízos provenientes da atividade exercida, passando o Estado a ocupar posição de responsável secundário o subsidiário. (MAZZA, 2014, p. 75).

Como consequência dessa expansão, houve criação de diversos princípios e normas a fim de reger os negócios jurídicos firmados pelo ente estatal e os particulares, em especial a criação da Lei nº 8.666/1993 (Lei de licitações e contratos administrativos), lastreada, principalmente, nos artigos 22, XVII (posteriormente alterado pela Emenda Constitucional 69/2012), 37, *caput*, e inciso XXVI, 173, II, da CF/88 (inciso II incluído pela EC 19/1998), e 175, da CF/88, surgindo posteriormente novas legislações, como as Leis nº 8.987/1995 (Regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos) e Lei 11.079/2004 (parcerias público-privadas no âmbito da administração pública), a Lei 11.107/2005 (consórcios públicos) entre outras.

Além disso, é possível verificar que o uso crescente dos contratos decorre, inclusive, do fenômeno da consensualidade administrativa, vez que trouxe novos contornos às relações entre os licitantes, mais focado boa-fé e confiança mútuas, maior flexibilização de normas pactuadas e participação os administrados nas tomadas de decisões, e também um maior controle e fiscalização da sociedade quanto a qualidade dos serviços prestados, de modo a garantir a continuidade do negócio jurídico celebrado e dos serviços oferecidos, a fim de evitar transtornos futuros tanto no âmbito administrativo quanto na esfera judicial.

Nesse sentido e, discorrendo acerca da relação entre consensualização e contratualização, dispõe Thiago Marrara o seguinte:

É nesse contexto que despontam dois grandes movimentos relevantes: a consensualização e a contratualização da gestão pública. É preciso diferenciar os fenômenos! A consensualização designa o emprego crescente de formas de busca de consenso nos processos decisórios estatais. Trata-se de um pro-

cesso de transformação da gestão pública em favor de um resultado claro: o incremento da consensualidade, ou seja, de decisões, unilaterais ou não, assentadas em consensos obtidos por mecanismos de diálogo e percepção dos interesses dos indivíduos e das entidades por elas afetados. A consensualização se vale, pois, de instrumentos processuais (como audiências e consultas públicas), instrumentos orgânicos (como conselhos compostos por representantes do Estado e da sociedade), bem como instrumentos contratuais (incluindo desde as espécies clássicas de contratos administrativos até os novos acordos no exercício do poder de polícia). É a partir desse panorama básico acerca dos mecanismos pró-consensuais que se compreende a relação entre consensualização e contratualização. Este último fenômeno é naturalmente parte do primeiro, mas não o esgota. A gestão consensual é mais ampla que a gestão contratual. Sem embargo, o destaque ao fenômeno da contratualização se justifica na atual fase de transformação do direito administrativo pelo fato de que, desde meados da década de 1990, assiste-se a uma multiplicação de módulos convencionais no exercício das atividades administrativas. O movimento atinge não apenas a gestão de serviços públicos e atividades econômicas, mas, principalmente, a de serviços administrativos (acordos entre entidades públicas) e o exercício da atividade de polícia e de regulação (e. g., por acordos entre reguladores e regulados). Isso significa que a teoria contratual se tornou mais complexa. (MARRARA, 2013)

Por conseguinte e, acerca do conflito, posteriormente diversos outros regramentos foram lançados com intuito de implementar no ordenamento jurídico, em especial junto ao poder público, os chamados métodos alternativos de solução de controvérsias, como pode-se citar, como exemplo, os Termos de Ajustamento de Conduta dispostos na Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), os Acordos de Leniência instituídos na Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste), as Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativas de Conflitos prevista na Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação), a Arbitragem, para direitos patrimoniais disponíveis, prevista na Lei 9.307/1996 (alterada pela Lei 13.129/2015), e, mais recentemente, as alterações feitas no Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) através da inclusão, pela Lei 13.655/2018, dos artigos 26 e 27 que tratam, entre outros pontos relativos à criação e aplicação do direito público, acerca da possibilidade de utilização de acordos pelas entidades estatais (BRASIL, 1942) e, por fim, o Decreto 10.025/2019 (Arbitragem que envolva a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário).

No tocante ao regramento geral previsto nos contratos administrativos, muito embora não houvesse a previsão junto à Lei nº 8.666/1993, da resolução de eventuais conflitos por meio de métodos alternativos, a doutrina já estabelecia essa possibilidade, conforme, inclusive, mencionado em vários Enunciados Normativos consagrados tanto na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada em 2016 (Enunciado 13), como também na I Jornada de Direito Administrativo, promovida em 2020, ambos pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (Enunciados 10, 15, 18, 19 e 39), *dispostos a seguir*:

I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - 2016

Enunciado 13. Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas. (I JORNADA..., 2016)

I Jornada de Direito Administrativo - 2020

Enunciado 10. Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board.

Enunciado 15. A Administração Pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Enunciado 18. A ausência de previsão editalícia não afasta a possibilidade de celebração de compromisso arbitral em conflitos oriundos de contratos administrativos.

Enunciado 19. As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (Dispute Board) e a arbitragem.

Enunciado 39. A indicação e a aceitação de árbitros pela Administração Pública não dependem de seleção pública formal, como concurso ou licitação, mas devem ser objeto de fundamentação prévia e por escrito, considerando os elementos relevantes. (I JORNADA..., 2020)

Assim, com a discussão, tanto no âmbito normativo, quanto na doutrina ganhando cada dia mais força e, em face das transformações cada vez maiores das relações sociais, buscou o Poder Legislativo, através da introdução da Lei nº 14.133/2021, estabelecer novos ditames para as licitações e contratos administrativos, deixando também explícita, através dos artigos 138, II, § 2º, e 151 a 154, (BRASIL, 2021) a faculdade da Administração Pública em adotar os métodos alternativos (inovação em relação à legislações anteriores que tratavam sobre tais temas), tanto para a extinção do contrato, quanto para a solução de eventuais controvérsias entre as partes, restando assim incontestes não só o aceite, mas também o estímulo por parte do legislador ordinário à solução pacífica e consensual de conflitos que envolvam a Administração Pública e os administrados, em prol de uma melhor eficiência na atuação estatal, nos termos do quanto preconizado pela Constituição Federal.

E sobre essa inovação legislativa, tece comentários Antônio Evangelista de Souza Neto e Samantha Mendes Longo, *in verbis*:

A lei não só incentivou o uso dos métodos alternativos, como deixou claro que umas das maiores controvérsias que acabam desaguando no Poder Judiciário, quais sejam, as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, ao inadimplemento de obrigações contratuais e ao cálculo de indenizações, podem ser resolvidas de forma consensual.

Tal dispositivo, inclusive, está em total sintonia com o enunciado 19 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal e com o art. 32, § 5º da Lei de Mediação.

Sem dúvida, a nova Lei de Licitações está atenta com as práticas mais modernas e eficazes de solução de controvérsias. (NETTO; LONGO, 2020)

Por fim, entre tais métodos alternativos à solução de conflitos previsto na nova lei de licitações e contratos administrativos, encontra-se o chamado Comitê de Prevenção e Solução de

Disputas (*Dispute Boards*), o qual passará a ser objeto de exame no capítulo seguinte tanto o seu aspecto histórico, quanto o conceito e características, a fim de que, ao final, seja verificada a viabilidade de sua aplicação em face do ordenamento jurídico brasileiro vigente, de modo a conferir se, de fato, tal instrumento pode ser considerado uma ferramenta útil à solução pacífica de controvérsias contratuais.

4. COMITÊ DE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE BOARDS) E SUA UTILIZAÇÃO EM FACE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Inicialmente, importa salientar que o surgimento do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Boards*) remonta à década de 1970 nos Estados Unidos, tendo como base as experiências vivenciadas, ainda na década de 1960, na indústria privada de construção civil em Washington D.C., especialmente no caso *Boundary Dam*, central hidroeétrica fornecedora de energia a Seattle, capital do mencionado Estado (KHICIFY, 2015). Nesse período, fora instalado um comitê (*Joint Consulting Board*) para orientação não vinculante sobre eventuais conflitos decorrentes ao longo a execução das obras. (PASCOALI; OLIVEIRA, 2020).

Assim, constatada a eficiência do referido comitê, em 1974 um estudo publicado pelo *National Committee on Tunneling Technology* denominado “*Better Contracting for Underground Construction*” concluiu que, em face do acontecido no caso *Boundary Dam*, o instituto do *Dispute Boards* também poderia ser indicado para outras relações contratuais, sendo esse período considerado como um marco internacional na utilização, para solução de controvérsias, do Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas, o qual fora posteriormente difundido no Estados Unidos (em especial na construção do *Eisenhower Tunnel*, no Colorado, em 1975) e em outros países da Europa, a ponto de o Banco Mundial também recomendar a sua utilização, nos projetos financiados pela referida entidade, até os dias atuais (MELO FILHO, 2021).

No cenário brasileiro, embora ainda não haja uma lei federal específica regulando o tema (há o PL nº 2.421/2021 (nº anterior PLS 206/2018), de autoria do Senador Antônio Anastasia (SENADO, 2021), e também o PL nº 9.883/2018 (apensado ao PL 2.421/2021), de autoria do Deputado Federal Pedro Paulo (CÂMARA, 2018), alguns municípios, e também o Estado do Rio Grande do Sul, já dispõem de leis que tratam do assunto, como por exemplo a Lei 16.873/2018 (São Paulo/SP, regulamentada pelo Decreto Municipal 60.067/2021), Lei 3.375/2018 (Itapema/SC), Lei 7.107/2019 (Itajaí/SC), Lei 7.958/2021 (Criciúma/SC), Lei 11.241/2020 (Belo Horizonte/MG), Lei 8.267/2022 (Patos de Minas/MG) e Lei Estadual 15.812/2022 (Estado do Rio Grande do Sul).

Nesse sentido, cabe salientar que a Lei nº 16.873/2018, do Município de São Paulo, fora a primeira legislação do *Dispute Boards* junto à Administração Pública, muito embora não tenha sido a referida Lei utilizada como balizadora do início da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas no Brasil, que se deu através da construção da Linha 4 Amarela do Metrô de São Paulo em 2004, obra financiada pelo Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, ligada ao Banco Mundial (que exigira, em 1995, a inclusão do *Dispute*

Boards no contratos cujo valor superasse os U\$ 50 milhões de dólares), que financiou a construção, e fruto da interpretação do § 6º do artigo 32 da Lei 8.666/1993 (JOBIM; RICARDINO; CAMARGO, 2016).

Já no tocante às concessões, é possível extrair a validade do *dispute boards* a partir do art. 23-A da Lei 8.987/1995, incluído pela Lei 11.196/2005 (BRASIL, 1995); quanto às parcerias público-privadas, é possível lastrear o instituto a partir do artigo 11, III, da Lei 11.079/2004 (BRASIL, 2004) e, por fim, em face de obras nos setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, constata-se a possibilidade de utilização do comitê junto ao art. 31 da Lei 13.448/2017 (BRASIL, 2017).

Dadas as breves premissas do surgimento do *Dispute Boards* tanto no cenário internacional, quanto no âmbito brasileiro, é possível conceituar o referido instituto, nas palavras de Máura Guerra Polidoro, da seguinte forma:

O *dispute board* (ou comitê de prevenção e solução de disputas) é um método alternativo de solução de conflitos que consiste na formação de um comitê de especialistas imparciais que acompanhará um projeto de longa duração desde o seu princípio. O objetivo do comitê é incentivar a prevenção e auxiliar na resolução de disputas durante todo o desenvolvimento do projeto em questão. (POLIDORO, 2021)

Por conseguinte, discorre também sobre o tema a *Dispute Resolution Board Foundation*, organização internacional, sem fins lucrativos, e formada por profissionais envolvidos na temática, a saber:

Um DRB geralmente consiste em um indivíduo ou em um painel de três pessoas, imparcial e independente, composto por consultores especialistas que possuam experiência técnica e contratual necessária para auxiliar as partes a resolver divergências antes que estas evoluam para disputas, ou para fornecer uma avaliação rápida sobre um litígio através de uma recomendação vinculativa ou não para resolução. O DRB é formado antes do início da construção, geralmente pela nomeação do contratante de um membro para ser aprovado pelo contratado, este nomeia um membro para ser aprovado pelo contratante, e estes dois nomeiam o presidente do DRB, que deverá ser aprovado por ambas as partes. (RIBEIRO; RODRIGUES, 2015)

Acerca dos modelos de *Dispute Boards*, destaca Máura Guerra Polidoro, de maneira breve, que estes podem ser classificados de acordo com sua função dentro do escopo contratual, em: a) *Dispute Review Boards* (DRB), que são responsáveis apenas por fornecer sugestões para a resolução dos impasses, sem impor suas recomendações; b) *Dispute Adjudication Boards* (DAB) que, por sua vez, são responsáveis por proferir decisões vinculantes; e c) *Combined Dispute Boards* (CDB), como o próprio nome sugere, combinam as características anteriores. (POLIDORO, 2021).

Por fim, tece Cristiana Fortini os seguintes comentários acerca do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas:

Os “*dispute boards*”, denominação aqui empregada com vistas a englobar possíveis oscilações terminológicas, são um potencial método de solução de conflitos cuja ideia central está na existência de comitês encarregados de examinar problemas nascidos da relação contratual. Composição, mandatos, competências, natureza vinculante ou não e regras procedimentais não cons-

tam da Lei e nem deveriam constar. Trata-se de informação que pode oscilar segundo a modelagem contratual, sem embargo de regras legais ou presentes em atos normativos a serem editadas pelos entes federados.

Os “*dispute boards*” buscam evitar o litígio ou abordá-lo concomitantemente à execução contratual. Podem ser constituídos com formatos e regras distintas, mas se caracterizam por serem conselhos/comitês cujos membros são indicados pelas partes. A promessa de uma possível solução mais rápida em comparação com outros métodos pode justificar eventual preferência por eles. Mas é preciso esclarecer que nem sempre será vinculante a decisão, podendo assumir natureza de recomendação, perfil inapto a conferir a agilidade na dissolução de problemas. (FORTINI, 2021)

Diante dos mencionados comentários acerca do tema, é possível concluir que o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas constitui um instrumento alternativo para solução de controvérsias contratuais (em geral em projetos complexos e alto valor agregado), onde uma comissão nomeada por ambos os contratantes e composta por membros (terceiros) que, conforme o modelo adotado no escopo contratual, devem ser independentes, imparciais e com experiência técnica em determinado assunto, acompanham a execução do contrato e propõem soluções, vinculantes ou não, para dirimir eventuais conflitos existentes, de modo a garantir celeridade, economia de tempo, de recursos e continuidade à prestação de serviços, evitando, ou buscando evitar a transposição do litígio à esfera judicial, o que pode ser considerado, por tais premissas, uma inovação em face das anteriores legislações que tratam acerca das licitações e contratos administrativos.

Estatisticamente falando, de acordo com o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, a taxa de sucesso do *Dispute Board* reforça ainda mais a sua utilização para solução de conflitos contratuais. Nesses termos:

A eficiência do dispute board, tanto em termos de obter soluções quanto na celeridade do processo, tem sido manifestamente comprovada. Dados da Dispute Resolution Board Foundation indicam que 99% dos conflitos que usam dispute boards são encerrados em meados de 90 dias, e que 98% das disputas são resolvidas pelo mecanismo.

Além de ser sua eficácia, os dispute boards constituem também um importante elemento de transparência, que garante a execução adequada dos contratos e o bom andamento dos projetos. Dessa forma, o mecanismo acaba contribuindo para a reputação das partes envolvidas no meio corporativo, conferindo-lhes vantagens intangíveis de mercado⁴.

Já âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça ainda em 2016, no julgamento do REsp 1.569.422/RJ, já havia reconhecido, com relação a conflito entre particulares, a validade da adoção do comitê de disputas como meio hábil à solução de controvérsias, bem como a vinculatividade de suas decisões⁵.

Ademais, em relação aos contratos administrativos, no julgamento monocrático do AREsp. 1512201/SP⁶ realizado em 2020, cuja decisão do Ministro Francisco Falcão fora mantida no

4 Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acesso em: 17 jun. 2022.

5 REsp n. 1.569.422/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/4/2016, DJe de 20/5/2016.

6 STJ, AREsp n. 1.512.201, Ministro Francisco Falcão, DJe 25/09/2020.

juízo do AgInt no AREsp 1512201 realizado em 2021⁷, A Corte Cidadã manteve a decisão da 10ª Câmara de Direito Público Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmada no Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000, a qual reformou decisão interlocutória que concedia tutela de urgência para suspender os efeitos da decisão firmada pelo Conselho de Resolução de Disputas instaurado no Contrato Administrativo nº 4107521301, firmado entre o Consórcio TC Linha 4 – Amarela e a Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ para continuação das obras da segunda fase da Linha 4 – Amarela (que incluía as estações Fradique Coutinho, Higienópolis, Oscar Freire, Morumbi e Vila Sônia).

Na referida decisão do Conselho, houve a previsão de pagamento pelo METRÔ/SP ao Consórcio Linha 4 – Amarela, formado pelas construtoras Tiisa e Comsa, de R\$ 10 milhões (dez milhões) de reais, correspondentes a custos com serviços de retirada de material contaminado do solo e objeto de divergência entre as partes. Nesse ínterim, ao reformar a decisão de primeira instância, aduziu o Desembargador Torres de Carvalho, que “A interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta”, sendo este uma precedente firmado no sentido de reconhecer a força das disposições firmadas via *Dispute Board* em um contrato administrativo⁸.

Por conseguinte, e no âmbito doutrinário, ressalte-se o entendimento firmado na II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) em agosto de 2021, acerca da utilização dos *Dispute Boards*, inclusive junto aos contratos administrativos firmados pelo poder público, com possibilidade de dispensa de licitação no caso de escolha de membros do Comitê, conforme segue:

ENUNCIADO 131 - As decisões promovidas por Comitês de Resolução de Disputa (*Dispute Boards*) que sejam vinculantes têm natureza contratual e refletem a vontade das partes que optaram por essa forma de resolução de conflitos, pelo que devem ser cumpridas obrigatória e imediatamente, sem prejuízo de eventual questionamento fundamentado em ação judicial ou procedimento arbitral.

ENUNCIADO 137 - Na utilização do comitê de resolução de disputas (*Dispute Board*) como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias relativas aos contratos administrativos (art. 151 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021), deverá ser utilizada, preferencialmente, a modalidade combinada, na qual o comitê pode emitir recomendações e decisões.

ENUNCIADO 203 – O processo de escolha, pela Administração Pública, daqueles que atuarão como terceiros facilitadores em métodos extrajudiciais de resolução de conflitos em que o Poder Público figurará como parte, prescinde de prévio procedimento licitatório, devendo a decisão ser motivada e ser observadas as disposições do artigo 154 da Lei n. 14.133/2021. (II JORNADA..., 2021)

Mencione-se também, na prática, alguns exemplos de aplicação do instituto no país são encontrados nos contratos celebrados para reforma dos estádios para a Copa do Mundo de

7 STJ, AgInt no AREsp n. 1.512.201/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 14/9/2020, DJe de 21/9/2020.

8 TJSP, Agravo de Instrumento 2096127-39.2018.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 30.07.2018, Data de Registro: 02.08.2018.

2014, os contratos internacionais relativos aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a parceria público-privada da Rodovia MG-050, os contratos do trecho Norte do Rodoanel em São Paulo, a concessão das rodovias BR-153/414/080/TO/GO, BR-163/230/MT/PA e BR-116-101/SP/RJ e no já então citado contrato para a construção da Linha 4 – Amarela do metrô em São Paulo.

Em relação aos contratos das obras dos jogos olímpicos, a adoção do *Dispute Board* foi por meio de modelo de contratação *ad hoc* em mais de 30 (trinta) contratos, tendo sido contratada a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) para treinar seus membros. Houve a criação da figura de um gestor institucional que tinha a atribuição de coordenação das atividades dos diferentes comitês criados.

Augusto Barros de Figueiredo e Silva Neto, *head* jurídico de infraestrutura e resolução de disputas no Rio 2016 – Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, destaca a importância do *Dispute Board* no caso:

Inicialmente imaginado no modelo permanente, o cenário de severas restrições orçamentárias enfrentado pelo Projeto Olímpico fez com que, ao fim, fosse adotado no modelo *ad hoc*. Independentemente dessa alteração, a receptividade do método pelas empresas contratantes foi irrestrita, tendo sido notado por todas o seu potencial de contribuição à boa execução dos contratos, e isto em um momento anterior aos avanços regulatórios mencionados anteriormente e com menor grau de informação teórica sobre o instituto. Com o apoio da *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), que teve papel fundamental tanto na estruturação do programa de *dispute boards* dos Jogos quanto ao prestar garantia de neutralidade e credibilidade ao programa, a estruturação do programa contou com regras específicas às necessidades das Olimpíadas, treinamentos de profissionais para a atuação como membros do *board* e criação da figura de um gestor institucional do programa – o *program manager* –, que tinha por função coordenar as atividades dos comitês e servir como foco para a solução de problemas endereçados pelos contratantes. É interessante notar que essa função inspirou a iniciativa de se oferecerem serviços de administração para os *dispute boards* por parte de instituições arbitrais, o que vem sendo muito bem recebido pelo mercado.

Os resultados foram altamente positivos, com ótimos testemunhos tanto das áreas internas quanto das empresas contratadas. Enquanto, por um lado, foi possível testemunhas uma maior confiança por parte dos gestores de contrato por terem o mecanismo à disposição, por outro a simples presença do *board* funcionou como fator inibidor de litígios e estimulou as partes a buscarem soluções negociadas entre elas ao invés de acionar o processo decisório do comitê. (SILVA NETO, 2019, p. 88-89)

Já nos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO, BR-163/230/MT/PA e BR-116/110/SP/RJ, os seus respectivos editais preveem expressamente a utilização do *Dispute Board*.⁹ A instauração do comitê está prevista na modalidade *ad hoc*, com caráter facultativo, sendo que o referido comitê pode somente emitir posicionamento acerca de questão eminentemente técnica e, salvo acordo entre as partes, é composto por três membros: *i*) um membro indicado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; *ii*)

9 Encontra-se a adoção do Comitê de Resolução de Conflitos no dispositivo 41.1. do Edital nº 01/2021, Parte VII em relação à BR-153/414/080/TO/GO (BRASIL 2021-a), no dispositivo 39.4. do Edital nº 02/2021, Parte VII em relação à BR-163/230/MT/PA (BRASIL 2021-b) e no dispositivo 42.2. do Edital nº 03/2021, Parte VII em relação à BR-116/101/SP/RJ (BRASIL 2021-c). Todos com a mesma redação.

um membro indicado pela Concessionária; *iii*) um membro, que coordenará o comitê, indicado de comum acordo entre os outros dois membros designados pelas partes.

O Tribunal de Contas da União - TCU, na ocasião da análise dos referidos editais, recomendou a exclusão da cláusula do *Dispute Board* pela sua inadequação, visto que, na visão da referida Corte, essa poderia macular toda a execução contratual, dada a ausência de regulamentação pela ANTT, o que incorreria no risco de se gerar um pretexto para não realização de obrigações, bem como eventuais questionamentos judiciais ou arbitrais.¹⁰

Posteriormente, após ouvida a equipe técnica, os Ministros entenderam por admitir a adoção do Comitê de Resolução de Disputas nos três contratos, posto que a ANTT já tinha regulamentado as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito de sua agência pela Resolução nº 5.845/2019 (BRASIL, 2019) e esclareceram que eventual omissão da autarquia em editar regulamentação específica não criaria direitos subjetivos à concessionária.

Ademais, Gustavo Justino de Oliveira e Thaís Strozzi Coutinho Carvalho, ao analisar o caso, teceram as seguintes considerações:

Nota-se ainda a falta de compreensão do mecanismo pela unidade técnica do Tribunal, que enxergou no dispositivo a possibilidade de entraves e atrasos no empreendimento, embora as experiências internacionais apontem justamente para a maior celeridade das soluções apresentadas pelo comitê, ante a contemporaneidade da sua atuação.

Ainda que tenha sido prevista a constituição *ad hoc* do comitê, que a nosso ver não é a melhor solução, por se perder a oportunidade de os seus membros acompanharem toda a execução do empreendimento, prevenindo controvérsias e soluções adequadas, entende-se que ainda assim o comitê terá melhores condições de apresentar soluções rápidas e apropriadas, ante a contemporaneidade de sua constituição, o tempo reduzido de atuação e a natureza técnica e multidisciplinar da equipe de especialistas.

Ademais, o pronunciamento da equipe de especialistas constitui prova para procedimentos arbitrais e judiciais posteriores, de modo que a não adoção das recomendações por qualquer das partes, poderá ensejar o questionamento posterior no foro adequado, auxiliando a recomendação adotada na formação do convencimento do árbitro ou juiz.

Desse modo, entende-se que a não adoção da recomendação do comitê pelas partes precisará ser suficientemente motivada e documentada, como forma de se buscar um pronunciamento judicial ou arbitral favorável em momento posterior, caso venha a ser questionada pela parte que se sentir prejudicada.

Conclui-se, portanto, que embora o mecanismo tenha se provado como método adequado e eficiente para a solução de controvérsias em contratos de longo prazo e alta complexidade em inúmeros empreendimentos no mundo, no Brasil, ele encontra ainda algumas limitações quando se trata de obra ou de empreendimentos públicos, especialmente ante a posição de supremacia do Poder Público na relação contratual e na falta de compreensão dos órgãos de controle quanto à sua eficácia. (OLIVEIRA; CARVALHO, 2022, p. 34)

Assim, da análise do todo exposto neste capítulo, é possível inferir que o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, embora recente no Brasil, vem cada vez mais ganhando estímulos

10 Acórdão 4036 quanto à BR-153/414/080/TO/GO (BRASIL 2020-a), Acórdão 4037 quanto à BR-163/230/MT/PA (BRASIL 2020-b) e Acórdão 1766 quanto à BR-116/101/SP/RJ (BRASIL 2021-d).

junto à Administração Pública, sobretudo nos contratos de prestação continuada que envolvam vultuosos recursos e amplo conhecimento técnico, pois encontra guarida tanto do ponto de vista legislativo (ante a sua adequação aos ditames estabelecidos na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, e também na Lei de Licitações e Contratos), bem como da doutrina (o qual ressalta a busca pela solução consensual pelas partes, além das principais vantagens da utilização do referido como instrumento, como a facilitação do diálogo e a liberdade de escolha do método apropriado de comitê pelos próprios agentes, a impessoalidade e independência dos membros na proposição de recomendações e tomada de decisões, a eficiência e redução de custos nos contratos) e, por fim, no âmbito jurisprudencial, que começa a sinalizar a importância do instrumento como sendo de livre disposição pelas partes, não podendo, em regra, haver interferência do Poder Judiciário sobre o quanto ajustado nos contratos firmados, exceto em casos excepcionais.

5. CONCLUSÃO

Com base no examinado no presente artigo, foi possível observar a evolução histórico-jurídica sofrida pela Administração Pública brasileira no decorrer do tempo, a qual, inspirada pelos novos paradigmas firmados com a criação do Direito Administrativo sobretudo na Europa, foram inseridos no ordenamento jurídico nacional importantes conceitos e ferramentas para o modo de atuação do poder público em face dos administrados.

Assim, com o passar dos anos e das mudanças de ordem política, jurídica, econômica e social, os modelos de atuação da administração pública foram se aperfeiçoando de forma que não mais estivessem voltados apenas ao interesse estatal (que muitas vezes confundia-se com os dos detentores do poder), mas sim ao interesse geral da sociedade, o qual a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou também a ganhar uma nova perspectiva tanto no tocante à proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, quanto na forma de resolução de eventuais conflitos sociais, focada não mais no arbítrio estatal, mas sim no diálogo e na consensualidade das partes envolvidas.

Desse período em diante, como já explicitado no artigo, diversas legislações foram sendo inseridas no ordenamento jurídico, com base até mesmo nas experiências tidas por outros países, a fim de criar e/ou regulamentar os chamados métodos alternativos de soluções de conflitos, como a conciliação, transação, negociação, os comitês de prevenção e solução de disputas (*Dispute Boards*), a mediação e, por fim, a arbitragem, e dar maiores garantias de sua utilização nos negócios jurídicos firmados seja nas relações entre particulares, seja nas relações firmadas perante a administração pública.

Portanto, a inclusão junto do *Dispute Boards* junto à nova Lei 14.133/2021 como mais um método alternativo de solução de conflitos, além de ser comemorada, deve ser estimulada, debatida e difundida nas esferas de poder, pois cada vez mais vem sendo demonstrada, através das experiências internacionais (e agora também internas), os benefícios à execução dos serviços, bem como à solução de eventuais litígios verificados nos contratos administrativos, constituindo dessa forma uma importante ferramenta para o alcance da eficiência e qualidade da gestão pública em prol da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

- I JORNADA de direito administrativo: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2020. 22 p. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados/@@download/arquivo>. Acesso em: 12 jul. 2022.
- I JORNADA prevenção e solução extrajudicial de litígios. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2016. 13 p. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/enunciados-aprovados/@@download/arquivo>. Acesso em: 12 jul. 2022.
- II JORNADA prevenção e solução extrajudicial de litígios: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2021. 57 p. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/ii-jornada-2013-enunciados-aprovados/@@download/arquivo>. Acesso em: 12 jul. 2022.
- BRASIL. **Constituição política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro, abr. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ, set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 13 out. 2022.
- BRASIL. Edital nº 01/2021 da ANTT. Concessão da BR-153/414/080/TO/GO. Parte VII. 2021a. Disponível em <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/abf5ab13-7964-a23b-03a5-6317dd73df96> Acesso em: 28 jul. 2022.
- BRASIL. Edital nº 02/2021 da ANTT. Concessão da BR-163/230/MT/PA. Parte VII. 2021b. Disponível em https://portal.antt.gov.br/documents/359170/3697630/Contrato+BR-163-230_Mt_PA_p%C3%B3sCR6.pdf/3ac6c283-09db-011e-b61a-e93f6e5e7a54?version=1.0&t=1649335889007 Acesso em: 28 jul. 2022.
- BRASIL. Edital nº 03/2021 da ANTT. Concessão da BR-116/101/SP/RJ. Parte VII. 2021c. Disponível em <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/br-116-101-sp-rj/arquivos-para-download/edital-e-anexos/contrato-br-116-101-rj-sp-pos-esclarecimentos.pdf/view> Acesso em: 28 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, fev. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF, dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em 15 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF, jun. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.
- BRASIL. **Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019**. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. 2019. Disponível em https://anttlegis.antt.gov.br/action/UriPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&cod_modulo=161&cod_menu=5412&num_ato=00005845&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=DG/ANTT/MI&vlr_ano=2019&seq_ato=000 Acesso em: 28 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1766/2021**. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão do plenário do dia 28/07/2021. 2021d. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1766%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520 Acesso em 28 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4036/2020**. Relator Ministro Vital do Rego. Sessão do Plenário do dia 08/12/2020. 2020a. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A4036%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520 Acesso em: 28 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4037/2020**. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão do Plenário do dia 08/12/2020. 2020b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A4037%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520 Acesso em 28 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp n. 1.512.201, Ministro Francisco Falcão, DJe 25/09/2020, julgado em 24/09/2020, DJe de 25/09/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=115605901&tipo_documento=documento&num_registro=201901505270&data=20200925&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.569.422 – RJ (2015/0177694-9)**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/4/2016, DJe de 20/5/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1490302&num_registro=201501776949&data=20160520&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso nº 1.512.201 – SP**. Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 01/3/2021, DJe de 15/3/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=122277165®istro_numero=201901505270&peticao_numero=202000808906&publicacao_data=20210315&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2022.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, ano 47, v. 120, n. 1, jan./abr. 1996. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702/550>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2008/08.13.Primeiros.Passos.Reforma.Gerencial.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL nº 9.883/2018**. Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) em contratos administrativos. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em: 17 jun. 2022.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ci. & Tróp.** v. 34, n. 2, p.297-324, 2010. Disponível em: <http://www.uece.br/satewp/wp-content/uploads/sites/58/2014/03/GPM-Administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BABlica-no-Brasil-TUTORES.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 3. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2012.

DAS NEVES, Cleuler Barbosa; DA SILVA FERREIRA FILHO, Marcílio. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 218, p. 63-84, 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

MELO FILHO, Edgardo José de Campos et al. Comitês de resolução de disputas (dispute boards): contemporâneo estímulo à consensualidade no âmbito nacional de solução de controvérsias com a Administração Pública. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/40173/3/artigo%20dispute%20boards%20-%20edgardo%20filho.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

FLORES, Marcos Vinícius Ribeiro; DA MATTA, Isabela Braga. **Os modelos de administração pública: reflexão sobre o perfil dos servidores públicos do município de Santana do Livramento – RS**. 2017. Disponível em: <https://dspace>.

unipampa.edu.br/bitstream/riu/2941/1/Os%20modelos%20de%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

FORTINI, Cristiana. *Dispute Boards: na nova Lei de Licitações e em leis municipais*. **Revista Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/interesse-publico-dispute-boards-lei-licitacoes-leis-municipais>. Acesso em 14 jun. 2022.

JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência Brasileira em CRD: O Caso do Metrô de São Paulo. In: **Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: (uma abordagem prática sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil)**. São Paulo: Pini, 2016. p. 170-171. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5753005/mod_folder/content/0/A%20Experi%C3%AAncia%20Brasileira%20em%20CRD%20O%20Caso%20do%20Metr%C3%B4%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 16 jun. 2022.

KHICHFY, Ricardo. Erros em obras e inadimplência em contratos de construção civil. **Clube de Engenharia**, 2015. Construção (DCO). Disponível em: <http://www.portalclubedeengenharia.org.br/info/erros-em-obras-e-inadimplencia-em-contratos-da-construcao-civil-2753>. Acesso em: 16 jun. 2022.

MAFRA, Francisco. Administração pública burocrática e gerencial. **Âmbito Jurídico**, 2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/administracao-publica-burocratica-e-gerencial/#:~:text=Administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20gerencial%20C3%A9%20aquela,de%20resultados%2C%20suas%20principais%20caracter%C3%ADsticas>. Acesso em: 14 jun. 2022.

MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 238, p. 167–174, 2004. DOI: 10.12660/rda.v238.2004.44077. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44077>. Acesso em: 14 jun. 2022.

MARRARA, Thiago. As Cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, v. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/51853474/MARRARA_Thiago_As_clausulas_exorbitantes_diante_da_contratualizacao_administrativa1-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1655324884&Signature=b-JzPymuumPfhTFJucHBxNrvReqlbFU2NTZU~ERw5La-8zelvilvKTduEt~y9pYxIUmn6FmYUEZgpnaFkIhk0qVpS4JdRuF6H0igKUcoJxAMEI35q5RXDGiTbE4Vj9OiKR81iOgRwGvFkLGRFmFx3rZPYVxeld9LT3jC7laFPZ2EipWMMkwwm-akEdgU~vnFTdau0iXux~UniJpMv10BHtCXWwtrFeDDi5qKtfo0fTnGnmDX6L8x66zrCty3teJ0YoknQRZm8jnAghG9tormXAlbB6xuDEbD572J6Ck33Fyrv6lrVLjSjF5a8ZzP~YY8qhLjrT2QqEk4V262NNZkA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 15. Jun. 2022.

MARTINS, Maria Fernanda Vieira. O conselho de estado no segundo reinado. **BN Digital Brasil**. 2022c. Política. Disponível em: <https://bndigital.bn.gov.br/dossies/rede-da-memoria-virtual-brasileira/politica/o-conselho-de-estado-no-segundo-reinado/>. Acesso em: 10 out. 2022.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. As dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/314/reformaadministrativa.pdf?sequence=6&isAllowed=y>. Acesso em: 28 jul. 2022.

NETTO, Antonio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes. **A Recuperação Empresarial e os Métodos Adequados de Solução de Conflitos**. Porto Alegre. Paixão Editores, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343349/nova-lei-de-licitacoes-e-os-metodos-adequados-de-solucao-de-conflitos>. Acesso em: 15 jun. 2022.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. **A contratualização da Função Pública**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; CARVALHO, Thaís Strozzi Coutinho. Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas (*dispute boards*) nos contratos de concessão de rodovias federais: primeiras impressões e prospecções no direito administrativo brasileiro. In: DIREITO e Infraestrutura no Brasil: temas relevantes em transportes terrestres e tópicos

transversais. Parte 2. Publicações da Escola da AGU, 2022. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3066/2384> Acesso em: 28 jul. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudos dos acordos substitutivos nos processos administrativo sancionador**. 2010. 332f. Dissertação (Mestrado de Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PASCOALI, Marco Antônio Ferreira; OLIVEIRA, Murilo Preve Cardoso de. Os Dispute Boards no Direito Brasileiro. **Câmara de Conciliação de Santa Catarina**, 2020. Disponível em: <https://www.camaradeconciliacaodesc.com.br/artigo/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

POLIDORO. Maúra Guerra. *Dispute Board* é boa opção para resolução de disputas de alta complexidade. **Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas-alta-complexidade>. Acesso em: 14 jun. 22.

RABELO. Fernanda Lima. O DASP e o combate à ineficiência nos serviços públicos: a atuação de uma elite técnica na forma do funcionalismo público no Estado Novo (1937-1945). **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, v. 3, n. 6, 2011. Disponível em: <https://seer.furg.br/rbhcs/article/download/10454/6800>. Acesso em: 16 jun. 2022.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v.9, n.2, p. 129-159, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.09_n.02.08.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2096127-39.2018.8.26.0000. Rel. Des. Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 30/07/2018, DJe 17/08/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2096127-39.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004JGFZ0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nAlias=SG5TJ&instanciaProcesso=SG&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FmwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJI0%2BY%2FbRVB4r1nTQ1HeQec%2BOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEChmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIlnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4LWf0lgJ5KvdiRmS8I88YzUgGjXBW0cKra1PGlypZB9oTh9iQscDPddDS2TXZNz5czLm72Pep3dAK0DgAz9rGVLNHMpEzZaJHriQYETkAb-mTR6CDVwtspJ%2FfaedoWNQ460XGwWVTcldtlve4B5gKCXszr%2FWk0nUDAbCgekdbtMrkhFvFjwHyunveybk809t03nQteXsAlbU2fUAZNHhpUU233YgWd9HiObV27DLA91L0W>. Acesso em: 13 out. 2022.

SENADO FEDERAL. **PL nº 2.421 de 2021**. Autoria do Senador Antônio Anastasia. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2289398>. Acesso em: 17 jun. 2022

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**, ano 1, n. 1, jan./jun. 2019. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/158799/dispute_boards_brasil_silva.pdf. Acesso em: 28 jul. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 18/09/2022
- Avaliação 2: 08/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 08/10/2022
- Retorno rodada de correções: 20/10/2022
- Decisão editorial/aprovado: 23/10/2022

Equipe editorial envolvida

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

EVOLUÇÃO DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE EVOLUTION OF THE CONSTITUTIONAL
ROLE OF THE JUDICIAL POWER IN THE
CONTROL OF PUBLIC POLICIES FOR THE
EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

SÍLVIO MARQUES GARCIA¹

RUBENS ALEXANDRE ELIAS CALIXTO²

JOSÉ ROBERTO MARQUES³

RESUMO

A positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional tornou possível integrá-los ao núcleo substancial da Constituição, formado pelas decisões fundamentais. O Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, é caracterizado pelo reconhecimento de direitos e garantias e pela exigência de sua efetivação. A Administração Pública deve exercer com eficiência o seu papel constitucional de instância concretizadora de direitos. A partir do método dedutivo, o artigo elabora uma revisão bibliográfica acerca da evolução do papel do Poder Judiciário em relação ao controle dos atos da administração pública. O objetivo de examinar as transformações constitucionais vivenciadas durante o constitucionalismo e os seus reflexos sobre o papel constitucional reservado aos Poderes da República é contribuir para as discussões acerca da árdua tarefa de efetivação dos direitos fundamentais num ambiente democrático e sob a perspectiva constitucional.

Palavras-chave: constitucionalismo; políticas públicas; separação de poderes; controle do ato administrativo; direitos sociais e efetividade.

1 Doutor em Direito (PUC-SP); Mestre em Direito (Unesp); Especialista em Direito Público (UnB/EAGU); Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito de Franca.

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor da Faculdade de Direito de Franca. Juiz Federal.

3 Doutor em Direito Ambiental, Professor da Faculdade de Direito de Franca.

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

GARCIA, Sílvio Marques; CALIXTO, Rubens Alexandre Elias; MARQUES, José Roberto Marques. Evolução do papel constitucional do poder judiciário no controle das políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 207-227, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9218>.

ABSTRACT

The positivization of fundamental rights in the constitutional text made it possible to integrate them into the substantial core of the Constitution, formed by fundamental decisions. The Democratic State of Law, inaugurated by the Federal Constitution of 1988, is characterized by the recognition of rights and guarantees and by the demand for their implementation. The Public Administration must efficiently exercise its constitutional role as a body that implements rights. Based on the deductive method, the article elaborates a bibliographic review about the evolution of the role of the Judiciary in relation to the control of public administration acts. The objective of examining the constitutional transformations experienced during constitutionalism and its reflections on the constitutional role reserved for the Powers of the Republic is to contribute to the discussions about the arduous task of realizing fundamental rights in a democratic environment and from a constitutional perspective.

Keywords: constitutionalism; public policy; separation of powers; control administrative act; social rights effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho traça um breve resumo acerca dos Poderes do Estado ao longo do constitucionalismo, com foco sobre o papel da Corte Constitucional no controle da Administração Pública e na efetivação de direitos fundamentais.

A forma constitucional representou a elevação ao ápice de um sistema de normas que procurava evidenciar a racionalidade dos direitos naturais. O constitucionalismo é uma das características da modernidade que permitiu o reconhecimento dos direitos, alçando-os ao *status* de direitos fundamentais. Significou, num primeiro momento, a limitação ao poder absoluto e também a organização do Estado com certa estabilidade. Entretanto, o declínio do liberalismo econômico provocou profundas mudanças nas tarefas do Estado. Os cidadãos, embora livres e iguais em direitos, não tinham acesso à dignidade inerente a sua condição de pessoa humana.

A mudança de atribuições trouxe a necessidade da afirmação dos direitos sociais. A história mostrou que o Estado paternalista não cumpriu a sua missão constitucional de efetivação de direitos. As tarefas se ampliaram, passando a abranger a prestação de saúde, seguridade social, educação, saneamento básico, habitação, trabalho, lazer e outras. Contudo, a realização das políticas públicas não levava em conta a opinião daqueles que eram os seus destinatários: os cidadãos. A cidadania se esgotava no direito de escolher os agentes executores.

Por isso, aponta-se, atualmente, o paradigma democrático como o modelo que deve assumir a Constituição para permitir que os cidadãos participem mais ativamente das escolhas políticas, a fim de que o Estado, por meio de seus Poderes, desempenhe seu papel com mais efetividade e legitimidade.

A ampliação das tarefas do Executivo, em detrimento do Legislativo, acarretou um inchaço da Administração Pública, que passou a exercer uma função regulatória marcante, em razão da existência de leis cada vez mais genéricas, decorrência da complexidade e rapidez do avanço técnico e social.

O propósito do trabalho é fazer um esboço da evolução do papel do Poder Judiciário no controle das políticas públicas ao longo do constitucionalismo. Nessa ótica, utilizando o método dedutivo, este estudo se propõe analisar, com base em revisão de conceitos clássicos presentes na doutrina e também em análise de novos desenvolvimentos da literatura e da juris-

prudência, o papel do Estado e dos seus Poderes ao longo do constitucionalismo, com foco sobre a evolução da função do Judiciário em relação à efetivação das políticas públicas e à imposição de limites à atuação administrativa. Espera-se trazer à discussão algumas questões importantes para melhor compreender o constitucionalismo na atualidade brasileira, especialmente a partir da construção dos direitos fundamentais no texto Constitucional de 1988.

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos subjetivos públicos surgiram com o reconhecimento dos direitos do homem, os quais são inerentes à pessoa humana e contrapostos ao Estado, que, a partir das Declarações de Direitos, passou a ter a função de tutelá-los e, principalmente, de não praticar atos atentatórios a tais direitos.

Nessa primeira fase, conhecida como Liberal, o Estado tinha o dever de não interferir na esfera de liberdade de atuação dos indivíduos, o que configurava as *liberdades públicas negativas* ou *direitos negativos*. Esse período está relacionado à origem da *primeira geração* ou *dimensão* de direitos fundamentais.

Numa segunda etapa, houve o reconhecimento de novos direitos, a chamada *segunda geração* de direitos fundamentais. Passou-se a exigir do Estado a realização de *prestações positivas* e não apenas um comportamento abstencionista. O ente público tornou-se responsável por oferecer condições mínimas para a vida humana com dignidade, garantindo direitos como a saúde, o trabalho, a previdência social e outros que compõem os chamados *direitos sociais*, até hoje ainda não oferecidos de maneira satisfatória a todos os cidadãos.

Esse período foi marcado pelo aumento expressivo das funções do Estado, o *Welfare State* ou Estado Social, que tinha o papel de promover a economia e o bem-estar social dos cidadãos. A expansão das tarefas a cargo do Estado trouxe a necessidade de ampliação do arcabouço normativo em que este se apoiava, tanto por meio de novas leis, cada vez mais genéricas e abstratas, quanto pela existência uma quantidade exorbitante de atos normativos infralegais muitas vezes em conflito com a Constituição. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 133-134).

Posteriormente, foram reconhecidos novos direitos, os de *terceira geração*, com enfoque na interação do ser humano com seus semelhantes (solidariedade), o que deu origem a direitos cuja titularidade não pode ser identificada (os *direitos difusos*) como o direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade etc.

Paulo Bonavides (2020, p. 571) menciona a existência de direitos fundamentais de quarta geração, decorrentes da “globalização política na esfera da normatividade jurídica”, que para ele compreendem o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Além disso, defende a migração do direito à paz da terceira para a quinta geração ou dimensão.

É possível afirmar, como anota Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 61), que a positivação dos direitos fundamentais os fez integrar o núcleo substancial da Constituição Federal de 1988 (CF/88), formado pelas decisões fundamentais. Ademais, conforme acrescenta Sarlet:

[...] os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. (SARLET, 2015, p. 147).

A breve síntese acerca das etapas de reconhecimento dos direitos fundamentais permite situar o âmbito de atuação da Administração Pública para a efetivação dos direitos, principalmente os direitos sociais, bem como o papel do Poder Judiciário em relação ao controle da Administração Pública e à concretização desses direitos.

3. O PODER DO ESTADO E SUAS SUBDIVISÕES SEGUNDO OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

O Estado Democrático de Direito foi o modelo adotado pela CF/88 (art. 1º) como ideal para o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa, solidária e sem discriminações (art. 3º, incs. I a IV).

A modernidade vive atualmente uma grande revolução tecnológica, das comunicações e dos modos de produção. Nesse sentido, Ulrich Beck (2010, p. 279-280) observa que a sociedade do risco exige das instituições políticas a gestão de um desenvolvimento não planejado, mas que exige respostas. A sociedade está cercada de disparidades, tanto econômicas quanto culturais. O progresso da ciência deixou de ser ficção para se tornar realidade, trazendo mudanças de grande proporção na sociedade. Nesse contexto, o cumprimento dos objetivos esperados pelo Poder Constituinte demanda uma atividade complexa de interpretação das normas constitucionais.

Essa meta constitucional é ousada. Por isso, em uma sociedade extremamente plural, díspar e complexa (LUHMANN, 1995, p. 25) como a brasileira, uma profusão de valores de diversos matizes foi carregada para o Texto Constitucional, que se fundamenta, por essa razão, em uma base principiológica ampla.

As leis emanadas do Legislativo tendem a ser cada vez mais genéricas e abstratas, refletindo o que Beck (2010, p. 281) chama de “*perda de importância do parlamento*”; estão sujeitas cada vez mais à complementação normativa a cargo do Executivo, como ocorre com as agências reguladoras, que se despontam em relação às leis pelo exercício do poder regulamentar com base na discricionariedade das normas técnicas. Cabe questionar, nesse contexto, o quão preparados estão administradores públicos para assumir um papel afirmativo na construção dos direitos, ou seja, se já se libertaram de concepções fundadas no modelo de Administração burocrática, formalista e despreocupado com a realização dos direitos fundamentais.

3.1 OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

As constituições surgiram como uma invenção da modernidade, numa época em que o desenvolvimento humano possibilitou erigir a compreensão da ciência como conhecimento imutável, principalmente em relação às ciências naturais e às ciências exatas.

A fórmula constitucional representou o ápice de um modelo normativo composto por um sistema de normas que procurava evidenciar a racionalidade dos direitos naturais. A ciência, na modernidade, passou a ser compreendida como conhecimento imutável e absoluto. Porém, as conquistas tecnológicas foram utilizadas pelo ser humano para alcançar objetivos despidos de ética e de crítica sobre si próprios.

A ausência de critérios éticos em relação ao comportamento do Estado possibilitou o uso da ciência para propósitos desumanos, como o extermínio em massa. A ciência, outrora tratada como ilimitada e imutável, é vista atualmente como um discurso refutável, até porque a racionalidade humana, exaltada pelo Iluminismo, tem se mostrado precária e parcial ao longo da história.

Em sua evolução, a ciência se depara com crises cuja superação depende de mudança na forma de compreender concepções anteriores, pois os paradigmas existentes não são capazes de oferecer soluções satisfatórias. O conceito de *paradigma*, surgido na obra de Thomas Kuhn (1970, p. 208, 176) descreve o desenvolvimento científico como sucessão de períodos. Paradigma, segundo ele, “*is what the members of a scientific community share*”, conhecimento compartilhado esse que “*portrays scientific development as a succession of tradition-bound periods punctuated by non-cumulative breaks*”⁴. Trata-se de um modo específico de observar “compartilhado pelos membros de uma comunidade científica” que oferece soluções para “quebra-cabeças” em uma determinada época. A mudança de paradigma possibilita a superação das concepções anteriores, mas traz novos problemas.

Também o direito não escapa às amarras e às armadilhas hermenêuticas características dos demais ramos do conhecimento. Daí a dificuldade de interpretar o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais.

O constitucionalismo enunciou os direitos dos cidadãos livres e iguais. Alçados ao *status* constitucional, os direitos fundamentais enunciam princípios universais que traduzem o reconhecimento de que todos nascem livres e iguais. A liberdade de ação do indivíduo passou a exigir reflexividade relativamente às expectativas de atuação como partícipes do processo de criação dos direitos. Entretanto, anota Habermas, não basta a mera afirmação dos direitos na Constituição, pois

[...] o ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, *se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial*. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, *foi apenas enunciado*

4 O conceito de paradigma, surgido na obra de Thomas Kuhn (1970, p. 208, 176) “é aquilo que os membros de uma comunidade científica compartilham”, conhecimento compartilhado esse que “retrata o desenvolvimento científico como uma sucessão de períodos ligados à tradição pontuados por rupturas não cumulativas” (Tradução livre do original).

no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. (HABERMAS, 2011, p. 167, grifo nosso).

É necessário compreender a complexidade que caracteriza a sociedade moderna para se obter a atualização permanente do conceito de cidadania e a busca pela efetivação desses direitos. O conteúdo de tais direitos, por sua vez, deve ser explicado historicamente (BOBBIO, 2004, p. 5). Jürgen Habermas anota que a noção de paradigma permite a construção das bases para a compreensão dos direitos fundamentais, orientando a edificação de uma comunidade de cidadãos livres e iguais⁵. Segundo Menelick de Carvalho Netto (2002, p. 68-75), o constitucionalismo pode ser reconhecido como uma linha de continuidade subjacente às expressivas rupturas que assumiu na história das constituições uma feição paradigmática de acordo com a qual podem ser identificados três grandes paradigmas: o do Estado de Direito, o do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito.

3.2 O ESTADO LIBERAL

O Estado de Direito ou *Liberal* foi marcado pelo reconhecimento da igualdade e da liberdade dos cidadãos, como resposta ao arbítrio dos governantes. Surgiu como decorrência de manifestações dos cidadãos, a partir de ideias iluministas e da Revolução Francesa.

A noção de separação de poderes, que já aparece em Aristóteles, foi também sugerida por pensadores como Locke e Rousseau e desenvolvida por Montesquieu (SILVA, 2017, p. 113). Essa separação era justificada pelo caráter passageiro do processo de elaboração da lei, enquanto que a aplicação é uma atividade contínua. Além disso, a aplicação da lei tende a ser mais imparcial se for realizada por pessoa diferente daquela que a idealizou. Conforme a proposição de Montesquieu, as funções do Estado foram destacadas em três poderes, a fim de diminuir as arbitrariedades que a concentração do poder gerava. Criou-se, a partir daí, um sistema de freios e contrapesos destinado a resguardar os direitos individuais.

A Administração Pública se caracterizou pela legalidade. O próprio Estado deveria respeitar os direitos dos cidadãos. O Estado de Direito permitiu a ruptura com o Absolutismo medieval por meio da afirmação de que os homens são livres, iguais e proprietários. O constitucionalismo, por seu turno, possibilitou a garantia dos direitos individuais necessários ao livre curso do espaço privado.

No Brasil, o poder político foi estruturado nos moldes da separação dos poderes. Segundo a visão clássica, a confecção da lei, expressão da vontade geral, cabe ao Legislativo, constituído pelos representantes do povo. O Executivo tem como norte a legalidade e deve proceder conforme prescreve a lei. O Poder Judiciário, por seu turno, é incumbido de decidir conflitos entre particulares e entre estes e o Estado, incumbindo-lhe interpretar as leis e a Constituição. Pedro Lessa (apud FERREIRA FILHO, 2011, p. 191), na obra *Do Poder Judiciário*, afirmava que a missão do Poder Judiciário é “aplicar contenciosamente a lei aos casos particulares”.

5 Assim esclarece Jürgen Habermas (1998, p. 13): “These images or paradigms provide the background for an interpretation of the system of basic rights. In other words, they orient the project of realizing an association of free and equal citizens.” Tradução livre do original: “Essas imagens ou paradigmas fornecem o pano de fundo para uma interpretação do sistema de direitos básicos. Em outras palavras, orientam o projeto de realização de uma comunidade de cidadãos livres e iguais.”

O Judiciário tem a função de dizer o direito, assegurando a vigência da lei. Entretanto, segundo a visão clássica, não pode apreciar o mérito dos atos praticados pelos outros poderes (FERREIRA FILHO, 2011, p. 193). A doutrina separou as questões políticas das questões jurídicas. O acerto ou desacerto das questões políticas deveria ser aferido pelos eleitores no escrutínio seguinte. Os aspectos políticos sempre foram ligados à discricionariedade.

Atualmente, o princípio da separação dos poderes não possui a rigidez característica de sua origem. Com a ampliação das tarefas a cargo do Estado, os poderes atuam em colaboração uns com os outros, podendo se falar em uma convivência independente e harmônica (SILVA, 2017, p. 113).

A aparição do controle de constitucionalidade das leis evidenciou a discordância entre o Legislativo e o Executivo, cabendo ao Judiciário a palavra final sobre a validade de uma lei em confronto com o texto constitucional. Isso ficou evidente a partir do caso *Marbury versus Madison*. A função jurisdicional enquanto guardião da lei faz prevalecer, no caso concreto, a lei hierarquicamente superior. Quando confrontada com a Constituição, uma lei deixa de ser aplicada. Na Constituição de 1934, o Senado Federal tinha a função de suspender a execução da lei declarada inconstitucional (art. 91, inc. IV).

A criação de uma corte com a incumbência específica de ser a guardiã da Constituição foi inspirada por Hans Kelsen, que idealizou o Tribunal Constitucional austríaco, o qual serviu de inspiração para os modernos tribunais constitucionais.

O declínio do liberalismo econômico provocou mudanças profundas nas tarefas do Estado. A Revolução Industrial e os movimentos socialistas por ela desencadeados evidenciaram que a mera garantia de liberdade formal não bastava aos indivíduos se não lhes fosse proporcionada a oportunidade de gozar plenamente dessa liberdade. Embora livres, estavam presos a condições sociais e econômicas que os impediam de desenvolver seus atributos como pessoas humanas. O crescimento econômico da burguesia contrastava com a miséria daqueles que constituíam a força de trabalho. Não bastava que o Estado permanecesse inerte, garantindo simplesmente a liberdade e a igualdade formal diante de situações em que se agravavam as desigualdades sociais.

3.3 O ESTADO SOCIAL

Descobriu-se que não é possível ser livre em uma sociedade que reconhece a todos como formalmente iguais, mas não oferece mecanismos para que os diferentes possam eliminar suas mazelas. O mercado, sozinho, não possibilitou ao indivíduo condições de desenvolvimento e de livrar-se da miséria. Coube ao Estado desempenhar um papel mais ativo para tentar diminuir essas desigualdades.

Essas transformações foram absorvidas pelas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919). Posteriormente, as constituições de outros países passaram a adotar essas preocupações sociais. As ações administrativas do Estado, entretanto, continuaram voltadas para a satisfação do interesse geral. Nesse contexto, é possível afirmar, como pondera Jean Rivero, que o que mudou foi o conceito de interesse geral⁶.

6 De acordo com Jean Rivero (1965, p. 23), “[...] la conception de l'intérêt général s'est profondément transformée, à partir de la fin du XIXe siècle”. Tradução livre do original: “[...] a concepção de interesse geral foi profundamente transformada, a partir

As técnicas inovadoras de produção e a concentração dos negócios comerciais acarretaram alterações na noção de interesse geral, que passou a englobar tanto a tutela da ordem econômica, para evitar a ruína dos empreendimentos, como da ordem social, ansiosa por instrumentos de superação das desigualdades⁷. O paradigma do Estado Social foi marcado pela intervenção do Estado nas ordens econômica e social, no intuito de evitar que crises financeiras tornassem ainda mais profundo o abismo que separava os menos favorecidos da cidadania.

O papel da Administração Pública passou a ser o de fornecer meios que possibilitassem a igualdade para além das garantias meramente formais, uma vez que o paradigma liberal se mostrou insuficiente para garantir os anseios criados pela Revolução Industrial, pelo desenvolvimento das cidades, pelo comércio internacional e pelas transformações sociais. O interesse público deixou de ser que o Estado se mantivesse ausente do mercado e da sociedade, os quais encontraram dificuldades em contornar os problemas sociais. Assim, a atuação da Administração Pública direcionou-se para prover as necessidades básicas da sociedade. Com isso, os orçamentos dos Estados ficaram cada vez mais abrangentes e os valores mais significativos, acarretando a necessidade da criação de novos tributos. Proporcionalmente ao crescimento do Estado, aumentam as exigências de maior arrecadação para custear as obras e serviços públicos.

As Constituições do Estado Social recorreram à utilização de normas programáticas, por meio de ações intervencionistas, no intuito de torná-las mais próximas da realidade. O problema hermenêutico voltou-se para a possibilidade de se obter dos juízes e tribunais tutela específica em relação aos direitos sociais e econômicos. A Constituição de 1934, influenciada pela de Weimar, trouxe instrumentos de controle dos atos administrativos como a ação popular e inseriu o mandado de segurança entre os direitos individuais. Previu também o controle direto de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, com a constitucionalização da Justiça Eleitoral, “a própria integração dos órgãos políticos passou às mãos de um ramo do Judiciário” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 199).

3.4 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As atividades incumbidas ao Estado se ampliaram, passando a abranger a prestação de saúde, seguridade social, educação, saneamento básico, habitação, lazer e outras necessidades mínimas para a garantia de uma vida digna. Esse crescimento das atividades do Estado Social quase sempre tende a impor padrões de comportamento nos cidadãos destinatários das políticas públicas, como adverte Jürgen Habermas⁸. O Estado passou a ditar as regras de comportamento que seus dirigentes entendiam adequadas, o que excluiu a participação dos principais interessados: os cidadãos (CARVALHO NETTO, 2002, p. 78).

do final do século XIX”.

7 Conforme destaca ainda Jean Rivero (1965, p. 24), “[...] l'évolution économique développe, au plan social, des faiblesses et des misères: celles du prolétariat industriel urbain, que l'intérêt général ne permet pas d'abandonner à son sort: d'où le développement d'une administration sociale, et des services qu'impose l'aménagement de la vie urbaine”. Tradução livre do original: “[...] a evolução econômica desenvolve, no âmbito social, fraquezas e misérias: as do proletariado industrial urbano, que o interesse geral não deixa ser abandonado à sua sorte: daí o desenvolvimento de uma administração social e serviços exigido pelo desenvolvimento da vida urbana”.

8 Jürgen Habermas (1998, p. 17) afirma: “A welfare-state with such overwhelming provisions, however, almost inevitably tends to impose supposedly 'normal' patterns of behavior on its clients.” Tradução livre do original: “Um Estado de bem-estar social com disposições tão esmagadoras, no entanto, quase inevitavelmente tende a impor padrões de comportamento supostamente 'normais' a seus clientes.”

Essa exclusão acarretou a crise desse modelo de atuação estatal e, como consequência, verificou-se um abalo no conceito de separação dos poderes. O incremento das funções do Executivo necessárias à garantia do bem-estar social e as exigências de prestação jurisdicional decorrentes do aumento dos conflitos entre pessoas buscando a afirmação dos seus direitos desestabilizaram a noção clássica de separação de poderes. Com o aumento do poder discricionário do Executivo e o inchaço da Administração Pública representado pela necessidade de manutenção de um imenso aparato burocrático, a corrupção atingiu níveis inimagináveis, cujos efeitos estão sendo sentidos nos dias atuais.

Além disso, a elaboração das leis, incumbida ao Legislativo, passou a ser cada vez mais genérica e abstrata, em razão da alta complexidade técnica das matérias a cargo do Legislativo, como comunicações, internet, biodiversidade, meio ambiente, produção de medicamentos, pesquisa científica, ensino, desenvolvimento tecnológico, produção de combustíveis, mercado, livre concorrência, cultura, meios de transporte, entre diversas outras. Além das tarefas administrativas, cabe ao Executivo o papel de regulamentar as leis, detalhando sua aplicação com o auxílio dos ministérios.

Outro problema foi a inserção, nos textos constitucionais, de conceitos jurídicos indeterminados, princípios abrangentes e normas programáticas, o que enfraqueceu a noção tradicional de segurança jurídica. Além disso, os cidadãos permaneceram excluídos dos processos decisórios, tornando-se meros usuários de bens e serviços providos pela Administração. O modelo de Estado interventivo fez crescer sua força e presença em vários setores e possibilitou o surgimento de regimes totalitários.

Essas e outras consequências determinaram a superação do paradigma do Estado Social, superado pelo Estado Democrático de Direito, com o intuito de tornar a Administração Pública mais democrática e participativa, permitindo ao cidadão ser considerado como parte integrante do processo de desenvolvimento.

O Estado Democrático de Direito busca “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana” (SILVA, 2017, p. 121). Surgiu como um novo paradigma, para entender a cidadania como um processo de materialização de direitos. Como afirma Jürgen Habermas, o conceito de direito deve ser extraído a partir de uma discussão pública em que estejam inseridos os principais interessados (HABERMAS, 1998, p. 24). O espaço público não pode ser visto simplesmente como estatal. De igual modo, o espaço privado não pode ser considerado domínio absoluto do indivíduo. A sociedade atual é complexa e o constitucionalismo, hoje, fundamenta a liberdade na participação dos cidadãos no processo de materialização de direitos.

4. AS CONSTITUIÇÕES E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

A interpretação da norma constitucional, conforme leciona José Duarte Neto, pode ser realizada pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário:

A norma constitucional, como qualquer outra, exige a interpretação. Em linhas gerais, consiste na identificação de um sentido implícito em um enunciado normativo, a imputação de um significado ou a reconstrução do conteúdo da norma. (DUARTE NETO, 2010, p. 164).

O Poder Legislativo possui a tarefa típica de especificar o sentido, o alcance ou o conteúdo da norma constitucional (DUARTE NETO, 2010, p. 166). A interpretação legislativa pode ser realizada também pelo Poder Executivo, na expedição de regulamentos, o que se mostra uma tendência à medida em que se ampliam as funções do Estado.

No desempenho de sua função administrativa, os Poderes da República também contribuem para a mutação do sentido da Constituição. Essa função é tarefa típica do Poder Executivo, mas também é exercida de forma atípica pelos demais Poderes. Outras formas de interpretação, como a popular e a doutrinária, mencionadas por José Duarte Neto (2010, p. 167) também possuem menor importância na modificação do sentido da Constituição.

A atividade administrativa, guiada pela Constituição e vinculada ao princípio da legalidade estrita, implica a interpretação dos princípios constitucionais e frequentemente carece de uma atividade normativa secundária. Como afirma Luís Roberto Barroso:

A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem aos intérpretes um significativo espaço de discricionariedade. (BARROSO, 2009, p. 111).

A dificuldade de interpretação surge a partir da existência de fórmulas vagas, abstratas, genéricas e desprovidas da necessária complementação legislativa, também descritas por Paulo Bonavides:

[...] na Constituição de 1988 as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora. (BONAVIDES, 2020, p. 382).

De outro lado, a generalidade e abstração, filtradas pela discricionariedade administrativa, produzem uma grande quantidade de atos administrativos em contrariedade com o texto constitucional. Nesse sentido, aponta Gustavo Zagrebelsky (2009, p. 37) que a *pulverização* legislativa atual, acarretada pela multiplicação de leis específicas e de reduzida duração, fez a lei perder seu caráter de generalidade e abstração. A exigência reguladora tem feito as normas perderem seu lugar para outras espécies normativas, como decretos, portarias e outras medidas. Marçal Justen Filho (2002, p. 27) afirma que “[o] modo de realizar o bem-comum, num Estado Regulador, consiste na atuação regulatória, o que se traduz basicamente na edição de regras e outras providências orientadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições.”

Conforme pondera Paulo Bonavides (2020, p. 232), as Constituições contemporâneas vivenciam um drama jurídico que se assenta “na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas”.

A interpretação da Constituição é o maior desafio quando ocorre o confronto entre o seu texto e qualquer outra lei ou ato normativo. Assim, a forma de interpretação das normas

constitucionais que possui maior relevo para as Constituições rígidas é aquela realizada pelo Poder Judiciário. É o que aponta José Duarte Neto:

O sentido primeiro das Constituições Rígidas é transformado e atualizado por meio do controle de constitucionalidade, que abre caminho para uma complexa dialética sobre a natureza, princípios e institutos de Direito Constitucional.

[...]

O emprego da interpretação jurisdicional como instrumento fundamental de atualização tem a Constituição americana como padrão. Tal se deve pela adoção do Princípio da Supremacia Judiciária, que permite que os conflitos entre os atos do Governo e a Constituição sejam decididos em instância final pela Suprema Corte. (DUARTE NETO, 2010, p. 168).

Pode-se afirmar, nesse sentido, que a CF/88 adotou uma forma *forte* de controle judicial, chamada por Mark Tushnet (2009, p. 66-75) de *strong-form judicial review*.

Toda Constituição deve estar aberta aos desafios sociais e democráticos, inclusive as Constituições rígidas. É preciso reconhecer a normatividade da Constituição, que não se restringe à soma das forças sociais e políticas que a determinam. Assim, a Constituição também contém pretensões de concretização de direitos (HESSE, 1991, p. 14-15). Como afirma Luís Roberto Barroso (2009, p. 256), “[a] Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa.” Essa força normativa tendente a condicionar a realidade se verifica, principalmente, em relação aos direitos sociais.

Mesmo as constituições rígidas devem possuir a abertura necessária para a mobilidade das transformações sociais. Além disso, a concretização dos direitos sociais é uma decorrência de sua força normativa e, por essa razão, as garantias da rigidez constitucional são importantes para a efetivação desses direitos.

Salienta a respeito José Duarte Neto (2010, p. 176) que “[a]s garantias da Constituição são o resultado de um processo histórico evolutivo que se identifica com a consolidação das Constituições Rígidas e com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito.” No Estado Liberal, não havia garantias jurídicas, mas apenas garantias políticas representadas pelo equilíbrio entre os Poderes. O Judiciário exercia o controle dos atos da Administração Pública apenas quando havia violação ao direito à liberdade, o que era feito por meio do *habeas corpus*.

Com a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, outros direitos líquidos e certos passaram a ser tutelados pela via jurisdicional, por meio da utilização do mandado de segurança. No Estado Social, as garantias de direitos ganharam normatividade e o descumprimento da Constituição passou a ser combatido por meio do aumento da judicialização. Assim, nas Constituições rígidas, os instrumentos de correção das inconstitucionalidades foram institucionalizados.

4.1 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição de 1824 foi inspirada nas constituições liberais europeias e adotou o modelo francês de monarquia constitucional, diferentemente do que aconteceu com outros países latino-americanos, que buscaram inspiração no modelo norte-americano. A influência mais evidente foi a de Benjamin Constant, que pode ser vista principalmente na instituição do

Poder Moderador, concebido para servir de fiel no equilíbrio entre os demais poderes (DUARTE NETO, 2010, p. 207).

Durante o período imperial, o papel do Judiciário era limitado, panorama esse que só foi mudar significativamente após o início do período republicano (LIMA; ACIOLY FILHO, 2019, p. 82). Na vigência da Constituição de 1824, a separação de poderes foi comprometida pela existência do Poder Moderador, que, longe de garantir o equilíbrio entre eles, permitia, concentrado nas mãos do Imperador, uma preponderância do Monarca, que terminava por impor sua vontade.

No Império, houve grande instabilidade política, principalmente no Segundo Reinado, com a sucessão de trinta e seis gabinetes e o exercício do Poder Moderador para a nomeação e destituição de ministros sem sustentação de uma maioria parlamentar. Não obstante, segundo José Duarte Neto (2010, p. 214), a instabilidade não atingiu profundamente o âmago da Constituição de 1894, que se tratava de uma Constituição estável, isto é, “as decisões políticas fundamentais tomadas em 1824 sobreviveram aos conflitos normativos, políticos e sociológicos”. A estabilidade se verifica, inclusive, por ter sido a de maior duração.

Já as Constituições republicanas, apesar de manterem decisões políticas fundamentais semelhantes, foram marcadas por alternâncias que “não permitem um juízo de estabilidade, principalmente, porque foram diferentes as rupturas e diversas as exteriorizações do Poder Constituinte, por meio de outorgas ou de Assembleias Constituintes”. (DUARTE NETO, 2010, p. 217).

A Constituição de 1891 foi a que demonstrou maior ruptura com a ordem constitucional antecessora. Por influência de Rui Barbosa, a inspiração foi a Constituição dos Estados Unidos da América. Nas Constituições posteriores a 1891, o sistema de controle de constitucionalidade “se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do método concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do europeu” (SILVA, 2017, p. 50). A Carta Republicana, em contraste com a Constituição do Império, adotou a forma de governo presidencialista e o sistema federativo, concedendo autonomia aos entes federados, bem como a tripartição de poderes, independentes e harmônicos entre si. No entanto, como observa José Duarte Neto, a Constituição de 1981 distanciou-se da realidade sociológica, pois os governantes eram escolhidos a partir da alternância das elites estaduais no poder. Para Duarte Neto (2010, p. 220), “... a separação de poderes foi conspurcada pela exorbitância ou preponderância da Presidência da República. O que se pretendia corrigir com a extinção do Poder Moderador, o presidencialismo não corrigiu”. A instabilidade do período decorreu da discrepância entre as normas de organização social e a realidade política e culminou com a Revolução de 1930.

A Constituição de 1934 teve início com a revolução de 1930, que pôs fim à ordem constitucional então existente. Essa Constituição se caracterizou por romper com a tradição liberal e buscar inspiração na Constituição de Weimar, no intuito de estabelecer uma democracia social. Foram preservados valores como a liberdade, mas o que merece destaque foi a introdução de direitos sociais e econômicos no texto constitucional.

Foi um período de crises na história política brasileira. Havia lutas sociais e políticas que pretendiam mudar os rumos do Estado, para atribuir-lhe a realização dos direitos sociais. Esses acontecimentos exerceram influência nas regras de direito constitucional. José Duarte Neto

(2010, p. 229) aponta que o elemento desestabilizador dessa Constituição, contudo, foi a figura do próprio Getúlio Vargas, que se utilizou de suas atribuições como chefe do governo provisório e como Presidente da República para empreender manobras que o manteriam no poder.

A Carta de 1934 teve uma curta duração e foi substituída, com o golpe que instituiu o Estado Novo, pela Constituição de 1937, que marcou um período de instabilidade constitucional e de insegurança jurídica. Essa Carta proibia os juízes de conhecer questões políticas (art. 94) e restringia a sua competência para decretar a inconstitucionalidade de atos normativos (art. 96). A Carta de 1937, outorgada, também teve vida curta e não exerceu influência sobre as que lhe seguiram.

A Constituição de 1946 veio após a queda do Governo Vargas, em outubro de 1945 e trouxe, como importante inovação, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição (art. 141, § 4º). Constitui, na síntese de José Duarte Neto (2010, p. 236), “uma reprodução mais bem acabada do texto constitucional de 1934, por isso, ao invés de apresentar-se afeiçoada ao ambiente do pós-Guerra, trazia similitude com as Constituições positivadas antes de 1939”. Na vigência dessa Constituição, foi introduzida, pela EC n. 16/1965, a ação direta de inconstitucionalidade de caráter genérico, atribuindo competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual apresentada pelo Procurador-Geral da República.

A Carta de 1946 foi marcada por um período de crise política e tentativas de golpe que culminaram com a Revolução de 1964 e a instalação da ditadura militar no país. Com o Regime Militar, foi promulgada a Constituição de 1967, a qual ampliou sobremodo os poderes ao Presidente da República, conferindo-lhe a iniciativa para propor emendas à Constituição, bem como a atribuição de editar decretos com força de lei, nas situações de urgência ou de interesse público relevante, sobre matérias relativas à segurança nacional e às finanças públicas (art. 58).

O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, aumentou ainda mais os poderes do Presidente da República e, posteriormente, a Emenda n. 1/1969, considerada por parte da doutrina como uma nova Constituição, alterou inteiramente a Constituição de 1967. Durante a Ditadura Militar, principalmente após a edição do AI n. 5/1968, os Poderes Legislativo e Judiciário tiveram suas funções limitadas e foram postergados da tomada de decisões a respeito dos rumos que deveria seguir o país.

4.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 200) que, na constituinte de 1987-88, a combinação de propostas desconexas resultou em uma profunda e inesperada transformação do Poder Judiciário. Os magistrados conseguiram a aprovação da autonomia financeira (art. 99) e da atribuição para os tribunais proverem os cargos de juiz (art. 96, I, c). A transformação do Tribunal Federal de Recursos no Superior Tribunal de Justiça aliviou a carga do Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe focar na guarda da Constituição, apesar de a Corte Suprema estar atualmente sobrecarregada.

A CF/88 é demasiadamente analítica e trouxe diversas inovações. Tem dentre suas características o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais e a consagração de tantos princípios que, às vezes em aparente colisão, exigem dos aplicadores um grande esforço interpretativo⁹.

Além de aplicar contenciosamente a lei aos conflitos entre particulares, a importação do *due process of law* (art. 5º, inc. LIV), inclusive em seu aspecto material, permitiu ao magistrado questionar a razoabilidade das leis.

A CF/88 trouxe diversas formas de controle de constitucionalidade, que tem início nas Comissões de Constituição e Justiça de ambas as casas do Congresso Nacional, passa pelo poder de veto do Executivo, mas tem destaque no papel conferido ao controle jurisdicional. Optou-se por um modelo complexo de controle de constitucionalidade, no qual podem ser identificadas características dos sistemas americanos associadas ao controle concentrado (este influenciado por Hans Kelsen).

Foi mantido o controle difuso, permitindo a qualquer juiz declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do Executivo e deixar de aplicá-los no caso concreto (art. 97). Entretanto, as maiores mudanças foram em relação ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, transformado em uma verdadeira Corte Constitucional.

O controle pela via de ação direta pode ser exercido como preliminar para a intervenção (art. 36, III). Além disso, é possível o controle em relação a lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a).

Antes da CF/88, somente o Procurador-Geral da República era titular da ação direta de inconstitucionalidade. A partir da Nova Carta, ampliou-se o rol dos legitimados (art. 103). Com a inovação, a ADI passou a ser largamente utilizada para afastar leis e atos normativos contrários à Constituição.

Outra novidade foi a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), inspirada na Constituição portuguesa de 1976 (FERREIRA FILHO, 2011, p. 203). O texto constitucional foi tímido, porém, ao estipular que, reconhecida a omissão, apenas será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, cabendo a fixação de prazo (30 dias) apenas se o responsável for órgão administrativo.

Inovação sem precedente no direito comparado foi o mandado de injunção (art. 5º, LXXI). Contudo, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal atribuiu ao mandado de injunção a mesma consequência prevista para a inconstitucionalidade por omissão. Foram necessários alguns anos de evolução doutrinária e jurisprudencial para que a Corte recentemente lhe conferisse os contornos que hoje possui¹⁰.

Outra evolução em relação ao controle de constitucionalidade foi a criação da ação direta de constitucionalidade, originalmente inserida no art. 103, § 4º, pela Emenda Constitucional n. 3/1993. Posteriormente, essa ação foi migrada para o *caput* pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com os mesmos legitimados para a ADI. Apesar da presunção de constitucionalidade

9 Os princípios expressam valores que servem como vetores para o ordenamento. O intérprete, nessa encruzilhada vetorial, se aproxima da figura do juiz Hércules descrita por Ronald Dworkin (2010, p. 165). O caminho a ser seguido dependerá das significações por ele dadas na construção da norma jurídica.

10 No início, a omissão constitucional era apenas comunicada ao poder que estivesse em mora. Posteriormente, o STF passou a assinar prazo razoável para elaboração da norma regulamentadora, como no MI 283. Em 2007, o STF mudou seu entendimento, fixando o direito no caso concreto (MI 721). No mesmo ano, ao julgar o MI 712, que versou sobre a ausência de regulamentação do direito de greve para servidores públicos, o STF atribuiu efeitos *erga omnes* à sua decisão.

característica de toda lei ou ato normativo, a grande quantidade de questionamentos judiciais em relação aos atos dos Poderes Executivo e Legislativo demonstrou a necessidade desse instrumento, que serve para pôr fim aos conflitos que tramitam por anos e às vezes por décadas nas instâncias inferiores. Por meio dessa ação, a decisão definitiva do Supremo é dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Em razão disso, a criação dessa ação, possibilitou maior segurança jurídica e reforçou o papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição.

Conforme anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 206-207), a partir das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, “o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político” e a Corte Excelsa se transforma em legislador negativo.

Impõe registrar, ademais, o papel conferido ao Poder Judiciário pela Constituição, segundo autores como Schnapp, Kunig e Höfling, citados por Ingo Wolfgang Sarlet:

É neste contexto que se tem sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 372-373).

A efetivação dos direitos fundamentais passa, portanto, pelo cumprimento do papel constitucional conferido ao Poder Judiciário de efetuar o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, bem como de definir o conteúdo dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário foi fortalecido na CF/88, assegurando-lhe maior independência. Ampliou-se o controle judicial sobre a administração pública. Antes restrito à mera legalidade, passou a atuar sobre o próprio mérito do ato administrativo¹¹. Verificou-se, assim, uma politização do Judiciário. Apesar de o Judiciário se despontar como um órgão essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, a judicialização da política tende a acarretar a politização da justiça, fenômeno mais facilmente notado em decisões recentes do STF, principalmente nas decisões singulares tomadas por alguns ministros. A tendência de expansão da judicialização das políticas públicas é destacada por Tate e Vallinder (1995, p. 515): “For better or worse, the expansion of judicial power does appear to be a phenomenon that is real and that is shaping and will shape global politics and policy for the foreseeable future.”¹²

Trata-se de um fenômeno mundial que encontra peculiaridades na CF/88, as quais causaram uma defasagem de representatividade dos poderes políticos, deixando um espaço de atuação que passou a ser preenchido pelo Poder Judiciário (ALBUQUERQUE; BAZZANELLA, 2020, p. 153). No Brasil, apenas para citar exemplos de judicialização da política (e, por consequência, das políticas públicas), podem ser apontadas a suspensão da nomeação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro-Chefe da Casa Civil, decidida pelo Min. Gilmar Mendes na medida cautelar em mandado de segurança n. 34.070/DF, em 2016, e a abertura de inquérito (INQ) 4781, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, para investigar notícias fabricadas (as chamadas *fake news*), denúncias caluniosas e ameaças contra a

11 Apesar de a jurisprudência do STF ter pacificado o entendimento de que o controle do mérito do ato administrativo só é cabível nos casos de ilegalidade ou de abuso de poder (ARE 1008992 AgR, 1ª Turma, julg. 14 abr. 2016; SL 885 AgR, Pleno, julg. 25 nov. 2015; RE 636686 AgR, 2ª Turma, julg. 25 jun. 2013; 1ª Turma, julg. 19 jun. 1979), são corriqueiras, em todas as cortes do país, decisões que adentram no mérito de atos administrativos, como as que concedem medicamentos e tratamentos de alto custo ou experimentais e benefícios previdenciários e assistenciais fora das hipóteses legais.

12 Tradução livre do original: “Para melhor ou pior, a expansão do poder judicial parece ser um fenômeno que é real e que está moldando e moldará a política global e as políticas públicas no futuro próximo.” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 515).

os ministros da Corte e seus familiares. A abertura do inquérito, feita pela Portaria 69/2019, do então Presidente da Corte, Min. Dias Tóffoli, foi chancelada pelo plenário, ao julgar improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 572, que questionava a validade da referida portaria. Também merece referência a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, que passaram a ser enquadráveis na Lei do Racismo, de acordo com a decisão do STF, por maioria, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, relatada pelo Min. Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) n. 4733, de relatoria do Min. Edson Fachin. A necessidade de tipificação de tais condutas é evidente; no entanto, a ampliação do alcance de um tipo penal, por interpretação judicial analógica, é passível de críticas. Essas decisões demonstram a ampliação do protagonismo da Corte Guardiã da Constituição, em políticas públicas de direitos fundamentais e inclusive em temas da política, com potenciais reflexos eleitorais, mas, por outro lado, têm sido alvo de críticas, notadamente quanto à sua legitimidade, por não se tratar de um órgão cujos membros foram escolhidos por sufrágio dos cidadãos (ALBUQUERQUE; BAZZANELLA, 2020, p. 156), mas de forma indireta, com indicação do Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal.

4.3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, antes mesmo da promulgação da CF/88, já havia alguns instrumentos de controle dos atos da Administração Pública, o que era feito, por exemplo, pela via da ação popular e pela ação civil pública.

A ação popular foi introduzida pela Constituição de 1934. Entretanto, no início, houve resistência do Poder Judiciário na sua utilização para o controle dos atos da Administração Pública, que estariam sob o manto da *discricionariedade*¹³.

Paulo Bonavides (2020, p. 236) leciona que, sem o reconhecimento, nas Constituições rígidas, da eficácia vinculante das normas programáticas não é possível afirmar a natureza jurídica da Constituição.

Analisando o direito norte-americano em comparação com outros sistemas, Mark Tushnet (2009, p. 228) defende um controle *fraco* feito pelo Poder Judiciário (*weak-form judicial review*), especialmente em relação a direitos sociais, que envolvem questões como distribuição de renda, moradia, saúde etc. para o citado autor, um controle judicial *fraco* pode garantir maior eficácia a esses direitos, reservando-se ao Legislativo e ao Executivo a definição das políticas de bem-estar social.

No Brasil, existem autores que sustentam que o Judiciário deve analisar apenas aspectos ligados à legalidade do ato administrativo. Nesse sentido, pondera Arruda Alvim que:

todos os elementos dos atos administrativos devem, na medida do possível, ser exaustivamente examinados pelo Poder Judiciário, cujo exame, no entanto, confina-se aos limites da legalidade. Isto significa, portanto, que o Poder Judiciário não pode transpor a possibilidade de controle dos atos administrativos para dentro das fronteiras do seu mérito. (ALVIM, 2003, p. 236).

De outro lado, Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 238) lembra que a discricionariedade está relacionada à liberdade de atuação que possui o agente para a prática do ato administrativo, mas não é possível identificar um conceito claro de ato discricionário na doutrina. É preciso distinguir discricionariedade de conceito vago e indeterminado. Os casos que costumam ser citados como exemplos de discricionariedade, como aqueles em que é preciso identificar a finalidade pública, a utilidade social, o bem comum etc. são, na verdade, situações em que é necessária a interpretação de conceitos vagos e indeterminados, reclamando, portanto, uma solução unívoca. A partir dessa distinção, é possível que o magistrado, quando provocado, identifique se foi cumprida a finalidade pública, o bem comum ou a utilidade social. Para o citado autor, “parece correto concluir no sentido de que *qualquer* ato administrativo está sujeito ao controle jurisdicional, quando mentos para verificação da finalidade pública que justifica o *dever* de agir do agente estatal”. (BUENO, 2003, p. 240).

A CF/88 reformulou o papel do Judiciário em relação ao controle dos atos do Poder Executivo, acarretando a judicialização das questões afetas à Administração Pública, o que teve como reflexo, como adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 207), a “politização da justiça”. A Carta de 1988 ampliou o alcance da ação popular e da ação civil pública. O Ministério Público reafirmou seus poderes para a tutela de interesses difusos e coletivos, posteriormente estendidos à Defensoria Pública.

Os poderes conferidos ao Ministério Público na CF/88, tais como a legitimidade para o controle da Administração Pública por meio de atividade investigativa (inquérito civil) e a ação civil pública, são instrumentos que possibilitaram a fiscalização dos atos da Administração Pública, tanto em relação à sua adequação à lei, quanto às opções discricionárias dos administradores. A possibilidade de apreciação na via judicial dos atos administrativos revela uma “tendência a uma judicialização de todos os setores da vida humana”. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 208).

A CF/88 trouxe instrumentos, como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), que são meios de judicializar as questões administrativas, inclusive do ponto de vista político. Até mesmo questões políticas podem ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, ainda mais diante da crise de legitimidade que tem recaído sobre os poderes Legislativo e Executivo.

De outro lado, o texto da CF/88 se sustentou sobre uma larga malha de princípios extremamente abertos, como a moralidade e a segurança jurídica, o que conferiu aos magistrados ampla margem de liberdade para a sua interpretação. Deve-se concluir, com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 209), que “o magistrado, no fundo, é livre para seguir a sua cosmovisão no sopesar o próprio mérito do ato”. O reconhecimento de que o juiz possui tal margem de discricionariedade rompe com o papel que a doutrina clássica lhe atribui.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 213-215) argumenta que a Constituinte de 1988 desejou a judicialização da política, uma vez que o Legislativo e o Executivo não gozavam de credibilidade¹⁴. Contudo, isso não acarretou o aumento do prestígio do Judiciário. Primeiramente, porque a prestação judicial não se tornou efetiva e, ademais, pelo fato de que, com a sua interferência no âmbito político-administrativo, tornou-se corresponsável pela insatisfação da opinião pública com as metas do Governo.

14 A ineficiência das instituições ocupadas por detentores de mandato eletivo é uma das razões apontadas por Tate e Vallinder para a judicialização da política. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 31).

Paulo Bonavides (2020, p. 463) alerta que o fator político é importantíssimo na interpretação das normas constitucionais, sobretudo quando dotadas de certa discricção.

Os membros do Legislativo e os agentes do Executivo também são encarregados de interpretar a Constituição na tarefa de legislar e executar políticas públicas de efetivação de direitos e em diversas ocasiões desempenham esse papel de forma satisfatória¹⁵. Apesar disso, o Poder Judiciário, em nome de um ativismo pretensamente exigido pela democracia, cotidianamente cria direitos em situações não previstas nem na legislação nem na CF/88.

Martonio Mont'Alverne Lima e Evaldo Acioly Filho (2019, p. 88), a partir do texto de Ingeborg Maus intitulado *Judiciário como Superego da Sociedade*, investigam a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas à luz do conceito psicanalítico da *imago* paterna. Maus analisa a jurisprudência constitucional alemã para demonstrar que, por trás da garantia judicial de liberdade e da interpretação constitucional de base principiológica, se esconde a vontade de domínio e arbítrio.

No Brasil, também se verifica essa tendência de o tribunal constitucional se libertar de limitações constitucionais, elegendo os valores que entende mais convenientes segundo seus próprios critérios políticos. A Justiça, nessa ótica, aparece como substituta do próprio imperador. Com isso, o tribunal constitucional se libera até mesmo de qualquer limitação constitucional, retomando aspectos do poder moderador. A corte constitucional, inclusive no Brasil, institui um monopólio da definição dos valores políticos expressos na carta constitucional. (LIMA; ACIOLY FILHO, 2019, p. 90-94).

Evidencia-se a necessidade de que o órgão máximo de controle de constitucionalidade das políticas públicas não se distancie dos limites traçados pelo poder constituinte. A CF/88 exige, em sua aplicação, considerações de ordem política e também orçamentária. Em diversos casos, notadamente na implementação de políticas de saúde, assistência e previdência social, a atuação do Poder Judiciário é crucial para a concretização dos direitos fundamentais. A discricionariedade, no entanto, não pode simplesmente migrar dos poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário. Em relação ao direito à seguridade social, por exemplo, “[e] esse comportamento extrapola a tarefa de controle do Judiciário sobre o Executivo, em afronta a princípios constitucionais como a separação de poderes e o equilíbrio atuarial”. (GARCIA, 2012, p. 220).

Entretanto, é preciso reconhecer que Poder Judiciário desempenha importante papel no controle dos atos da Administração Pública. É crucial para a concretização dos direitos fundamentais, principalmente para que a Administração não utilize a “reserva do possível” como um trunfo para impedir a realização dos direitos constitucionais sociais e econômicos. Também é necessário compreender que o controle judicial a ser exercido em relação à efetivação dos direitos sociais deve ser pautado pelo respeito à legalidade e, em última análise, à Constituição. A consciência do equilíbrio entre os poderes e dos limites constitucionais da própria interpretação impõe que as decisões sejam fundamentadas e que tais fundamentos sejam claros capazes de convencer a sociedade, inclusive com argumentos de natureza orçamentária.

15 A esse respeito, enfatiza Mark Tushnet (2009, p. 157): “In making comparisons with judges, I think it quite important to avoid being romantic about judges while being realistic – or cynical – about legislators and executive official.” Tradução livre do original: “Ao fazer comparações com juízes, acho muito importante evitar ser romântico com os juízes e ser realista – ou cínico – quanto aos legisladores e agentes do executivo.”

5. CONCLUSÃO

O constitucionalismo pode ser reconhecido como uma linha de continuidade subjacente às rupturas que caracterizaram os grandes paradigmas do Estado: O Liberal, o Social e o Democrático de Direito.

A positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional tornou possível integrá-los ao núcleo substancial da Constituição, formado pelas decisões fundamentais. Esses princípios são compartilhados pelos cidadãos em comunidade, que esperam sua realização da maneira mais ampla possível diante das previsões materiais, instrumentais e orçamentárias.

A normatividade da Constituição não se restringe à soma das forças sociais e políticas que a determinam. O Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, caracterizado pelo reconhecimento de direitos e garantias e pela exigência de sua efetivação. Para isso, é necessária a constante reinterpretação dos princípios.

A Administração Pública deve exercer com eficiência o seu papel constitucional de instância concretizadora de direitos, principalmente os direitos sociais, em relação aos quais não basta o mero reconhecimento formal. Esse é o grande desafio a que se propôs o Estado Social, objetivo que não alcançado e encampado pelo Estado Democrático de Direito. Entretanto, muito há ainda a ser desenvolvido em relação às instituições da democracia e à efetivação de direitos, principalmente os sociais, necessários para possibilitar aos cidadãos a fruição máxima da sua dignidade e o *status* constitucional que lhe foi atribuído na CF/88.

A principal consequência das Constituições rígidas é a supremacia da Constituição. Daí a importância dos instrumentos que obstam a discricionariedade do legislador contrária à Lei Maior.

As Constituições de hoje não se resumem a um documento político. Possuem uma normatividade superior à das outras leis. Com o reconhecimento da superioridade hierárquica da Constituição, é possível exigir perante os tribunais a afirmação da sua supremacia nas situações de confronto com a legislação infraconstitucional.

Verificou-se uma evolução significativa do papel do Poder Judiciário, no sentido de possibilitar o controle dos atos da administração pública, inclusive em relação a aspectos ligados ao mérito, tradicionalmente intocáveis, acobertados pela discricionariedade.

Na tarefa de concretização dos direitos fundamentais, deve ser reconhecido que o magistrado possui certa margem de discricionariedade na sua tarefa de controle do ato administrativo que rompe com o papel que a doutrina clássica lhe atribui. A falência dos poderes Legislativo e Executivo na efetivação dos direitos sociais, associada aos escândalos de corrupção envolvendo tais poderes levaram, no Brasil, à exaltação do ativismo judicial como alternativa para o controle e a concretização das políticas públicas.

A crítica que se faz ao Judiciário é o que o diferencia dos demais poderes: seus membros não são escolhidos pelo voto popular. Some-se o fato de algumas decisões judiciais terem se mostrado tão questionáveis quanto as dos demais poderes em termos de legitimidade. Os tempos são de embate entre os poderes e desencantamento dos cidadãos. A preservação da democracia se traduz numa justificação social, necessária para evitar crises e rupturas de difícil superação.

Ponto que merece destaque é a função do Supremo Tribunal Federal, que foi transformado em um verdadeiro tribunal constitucional e tem a importante tarefa de interpretar e garantir a efetivação dos direitos sociais e econômicos. Não se pode perder de vista, nesse aspecto, a preocupação de que a Corte não extrapole os poderes que lhe foram conferidos pela própria CF/88 ao desempenhar a sua função de guardião, para que o controle das políticas públicas se mantenha como uma garantia das expectativas de vigência formal e material da Constituição.

Nesse cenário, a análise evolução das transformações constitucionais vivenciadas durante o constitucionalismo e os seus reflexos sobre o papel constitucional reservado aos Poderes da República poderá contribuir para as discussões acerca da árdua tarefa de efetivação dos direitos fundamentais num ambiente democrático e sob a perspectiva constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de; BAZZANELLA, Sandro Luiz. A judicialização da política como fenômeno do neoconstitucionalismo e os limites da democracia representativa. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 4, p. 151-171, 2020.
- ALVIM, Arruda. A discricionariedade administrativa e o controle judicial. *In*: DIREITO processual público: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 227-237.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Inafastabilidade do controle judicial da Administração. *In*: DIREITO processual público: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 238-248.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 68, n. 2, abr./jun. 2002.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GARCIA, Sílvio Marques. A solução de demandas previdenciárias nos Juizados Especiais Federais por meio da conciliação. *In*: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis. **Juizados Especiais Federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012. p. 207-226.
- HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. Paradigms of Law. *In*: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org.). **Habermas on law and democracy**: critical exchanges. Berkeley: University of California Press, 1998.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAF, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

- KUHN, Thomas. **The structure of scientific revolutions**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ACIOLY FILHO, Evaldo Ferreira. Análise da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como o "superego da sociedade". **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 80-97, jan./jun. 2019.
- LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Júnior e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MOREIRA, João Batista Gomes. Princípios constitucionais da legalidade e eficiência nos concursos públicos. In: MOTTA, Fabrício (org.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 121-138.
- RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: CD, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: London: New York University Press, 1995.
- TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/07/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/07/2022
- Avaliação 1: 13/10/2022
- Avaliação 2: 23/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 01/11/2022
- Retorno rodada de correções: 14/11/2022
- Decisão editorial/aprovado: 14/11/2022

Equipe editorial envolvida

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

DEMOCRACIA E EFEITO BACKLASH NO JUDICIÁRIO: DA INTENÇÃO DEMOCRÁTICA AOS POSSÍVEIS EFEITOS DELETÉRIOS

DEMOCRACY AND THE BACKLASH
EFFECT IN THE JUDICIARY: FROM DEMOCRATIC
INTENT TO POSSIBLE DELETERIAL EFFECTS

MATHEUS TEODORO¹
FERNANDO DE BRITO ALVES²

RESUMO

Contemporaneamente é possível notar o aumento de manifestações populares em desacordo com decisões tomadas pela Corte Constitucional, ensejando o chamado efeito backlash. Portanto, necessária uma análise sobre suas intenções e seus efeitos, de modo a constatar, através do método hipotético-dedutivo, se representa uma maior participação popular, desejável em uma democracia, ou se é sintoma de uma anomalia sistemática. Conclui-se que representa efeito do alijamento do povo nos mecanismos da democracia, de modo que se vê obrigado a reagir, não se olvidando das problemáticas da própria vontade popular.

Palavras-chave: efeito *backlash*; vontade popular; democracia; ativismo judicial; direito constitucional.

ABSTRACT

It is possible to notice the increase in popular demonstrations in disagreement with decisions taken by the Constitutional Court, giving rise to the so-called backlash effect. Therefore, an analysis of its intentions and effects is necessary, in order to verify, through the hypothetical-deductive method, if it represents a greater popular participation, desirable in a democracy, or if it is a symptom of a systematic anomaly. It is concluded that it represents the effect of the jettisoning of the people in the mechanisms of democracy, so that it is forced to react, not forgetting the problems of the popular will itself.

Keywords: *backlash effect; popular will; democracy; judicial activism; constitutional right.*

- 1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Advocacia Cível e Direito Público pela Escola Brasileira de Direito. Especialista em Direito e Processo Previdenciário pela Damásio Educacional. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5863-0238>.
- 2 Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, é especialista em "História e historiografia: sociedade e cultura" pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor da Revista Argumenta, Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2014-2022). Realizou estágio de pós-doutorado no Lus Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014), Visiting researcher na Universidad de Murcia (2019). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8917-4717>.

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

TEODORO, Matheus; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e efeito backlash no Judiciário: da intenção democrática aos possíveis efeitos deletérios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 228-241, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9113>.

1. INTRODUÇÃO

Na construção doutrinária recente, tem-se o desenvolvimento do efeito backlash, originado no sistema judicial americano, em que a opinião popular se mostra fortemente contrária a posicionamento tomado por uma decisão estatal, buscando desconstituir sua vigência.

Nacionalmente opera-se movimento no mesmo sentido. Tratando especificamente de decisões provenientes do Judiciário, mormente de nossa Corte Constitucional, o efeito backlash, em um primeiro momento, busca representar a tentativa de trazer maior legitimidade para os atos deste poder, servindo como indicativo de que se afastou em demasia do que a vontade popular espera.

Assim sendo, partindo do pressuposto de que este efeito backlash procura proporcionar maior participação popular nos meandros do exercício do poder estatal, restringindo a análise em face do Judiciário, nasce a problemática se, de fato, contribui com sua finalidade, ou seja, se proporciona maior democratização do Judiciário ou se representa um sintoma em face de uma anomalia do sistema democrático, que é o alijamento popular de seus mecanismos.

Importante considerar, neste contexto, as dificuldades advindas da vontade popular ouvida de modo direto, como as possíveis distorções de seus intentos, bem como potenciais exageros e equívocos populares.

Portanto, através do método hipotético-dedutivo, será objetivado, neste trabalho, a testagem da hipótese aventada, considerando as possibilidades de efeitos deletérios à democracia, ainda que não sejam pretendidos pela teoria base.

2. EFEITO BACKLASH: A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E SUAS CAUSAS

De início, é fundamental que se tenha uma noção, ainda que não exaustiva, sobre a construção doutrinária a respeito do efeito backlash e as causas que ensejaram a criação deste posicionamento.

Assim sendo, fica clara a contribuição para a criação desta tese a existência de um Judiciário cada vez mais ativo, e ativista, de modo que se incursiona, comumente, por diversos campos sociais, inclusive na seara política, de modo a proporcionar fortes reações populares às decisões que são proferidas. Com isto não se quer dizer que o efeito backlash se limite às decisões emanadas do Judiciário, embora tais decisões sejam exemplos comuns.

Relevante considerar que este estudo se restringirá à relação do efeito backlash em face das decisões do Judiciário, reforçando a ciência de que não se restringe a esse Poder. Ainda, oportuno realizar a ressalva metodológica de que se entende, no caso nacional, que a Corte Constitucional integra o sistema judiciário pátrio. É cediço que em outros Estados ela pode estar fora deste sistema.

Ainda, é dever pontuar que o efeito backlash também alcança decisões de outros tribunais ou mesmo juízes de piso, integrantes inequívocos do sistema judiciário. Como esclarece

Fonteles (2019, p. 34), “também é um erro supor que o *backlash* sempre nasce para contestar decisões colegiadas de Tribunais. O mais rotineiro é que o seja, contudo (...) pode perfeitamente ocorrer contra decisões proferidas por juízos singulares”.

Na senda do que ensina Martins (2021, p. 83-85), o efeito *backlash* representa uma forte reação em face de um ato público, seja uma lei, uma decisão judicial ou um ato da Administração Pública. Na seara do Judiciário, normalmente posta-se em face do ativismo judicial, ou seja, da atividade exagerada do Judiciário, podendo partir tanto da população quanto de outro poder. Esta rejeição, por sua vez, é robusta na busca de resistência em face do cumprimento da determinação.

Neste mesmo sentido, Sunstein sustenta que o efeito *backlash* trata-se de uma reação forte em face de uma decisão judicial controversa, sendo acompanhado de medidas agressivas para a remoção de sua força jurídica (SUNSTEIN, 2007, p. 1).

Necessário ponderar que parte da doutrina relaciona este efeito com posicionamentos conservadores, considerando que as decisões atacadas geralmente ameaçam o *status quo* (POST; SIEGEL, 2007, p. 389). Contudo, atentando-se à cientificidade da abordagem, não se pode olvidar posicionamentos contrários, como os de Kleinlein e Petkova, afirmando que as decisões ensejadoras do movimento nem sempre ameaçam o *status quo*. Desta feita, embora não seja exemplo tão comum, nada impede a existência do efeito *backlash* calcado em posicionamentos não conservadores (KLEINLEIN; PETKOVA, 2017, p. 1075).

A fim de exemplificar esta possibilidade, basta observar as resistências às políticas da Administração de Donald Trump, em sua recente presidência dos Estados Unidos da América. Outro exemplo histórico na América do Norte pode ser visto no caso *Bowers v. Hardwick* (1986), ocasião em que a Suprema Corte Americana não se manifestou sobre a inconstitucionalidade de determinada lei que criminalizava a sodomia. Exemplo mais antigo tem-se no caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), considerando a negativa da Suprema Corte Americana em reconhecer legitimidade de postulação ativa de um escravo que objetivava sua liberdade, ferindo sua cidadania. Portanto, necessário que se entenda o conceito do efeito *backlash* de forma expandida.

Como bem esclarece Fonteles (2019, p. 30), este alargamento da visão sobre o conceito do *backlash* evita “pré-compreensões equivocadas, a exemplo da pressuposição de que o fenômeno tem sempre como escopo conservar o *status quo* de classes dominantes ou impedir o direito de minorias. Essa visão maniqueísta e ideológica atrapalha avaliações posteriores”.

Na visão de Tushnet, inserido no Constitucionalismo Popular, a história dos Estados Unidos da América demonstra uma tendência ao Constitucionalismo popular, defendendo o ponto de vista de que as interpretações da Constituição se devem ao povo, independentemente de, por vezes, contrariar as interpretações dadas pelos Tribunais (TUSHNET, 2006, p. 991).

De outro lado, para o Constitucionalismo Democrático, é necessário um ponto de equilíbrio entre a posição centrada na decisão do Judiciário e o Constitucionalismo Popular, que enfraquece vigorosamente esta prerrogativa. Assim, a Corte Constitucional detém a legitimidade para suas funções interpretativas, porém respaldando-se nos valores e ideais populares (POST; SIEGEL, 2007, p. 374-379).

Assim, para esta doutrina, o *backlash* termina por ser mostrar um movimento natural, considerando que a própria ideia de Constituição é construída com base no diálogo entre autoridades estatais e os cidadãos (POST; SIEGEL, 2007, p. 374).

Como é possível notar, o conceito de backlash não é unívoco. Porém, pode-se entendê-lo como uma reação popular em face de uma decisão controversa emanada de ente estatal como, na hipótese deste estudo, o Judiciário.

Partindo do cenário de estudo deste trabalho, qual seja, o Judiciário, vislumbra-se como principal mote desta reação são as decisões judiciais controversas, que por sua vez são oriundas de uma maior participação do Judiciário no exercício do poder, ainda que político, sustentadas pelo ativismo judicial. Aqui cumpre rememorar a diferenciação entre Judiciário ativo e ativista, feita por Martins (2021, p. 83), quando afirma a maior atividade do Judiciário pelo Neoconstitucionalismo, ao passo que o ativismo judicial se trata de exacerbo deste poder, interferindo em campos que são atribuições dos demais poderes.

Destaca-se, com o supra exposto, uma das principais causas proporcionadoras do ativismo judicial, que é o novo modo hermenêutico que se instaurou no pós-segunda guerra mundial, atribuindo ao Judiciário uma função ativa de concretização de direitos em face das omissões estatais.

Na lição de Bernardes e Ferreira, o termo Neoconstitucionalismo não é unívoco, sendo consoante a “tantas quantas forem as tendências atuais a encarar os rumos dos problemas constitucionais”. Portanto, para diversos autores, representa uma faceta pejorativa, afirmando se tratar de uma doutrina enfraquecedora da supremacia da Constituição, dado que busca atenuar a rigidez constitucional. De outro vértice, esta corrente é caracterizada por parte da doutrina como movimento de superação do positivismo Jurídico, tornando a Constituição “repletas de princípios e regras, bem como pela enunciação de extenso catálogo de direitos fundamentais e, às vezes, de normas peculiares a respeito da interpretação e aplicação das normas constitucionais (BERNARDES; FERREIRA, 2016, p. 58-59).

A pesquisa em análise não se debruçará sobre o mérito da questão do Neoconstitucionalismo, porém assenta-se a ideia de que, por meio desta jusfilosofia, o texto constitucional representa uma verdadeira “Constituição Invasora”, uma vez que invade “todos os assuntos e setores da vida política, social, econômica, cultural, religiosa e jurídica do Estado, condicionando a atividade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário” (BULOS, 2014, p. 79-81).

Logo, considerando que a Constituição é prolixa, aliado a inafastabilidade jurisdicional e ao Neoconstitucionalismo, é evidente que o Judiciário acaba manifestando-se sobre temas em que a divisão entre os campos jurídico e político se mostra tênue.

Isto se deve, dentre outros fatores, ao modo estrutural da Constituição Federal vigente, visto que acaba por concentrar funções e prerrogativas no Supremo Tribunal Federal. Como é notório suas prerrogativas não se limitam às funções de uma corte constitucional, mas também se consubstanciam como “foro judicial especializado e tribunal de última instância recursal” (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 222).

Clève e Lorenzetto se manifestam nos seguintes termos:

Talvez o Judiciário pudesse assumir um papel mais modesto, uma vez reconhecido o fato de que os direitos devem ser garantidos também pelos demais Poderes, às vezes mais próximos da realidade social e detentores de legitimação democrática. Cumpre reconhecer que, nos últimos tempos, multiplicaram-se as objeções quanto a possíveis excessos verificados em decisões judiciais (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 221).

Desta nova sistemática surge um fenômeno, que é a reação em face de decisões judiciais, incomuns nos modelos anteriores, especialmente pelo trato constitucional sintético e pela contenção do Judiciário.

Notório que o efeito backlash tem cunho popular, no sentido de uma reação da população em face de um exagero estatal. Contudo, ainda que em um primeiro momento possa avultar contornos democráticos, elementar que se analise cautelosamente suas possibilidades e resultados, com a finalidade de se observar se, de fato, é benéfico para a democracia.

3. O EFEITO BACKLASH E AS MANIFESTAÇÕES DE DEMOCRACIA

Se à primeira vista o efeito backlash ostenta um caráter democrático, pelo fato de haver resistência popular em face de uma extrapolação estatal, é certo que também pode ser ferramenta para, justamente, afastar a democracia.

A principal causa que ataca a legitimidade do efeito backlash é a ausência de mecanismos para que se constate se de fato é manifestação representante da população, sob pena de gerar dois efeitos indesejados e antidemocráticos, a saber, a utilização deste fenômeno como álibi de posicionamentos pessoais dos julgadores e a modificação de entendimentos democráticos por uma minoria organizada.

É o que conceitua Zagrebelsky, ao indicar as possibilidades de autocracias revestirem-se de contornos democráticos, aparentando respeitar o sistema, mas que em verdade pretendem aquisição e manutenção do poder, incorrendo na possibilidade de um julgamento jurídico passar a ser um julgamento político (ZAGREBELSKY, 2012, p. 95-108).

Tratando do primeiro tema, o fenômeno em estudo pode servir de método para legitimação de decisões judiciais, por mais paradoxal que possa parecer, dado que se há movimento legitimamente democrático se opondo há um posicionamento judicial, as decisões em contrário ganham força. Essa problemática recai na crítica de Streck em face dos métodos interpretativos.

Como aponta Streck as críticas são robustas e numerosas em razão dos métodos de interpretação legais utilizados contemporaneamente, uma vez que disfarçam as ideologias e crenças pessoais que impregnam as decisões judiciais, gerando “o álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito”. Com isto, embora aparentemente vertidos do caráter científico, estes métodos acabam por reforçar a crença de que o Judiciário é alheio a ideologias políticas, buscando transmitir neutralidade à sociedade (STRECK, 2020, p. 244-247).

Pertinente a associação entre a interpretação dos efeitos do backlash com os métodos interpretativos constitucionais e legais, posto que com a aproximação do Direito e da Moral, pretendida pelo Neoconstitucionalismo, o argumento da democracia é extremamente relevante para a interpretação e aplicação do Direito, por meio de decisões judiciais, ainda que seja conceito relativamente abstrato.

Com isto, possibilita-se a argumentação de descrédito em face de determinada decisão judicial, em nome do efeito backlash, em favor de outra, como forma de manipular o julgamento

da lide, especialmente no âmbito colegiado da Corte Constitucional, que trata diretamente com a Constituição e suas abstrações.

Neste contexto, pertinente é a observação de Clève e Lorenzetto, quando sustentam que é necessário vigiar mais proximamente as atividades das Cortes Constitucionais, mormente na contemporaneidade, dada a maior atividade conferida pelos desenhos institucionais traçados atualmente. Esta vigilância deve se atentar, especialmente, no momento em que as decisões tangenciam questões políticas, considerando que a Corte Constitucional, pela estrutura política adotada, tem “capacidade de tomar decisões que afetam de maneira decisiva, para melhor ou para pior, a vida da comunidade” (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 59).

Dito isto, como Zagrebelsky elucida, há plena possibilidade de manipulação da vontade popular pelos detentores do poder, com a finalidade de fortalecimento de suas posições, enquanto atores sociais:

O povo não era ator, mas apenas uma peça no tabuleiro, mesmo se iludindo de ser o protagonista principal. Este é justamente o uso instrumental da “democracia” (...) não precisamos dizer quais sejam hoje as forças dogmáticas (de matriz não somente religiosa, mas também ideológica, nacionalista, racista etc.) que se adequam instrumentalmente à democracia, utilizando-a apenas como um caminho; um caminho, no momento presente, mais fácil que os outros. Nem nos cabe indicar quais sejam as forças cuja aceitação da democracia mal esconde a aspiração ao poder puro. Forças que se tornam fanáticas pela sua verdade. Forças sem alma, para as quais tudo é instrumental, até mesmo a ênfase exibida sobre valores como liberdade, família, solidariedade, amor de pátria. Tudo isso nos é evidente, embora nem todos nós concordemos sobre a identificação concreta dessas verdades. Provavelmente para alguns poderiam parecer dogmáticas as forças que outros achariam céticas, e vice-versa. O campo político é onde as opiniões são mais contrastantes. Para nós, todavia, é importante aqui, falando sobre a democracia, concordar sobre a existência dessas forças, sejam quais forem. A questão é que todas elas concordam em conceber a democracia somente como um meio. Quando a atitude das forças em relação à democracia é amigável, o é apenas como a dos amigos interesseiros. É a democracia dos hipócritas (ZAGREBELSKY, 2012, p. 108).

Isto posto, avulta-se um fator alarmante: como se reconhece que determinadas manifestações populares contrárias à um posicionamento judicial são, de fato, representantes da maioria popular?

Ainda em Zagrebelsky, a fim de ilustrar o que está sob análise, tem-se a passagem do julgamento de Jesus e do clamor popular por sua morte. Como destaca o autor, as manifestações da população que exigiam sua pena capital eram advindas de uma parte ínfima do povo judeu, porém foi tomado como representação da coletividade por interesses políticos (ZAGREBELSKY, 2012, p. 111).

Com isto, incorre-se na segunda problemática, que é a possibilidade de pequenos grupos organizados exercerem pressão através de opinião pública, transmitindo-se a impressão de que suas pautas representam a maioria democrática. Aqui tem-se um debate muito presente na doutrina, que é o governo da maioria em face da defesa da minoria.

Como Agra bem aduz, é pilar de democracia respeitar-se a vontade da maioria, o que de forma alguma deve representar movimento para “tolher direitos fundamentais das minorias que

foram instituídos pela Carta Magna. As minorias devem acatar as decisões políticas tomadas pela maioria, desde que elas não atinjam aqueles direitos considerados essenciais pela Constituição” (AGRA, 2018, p. 667).

Mendes afirma que uma das principais funções da Corte Constitucional é, justamente, “garantir que as decisões políticas majoritárias não desrespeitem um núcleo básico de regras sobre as quais aquela sociedade política se assenta” (MENDES, 2008, p. 3).

Desta feita, se de um lado tem-se a correta impossibilidade de impor-se a vontade da maioria em face da minoria quando lhe atinja direitos fundamentais, evidentemente que não deve uma minoria impor sua vontade à maioria, quando as decisões políticas não representem prejuízos para este núcleo primordial de direitos.

Importante que se destaque este ponto, uma vez que com a ampla possibilidade de judicialização de quase qualquer tema, bem como com os preceitos e princípios abstratos da Constituição, aliado às posições Neoconstitucionalistas, mostra-se possível que a minoria derrotada democraticamente busque um atalho à democracia através do Judiciário.

Cumprir pontuar que o Neoconstitucionalismo instala uma nova forma de interpretação, fortemente principiológica, considerando que “os princípios são maleáveis pois seu significado não pode determinar-se no plano abstrato, mas somente em casos específicos”, delineando-se o “perigo da discricionariedade” (ALVES; SCHERCH, 2018, p. 81)

Com isto aventado, imperioso considerar as diferenças de contexto entre as sociedades americana, originária do conceito de backlash, e da brasileira. Da observação da participação social na política nacional, destaca-se a passividade.

Neste sentido, é histórico que a instauração da República no Brasil, exemplificando esta ausência de participação popular na política nacional, se deu através de um golpe militar, ressaltando-se o que afirma Baleeiro (2012, p. 26): “os assalariados do comércio e os operários ou artesãos praticamente não tiveram voz na Constituinte”.

Nesta senda manifesta-se Beras (2013, p. 174), declarando que da observação da democracia nacional, importada do modelo europeu, não vislumbra-se a existência de sociedade civil organizada ou valores liberais arraigados no ideário social, consoante apresentava-se no sistema modelo.

Assim, a possibilidade de um pequeno grupo organizado politicamente fazer prevalecer a impressão de que suas manifestações são as mesmas da maioria da população é presente. Especialmente se considerado este histórico de passividade de participação popular na política nacional. Inconscusamente o perigo à democracia que daí advém.

A potencialização desta usurpação da maioria democrática é justamente pela falta de mecanismo para aferição da vontade popular. Em verdade, é a falta de mecanismo alternativo, uma vez que o Legislativo é, por excelência, esta ferramenta de representação da vontade do povo, ainda que apresente falhas.

Como ensina Tavares (2016, p. 967), “tradicionalmente, como se sabe, a incumbência de redigir e editar as leis gerais, que devem reger a sociedade, encontra-se atribuída ao Poder Legislativo”.

Streck e Oliveira indicam que esta separação de poderes é doutrina que remonta à “Grã-Bretanha do século XVII, associada, umbilicalmente, a compreensão do *rule of law*”, embora já hajam conceitos pertinentes em Aristóteles e em Cícero (CANOTILHO *et al*, 2018, p. 145).

Aqui cabe descortinar uma crítica realizada ao Legislativo e Executivo, que é a falta de representatividade popular. É notável que há uma crise de representatividade nestes poderes, vislumbrada nas explícitas manifestações de desacordo popular. Contudo, como ensina Gargarella, este defeito no sistema de representação deve incentivar a busca pelo seu aperfeiçoamento e não seu completo abandono (GARGARELLA, 1997, p. 62).

De fato, na senda do que propõe o autor, as críticas dirigidas ao Legislativo e Executivo não autorizam sua substituição pelos juízes, do mesmo modo como não se justifica a instauração de uma ditadura quando há crise no Parlamento (GARGARELLA, 1997, p. 62).

A participação popular na elaboração e estruturação dos processos políticos é basilar para uma democracia saudável, buscando a “conformação com o princípio democrático, capaz de fluir um discurso onde os envolvidos concordem de um modo geral que a decisão foi a melhor escolha possível, no momento em que se produziu” (ALVES; SCHERCH, 2018a, p. 805).

Assim, importante que se compreenda que a existência do backlash é fenômeno da coletividade, fato social, não é, por si, causa de males, mas sim o sintoma de mudanças estruturais na sociedade que acabam por adoecer a separação dos poderes e o ideário democrático, assim como indica certa exclusão do povo do exercício do poder na democracia.

Ademais, para além desta indicação da existência de um descompasso na estruturação de política democrática, forçoso considerar que o efeito backlash pode ser ferramenta de distorções do próprio sistema democrático, como constatado.

4. AS MUDANÇAS DE PARADIGMAS E A REAÇÃO SOCIAL

Há quem defenda a positividade do efeito backlash, como sendo importante mecanismo de manifestação social em relação ao exercício do poder. É o caso do chamado Constitucionalismo democrático.

Para esta corrente, o backlash representa engajamento popular na sociedade aberta de intérpretes, nos moldes de Häberle, uma vez que é manifestação contrária a interpretação judicial que se descola do ideário popular. Assim, “o povo deve encarnar seu protagonismo na interpretação constitucional, deixando de ser um mero coadjuvante, à espera de uma decisão judicial” (MARTINS, 2021, p. 118-121).

Este fenômeno social é visto como modo de evitar-se o governo de juízes. Necessário considerar que a jurisdição constitucional possui função contramajoritária e tem como objetivo último garantir a incolumidade da Constituição que, por sua vez, pretende garantir a democracia. Assim, quando há invalidação de leis que ofendem a Constituição busca-se a defesa da própria democracia, ainda que se contrarie a vontade da maioria popular. Entretanto sempre há o risco de recair-se em um governo de juízes, de modo a ditar “de forma monolítica as interpretações oficiais a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição”. Assim, uma solução apresentada seria a criação da chamada “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, no modelo de Häberle (BINENBOJM, 2014, p. 282-283).

Entretanto, o fenômeno social em análise, como já dito, não é necessariamente causa de melhora no quesito democrático. Não é participação social que demonstre o bom funciona-

mento do sistema, dados os já existentes mecanismos de representação da vontade popular. Se se faz necessário que a população se poste contra uma decisão judicial, nestes contornos, evidencia-se que o sistema em si está adoecido. Havendo esta necessidade de reação, aclara-se que há falha na representação social pelo Legislativo, como também uma extrapolação de limites pelo Judiciário, alheio às vontades populares.

De fato, nestes termos se verifica que a vontade popular restou tão à margem da atenção estatal que se mostrou necessária uma reação brusca para que o povo se faça ouvir dentro de sua própria democracia. É contradição em seus próprios termos.

A questão demonstra sua complexidade. Como apontam Nascimento e Alves, há problemática, especialmente no âmbito nacional, referente a representação social, ou sua carência, no Legislativo ao passo que o Judiciário é “muitas vezes considerado como um grupo de pessoas apartadas da realidade social” (NASCIMENTO; ALVES, 2020, p. 264).

Este estado de coisas tangencia as afirmações de Zagrebelsky sobre a democracia dogmática e cética, nas quais a vontade popular não é de fato interesse dos que ocupam posições de poder, representando somente ferramentas manipuláveis para a manutenção do poder político ou para a defesa dogmática de suas ideologias, comportamentos contrários ao que se espera de uma democracia crítica (ZAGREBELSKY, 2012, p. 107-143).

Com isto não se quer dizer que o efeito backlash é um problema em si, mas que é sinal de uma dificuldade social muito mais gravosa, para além da possibilidade de sua corrupção a fim de que deixe de ser uma manifestação popular para ser utilizado como ferramenta de subversão da democracia.

De mais a mais, não se pode olvidar a possibilidade do equívoco da própria vontade popular, bem como de sua volatilidade. O efeito backlash se assemelha ao *referendum* e as pesquisas de opinião com finalidade de conhecimento de posicionamento político, institutos que geram ressalva para uma democracia crítica, considerando a plena possibilidade de manipulação, como também de equívoco na vontade manifesta (ZAGREBELSKY, 2012, p. 135-144).

Nesta mesma toada postam-se as afirmações de Nascimento e Alves, ao assentarem que uma parte razoável da população deixa-se seduzir pelo discurso do “*vox Populi vox dei*” (NASCIMENTO; ALVES, 2020, p. 265).

Na esteira de Brega Filho e Alves, não é razoável manter-se o ideário de que a vontade popular é infalível. Em verdade “o povo, ao contrário, é limitado e falível, não possui qualidades sobre-humanas (onipotência e infalibilidade, por exemplo) e sua autoridade não deveria ser deduzida dessas supostas qualidades” (BREGA FILHO; ALVES, 2015, p. 126).

De outro vértice, vislumbra-se que um fator importante da problemática são os preceitos neoconstitucionalistas adotados pelo sistema jurídico pátrio. Como ensina Bulos, esta corrente jusfilosófica tem fortes concepções axiológicas do direito, ensejando a interferência direta da moral no campo jurídico. Para o doutrinador, o Neoconstitucionalismo representa deturpação da valorização das “normas-princípio”, de modo que “tudo virou princípio, muitos juízes deixam de aplicar as normas jurídicas, em nome de ilações e mais ilações, transformando conjecturas em certezas, probabilidades em axiomas, deturpando a grande importância que os princípios, verdadeiramente, possuem” (BULOS, 2014, p. 81-86).

Na toada de Ramos, as decisões judiciais ativistas são melhores percebidas quando advindas de interpretações constitucionais, haja vista que sua estruturação se dá, em grande medida, por normas-princípio, bem como possui vagueza e ambiguidade semântica, permitindo fluidez ao texto. Ademais, há supremacia do Judiciário no modelo pátrio, uma vez que é o incumbido de interpretar a Constituição através do “controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense)” (RAMOS, 2015, p. 142-143).

Como ensina Fernandes, em contrário às manifestações aprofundadas prolatadas pelo Judiciário, posta-se a corrente minimalista, sustentando que seria profícuo à democracia uma postura cautelosa da Corte Constitucional. Por isto, entende-se que suas manifestações devem ser estreitas e superficiais “no sentido de favorecer passos curtos e cautelosos, construindo paulatinamente o futuro, a partir das decisões e práticas sociais do passado” (FERNANDES, 2017, p. 206-207).

Assim, quanto mais cautelosa for a Corte Constitucional, menor as chances de produzir-se backlash e comprometer o “capital político do Tribunal, o que poderia afetar, a longo prazo, as suas próprias metas”, dado que deixaria as questões sensíveis amadurecerem na seara política (FERNANDES, 2017, p. 207).

Como declara Fonteles, a Constituição atribui à Pretória Corte somente a função contramajoritária, com a incumbência de respeitar a vontade popular estampada no Texto Maior, “portanto, é tecnicamente correto se servir dela *moderadamente*”. Deste modo, avulta-se a crítica em face das pretendidas funções representativa e iluminista da Corte, consistindo na tentativa de exteriorizar a vontade popular ainda não analisada pelo Parlamento e a de se opor em face da própria vontade do povo, que “estaria paralisada por um obscurantismo”, respectivamente (FONTELES, 2020, p. 64).

A problemática é complexa. Se de um lado não se pode descartar completamente as manifestações da vontade popular, de outro possibilita-se manipulações e eventuais equívocos advindos destas manifestações. Na senda do que ensina Zagrebelsky (2012), é necessário cautela em face da vontade popular. Evidente que em um sistema democrático ela é suprema, porém não deve ser ilimitada. Isto porque há plena possibilidade de que a vontade popular esteja equivocada, bem como o próprio agir das massas pode estar inserido em um contexto de “massa psicológica”, que ausenta o povo das noções de responsabilidade e proporciona a sensação de invencibilidade (ZAGREBELSKY, 2012, p. 125-139).

Repise-se, a força política originada da vontade popular pode ser manipulada, sendo de mais fácil ocorrência quando se relaciona com manifestações diretas do povo, considerando a dificuldade de obter ciência se as referidas manifestações são de fato da maioria popular (ZAGREBELSKY, 2012).

Portanto, a democracia deve buscar sua faceta crítica, vedando a possibilidade de que autocratas usem dos mecanismos democráticos, assim como a vontade popular, para manutenção de suas posições de poder (ZAGREBELSKY, 2012, p. 14-15, 151-152).

De outro vértice, mostram-se antidemocráticas as posições que alijam a vontade popular dos mecanismos políticos. Não há que se falar em democracia sem observação da vontade política advinda das manifestações do povo. Deste contexto possibilita-se o surgimento de

“moderadores” da vontade do povo, incorrendo no conceito de democracia acrílica de Zagrebelsky, como já assentado.

Agravando a já complicada questão, tem-se a própria estrutura da Constituição, que buscou condensar direitos em seu arcabouço, ainda que referentes a uma sociedade heterogênea, com ideologias, religiões e concepções de mundo muito diversas. Assim “cumpre, também, reconhecer que a amplitude dos direitos positivados possibilita a leitura e a defesa de posições substantivas muitas vezes opostas” (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 61-62).

De fato, é questão complexa e de difícil equilíbrio. Como Nascimento e Alves avultam, o efeito backlash revela a tensão existente entre as correntes que defendem o protagonismo do Parlamento, apoiadas nas ideias de democracia eleitoral, representativa, entre outras formas; o protagonismo Judicial; que se calcam nas teorias do constitucionalismo e humanismo; e do protagonismo popular, que demandam limitações para que não se ameace a própria democracia (NASCIMENTO; ALVES, 2020, p. 264-265).

Cumprir pontuar que o constitucionalismo, como teoria, não busca limitar somente o poder do Parlamento, por meio do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário. Isto porque representa, similarmente, limites ao poder do próprio órgão julgante, uma vez que sua finalidade maior é a limitação do Poder do Estado, conformando cada ator social ao seu devido papel, delineado pela Constituição.

Quando se possibilita que atores sociais, sejam quais forem, atuem para além dos limites constitucionais, permite-se um desequilíbrio na democracia, de modo que se vê em ameaça. Do mesmo modo que é plenamente possível que desrespeitos à Constituição se originem do Parlamento, também podem ter gênese no Judiciário ou na própria vontade popular.

Assim, o que se denota é o papel de indicação da existência de problemas na democracia que desempenha o efeito backlash. Portanto, se a consideração da vontade popular no exercício do poder deve afastar-se do “vox populi vox dei”, tratando-se de efeito backlash também deve-se atentar para eventuais exacerbações dos poderes estatais.

Com estas considerações é possível notar que o efeito backlash tem dupla função, para além da manifestação social em si. Uma destas funções já restou destacada, qual seja, a indicação de que há um desarranjo no funcionamento dos mecanismos democráticos. Outra função é a indicação de desejo social por uma mudança de paradigma.

Esta transformação ou mudança pode significar, após analisada a manifestação popular com todas as cautelas que são necessárias, um certo amadurecimento do próprio sistema democrático onde há clamor popular por maior participação. Em outros termos, se decisões extravagantes provenientes do Estado fossem aceitas passivamente ficaria demonstrada a imaturidade da democracia inerente ao ideário social. Se há manifestação, para além da indicação de um desarranjo, também se demonstra certo clamor social por maior participação popular na política.

Como Paulino indica, na medida em que há amadurecimento e solidificação da democracia, maior clamor social para que a última palavra sobre direitos passe da jurisdição constitucional para uma “autoridade democraticamente eleita” (PAULINO, 2018, p. 140).

O autor parte do pressuposto de que em sociedades onde o sistema democrático ainda não se encontra consolidado, comumente instaurado após governos não democráticos, mos-

tra-se necessário o fortalecimento do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, a fim de garantir que a maioria, legitimada pela democracia, não persiga minorias. Nas palavras do autor, o “uso do constitucionalismo aliado a uma corte constitucional restringindo o poder da autoridade democrática, pode contribuir para a própria estabilização da democracia constitucional”, dado que facilitaria a transição cultural antiga para uma democrática, visando respeito aos direitos (PAULINO, 2018, p. 139-140).

Portanto, conforme já exposto neste trabalho, se de um lado não se mostra razoável o tratamento idólatra do “vox Populi vox dei”, também não se pode alijar manifestações da vontade popular em um sistema democrático.

Logo, operando-se o efeito backlash, para além da constatação de um mal funcionamento no sistema democrático, tem-se um indicador de um possível amadurecimento popular, clamando menor controle judicial sobre defesa de direitos em favor de uma maior participação social nesta tarefa, através dos poderes que se estruturam por votação.

Esta maior participação social não implica na extinção do controle exercido pelo Judiciário, mas sim seu uso em casos extraordinários, em uma atuação mais contida, na medida do fortalecimento do sentimento democrático no arcabouço da cultura popular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado na pesquisa em comento, o efeito backlash representa reação popular em face de decisões estatais, especialmente judiciais, que extrapolam seus campos de atuação, invadindo competências de outros poderes, em claro ativismo judicial.

Esta indevida interferência ocorre por diversos fatores, entre eles as omissões do Legislativo e Executivo, do novo modo hermenêutico defendido pelo Neoconstitucionalismo e do tratamento extenso dado pela Constituição para os mais diversos campos sociais, através de princípios e normativas abstratas que possibilitam alargada margem interpretativa para o julgador.

Neste contexto, não raramente vê-se decisões proferidas pelo Judiciário que provocam questionamento social, em face de eventual politização da Corte Constitucional, uma vez que, pelos fatores acima indicados, os limites entre política e direito se mostram dúbios.

Desta feita, embora o efeito backlash apresente contornos democráticos, em verdade indica anomalias no funcionamento do sistema democrático, uma vez que o povo se vê obrigado a reagir fortemente a fim de que seja ouvido pelos atores políticos. Assim, corrobora-se a constatação de que há falha na representação da vontade popular, ficando o povo alheio de efetiva participação política.

De outro lado, a manifestação da vontade popular também possui pontos de cautela, uma vez que estas exteriorizações, mormente através do efeito backlash, tema do trabalho, pode proporcionar a impressão de representação da maioria social, ao passo que não o é. Assim, seria possível uma minoria impor seus desejos pela transmissão à Corte Constitucional de uma falsa percepção de maioria popular, contrariando o cerne da democracia.

De mais a mais, o contato direto com a vontade popular, sem qualquer filtro, possibilita, para além de eventuais exageros e equívocos da vontade do povo, manipulação pelos detentores do poder, no sentido de se utilizarem destas manifestações não para efetivamente ouvir o povo, mas para criar álbis para suas posições políticas e filosóficas, como ensina Zagrebelsky.

Isto porque a visão da vontade do povo através do efeito backlash é um estreito recorte da vontade da coletividade, incorrendo, portanto, em risco de manipulações, mal-entendidos e equívocos.

Em outra senda, o efeito backlash também pode indicar certo amadurecimento popular no sentido de desejar-se maior participação na política e no trato com direitos e menor interferência direta do Judiciário.

Isto é possível quando se constata desenvolvimento do sentimento democrático bastante na cultura social, de modo que não há necessidade de recorrentes interferências do Judiciário para garantia de direitos e da democracia.

Portanto, embora o efeito backlash não seja um malefício em si, indica a existência de falhas no sistema democrático. Assim, é sintoma de um desarranjo mais grave na democracia, de modo que se mostram necessárias correções para que estas manifestações não mais ocorram, não por proibição, mas pelo razoável funcionamento dos mecanismos democráticos.

Conclui-se que o efeito backlash é ferramenta de exteriorização da vontade popular e é indicador social que deve ser observado pelos atores políticos. Entretanto, necessário que se faça com cautela, observando se o movimento não representa uma parcela ínfima da sociedade que está em condições de veicular suas opiniões de forma alarmante. Ato contínuo, necessário cuidado com o relacionamento direto entre o ente estatal, no caso da hipótese deste trabalho o Judiciário, e a vontade popular, a fim de que não se recaia em uma democracia acrítica, como aduz Zagrebelsky.

Assim, embora haja ressalvas em face do efeito backlash, mostra-se como um movimento social que contribui com a democracia, seja pela própria opinião popular externada seja pelo indicativo de que há alijamento social dos mecanismos decisórios, que é um desarranjo nos mecanismos democráticos em si, evidenciando a necessidade de correções para maior participação do povo nesta sistemática.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALVES, Fernando de Brito; SCHERCH, Vinícius Alves. Decisões políticas e direitos fundamentais: a perspectiva do constitucionalismo popular. **RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 4, p. 781-808, 2018a.

ALVES, Fernando de Brito; SCHERCH, Vinícius Alves. Discricionariedade judicial ou juízes legisladores: anotações sobre o limite e o alcance da atividade interpretacional dos juízes por meio de uma concepção coerente da discricionariedade. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 4, n. 2, p. 66-87, 2018b.

BALEEIRO, Aliomar. **1891**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BERAS, Cesar. **Democracia, cidadania e sociedade civil**. Curitiba: InterSaberes, 2013.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**: Tomo I – Teoria da Constituição. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** - legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, n. 11, p. 124-134, 2015.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.
- FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 6, p. 55-70, 1997.
- KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States. **International Journal of Constitutional Law (I.CON)**, v. 15, n. 4, p. 1066-1079, 2017.
- MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.
- NASCIMENTO, Arthur Ramos do (org); ALVES, Fernando de Brito et al. DIREITOS humano-fundamentais e a pesquisa jurídica na UFGD: os olhares da academia sobre os paradigmas contemporâneos. São Paulo: Liber Ars, 2020.
- PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial**: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-433, 2007.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.
- SUNSTEIN, Cass. Backlash's travels. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 157, 2007.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism Political Law. **Chicago-KentLawReview**, v. 81, p. 991-1006, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 23/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/03/2022
- Avaliação 1: 15/04/2021
- Avaliação 2: 24/07/2022
- Decisão editorial preliminar: 24/07/2022
- Retorno rodada de correções: 22/09/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/10/2022

Equipe editorial envolvida

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

EM BUSCA DA FORMA ADEQUADA DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

IN SEARCH OF THE ADEQUATE WAY TO
RESOLVE STRUCTURAL DISPUTES IN THE LIGHT
OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

LILLIAN ZUCOLOTE DE OLIVEIRA¹

LUIZ ALBERTO PEREIRA RIBEIRO²

RESUMO

Considerando a presença, na sociedade contemporânea, cada vez mais expressiva de litígios estruturais caracterizados pela multipolaridade, complexidade e conflituosidade, torna-se necessário buscar a forma mais adequada de solucionar tais conflitos sendo este, portanto, o objetivo do presente trabalho. A pesquisa se justifica diante da importância de que o direito se mantenha sensível às transformações operadas na sociedade e seja capaz de solucionar adequadamente os conflitos existentes. Para tanto, abordou-se, primeiramente, as noções introdutórias sobre litígios estruturais para, posteriormente, expor as cinco formas possíveis de tratar tais conflitos. Utilizou-se do método dedutivo a partir da revisão bibliográfica de importantes doutrinadores pátrios, do exame de documentos legislativos do ordenamento jurídico brasileiro e dos relatórios do Conselho Nacional de Justiça. No decorrer do trabalho, constatou-se que o termo de ajustamento de conduta tem maior potencial de solucionar litígios estruturais quando comparado com as demais alternativas.

Palavras-chave: acordo coletivo; medidas estruturais extrajudiciais; soluções negociadas; termo de ajustamento de conduta.

- 1 Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Especialista em Direito Extrajudicial pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1243-4354>
- 2 Doutor em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor Adjunto do Curso de Direito da PUCPR e da UEL. Professor do Mestrado em Direito Negocial da UEL. Advogado. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-0313-1095>.

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

OLIVEIRA, Lillian Zucolote de; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Em busca da forma adequada de solução de litígios estruturais à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 242-258, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8997>.

ABSTRACT

Considering the presence, in contemporary society, increasingly expressive of structural disputes characterized by multipolarity, complexity and conflict, it becomes necessary to seek the most appropriate way to resolve such conflicts, which is, therefore, the objective of the present work. The research is justified in view of the importance that the law remains sensitive to changes in society and is able to adequately resolve existing conflicts. In order to do so, it was first approached the introductory notions about structural disputes and, later, expose the five possible ways of dealing with such conflicts. The deductive method was used from the bibliographic review of important national scholars, documental research through the examination of legislative documents of the Brazilian legal system, as well as research in primary source. In the course of the work, it was found that the term of conduct adjustment has greater potential to resolve structural disputes when compared to the other alternatives.

Keywords: *collective agreements; extrajudicial structural measures; negotiated solutions; conduct adjustment term.*

1. INTRODUÇÃO

É inegável que os litígios coletivos, neles inseridos os litígios estruturais, fazem parte da sociedade contemporânea. A globalização, o desenvolvimento de novas relações jurídicas e o crescimento das estruturas burocráticas públicas e privadas produzem a emergência de situações que não mais dizem respeito a uma única pessoa ou a algumas pessoas consideradas em sua individualidade, mas, pelo contrário, o que se sobressai são cada vez mais conflitos envolvendo um grande número de pessoas concebidas pela sua coletividade e que podem ser subdivididas em diversos subgrupos compostos por sujeitos que sofrem os resultados da violação de formas e em intensidades distintas. Nota-se, assim, o crescimento de litígios caracterizados pela sua multipolaridade, complexidade e conflituosidade.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a forma mais adequada para solucionar litígios estruturais, bem como examinar o potencial que o termo de ajustamento de conduta tem em solucionar tais litígios. A pesquisa se justifica diante da importância de que o direito se mantenha sensível às transformações operadas na sociedade e seja capaz de solucionar adequadamente os conflitos existentes. A pesquisa tem cunho teórico e será desenvolvida à luz do método dedutivo. Para tanto, é realizada a pesquisa a partir da revisão bibliográfica de importantes doutrinadores pátrios que tratam acerca do Direito Constitucional e Direito Processual Civil, do exame de documentos legislativos do ordenamento jurídico brasileiro e da consulta ao relatório do Conselho Nacional de Justiça.

A fim de atingir o objetivo almejado, o presente trabalho está estruturado em quatro partes. A primeira trata sobre os litígios estruturais para apresentar sucintamente as diversas concepções acerca da referida categoria de litígios. A segunda parte começa a delinear os cinco caminhos que podem ser escolhidos diante de um litígio estrutural e foca principalmente nos três primeiros, isto é, aguardar a atuação do poder executivo e/ou legislativo e atuar por meio do processo civil tradicional pela via individual e coletiva. A terceira parte se volta para o estudo da quarta via, qual seja: os processos estruturais. Por fim, aborda-se sobre as medidas estruturais extrajudiciais, em especial o Termo de Ajustamento de Conduta.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

É cediço que, ainda que de maneira lenta e gradual, o direito busca acompanhar as mudanças da sociedade, razão pela qual deve se manter sensível às transformações a fim de que seja capaz de solucionar adequadamente os conflitos de interesses que dela emergirem. Com o advento dos direitos de segunda geração e do desenvolvimento do Estado Social (e, posteriormente, do Estado Democrático de Direito), nota-se a urgência de um maior intervencionismo estatal voltado à proteção da dignidade humana, à efetivação dos direitos fundamentais e à redução das desigualdades.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 insere inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, de modo que os atos da vida civil passam a ser limitados pela dignidade da pessoa humana, função social do contrato, boa-fé objetiva, princípio da solidariedade, dentre outros preceitos constitucionais (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 270-271). Conjuntamente com esse processo chamado de “constitucionalização do direito civil”, verifica-se também a alteração do sistema processual civil brasileiro a partir da introdução de instrumentos voltados à tutela dos direitos transindividuais, especialmente a partir da publicação da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985) que se volta para a proteção de interesses difusos ou coletivos, bem como do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990) que dividiu e conceituou em seu artigo 81, parágrafo único, as espécies da tutela coletiva³.

Historicamente, os conceitos tradicionais de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do CDC possuem grande importância, haja vista que foram desenvolvidos em um momento em que os conflitos coletivos começavam a ser direcionados à tutela do Poder Judiciário. Contudo, com o passar do tempo, constatou-se a insuficiência de tais conceitos pelo fato de terem como ponto de partida a análise abstrata dos direitos sem levar em consideração as características concretas dos litígios, ou seja, a respectiva classificação é, sob o ponto de vista prático, é inútil, não obstante o valor histórico estabelecido na classificação do CDC, razão pela qual o estudo da tutela coletiva deve se fundamentar no litígio coletivo empiricamente observado (VITORELLI, 2020, p. 45).

Para o autor os litígios coletivos são divididos em três categorias: litígios coletivos de difusão global (ou litígios globais)⁴, litígios coletivos de difusão local (litígios locais)⁵ e litígios coletivos de difusão irradiada (litígios irradiados)⁶. No que tange ao presente trabalho, merece

3 Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

4 Segundo Edilson Vitorelli (2020, p. 33), “litígios coletivos globais são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõe”.

5 Segundo Edilson Vitorelli (2020, p. 34), “litígios coletivos locais são aqueles em que o litígio, embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de suas vidas”.

6 Segundo Edilson Vitorelli (2020, p. 42), litígios coletivos irradiados são aqueles “que atingem pessoas determinadas, mas o fazem de formas e intensidades distintas e variadas, sem que entre elas exista qualquer tipo de perspectiva uniforme em relação ao conflito”.

destaque o estudo dos litígios irradiados, haja vista que os litígios estruturais são compreendidos, na visão do autor ao qual assim adotamos, como espécies deles. Em síntese, os litígios irradiados são caracterizados pelo fato de serem verdadeiros “megaconflitos”, isto é, altamente complexos em face da existência de inúmeras possibilidades de solução e, também, por envolverem problemas policêntricos de modo que há diversos subgrupos envolvidos, os quais são afetados de formas e intensidades diferentes (elevada conflituosidade entre os indivíduos e os subgrupos) e não possuem a mesma perspectiva do litígio (VITORELLI, 2020, p. 37-42).

Os litígios estruturais mantêm as características dos litígios irradiados (elevada complexidade e conflituosidade), mas se diferenciam em razão da causa do problema e da sua solução. A partir dos ensinamentos de Edilson Vitorelli é possível concluir que, segundo ele, a causa do litígio estrutural deve ser necessariamente o mau funcionamento de uma estrutura burocrática pública ou privada e que a solução dos litígios somente será alcançada a partir da reestruturação do próprio funcionamento da estrutura. Ressalta-se que, nessa concepção, o termo “estrutura burocrática” corresponde a “uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público” (BARROS, 2021, p. 30; VITORELLI, 2020, p. 52-53).

Nesse contexto, é importante destacar que não há um consenso em torno da conceituação dos litígios estruturais. Há autores⁷, especialmente aqueles que se baseiam na doutrina norte-americana, que limitam os litígios estruturais apenas àquelas situações que tiverem relação com a ineficácia de políticas públicas ou questões de interesse público. Essa concepção, no entanto, é criticável em face da atual impossibilidade de se promover exata separação entre interesse público e interesse privado. Segundo Felipe Barreto Marçal (2021, p. 62), “ambas as esferas pública e privada estão fortemente conectadas” de modo que não há mais razão em tentar dissociá-las. Nesse sentido é também o entendimento de Marcela Pereira Ferraro (2015, p. 37) ao afirmar que “quando se está diante de um caso estrutural, de uma violação estrutural de direitos, tal cisão [entre público e privado] torna-se basicamente irrealizável”.

Além disso, à medida que se constata que no mundo contemporâneo as instituições privadas (ou conglomerados empresariais) geram cada vez mais impacto na vida das pessoas, por vezes maiores do que a própria atuação estatal, perde qualquer sentido a tentativa de restringir os litígios estruturais aos ramos do direito público. O objetivo principal do direito é garantir a tutela adequada para cada tipo de problema, assim, nada mais lógico que conceber os litígios estruturais como aqueles decorrentes de relações públicas e privadas (MARÇAL, 2021, p. 62-63; VITORELLI, 2020, p. 52-53).

Em sentido mais abrangente, há autores que defendem que nem sempre os litígios estruturais terão relação com a (re)estruturação de uma estrutura burocrática. Segundo Felipe Barreto Marçal (2021, p. 62) e Marcela Pereira Ferraro (2015, p. 2-3), os litígios estruturais podem ser resolvidos a partir da adoção de práticas ou condutas pontuais sem a necessidade de criação ou modificação de uma estrutura. Tal posição vai de encontro à concepção de Vitorelli (2020, p. 52-53) segundo o qual a solução dos litígios somente será alcançada a partir da reestruturação da estrutura burocrática.

7 Felipe Barreto Marçal (2021, p. 68) cita como exemplo de autores que limitam a aplicação das medidas estruturantes às políticas públicas, os seguintes: Marco Antonio dos Santos Rodrigues, Rodrigo Girmondi, Marco Felix Jobim, Desirê Bauermann, Luís Henrique Vieira e Luiz Henrique Borgez Varella. Importante esclarecer que o termo “medidas estruturantes” corresponde às prestações que se voltam para a solução de litígios estruturais (também chamados de litígios policêntricos, multipolares ou multifocais) (MARÇAL, 2021, p. 34).

Também de forma mais ampliativa, Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 104) concebem o litígio estrutural (chamado por eles de problema estrutural⁸) a partir da existência de um estado de desconformidade estruturada que pode advir de condutas lícitas ou ilícitas e que exige uma intervenção (re)estruturante para ser solucionada. Contudo, diferentemente de Vitorelli, referidos autores (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 107) deixam claro que a reestruturação recai sobre o estado de desconformidade e não necessariamente em relação a uma instituição pública ou privada.

Diante disso, constata-se que a doutrina brasileira ainda não chegou em um consenso em relação aos conceitos e características dos litígios estruturais. Nesse viés, deve se ter em mente que todos os posicionamentos apresentados são valiosos para a construção de uma teoria voltada a solução de tais litígios, contudo no presente trabalho adota-se a concepção de Edilson Vitorelli, sem que com isso sejam desconsideradas as contribuições dos demais autores citados alhures. Feitas tais condições iniciais, passa-se ao estudo dos cinco caminhos que podem ser escolhidos diante de um litígio estrutural.

3. DO PODER EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO E DO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL INDIVIDUAL E COLETIVO

Diante de um litígio estrutural nota-se o aparecimento de cinco caminhos a serem percorridos: (i) nada fazer e esperar que o poder executivo ou legislativo aja, (ii) atuar por meio de demanda individual, (iii) atuar por meio de demanda coletiva, (iv) atuar por meio do processo estrutural ou (v) atuar por meio de medidas estruturais extrajudiciais. A primeira das opções parece irrazoável, uma vez que a existência de um litígio, seja ele individual ou coletivo, pressupõe a presença de violações a direitos merecedores de tutela. Nesse ínterim, se sobressai o debate acerca da suposta incompetência do poder judiciário de interferir na atuação do poder executivo, especialmente quando se está diante de problemas complexos fortemente relacionados com a omissão do Poder Público.

De fato, há muitos críticos ao ativismo judicial⁹ que defendem que os juízes não podem intervir na atuação administrativa e legislativa. Contudo, na prática, nota-se que o Poder Judiciário tem sido cada vez mais chamado a interferir nos outros Poderes diante da violação de direitos fundamentais causada principalmente em face da inércia do Poder Executivo e/ou Legislativo. Nesse contexto, não parece ter qualquer importância prática o apego por tais discussões, haja vista que a interferência judiciária já ocorre diariamente. Nesse viés, Edilson Vitorelli (2020, p. 115) esclarece que a ampliação da atividade jurisdicional não decorre da

8 Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira adotam a expressão “problema estrutural” para designar a existência de um estado de desconformidade estruturada, isto é, uma situação que não corresponde com o estado de coisas ideal. Por sua vez, Edilson Vitorelli prefere o termo “litígio estrutural” para designar os litígios decorrentes do modo de atuação de uma estrutura burocrática. Tais conflitos também podem ser chamados como “litígios policêntricos”, “litígios multipolares” ou “litígios multifocais”, a depender da concepção adotada.

9 O termo “ativismo judicial” corresponde, para o presente trabalho, a uma “maior interferência do Judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2012, p. 25).

vontade dos juízes, mas da própria Constituição Federal de 1988 que atribuiu “ao Estado muitos deveres materiais, e ao Poder Judiciário a obrigação de fazê-los efetivos”.

Superada a análise acerca da primeira hipótese, adentra-se ao estudo da segunda e da terceira opção. Constitucionalmente, todos têm direito de recorrer ao Judiciário para fazer valer a sua pretensão, contudo, especialmente quando se trata de litígios estruturais, a maneira como o processo é conduzido pode ou não garantir a efetiva solução do problema. Nesse viés, constata-se que os litígios estruturais podem ser (e na maioria das vezes são) tratados por meio de processos individuais ou coletivos, os quais se mostram inadequados para a resolução de tais conflitos.

Segundo apontado pelo doutrinador americano Abram Chayes¹⁰ (1976, p. 1282-1283), a concepção em torno da adjudicação foi desenvolvida no final do século XIX quando dava-se especial relevância a autonomia individual o que, conseqüentemente, fez com que o processo judicial se desenvolvesse a partir dos seguintes fundamentos: a ação judicial é bipolar, o litígio é retrospectivo, o impacto da decisão atinge apenas as partes e o processo é iniciado e controlado pelas partes. De maneira semelhante, o direito processual civil brasileiro foi construído a partir da lógica bipolar¹¹ do conflito no qual uma parte (autor) demanda contra a outra (réu), incumbindo ao juiz, neutro e imparcial, pacificar a disputa entre os dois sujeitos por meio da aplicação restrita da lei, o que era compreendido como medida suficiente para a resolução do conflito apresentado (OSNA, 2017, p. 179).

Os litígios estruturais, no entanto, não se amoldam a essa lógica. Tais litígios, marcados pela elevada complexidade e conflituosidade, não podem ser resolvidos a partir da simples imposição de uma ordem de fazer ou não fazer, entregar coisa ou pagar quantia. Eles exigem decisões orientadas para uma perspectiva futura, voltadas à resolução da causa do litígio e construídas em um ambiente negocial e democrático, no qual foi garantida a ampla participação dos interessados e a adequada representação de seus interesses.

Diante da complexidade, imprevisibilidade e mutabilidade dos litígios estruturais é impossível que seja aplicado a eles a visão tradicional do processo civil que, em geral, apresenta grandes restrições em admitir a flexibilização do princípio da demanda e da congruência, a possibilidade de formulação de pedido genérico, a mutabilidade da demanda, a flexibilização do princípio da coisa julgada, a ampliação do debate por meio de formas atípicas de intervenção, a delegação de função em hipóteses não estabelecidas, a revisão acerca do papel do magistrado e da cooperação jurisdicional, todas tidas como medidas indispensáveis a resolução adequada de litígios estruturais.

Tratar os litígios estruturais conforme a lógica do processo civil tradicional não só não garante a resolução do conflito, mas também pode acarretar problemas ainda mais graves. O tratamento de litígios estruturais por meio de processos individuais promove a atuação contingencial do juiz o que, por sua vez, faz com que os julgadores ignorem o impacto de suas decisões ocasionando assim a prolação de decisão a conta-gotas. Os exemplos clássicos para demonstrar essa situação são as ações de vaga em creche e as ações de medicamentos.

10 Segundo ensinamentos de Edilson Vitorelli (2020, p. 74-75), Abraham Chayes desenvolveu em 1976 a expressão “public law litigation” a fim de designar as “demandas nas quais se pretende efetivar um direito que está sendo negado pelo Estado [...] para toda coletividade”. Cumpre ressaltar que os processos de interesse público não se confundem com os processos estruturais, mas que se assemelham em alguns aspectos haja vista que também pretendem moldar um comportamento futuro.

11 O termo “bipolar” visa indicar os processos que se estruturam a partir de duas teses contrapostas (autor e réu) cuja solução depende tão somente da eleição de uma das partes como vencedora e da outra como perdedora.

Demandas individuais como essas são interpretadas com base em um direito fundamental (seja ele o direito à educação ou à saúde) e na obrigação estatal de garantir tal direito. Contudo, ao deferir a vaga na creche ou o medicamento solicitado, os juízes ignoram os impactos¹² que essa decisão irá gerar aos demais cidadãos que também carecem do fornecimento de tais políticas públicas e que, por vezes, se encontram em situações até mais desfavoráveis (ARENHART, 2016, p. 2-3).

Nota-se, assim, que “o equívoco desse tratamento não estrutural do litígio é que ele acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem” (VITORELLI, 2020, p. 62). Nesses casos, verifica-se a adoção do critério de “quem chega primeiro”, ou seja, aquele que buscar o Judiciário primeiro será atendido. Segundo Vitorelli (2020, p. 117-118), o problema da adoção desse critério é que “o acesso à justiça é bem mais escasso do que o acesso à saúde ou à educação pública”, por exemplo, o que faz com que “se atribua mais a quem já tem mais”, além de incentivar a “judicialização ao infinito” o que conseqüentemente aumenta os gastos com o Poder Judiciário que demandará mais juízes, mais servidores, mais defensores e advogados públicos.

Segundo Felipe Barreto Marçal (2021, p. 186-188), os processos individuais tendem a ser mais vantajosos sob a ótica do direito subjetivo do demandante principalmente pelo fato de existir uma vítima identificada (chamado pelo autor de “processo com rosto”), o que faz com que os juízes sejam muito mais suscetíveis a colaborar com o problema. Nesse cenário, os juízes, em geral, têm dificuldade de “enxergar o agravamento do problema pelas decisões individuais, de modo que saem com uma imagem de ‘heróis’ (do idoso ou da criança), quando, na verdade, contribuem para o agravamento do problema global”.

Assim, quando se busca a solução de um problema pontual nota-se uma preferência pelos processos individuais aos coletivos em face da sua maior celeridade e maior probabilidade de ganhos. Entretanto, em uma análise ampliada, verifica-se que tais demandas não só não corrigem o problema, como também podem piorá-lo e criar um círculo vicioso. Por sua vez, em que pese o processo coletivo tenha surgido com a finalidade de tutelar direitos coletivos *lato sensu* e de obter medida jurisdicional que afetará uma coletividade ou um determinado número de pessoas, constata-se que as demandas coletivas podem, de fato, ser adequadas diante de certos litígios coletivos (tais como os litígios locais e globais), mas não são suficientes para resolver os litígios estruturais. Isso porque o processo coletivo costuma se aproximar da lógica bipolar do processo individual.

Segundo Arenhart (2016, p. 03), “a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo ‘individual’, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade”. Diante disso, verifica-se que o processo coletivo segue a mesma lógica dos processos individuais e, portanto, está longe de ser o instrumento adequado para a resolução de demandas estruturais. Nesse sentido, é o entendimento de Felipe Barreto Marçal:

12 No caso das ações individuais de vaga em creche pode ser citado como exemplo de tais impactos o fato de que aquele que ingressa com ação judicial passa na frente daquele que está há meses (senão anos) aguardando na fila, o que desestrutura a organização previamente elaborada pelo Poder Público sendo que, no plano fático, milhares de crianças permanecem com o seu direito à educação violado. No caso das ações de medicamentos, cita-se o exemplo dado por Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 597) de uma decisão judicial que obrigou o Estado de São Paulo a arcar com o tratamento de 100 pessoas portadoras da doença de Gaucher, o que totaliza o custo anual de mais de 10 milhões de dólares, valor que seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas no combate à fome.

Essa espécie de litígio reclama providências que podem ser muito peculiares e de implementação mais complexa, de modo que o processo civil tradicional – até mesmo o coletivo – acaba se tornando insuficiente ou inútil, tendo em vista que seus institutos foram planejados para resolver problemas que envolvam interesses de apenas dois ‘polos’. Aliás, mesmo no processo coletivo tradicional, essa ideia está presente, uma vez que toda a coletividade substituída é tratada, por uma ficção, como se fosse uma só pessoa, para enquadrar esses problemas no mesmo desenho ‘bipolar’ do processo civil individual tradicional (MARÇAL, 2021, p. 26).

O processo civil tem o dever de garantir instrumentos aptos a tutela adequada de direitos e garantias fundamentais. Assim, considerando que as visões e ferramentas tradicional não fornecem a tutela jurisdicional adequada aos litígios estruturais, surge a necessidade de se buscar por instrumentos, judiciais e extrajudiciais, capazes de suprir essa necessidade. O que se busca é um processo apto a tutelar litígios complexos decorrentes do mau funcionamento de uma estrutura burocrática fonte de violação de inúmeros direitos fundamentais. Nesse ínterim, se sobressai a quarta opção, isto é, o processo estrutural¹³.

4. DO PROCESSO ESTRUTURAL

De acordo com Vitorelli (2020, p. 60), o processo estrutural¹⁴ “é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”. Nesse viés, o processo estrutural tem como condão não apenas solucionar um problema pontual, mas corrigir a causa do problema que, no caso dos litígios estruturais, é o mau funcionamento de uma estrutura burocrática, isto é, uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público.

Para a reestruturação da estrutura burocrática é essencial a elaboração de um plano a ser implementado em um período considerável de tempo e que, na maioria das vezes, demandará constantes fiscalizações e reavaliações a fim de que o mesmo se mantenha adequado às transformações operadas no plano fático durante a fase de reestruturação (VITORELLI, 2020, p. 65). Diante disso, é possível afirmar que, para Vitorelli, as principais características diferenciadoras dos processos estruturais são: a presença de um litígio estrutural que é causado pelo mau funcionamento de uma estrutura burocrática e a busca pela sua reestruturação o que somente se tornará possível mediante a elaboração de um plano de ação a partir de uma perspectiva preponderantemente prospectiva.

13 O termo “processo estrutural” deriva do pensamento de Owen Fiss desenvolvido em 1979 e chamado, em inglês, de “structural litigation”.

14 Cumpre esclarecer que em que pese Edilson Vitorelli conceitue o processo estrutural como um processo coletivo, ele afirma em seguida que o processo estrutural se distingue do processo coletivo em face do tipo de litígio, da abordagem policêntrica e da necessidade de diversas decisões voltadas à reestruturação (VITORELLI, 2020, p. 66). Assim, no presente trabalho utiliza-se o termo “processo coletivo” para se referir àquele processo que adota a mesma lógica bipolar do processo individual e que só se diferencia pelo fato de ter como representante um legitimado extraordinário que deveria supostamente representar a coletividade ou grupo interessado. Por sua vez, o termo “processo estrutural” é utilizado para designar o processo que almeja a reestruturação de uma estrutura que causa um litígio estrutural.

Nesse teor, relevante também o estudo desenvolvido por Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira. Segundo referidos autores (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020, p. 107-108), o processo estrutural se caracteriza pelo fato de lidar com um problema estrutural, buscar a transição de um estado de desconformidade estrutural para o estado ideal de coisas, estabelecer um projeto de reestruturação, adotar procedimentos flexíveis e se voltar para a consensualidade. Além disso, também pode ser (mas não necessariamente é) caracterizado pela multipolaridade, coletividade e complexidade¹⁵.

Nesse íterim, nota-se que a principal diferença entre o processo civil tradicional (seja ele individual ou coletivo) e o processo estrutural é que este se volta preponderantemente para o futuro e não para o passado, de modo que é conduzido visando a alteração substancial da estrutura burocrática causadora da violação de direitos. Isto é, o processo estrutural não se volta apenas a reparação dos danos causados – tal como ocorre no processo civil tradicional (na maioria das vezes) –, mas especialmente busca corrigir a fonte causadora do litígio estrutural para evitar que novas violações continuem ocorrendo.

Diante disso, o processo estrutural exige a adoção de técnicas e procedimento distintos a fim de eliminar a violação contínua aos valores constitucionais em um cenário marcado pela complexidade, conflituosidade e multipolaridade. Verifica-se que o processo efetivamente estrutural é marcado pela existência de várias fases, participação de especialistas, implementação de medidas de forma gradativa e sua adaptação conforme a necessidade, construção colaborativa da decisão, adoção de cronogramas, elaboração e revisão do plano de ação, criação de mecanismos de monitoramento, utilização de formas atípicas de participação, promoção do diálogo entre os interessados, dentre outras particularidades que buscam a solução do litígio.

O processo estrutural exsurge como um meio processual adequado ao tratamento de litígios estruturais e como uma importante ferramenta que possibilita a concretização de direitos. Sendo assim, considerando as situações em que a judicialização for inevitável, constata-se que a melhor forma de resolver os litígios estruturais é por meio do processo estrutural, especialmente quando comparado com o processo civil individual e coletivo tradicional, bem como quando constatada a omissão do Poder Executivo e Legislativo. Contudo, cumpre destacar que a adoção do processo estrutural não é garantia de sucesso. O processo estrutural se dá a partir da atuação jurisdicional, razão pela qual está sujeito aos problemas típicos do Poder Judiciário.

Nesse contexto, nota-se grande dificuldade em garantir uma prestação jurisdicional célere e efetiva, o que se agrava quando se está diante de litígios estruturais marcados pela complexidade, multipolaridade e necessidade de intervenção continuada. Lenna Luciana Nunes Daher (2020, p. 59-66) cita as seguintes dificuldades enfrentadas na solução de litígios estruturais pela via jurisdicional¹⁶: a falta de expertise dos operadores de direito para lidar com litígios que envolvem políticas públicas¹⁷ (ou a estrutura de uma empresa privada) o que faz com que o problema não seja de fato solucionado; a dificuldade do processo se adaptar às mudanças

15 Tratam-se das características do processo estrutural consideradas típicas, mas não essenciais por Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira. Isto é, são características que “sugerem que se trata de um processo estrutural, mas não necessariamente precisam todas estar presentes para que o processo seja considerado estrutural – o processo estrutural pode existir sem elas” (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020, p. 110).

16 Importante ressaltar que as dificuldades apresentadas são encontradas na atuação do Poder Judiciário em geral. Isto é, estão presentes nos processos individuais, coletivos e estruturais.

17 Segundo Lenna Daher (2020, p. 60), as decisões judiciais que tratam acerca da ausência de políticas públicas costumam se limitar a “impor ao Estado, de forma genérica, ilíquida e indeterminada, a obrigação de formular a política, ou então determinar de *per si* qual política a ser implementada, sem o necessário conhecimento metodológico”.

que ocorrem na realidade social o que leva a emissão de ordens desconexas da realidade; as limitações em relação à participação direta dos grupos de afetados, de pessoas detentoras de conhecimentos técnicos relevantes e dos responsáveis por implementar as medidas estruturais; o baixo grau de efetividade das decisões estruturais; a inadequação ou insuficiência de mecanismos tradicionais de execução forçada (como a multa diária); bem como a falta de estrutura e preparação do Poder Judiciário para acompanhar a implementação das decisões estruturais.

De fato, muitas das limitações da tutela jurisdicional apontadas podem ser superadas a partir da utilização de técnicas e procedimentos já vigentes no direito brasileiro, os quais foram anteriormente citados inclusive como institutos presentes e caracterizadores de um processo efetivamente estrutural. Nesse aspecto, é importante esclarecer que o insucesso de um processo estrutural não se assenta em suposta inexistência de instrumentos adequados para lidar com litígios estruturais – haja vista que os mesmos existem –, mas decorre especialmente da própria estrutura do Poder Judiciário.

Segundo relatório “Justiça em Números 2021” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o ano de 2020 terminou com 75,4 milhões de processos pendentes para serem analisados por 17.988 magistrados (CNJ, 2021, p. 102, 307). O relatório aponta também que atualmente o tempo médio de duração dos processos em tramitação na fase de conhecimento de primeiro grau é de 3 anos e 4 meses, da fase de execução é de 7 anos e 1 mês e dos processos em tramitação no segundo grau é de 2 anos e 2 meses, o que demonstra que a execução é a fase mais demorada provavelmente em face das dificuldades de implementar as decisões judiciais (CNJ, 2021, p. 209). Esses dados permitem visualizar o problemático cenário no qual está inserido o sistema judicial brasileiro. O excesso de demandas, a quantidade insuficiente de magistrados e servidores e a morosidade são algumas das dificuldades enfrentadas nos processos judiciais, sejam eles individuais, coletivos ou estruturais.

Diante disso, é possível concluir que o processo estrutural – em face das suas características próprias – tem o potencial de garantir a efetiva solução de litígios estruturais e deverá ser utilizado sempre que a judicialização for inevitável haja vista que o processo individual e coletivo tradicional não são capazes de abarcar todas as particularidades presentes em litígios estruturais. Contudo, o processo estrutural não está alheio aos problemas existentes quando se opta pela via judicial, razão pela qual talvez o melhor mecanismo para garantir a solução de litígios estruturais seja por meio de medidas estruturais extrajudiciais, em especial o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

5. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURais

Inegavelmente, a solução de litígios estruturais pela via do processo estrutural pode ser uma excelente alternativa quando se está diante de magistrados, servidores, defensores e demais interessados engajados suficientemente no processamento dessas demandas a partir

das técnicas adequadas de resolução desses conflitos. Entretanto, diante do fato de esses litígios demandarem um enorme esforço e disponibilidade de tempo, é possível que não sejam solucionados adequadamente por circunstâncias alheias à vontade dos participantes e, em geral, relacionadas ao acúmulo de serviço decorrente do número excessivo de demandas, as metas estabelecidas pelas corregedorias e CNJ, a baixa expertise e a falta de estrutura judiciária para tanto. Diante disso é que se sobressai as soluções consensuais¹⁸ elaboradas por meio da via extrajudicial.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim (2021, p. 191) as soluções negociais se harmonizam à própria essência do litígio estrutural, porque em muitos casos estruturais as partes interessadas concordam acerca da necessidade de mudanças a fim de adequar a estrutura à ordem constitucional, mas divergem tão somente em relação a forma de se obter a reestruturação. Além disso, a solução negociada deve permitir a ampla participação de todos os interessados o que possibilita a troca de informações valiosas e, conseqüentemente, permite o conhecimento mais aprofundado do litígio. Com isso é possível a construção de soluções mais adequadas ao caso concreto capazes de conduzir à concretização do direito. À vista disso, a solução consensual é capaz de produzir melhores e maiores resultados práticos do que a decisão imposta haja vista que reduz eventual resistência no cumprimento do acordado e, assim, contribui para celeridade e efetividade do procedimento.

Nota-se, assim, que a reestruturação da fonte causadora do litígio estrutural pode se dar por meio de decisões estruturais proferidas na via jurisdicional, mas também pode ocorrer por meio de medidas estruturais extrajudiciais produzidas essencialmente a partir do consenso. Edilson Vitorelli (2020, p. 127) aborda em seu livro acerca das medidas estruturais extrajudiciais das quais podem ser citadas os inquéritos civis estruturais, os procedimentos administrativos estruturais, as recomendações estruturais, o termo de ajustamento de conduta estrutural e a mediação estrutural. Frente a vasta extensão dos instrumentos extrajudiciais para a resolução de litígios estruturais, o presente tópico irá focar no estudo do termo de ajustamento de conduta como instrumento extrajudicial de solução de litígios estruturais.

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro prioriza a solução consensual dos conflitos, conforme se extrai do artigo 3º, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil de 2015¹⁹. Além disso, o incentivo ao consenso e a utilização de métodos autocompositivos nos conflitos coletivos está expresso também no artigo 174, inciso II, do CPC ao determinar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de mediação e conciliação voltadas a celebração de termos de ajustamento de conduta.

O TAC se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento extrajudicial de solução de litígios coletivos por força do artigo 5º, parágrafo 6º da Lei da Ação Civil Pública que dispõe o seguinte: “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Em face desse dispositivo é possível extrair duas conclusões: (I) que apenas podem ser compromitentes (legitimados ativos), as pessoas jurídicas

18 Nesse aspecto, é importante esclarecer que as soluções consensuais também podem ser elaboradas no decorrer de processos judiciais por meio da conciliação, mediação e dos negócios jurídicos processuais (sendo inclusive incentivadas pelo Novo Código de Processo Civil), contudo o presente tópico objetiva tratar especificamente das soluções consensuais que ocorrem de forma extrajudicial.

19 O artigo 3º, parágrafo 2º, do CPC dispõe o seguinte: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

de direito público interno e os seus órgãos, tais como: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios e Distrito Federal e (II) que não existem limitações em relação a quem pode ser compromissário (legitimado passivo)²⁰.

Desde o surgimento do TAC, nota-se grande resistência da doutrina em aceitá-lo como um negócio jurídico bilateral. O principal argumento daqueles²¹ que não consideram o TAC um negócio jurídico se centra na ideia de que supostamente no TAC não pode haver concessões haja vista tratar-se de instrumento que lida com direitos transindividuais indisponíveis e inegociáveis. Contudo, dentro de uma visão contemporânea, a indisponibilidade de um direito não é capaz de impedir que o mesmo seja objeto de negociação ou transação. Esse é o entendimento de Elton Venturi (2018, p. 416), Ana Luiza de Andrade Nery (2010, p. 145), Humberto Pinho e Ludmila Vidal (2016, p. 377) ao sustentarem que a indisponibilidade dos direitos transindividuais não pode ensejar presunção de inegociabilidade e nem é capaz de retirar o caráter consensual (negocial) do ajustamento de conduta.

Nesse ínterim, Geisa de Assis Rodrigues (2011, p. 127) concebe o TAC como negócio jurídico bilateral tendo em vista a existência de manifestações de vontade de ambas as partes (compromitente e compromissário) direcionadas à celebração do termo. De maneira ligeiramente distinta, Ana Luiza de Andrade Nery (2010, p. 153) e Bruno Gomes Borges da Fonseca (2013, p. 74) conceituam o TAC como um negócio jurídico transacional híbrido à medida que sofre influência tanto de princípios do direito público quando do direito privado e, sendo assim, não pode ser enquadrado em uma categoria de forma única.

Edilson Vitorelli (2020, p. 151) também compreende o TAC como um negócio jurídico e em relação à validade das concessões aduz expressamente que “se existem acordos coletivos, é porque os compromissários supõem que a condenação futura tem probabilidades de ser pior” e por isso é possível afirmar que “o TAC implica algum tipo de concessão por parte do legitimado coletivo”. Diante disso, Vitorelli (2020) se posiciona contrário as extensas discussões acerca do caráter indisponível do direito material ao afirmar que:

Em primeiro lugar, a questão não é saber se o direito material, em abstrato, pode ser renunciado ou não, mas qual é a necessidade daquele direito material, no caso concreto. [...] O que se espera de um legitimado coletivo é que ele seja um representante adequado dos interesses da sociedade, não que ele se apegue a concepções de teoria do direito. Se, no contexto do caso concreto, o mais adequado for abrir mão do direito, ainda que plenamente reconhecido, justificadamente substituindo-o por outro tipo de prestação, é isso que deve ser feito. A tutela adequada do direito pode significar não apenas a concessão de prazos ou modos de cumprimento da obrigação, mas também abrir mão do próprio direito reconhecido (VITORELLI, 2020, p. 151-152).

Independentemente dessas discussões teóricas, o que deve ser buscado é a elaboração de um acordo que seja adequado, ou seja, que seja capaz de proporcionar a tutela adequada ao caso concreto. Além disso, é interessante destacar que existe um consenso doutrinário²²

20 Podem ser compromissários do TAC as pessoas jurídicas de direito público ou privado, órgãos públicos e entes sem personalidade jurídica, bem como as pessoas físicas capazes ou seu representante legal.

21 Podem ser citados como exemplo de autores que repudiam a natureza negocial do TAC: José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 203) que concebe o TAC como um ato jurídico unilateral e Hugo Nigro Mazzilli (2012, p. 407-408) que percebe o caráter consensual do TAC, mas afasta a sua natureza transacional ou contratual ao compreendê-lo como um ato administrativo negocial.

22 Cita, por exemplo, Hugo Nigro Mazzilli (2012, p. 319-320), Geisa de Assis Rodrigues (2011, p. 130), Emerson Garcia (2008, p. 292) e Edilson Vitorelli (2020, p. 153).

(até mesmo entre aqueles que são contra a ideia de que o TAC é um negócio jurídico) no sentido de que é possível transigir sobre o modo, tempo e lugar de cumprimento dos compromissos assumidos no termo. Contudo, alguns entendem que essas concessões se referem a aspectos acessórios/secundários do termo como se não fossem capazes de afetar o direito material em tela quando, na realidade, podem influenciar substancialmente a efetividade de um direito. Nesse viés, não há como negar que “negociar um prazo de cumprimento é, com toda certeza, negociar o grau de efetividade de um direito material” (VITORELLI, 2020, p. 153). Por conseguinte, é possível concluir que concessões sobre o tempo, modo e lugar podem afetar consideravelmente o direito material razão pela qual não devem ser menosprezadas.

Não há, portanto, nenhum obstáculo à solução consensual de um litígio coletivo (seja ele estrutural ou não) por meio do termo de ajustamento de conduta, inclusive no âmbito dos litígios estruturais. Aliás, inúmeros são os exemplos de litígios estruturais²³ que poderão ser solucionados por meio desse instituto, cita-se: situações envolvendo desastres ambientais, empresas privadas que mantêm trabalhadores em condições análogas a de escravos, questões envolvendo o direito à saúde, bem como os problemas decorrentes da estrutura das instituições carcerárias. Sendo assim, ainda que os litígios estruturais versem sobre direitos materiais indisponíveis, é possível a negociação dos termos do compromisso de conduta, mas sempre em vista da opção mais vantajosa à proteção dos direitos coletivos.

Nesse viés, é importante fazer o seguinte alerta: o TAC não pode ser utilizado de maneira indiscriminada e incondicionada em nome da suposta efetividade das soluções extrajudiciais. Isto é, direitos essenciais à coletividade não podem ser sacrificados na busca pela conclusão de um termo e pela aparente resolução do problema. Diante disso, é imprescindível que as negociações sejam realizadas de forma pública e transparente.

Em vista disso, convém ressaltar que o TAC não está restrito a um único órgão ou ente federativo à medida em que o legislador conferiu legitimidade ativa para firmar o TAC a todos os entes de natureza pública. Inclusive, cumpre destacar que o TAC possui natureza de título executivo (judicial ou extrajudicial) e que referido título não se constitui em favor do órgão compromitente, mas sim em favor de toda coletividade afetada, razão pela qual não há nenhum óbice para que outros colegitimados – até mesmo aqueles que não possuem legitimidade ativa de celebrar o acordo – promovam a execução do TAC caso algum dos seus termos seja descumprido. Contudo, é evidente o protagonismo do Ministério Público na negociação de TACs, especialmente pelo fato de o órgão ministerial ter se consolidado no ordenamento jurídico brasileiro como um dos principais protetores dos direitos coletivos, o que não retira, de forma alguma, a importância deste instituto e muito menos é capaz de afastar a obrigação de que seja garantida a participação de todos os interessados no litígio.

Durante a negociação dos termos do TAC é indispensável a garantia da ampla participação dos interessados e da representação adequada a fim de que os parâmetros acordados sejam legítimos e adequados. Referido aspecto ganha especial relevância quando se está diante de litígios estruturais. Conforme destacado anteriormente, os litígios estruturais têm como uma das suas principais características a multipolaridade. Isto é, são litígios que envolvem diversos subgrupos de interessados, os quais são afetados de formas e intensidades diferentes.

23 É importante ressaltar que tais litígios somente serão considerados estruturais se estiverem presentes, no caso concreto, as características apontadas no primeiro tópico do presente trabalho. Isso é, deverá ter a configuração de um litígio irradiado e ainda ser decorrente do modo de funcionamento de uma estrutura burocrática compreendida como uma instituição, conjunto de instituições, política ou programa público.

O carácter multipolar do litígio estrutural exige a construção de um procedimento capaz de comportar a participação de todos aqueles que possuem interesse no litígio, ou seja, que podem sofrer os efeitos do acordo firmado. Frisa-se que existe extensa discussão doutrinária sobre qual a melhor forma de garantir a participação dos interessados sem causar tumulto processual e, conseqüentemente, prejudicar a resolução do conflito. No entanto, não se mostra pertinente ingressar nos pormenores dessa discussão sob pena de desviar do objeto deste trabalho. Nesse sentido, em relação a este aspecto, é importante destacar os principais benefícios gerados pela ampla participação durante a elaboração de TACs estruturais.

Em primeiro lugar, destaca-se que para a adequada resolução de um litígio estrutural é preciso que o problema seja conhecido com profundidade e isso somente será possível a partir do envolvimento de todas as pessoas que são afetadas pelo inadequado funcionamento de determinada estrutura burocrática, o que pode ser feito por meio de reuniões setoriais, oitivas de lideranças e audiências públicas. Em segundo lugar, o adequado diagnóstico do litígio auxilia na negociação das formas de solução à medida em que quanto mais se conhece do problema, maiores as chances de que sejam acordadas medidas efetivamente capazes de solucioná-lo (VITORELLI, 2020, p. 168).

Em terceiro lugar, nota-se que a participação dos interessados está intrinsecamente relacionada com a necessidade de estabelecer o diálogo entre a sociedade, os órgãos públicos e a estrutura burocrática violadora o que minimiza a ocorrência de resistências desnecessárias e contribui para o adequado cumprimento dos termos acordados. Além disso, a participação dos interessados é essencial quando se considera que o TAC vincula somente aqueles que dele participaram. Nesse viés, considerando o TAC como negócio jurídico, aplica-se a ele o princípio da relatividade (*res inter alios acta neque prodest*) fundamentado na ideia de que o negócio jurídico somente produz efeitos em relação àqueles que manifestaram sua vontade.

Diante disso, é evidente a importância de que a negociação do TAC estrutural seja pautada pelas noções de boa-fé e cooperação, priorize o diálogo e o consenso, se dê de forma pública e transparente, bem como garanta a participação dos interessados e da representação adequada em respeito ao carácter multipolar do litígio. Ocorre que, da mesma forma que se verifica no processo estrutural, não há como ter certeza se de fato o acordo coletivo resolverá o problema. Isso se dá porque litígios coletivos, em especial os litígios estruturais, costumam ser complexos e imprevisíveis de modo que é possível que as soluções delineadas por meio do termo de ajustamento de conduta não sejam alcançadas em face de diversas circunstâncias, tais como: a alteração da realidade fática, o não comprometimento dos envolvidos, a ineficácia da solução apontada ou a impossibilidade da sua implementação, o descumprimento dos termos, a insuficiência de recursos financeiros, a representação inadequada, o debate escasso, elaboração dos acordos de forma inapropriada com cláusulas incompletas ou questionáveis, dentre outros obstáculos que podem vir a surgir em face de um caso concreto.

Entretanto, mesmo diante desse cenário, observa-se que a realização de um acordo estrutural pode trazer inúmeros benefícios tanto para o compromitente quanto para o compromissário. Em especial, é possível citar como exemplo o fato de que um acordo gera um impacto positivo em relação a visibilidade externa da empresa (seja ela pública ou privada), se mostra como uma oportunidade para reestruturar as políticas causadoras de violações, bem como evita que a estrutura burocrática seja submetida a uma solução judicial impositiva que costuma ser mais custosa do que um acordo (VITORELLI, 2020, p. 159-161).

Assim, em que pese o termo de ajustamento de conduta não traga a certeza de que o litígio estrutural será de fato solucionado, é possível concluir, diante de tudo que foi exposto acerca dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário e dos benefícios da construção de soluções consensuais negociadas pela via extrajudicial, que o TAC tem maior potencial de solucionar litígios estruturais quando comparado com as demais alternativas, isto é, o processo civil tradicional ou o processo estrutural, bem como quando constatada a omissão do Poder Executivo e Legislativo.

Por fim, é evidente que o termo de ajustamento de conduta estrutural pode ser – e na maioria das vezes é – extremamente trabalhoso pelo simples fato de lidar com litígios altamente conflituosos e complexos. Contudo, o que deve ser levado em conta é o custo-benefício desse procedimento ao se voltar não apenas para a adoção de medidas paliativas, mas buscar efetivamente solucionar a estrutura causadora do litígio. Além disso, é importante pontuar que, ainda que esse acordo não seja capaz de resolver o problema por completo, não há como negar que um amplo caminho terá sido percorrido tão somente pelo fato de ter proporcionado a oportunidade de as partes dialogarem entre si.

6. CONCLUSÃO

A partir do desenvolvimento da presente pesquisa, constatou-se que os litígios estruturais não estão restritos aos ramos do direito público à medida que é impossível, diante de uma violação estrutural de direito, separar o público e privado. Nesse contexto, concebeu-se os litígios estruturais como aqueles conflitos que apresentam alta complexidade e conflituosidade e que são causados pelo mau funcionamento de uma instituição pública ou privada ou de uma política ou programa público, razão pela qual torna-se necessária a reestruturação dessa estrutura causadora de violações.

Assim, diante das particularidades dos litígios estruturais percebeu-se a necessidade de verificar quais as opções existentes para solucioná-los, das quais foram tratadas acerca de cinco delas: (i) nada fazer e esperar que o poder executivo ou legislativo aja, (ii) atuar por meio de demanda individual, (iii) atuar por meio de demanda coletiva, (iv) atuar por meio do processo estrutural ou (v) atuar por meio de medidas estruturais extrajudiciais, em especial o termo de ajustamento de conduta. A rigor, verificou-se que as três primeiras opções se mostravam ineficazes tanto pelo fato de o Judiciário ter o dever de efetivar direitos garantidos razão pela qual não pode se omitir quanto em face da constatada inadequação do processo civil tradicional individual ou coletiva tendo em vista que os litígios estruturais, pelas suas próprias características (complexidade, conflituosidade, imprevisibilidade, mutabilidade e multipolaridade), não podem ser solucionados a partir da lógica bipolar.

Nesse viés, a quarta opção se mostrou mais adequada. Isto é, concluiu-se que sempre que a judicialização do litígio estrutural for inevitável, a melhor forma de resolvê-lo é por meio do processo estrutural o qual é caracterizado pela adoção de técnicas e procedimentos distintos voltados preponderantemente para o futuro e não para o passado de modo que é conduzido visando a reestruturação da estrutura burocrática causadora da violação de direitos. Contudo, notou-se que o processo estrutural não está salvo dos problemas típicos enfrentados pelo

Poder Judiciário – excesso de demandas, quantidade insuficiente de magistrados e servidores, baixa expertise, necessidade de cumprimento de metas estabelecidas, bem como morosidade nos julgamentos –, razão pela qual passou-se para o estudo da quinta opção: as medidas estruturais extrajudiciais, em especial o termo de ajustamento de conduta.

Com base no estudo acerca do termo de ajustamento de conduta e dos benefícios das soluções negociadas, foi possível concluir que a melhor forma de solução de um litígio estrutural é por meio de um acordo coletivo. Isso porque um acordo possibilita, a partir do diálogo e da troca de informações, o conhecimento mais aprofundado do problema e com isso é possível a construção de soluções mais adequadas ao caso concreto, bem como a redução da litigiosidade e a colaboração durante a fase de implementação das medidas. Nesse contexto, constatou-se que o termo de ajustamento de conduta tem maior potencial de solucionar litígios estruturais quando comparado com as demais alternativas anteriormente tratadas.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno do Negócio Jurídico e a Necessidade de uma Nova Concepção na Contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/28454>. Acesso em: 23 fev. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Interesse Público [recurso eletrônico]**, Belo Horizonte, v. 18, n. 97, maio/jun. 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4181265/mod_resource/content/1/AREHARDT.pdf. Acesso em: 1 mar. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. São Paulo: D'Plácido, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, v. 5, n. 1, 2012.

CHAYES, Abram. The Role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, maio/1976.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Número 2021**. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020.

FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Compromisso de ajustamento de conduta**. São Paulo: LTr, 2013.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos Estruturantes**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodvim, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis. *In*: ZANETI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 30/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 16/04/2022
- Avaliação 2: 26/07/2022
- Decisão editorial preliminar: 31/07/2022
- Retorno rodada de correções: 10/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

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

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

THE PROTECTION OF THE LABOR ENVIRONMENT IN PUBLIC MANAGEMENT: THE APPLICATION OF OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY STANDARDS AND THE JURISDICTION OF LABOR JUSTICE

THAIS BORGES DA SILVA¹
CLÁUDIO JANNOTTI DA ROCHA²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo precípua analisar a aplicação das normas referentes à saúde e segurança do trabalho previstas nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Constituição da República, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e nas Normas Regulamentadoras (NR) do Ministério do Trabalho e Emprego aos servidores públicos estatutários. Para tanto, inicialmente analisa-se a natureza jurídica e a classificação do meio ambiente, com ênfase ao seu aspecto laboral. Ato contínuo, será abordada a atual proteção jurídica atribuída ao meio ambiente do trabalho pelo ordenamento jurídico brasileiro, registrando sua consagração a direito fundamental do trabalhador, intimamente imbricado ao direito à vida. Feitas estas considerações, será constatada a necessidade imperiosa da aplicação deste arcabouço jurídico aos servidores públicos, especialmente aos estatutários. Por fim, será verificada a competência da Justiça do Trabalho para apreciação das demandas relativas à aplicação de normas de saúde e segurança do trabalho aos servidores públicos estatutários. A metodologia utilizada é dedutiva, consubstanciada no método qualitativo, através das normas constitucionais, infraconstitucionais e infralegais, bem como do estudo doutrinário.

Palavras-chave: meio ambiente do trabalho; saúde e segurança do trabalho; administração pública; competência; justiça do trabalho.

- 1 Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, em Direito Público e em Direito Civil e Processo Civil. Procuradora do Trabalho. Ex-Auditora Fiscal do Trabalho. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-9934-0835>.
- 2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Doutorando em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>.

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

SILVA, Thais Borges da; ROCHA, Cláudio Jannotti da. A proteção do meio ambiente laboral na Administração Pública: a aplicação das normas de saúde e segurança do trabalho e a competência da Justiça do Trabalho. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 259-283, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8573>.

ABSTRACT

The main objective of this article is to analyze the application the application to statutory civil servants of standards relating to health, hygiene and safety in labor set out in the Conventions of the International Labour Organization (ILO), in the Constitution, in the Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) and in the Normas Regulamentadoras (NR) of the Ministry of Labor and Employment. For this, first we analyze the nature and legal classification of the environment, giving emphasis to its spectrum labor. Immediately thereafter, we address the current legal protection given to the environment of work by Brazilian law, registering its consecration to the worker's fundamental right, intimately unrelated to the right to life. After these considerations, we analyze the pertinence of the application of this legal framework for public servants, especially the statutory, and conclude that they are effectively covered by the protection of their health and physical integrity enshrined in these rules. Finally, the competence of the Labour Court will be verified for the assessment of the demands relating to the application of health and safety standards at work to statutory civil servants. The methodology used is deductive, supported by the qualitative method, through constitutional, infra-constitutional and infra-legal rules, as well as doctrinal study.

Keywords: *the work environment; health and safety at work; government; jurisdiction; labor court.*

1. INTRODUÇÃO

Singular é a relevância de se debater a proteção do meio ambiente de trabalho na Administração Pública e, conseqüentemente, a garantia da higidez da saúde e da segurança dos servidores públicos.

Os acidentes do trabalho e as doenças ocupacionais ainda representam gravíssimos problemas sociais e econômicos, vez que comprometem a saúde física e mental do trabalhador. Estimativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicam que a cada 15 segundos morre um trabalhador em virtude de um acidente ou doença relacionada ao trabalho. Ainda, 313 milhões de trabalhadores/as sofrem lesões profissionais não fatais todos os anos. Tais doenças e acidentes, inclusive, superam a média anual de óbitos por acidentes de trânsito, violência e guerra, representando um custo mundial anual da ordem de U\$ 1 trilhão (BENITE, 2004).

Essa circunstância impõe a necessidade premente de adoção de medidas eficazes de prevenção dos acidentes e doenças ocupacionais. Proteger e tutelar o meio ambiente do trabalho significa valorizar e reconhecer a importância da vida do ser humano. Neste contexto, o meio ambiente laboral adequado e seguro insere-se como direito fundamental dos trabalhadores, estando intimamente relacionado ao direito à vida.

Reconhecendo a preocupação da sociedade com a proteção ao meio ambiente em todos os seus aspectos, a Constituição da República brasileira estabeleceu, em seu art. 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Ainda, incluiu como direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inc. XXII). Garantir um meio ambiente laboral saudável e seguro é ao mesmo tempo um dever do Estado e um direito fundamental do trabalhador.

Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) destinou capítulo específico à segurança e medicina do trabalho (Capítulo V – arts. 154 a 201), tendo tratado de diversas ações especiais de proteção ao meio ambiente laboral.

Ainda, a CLT prevê, em seu art. 200, que o Ministério do Trabalho e Previdência³ estabelecerá disposições complementares às normas de saúde e segurança do Trabalho. Com fulcro nessa autorização legislativa, esse órgão editou portarias, que consubstanciam as Normas Regulamentadoras (NR) no 1 a 37, versando sobre as mais variadas temáticas referentes ao meio ambiente laboral, tais quais: a CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (NR 5), o SESMT – Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (NR 4) e o PCMSO – Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (NR 7).

Não restam dúvidas, pois, que aos empregados foi atribuída uma tutela estatal efetivamente protetiva de sua saúde e segurança. Lado outro, no que tange aos servidores públicos estatutários, questiona-se a possibilidade de aplicação de todo este arcabouço jurídico para sua proteção. Por incrível que possa parecer, alguns entes públicos, em pleno século XXI, por vezes, negam-se a cumprir as normas de saúde, segurança e higiene do trabalho no que se refere a seus servidores estatutários, sob o argumento de estarem eles regidos por normas próprias, que não as consubstanciadas na CLT e nas NR.

As más condições do meio ambiente de trabalho na Administração Pública, como a mais absoluta falta de implementação de medidas de proteção individuais e coletivas, são as responsáveis pela elevada estatística de afastamentos decorrentes de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais que vitimam servidores públicos.

A inexistência/escassez de legislação específica que estabeleça a adequação do meio ambiente de trabalho na Administração Pública e o descaso dos entes públicos em observarem as normas de tutela previstas nos diplomas normativos acima indicados contribuem para o agravamento dos danos à saúde e à integridade física dos servidores públicos.

Neste contexto, a problemática que será tratada no presente artigo será a seguinte: quais as razões que justificam a aplicação das normas previstas nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Constituição da República, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e nas Normas Regulamentadoras (NR) do Ministério do Trabalho e Emprego aos servidores públicos estatutários? Também será objeto de investigação verificar se a Justiça do Trabalho é competente para apreciar as demandas relativas ao meio ambiente do trabalho de servidores públicos estatutários.

As hipóteses a serem testadas e aqui comprovadas são justamente no sentido de que os servidores públicos estatutários são destinatários finais das normas de saúde e segurança do trabalho acima indicadas, porquanto também possuem o direito fundamental ao meio ambiente saudável e seguro, bem como de que a Justiça do Trabalho é competente para apreciação das ações relativas à defesa desse direito.

3 Recentemente, em 27/07/2021, foi recriado o Ministério do Trabalho, por meio da Medida Provisória 1058, que alterou a Lei 13.844/2019, tendo passado a se chamar Ministério do Trabalho e Previdência. Registra-se, neste particular, que o Ministério do Trabalho, a despeito da função relevantíssima que desempenha, especialmente através da Fiscalização do Trabalho, que busca a garantia do trabalho decente, combatendo práticas de trabalho infantil, trabalho escravo, assédio moral, descumprimento de normas de saúde e segurança do trabalho, foi extinto em janeiro de 2019, tendo tido sua estrutura incorporada ao Ministério da Economia. Há algum tempo o Ministério do Trabalho já vem sofrendo com o descaso dos governos, sendo denunciadas comumente diversas situações de falta de servidores e de material de trabalho, bem como de condições inadequadas de trabalho nas sedes.

2. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A cada dia o tema meio ambiente ganha maior destaque nos debates políticos e na mídia. Ocorre que, frequentemente, a expressão meio ambiente tem sido utilizada de forma superficial, com a consequência de equipará-lo aos recursos naturais. Nesta circunstância reside a relevância de delimitar o conceito jurídico de meio ambiente, de modo a possibilitar uma análise sistêmica dessa temática.

2.1 NATUREZA JURÍDICA

Aduz Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005, p. 20) que o ordenamento jurídico brasileiro tem atribuído amplitude conceitual ao meio ambiente, optando por “[...] trazer um conceito jurídico indeterminado, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma”.

Neste sentido, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81, art. 3º, inc. I) preceitua que o meio ambiente deve ser concebido como o “o conjunto de condições, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A conceituação ampla do meio ambiente consagrada pelo ordenamento jurídico permite a conclusão de que todos os seus espectros foram efetivamente protegidos.

Ainda que o meio ambiente por definição seja unitário, a doutrina costuma indicar quatro aspectos que o integram, classificação que visa facilitar a identificação do bem violado. Todavia, não se deve perder de vista que, independentemente de qualquer classificação, a tutela jurídica do meio ambiente é una, possuindo o único objetivo de proteger a vida e a integridade física das pessoas.

Registrada esta consideração, ressalta-se que os estudiosos do direito ambiental classificam o meio ambiente nos seguintes aspectos: natural, artificial, cultural e do trabalho.

O primeiro, meio ambiente natural ou físico, é aquele que se constitui por solo, água, ar atmosférico, flora e fauna. Por sua vez, o meio ambiente artificial é caracterizado pelo espaço urbano construído, o qual corresponde ao conjunto de edificações e dos equipamentos públicos.

Ensina José Afonso da Silva (2010, p. 19) que o meio ambiente cultural é aquele “[...] integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou”.

Por fim, o meio ambiente do trabalho é conceituado por Cláudio Brandão como:

[...] o conjunto de todos os fatores que, direta ou indiretamente, se relacionam com a execução da atividade do empregado, envolvendo os elementos materiais (local de trabalho em sentido amplo, máquinas, móveis, utensílios e ferramentas) e imateriais (rotinas, processos de produção e modo de exercício do poder de comando do empregador). (BRANDÃO, 2006, p. 65)

O meio ambiente laboral é considerado uma extensão do conceito de meio ambiente artificial, correspondendo, pois, ao conjunto de fatores como o local de trabalho, as máquinas

e equipamentos, os agentes físicos, químicos e biológicos, enfim, todos os aspectos que se relacionam às condições de trabalho.

Importante consignar que a Convenção 155 da OIT, que dispõe sobre saúde e segurança do trabalho, define que o termo saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho.

É bem de se ver, pois, que a proteção ao meio ambiente de trabalho deve ser a mais ampla possível, de modo a compreender não apenas a redução/eliminação de agentes insalubres ou perigosos, mas também a implementação de toda e qualquer medida que tenha o objetivo imediato ou mediato de garantir a saúde e a segurança dos trabalhadores, como, por exemplo, a limitação da jornada de trabalho e a proibição de práticas de assédio moral.

Conforme se demonstrará, tem-se, na atualidade, um vasto e consistente arcabouço jurídico destinado à proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores. Ocorre que nem sempre foi assim. Durante considerável período da história, a saúde e a segurança dos trabalhadores foram negligenciadas pelo ordenamento jurídico. Dessarte, entende-se que para melhor compreendermos a legislação ambiental laboral atualmente em vigor, é relevante fazer uma breve digressão acerca da evolução das normas protetivas da saúde dos trabalhadores.

2.2 BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

No final do século XVIII desencadeou-se na Europa a Revolução Industrial, a qual consubstanciou um processo de passagem da manufatura à indústria, tendo culminado por introduzir consideráveis alterações no modo de produção e nas relações de trabalho.

A economia capitalista industrial surgida baseou-se no sistema filosófico do liberalismo, por intermédio do qual defendia-se a não intervenção do Estado na economia e na vida privada dos cidadãos.

Esse sistema influenciou consideravelmente as condições em que era prestado o trabalho, tendo instituído um quadro de absoluta exploração dos trabalhadores e, conseqüentemente, de degradação de sua saúde.

Com precisão de detalhes, Fábio Fernandes ilustra as condições de trabalho de então:

Naquela época, os empresários impuseram condições desumanas e degradantes de trabalho aos operários, para aumentar a produção e garantir uma margem de lucro crescente. Não havia a fixação de uma contraprestação mínima, a falta de iluminação, má circulação de ar e jornadas diárias de trabalhos que ultrapassavam 15 horas, inclusive de mulheres e crianças, geraram inúmeros acidentes. (FERNANDES, 2009, p. 43).

As péssimas condições de trabalho e de vida em geral nas cidades industriais fizeram crescer consideravelmente o número de mortos, mutilados, doentes, órfãos e viúvas. Alguns recenseamentos ingleses do século XIX relatam que um homem vivia em média cinquenta anos no campo e, trinta anos, na cidade.

A Revolução Industrial também foi responsável por criar enormes aglomerados em torno das cidades, o que propiciou o aparecimento dos movimentos operários. A mobilização permanente desses movimentos estimulou uma intervenção cada vez maior do Estado nas relações laborais.

Assim, no início do século XIX, surgiram os primeiros diplomas normativos de proteção dos trabalhadores, os quais possuíam íntima relação com o meio ambiente laboral. São eles: o *Moral and Health Act*, de 1802, que estabeleceu o limite de jornada diária de trabalho em doze horas e a obrigatoriedade de adoção de medidas de melhoramento no ambiente de trabalho, de modo a torná-lo arejado, limpo e seguro e o *Factory Act*, de 1833, que restringiu a jornada de trabalho a sessenta e nove horas semanais e proibiu o trabalho noturno a menores de dezoito anos.

Nos anos seguintes a produção jurídica de normas de prevenção referentes ao meio ambiente laboral foi se intensificando, em especial após a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. Já nos primeiros anos de sua instituição, foram editadas diversas convenções que visavam à proteção da saúde e da integridade física dos trabalhadores, tratando da limitação da jornada de trabalho e do trabalho de crianças e adolescentes. Indica-se como exemplos as Convenções no 6 – Trabalho noturno dos menores na indústria, 12 – Indenização por acidente de trabalho na agricultura, 14 – Repouso semanal nos estabelecimentos industriais e 16 – Exame médico dos menores.

Em 1950, o Comitê Misto da OIT e da Organização Mundial da Saúde (OMS), estabeleceu os seguintes objetivos para a saúde ocupacional, os quais foram referendados em 1995: promover e manter o mais alto grau de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores em todas as ocupações, prevenir todo prejuízo causado à saúde dos trabalhadores pelas condições do seu trabalho, proteger os trabalhadores, em seu trabalho, contra os riscos resultantes da presença de agentes nocivos a saúde, colocar e manter o trabalhador em uma função que convenha às suas aptidões fisiológicas e psicológicas, adaptar o trabalho ao homem e cada homem ao seu trabalho (OIT, 2009, p. 5).

No Brasil, a primeira norma jurídica a tratar da saúde e segurança dos trabalhadores foi o Decreto nº 3.724/1919, que estabeleceu a obrigação de que os empregadores segurassem acidentes de trabalho em suas empresas (OLIVEIRA, 2008, p. 34).

A Constituição da República de 1934 foi a primeira a prever indenização por decorrência de acidente do trabalho, a cargo do Estado e/ou do empregador.

É bem de se ver, pois, que as normas mencionadas não consubstanciam a prevenção de danos à saúde e segurança dos trabalhadores, mas apenas estabelecem indenizações para os infortúnios já causados. A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1943, representou a quebra deste paradigma, uma vez que introduziu importantes medidas de prevenção de acidentes e doenças ocupacionais.

Por seu turno, a Constituição da República de 1988 consagrou o meio ambiente de trabalho seguro como direito difuso fundamental, em razão de ser ele intrinsecamente relacionado ao direito à vida.

2.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO BRASIL

Conforme se demonstrará, a legislação ambiental trabalhista brasileira é, na atualidade, muito avançada no que tange à prevenção e a proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores, havendo diversas normas que buscam garantir a valorização do trabalho humano.

2.3.1 CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

O Brasil ratificou diversas Convenções da OIT relativas à saúde e segurança do trabalho, abrangendo as mais variadas temáticas, como: indenização por acidente de trabalho (Convenção n° 12), igualdade de tratamento nos acidentes de trabalho entre brasileiros e estrangeiros (n° 19), doenças profissionais (n° 42), trabalho de mulheres em minas subterrâneas (n° 45), proteção contra radiações ionizantes (n° 115), proteção contra riscos profissionais decorrentes da contaminação do ar, do ruído e das vibrações (n° 148), segurança e higiene nos trabalhos portuários (n° 152), serviços de saúde e segurança no trabalho (n° 161), saúde e segurança na construção (n° 167), dentre outras.

Merecem especial atenção as Convenções n° 81, 161 e 155. Essa última trata da saúde e segurança dos trabalhadores de todas as atividades econômicas, estabelecendo a obrigatoriedade de formulação e implementação de uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, com o intuito de prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com o trabalho ou se apresentarem durante o trabalho.

Tal convenção determina, ainda, que deverá ser exigida dos empregadores a garantia de que os agentes e as substâncias químicas, físicas e biológicas não envolvam riscos para a saúde dos trabalhadores.

Por sua vez, a Convenção n° 81 regula a inspeção laboral, incumbindo-lhe, além de outras funções, a de assegurar a aplicação das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão, tais como as normas referentes à duração do trabalho e à segurança, higiene e bem-estar dos trabalhadores.

Por fim, a Convenção n° 161 estabelece a obrigatoriedade de instituição de serviços de saúde no trabalho, os quais são encarregados de aconselhar o empregador e os trabalhadores sobre os requisitos necessários para manutenção de um ambiente de trabalho seguro e salubre e sobre a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores.

2.3.2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição da República de 1988 consagrou o meio ambiente adequado como direito fundamental de todos, estabelecendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo (art. 225).

Conforme afirmado anteriormente, tal norma adotou uma concepção ampla do meio ambiente, de forma a garantir a proteção a todas as esferas que o integram, entre as quais incluiu-se o meio ambiente de trabalho.

A fim de sepultar peremptoriamente os entendimentos que restringiam o conceito de meio ambiente aos recursos da natureza, o art. 200, inc. VIII, da Constituição previu como atribuição do sistema único de saúde “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

É bem de se ver, pois, que o Constituinte confirmou o íntimo liame existente entre a proteção ao meio ambiente de trabalho e o direito à saúde. A manutenção de um meio ambiente laboral seguro e adequado é imprescindível à higidez da saúde e da integridade física dos trabalhadores. O objetivo final das normas referentes ao meio ambiente do trabalho é sempre a tutela do direito à vida, o qual pressupõe vida com qualidade e dignidade.

Outra não poderia ser a interpretação extraída destes dispositivos da Carta Magna, uma vez que essa fixa como fundamentos da República Brasileira a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, inc. III e IV), além de prever que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados como princípios de defesa do meio ambiente, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego (art. 170). Indubitavelmente, está a valorização do trabalho humano intrinsecamente condicionada ao devido respeito às normas de saúde e segurança do trabalho.

A saúde e a segurança são direitos que também foram assegurados no art. 6º da Constituição, dispositivo que fixa o rol de direitos sociais.

Ainda, a Constituição Brasileira estabelece expressamente como direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, inc. XXII).

Diante do exposto, inarredável a conclusão de que o Constituinte instituiu um novo marco da tutela do meio ambiente de trabalho, uma vez que enfatizou a importância da prevenção, com a redução dos riscos ambientais. O objetivo das normas referentes à saúde e segurança do trabalho deixa de ser eminentemente reparatório e passa a ser preventivo.

Imperioso observar que a estratégia de monetarização dos riscos, com o estabelecimento do pagamento dos adicionais de insalubridade, penosidade e periculosidade, inibe iniciativas de combate às condições inadequadas de trabalho, nega ou ao menos subestima o impacto das condições inseguras nos trabalhadores.

Neste particular, relevante traçar um paralelo entre o pagamento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade e o princípio do poluidor-pagador, o qual, vem sendo erroneamente interpretado como princípio que autoriza a poluição por meio da compra do direito de poluir. Da mesma forma, o pagamento de adicionais mencionados também é visto como um direito de “pagar para compensar danos causados à saúde do trabalhador”. Para o empregador, apresenta-se mais vantajoso efetuar o pagamento dos adicionais, do que investir em medidas de prevenção dos riscos no meio ambiente laboral. Lado outro, para os trabalhadores, o acréscimo salarial torna-se um atrativo que aumenta sua sujeição às condições de risco.

Ora, é indubitável que a concessão dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade não combate os riscos à saúde e à segurança do trabalhador. Apenas por meio da prevenção dos riscos, na origem, se alcançará a efetiva proteção da vida e da integridade física dos trabalhadores.

Acerca da importância da prevenção, pontua Fábio Fernandes (2009, p. 106): “Trata-se de princípio reitor do Direito Ambiental, essência e objetivo fundamental deste ramo jurídico, porquanto, como se sabe, os danos ambientais, quase sempre, são irreversíveis”.

Ademais, para além de consagrar o princípio da prevenção, quando a Constituição da República estatuiu o direito dos trabalhadores à redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante a adoção de normas de saúde e segurança do trabalho, conferiu a eles o direito de exigir dos empregadores a conduta necessária ao cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho.

Assim, conforme ensina Ileana Neiva Mousinho (2010, p. 23), “Não se trata mais de exigir uma tarefa do Estado (v.g., elaborar as normas de saúde e segurança), mas de exigir-se dos particulares – no caso, as empresas e os empregadores pessoa física - a adoção e implementação das normas de saúde e segurança nas rotinas das atividades laborais”. Extrai-se, pois, da norma do art. 7º, inc. XXII da Constituição Federal, a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde do trabalhador.

Finalmente, impõe observar que a Constituição da República ainda consagrou diversos outros direitos referentes à saúde e segurança do trabalhador, como os positivados no art. 7º, inc. XIII e XIV - limitação da jornada de trabalho, XV - repouso semanal remunerado, XVII – férias e XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho e indenização quando constatada culpa ou dolo do empregador.

2.3.3 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1943, destinou capítulo próprio à segurança e medicina do trabalho (Capítulo V – artigos 154 a 201), no qual instituiu noções introdutórias de prevenção dos riscos ambientais.

Foram tratadas as seguintes matérias: inspeção prévia, embargo e interdição, órgãos de medicina e segurança do trabalho nas empresas, equipamentos de proteção individual, medidas preventivas de medicina do trabalho, edificações, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais, máquinas e equipamentos, caldeiras, fornos e recipientes sob pressão, atividades insalubres e perigosas, prevenção da fadiga e outras medidas especiais de proteção.

Ainda, a CLT, em suas disposições gerais, fixou normas de destacado relevo, acerca das responsabilidades dos órgãos de fiscalização, dos empregadores e dos empregados na prevenção e proteção do meio ambiente laboral.

Nesse diapasão, estabeleceu como atribuições do Ministério do Trabalho e Emprego as seguintes: promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho; adotar as medidas que se tornem exigíveis, determinando as obras e reparos que, em

qualquer local de trabalho, se façam necessárias; impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho.

Por sua vez, destinou aos empregados as obrigações de observar as normas de segurança e medicina do trabalho e colaborar com a empresa na aplicação das medidas de proteção.

Por fim, no que tange aos empregadores, a CLT incumbiu-lhes das obrigações de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente e facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Neste particular, Sebastião Geraldo de Oliveira esclarece que a ênfase atribuída à obrigação do empregador de fazer cumprir as normas indica que é ele

[...] que deve tomar a iniciativa de criar uma cultura prevencionista, especialmente porque detém o poder diretivo e disciplinar, podendo até mesmo dispensar por justa causa o empregado que resiste ao cumprimento de suas determinações no campo de segurança e saúde no trabalho. (OLIVEIRA, 2007, p. 117).

Impõe observar, ainda, que em seu art. 200, a CLT delegou competência normativa ao Ministério do Trabalho e Emprego para estabelecer disposições complementares às normas de saúde e segurança laboral nela abordadas, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho.

Em cumprimento a este comando legal, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria no 3.214/78, aprovando vinte e oito Normas Regulamentadoras (NR) relativas à saúde e segurança do trabalho. Posteriormente, outras nove NR foram editadas.

2.3.4 NORMAS REGULAMENTADORAS

Inicialmente, é imperioso realizar uma breve análise da força normativa das Normas Regulamentadoras (NR). Há quem defenda que a Constituição da República não recepcionou tais normas, em razão de que como atos regulamentares que são, não podem criar obrigações, sob pena de violação do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inc. II.

Ocorre que este posicionamento ignora a circunstância de que o regulamento não teria qualquer utilidade caso se limitasse à mera reprodução legal. Incumbe, sim, aos atos regulamentares a fixação de normas que complementem as previsões legais, desde que sigam seu espírito, desde que não as contrariem.

Relembra José Afonso Dallegrave (2010, p. 120) que o próprio Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento da plena legalidade e força normativa das NR, ao editar a Súmula no 194, que assim dispõe: “É competente o MTE para especificações das atividades insalubres”.

Também o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a legalidade das NR, como se extrai, por exemplo, da análise de sua Súmula no 448⁴, que reforça a imprescindibilidade da classi-

4 “Súmula nº 448 do TST: ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo

ficação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, bem como que reforça o disposto no anexo 14 da NR 15, que trata da insalubridade.

As NRs vêm sendo há décadas aplicadas na Justiça Laboral, especialmente no que se refere aos enquadramentos dos requerimentos de concessão de adicionais de insalubridade e periculosidade (NR 15 e 16) e à caracterização da culpa do empregador como causa de acidentes e doenças do trabalho, a qual resta configurada quando se constata o descumprimento de disposições de saúde e segurança do trabalho nelas previstas.

Registradas estas considerações acerca da legalidade das NRs, impõe observar que a metodologia de regulamentação na área de segurança e saúde no trabalho observa como princípio básico a adoção do sistema tripartite paritário. Isto significa que o governo, os trabalhadores e os empregadores participam do processo de elaboração das normas.

Conforme já consignado, são trinta e sete as NRs editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Estão em vigor atualmente trinta e cinco, já que foram revogadas a NR 2, que tratava da inspeção prévia e a NR 27, que regulava o registro profissional do Técnico de Segurança do Trabalho no MTB.

Algumas das NRs apresentam disposições aplicáveis a todos os empregadores, enquanto outras, como a NR 18 (Condições e meio ambiente de trabalho na indústria da construção) e a NR 22 (Segurança e saúde ocupacional na mineração) são aplicáveis a atividades econômicas específicas.

São por elas abordadas diversas temáticas, como o embargo e a interdição (NR 3), os SESMT - Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (NR 4), a CIPA - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (NR 5), o PCMSO - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (NR 7) e as caldeiras e vasos de Pressão (NR 13).

3. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Feitas estas considerações, passar-se-á ao exame da aplicação das normas de saúde e segurança do trabalho previstas nas Convenções Internacionais da OIT, na Constituição da República, na CLT e nas NR do Ministério do Trabalho e Emprego, aos servidores públicos estatutários. Antes, porém, necessário trazer a conceituação dos servidores públicos.

3.1 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 511), a expressão servidor público é utilizada para designar “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às

necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. II – A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano”.

entidades da Administração Indireta, com vínculo jurídico e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”.

Dentro deste conceito, compreendem-se servidores estatutários, ocupantes de cargos públicos providos por concurso público, regidos por diplomas legais específicos, os estatutos, os quais definem os direitos e obrigações, e empregados públicos, ocupantes de emprego público, também provido por concurso público, contratados sob o regime da CLT.

Os servidores estatutários submetem-se a um regime próprio, estabelecido em lei, por cada uma das unidades da federação. Ao serem investidos no cargo, já ingressam em uma situação jurídica previamente delineada no estatuto, razão pela qual a relação jurídica que se estabelece entre o eles e o Estado não possui natureza contratual.

Por sua vez, no regime celetista, o servidor público é regido pela legislação trabalhista, a qual determina seus direitos e obrigações. Todos os entes federativos que adotarem este regime deverão obedecer às mesmas normas jurídicas trabalhistas.

3.2 APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO AOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

Quanto aos empregados públicos, não restam dúvidas de que as normas de saúde e segurança do trabalho previstas nas Convenções da OIT, na Constituição da República, na CLT e nas NR do Ministério do Trabalho e Emprego lhes são aplicáveis, uma vez que são eles contratados sob o regime da legislação trabalhista.

Neste sentido prevê o item 1.2.1.1 da NR 01 (Disposições Gerais), o qual estabelece que as NRs são de observância obrigatória pelas organizações e pelos órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Ministério Público que possuam empregados regidos pela CLT.

Os questionamentos surgem no que diz respeito à aplicação dessas normas aos servidores públicos estatutários. Parcela considerável dos entes da Administração Pública recusa-se a observá-las, justificando-se no fato de serem elas direcionadas aos empregados, regidos por relação contratual.

Esta resistência dos entes públicos em adotar as obrigações de saúde, segurança e higiene do trabalho dispostas, em especial na CLT e nas NRs do Ministério do Trabalho e Emprego, somada a sua insignificante ou, muitas vezes, inexistente produção legislativa acerca do meio ambiente laboral, possuem como consequência a mais absoluta desproteção do servidor público estatutário em face dos riscos ocupacionais.

Ainda é muito tímida a normativa voltada à proteção da saúde e da segurança dos servidores no âmbito administrativo. Por esta razão, não é impróprio afirmar que não existe uma gestão adequada do meio ambiente laboral na Administração Pública. Neste contexto, há entes federativos que sequer realizam estudos acerca das causas dos afastamentos por acidentes de trabalho e por doença ocupacional dos servidores públicos, o que dificulta sobremaneira a adoção de medidas de prevenção.

A riqueza de descrição da realidade do meio ambiente laboral em grande parte da Administração Pública justifica a transcrição dos ensinamentos de Alessandro Santos de Miranda:

O cenário tem gerado graves casos de adoecimento destes profissionais, que cada vez mais aumentam as estatísticas de afastamentos do trabalho por motivos de adoecimento ocupacional. [...]

Assim, o sucateamento do serviço público reflete diretamente na saúde dos trabalhadores. Estes convivem com a falta ou precariedade de infra-estrutura, o engessamento da carreira, a morosidade pelo excesso de procedimentos burocráticos e a redução das garantias salariais e de aposentadoria. Aludidos fatores, tão presentes no serviço público, não permitem a adequada gestão dos trabalhadores. Ainda, a monotonia de determinadas funções, a falta de perspectivas de crescimento profissional e a sobrecarga quantitativa de trabalho em alguns órgãos administrativos contribuem para a potencialização das ocorrências de adoecimentos e afastamentos.

Acrescentem-se à problemática as dificuldades orçamentárias e de gestão para adquirir mobiliário adequado e equipamentos de proteção alegadas pelos administradores e as constantes alterações dos dirigentes, o que dificulta o estabelecimento e a implantação de políticas internas de gestão habituais, de médio ou de longo prazo voltadas para a qualidade de vida do servidor.

Ainda, coexistem a falta de informação sobre a situação da saúde dos trabalhadores nos diversos setores da Administração Pública e a carência de um diagnóstico completo compreendendo: o quantitativo de trabalhadores; a distribuição dos mesmos por atividade desenvolvida; o perfil epidemiológico; a identificação e avaliação dos riscos para a saúde presentes nos ambientes laborais; o planejamento e a organização das atividades; o acompanhamento da saúde dos trabalhadores em relação ao desempenho das suas tarefas profissionais, entre outros. (MIRANDA, 2012, p. 299-300).

Este cenário de precariedade do meio ambiente laboral é facilmente demonstrado nas diversas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho para implementação das normas de saúde e segurança do trabalho na Administração Pública. Tem comprovado o MPT no curso das investigações a prática de graves irregularidades relacionadas ao meio ambiente laboral nos órgãos públicos em todo o Brasil, relacionadas, por exemplo, a não constituição de CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e SESMT – Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho⁵; exposição a produtos químicos nocivos à saúde, como amianto, querosene, thinner, sem a utilização de equipamentos de proteção individual⁶; falta de elaboração/implementação do PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional e do PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais e de realização periódica de exames dos servidores⁷; não implementação de medidas de proteção contra a Covid-19⁸.

5 Justiça do Trabalho deve julgar ação sobre ambiente de trabalho de servidores estaduais. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/-/justica-do-trabalho-deve-julgar-acao-sobre-ambiente-de-trabalho-de-servidores-estaduais>. Acesso em: 20 set. 2021.

6 Justiça do Trabalho deve julgar ação sobre condições de trabalho na PM do DF. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/-/justica-do-trabalho-deve-julgar-acao-sobre-condicoes-de-trabalho-na-pm-do-df>. Acesso em: 20 set. 2021.

7 Vínculo estatutário não exclui Justiça Trabalhista de apreciar lesão ao meio ambiente do trabalho. Disponível em: <https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2017/02/23/vinculo-estatutario-nao-exclui-justica-trabalhista-de-apreciar-lesao-ao-meio>. Acesso em: 20 set. 2021.

8 TST mantém liminar que afastou do trabalho presencial os profissionais da educação do Amazonas pertencentes ao grupo de risco da Covid-19. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/tst-mant%C3%A9m-liminar-que-afastou-do-trabalho-presencial-os-profissionais-da-educa%C3%A7%C3%A3o-do-amazonas-pertencentes-ao-grupo-de-risco-da-covid-19>. Acesso em: 20 set. 2021.

É bem de se ver, pois, que são graves as consequências da negligência da Administração Pública com a saúde e a integridade física dos seus servidores, razão pela qual a adequação de seu meio ambiente laboral é medida que se impõe.

Fixada a premente necessidade de proteção da saúde e segurança dos servidores públicos, passar-se-á à análise dos fundamentos jurídicos que justificam a obrigatoriedade de cumprimento das exigências referentes ao meio ambiente de trabalho pela Administração Pública.

Conforme a doutrina de Raimundo Simão de Melo (2008, p. 28), o meio ambiente de trabalho seguro e hígido é direito fundamental do cidadão trabalhador. A ênfase atribuída ao termo cidadão tem o condão de desvincular tal garantia dos direitos trabalhistas clássicos, decorrentes do contrato de trabalho.

O traço distintivo do direito ao meio ambiente adequado e seguro reside na circunstância de estar ele intimamente imbrincado ao mais fundamental direito do homem, o direito à vida, o qual pressupõe vida com qualidade.

Neste particular, oportunas são as palavras de Fábio Fernandes, para quem:

A garantia constitucional do ambiente ecologicamente equilibrado tem por finalidade tutelar a vida humana. Não qualquer tipo de vida ou sobrevida, mas a vida vivida ou, para citarmos o texto na forma vazada: 'sadia qualidade de vida', para cuja concretização torna-se imprescindível estar presente esta qualidade, também no local onde ocorre uma das principais manifestações do homem com o seu meio, dando-se eficácia aos ditames constitucionais que fixam como direito fundamental a vida (arts. 1º, III e 5º) e como direitos sociais fundamentais, a saúde e o trabalho (art. 6º). (FERNANDES, 2009, p. 34).

Indubitavelmente, a garantia da saúde e, conseqüentemente, da qualidade de vida dos cidadãos, pressupõe a adequação de seu ambiente laboral, em razão de ser este o local onde eles passam a maior parte de suas vidas.

É inegável, pois, a interdependência dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao trabalho. Trata-se de conclusão que também se extrai de nossa Carta Maior, a qual, conforme já mencionado, inclui no rol das atribuições do SUS a execução de ações de saúde do trabalhador e a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Assim, a adoção de medidas de prevenção e de minimização dos riscos ambientais é uma das vertentes da prestação de serviços de saúde pública.

A garantia de um meio ambiente de trabalho hígido, além de ser consectária dos direitos à saúde e à vida, decorre do próprio direito fundamental ao trabalho, o qual pressupõe o trabalho em adequadas condições.

Inexoravelmente, não há como garantir a valorização do trabalho humano sem que haja o devido respeito às normas de saúde e segurança do trabalho, de modo que a garantia de meio ambiente de trabalho adequado é dever de todo empregador, seja ele público ou privado.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza, em seu art. XXIII, que "Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego".

Também de suma importância é a previsão constante do art. 7, "b", do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: "Os Estados-partes no presente Pacto reco-

nhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente condições de trabalho seguras e higiênicas”.

Desse modo, é imperiosa a conclusão de que a toda pessoa deve ser assegurado um trabalho digno ou decente, o que corresponde a um trabalho em condições adequadas de saúde, segurança e higiene.

Por todo o exposto, e, em especial, por estar o direito ao meio ambiente de trabalho adequado e seguro intimamente relacionado aos direitos sociais à saúde e à segurança, previstos no art. 6º da Constituição da República, é conclusão inarredável que ele não consubstancia mero direito trabalhista.

Tanto é assim que a competência para legislar sobre normas de saúde e segurança do trabalho é concorrente entre os entes públicos, na forma do art. 24, inc. VI e XII, da Constituição da República, o que não ocorre com o direito do trabalho, cuja competência legislativa é de exclusividade da União, conforme art. 22, inc. I, da Carta Maior.

Não sendo um mero direito trabalhista, deve ser ele garantido não apenas aos empregados, mas a todo trabalhador que desempenha uma atividade, remunerada ou não. Neste sentido é o ensinamento de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, que, ao definir o meio ambiente do trabalho, assim consignou:

[...] é o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade no meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentam (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.). (FIORILLO, 2005, p. 21).

Também neste sentido manifesta-se Fábio Goulart Villela:

O servidor público, assim como qualquer outro trabalhador, tem assegurado o direito a um meio ambiente do trabalho salutar e equilibrado, que lhe acarrete uma sadia qualidade de vida. O fato de possuírem como tomador dos respectivos serviços o Estado não pode jamais mitigar ou dificultar a aplicação de todas as normas de higiene, saúde e de segurança do trabalho, independentemente do regime jurídico a que estejam submetidos, sejam celetistas ou estatutários. (VILLELA, 2010).

É importante ressaltar que, felizmente, nosso ordenamento jurídico consagrou os entendimentos acima manifestados, conforme se demonstrará.

Em 1994 o Brasil ratificou a Convenção no 155 da OIT, a qual determina aos Estados a definição e a execução de uma política nacional que vise à prevenção dos acidentes e danos à saúde “[...] que sejam consequência do trabalho, guardem relação com a atividade profissional ou sobrevenham durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida do possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho” (art. 4º).

Esta Convenção, na forma de seus arts. 1º e 2º, aplica-se a todos os trabalhadores das áreas de atividades econômicas do Estados-membro. Ainda, seu art. 3º define “trabalhadores”, como “todas as pessoas empregadas, incluindo os funcionários públicos” e “áreas de atividade econômica”, como sendo aquelas “em que existam trabalhadores empregados, inclusive a administração pública”.

Neste sentido também dispõe a Convenção no 161 da OIT, que versa sobre os serviços de saúde no trabalho. Em seu art. 3º há previsão expressa de que todo membro se compromete a instituir, de forma progressiva, serviços de saúde laboral para os trabalhadores, inclusive os servidores públicos, entre outros, independente do ramo de atividade envolvido.

É bem de se ver, pois, que tais Convenções não distinguiram os servidores públicos dos demais trabalhadores, garantindo, a todos eles o direito ao meio ambiente de trabalho seguro.

Enfatiza-se que em atendimento ao estabelecido na Convenção no 155 acima mencionada, foi publicado o Decreto no 7.602/2011, o qual instituiu a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho.

O item II, “a” deste Decreto fixa como princípio da Política Nacional a universalidade, do que se extrai que deve a proteção à saúde e segurança abranger a toda a classe de trabalhadores. Nesse sentido dispõe expressamente o item IV, “a”, estabelecendo que as ações no âmbito da Política Nacional devem desenvolver-se de acordo com a seguinte diretriz: “a) inclusão de todos os trabalhadores brasileiros no sistema nacional de promoção e proteção da saúde”.

Outra não foi a inteligência adotada pela Constituição da República de 1988, a qual, em seu art. 39, § 3º, garantiu aos servidores públicos, de qualquer regime, uma série de direitos conferidos aos trabalhadores urbanos e rurais, previstos no art. 7º, dentre os quais se inclui o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inc. XXII).

Conforme afirmado anteriormente, grande parte dos entes da Administração Pública recusa-se a observar as normas de saúde e segurança do trabalho quanto a seus servidores estatutários, justificando-se na circunstância de serem elas direcionadas aos empregados, regidos por relação contratual.

Acrescenta-se a esta recusa, a inércia que marca a produção legislativa de normas de saúde e segurança do trabalho na Administração Pública, o que tem como consequência a absoluta desproteção dos servidores públicos estatutários.

Ora, o comprometimento da saúde e da integridade física de tais servidores não pode ser justificado pela falta de vontade legislativa dos entes públicos.

É importante ressaltar que as normas de saúde, higiene e segurança no trabalho constantes das NR não se destinam apenas a regulamentar preceitos da CLT, mas, sim, a dar concretezade aos direitos constitucionais à vida, à saúde e ao meio ambiente de trabalho adequado.

Assim, em existindo normas protetivas à saúde e segurança dos trabalhadores, disciplinadas nas NR, devem ser elas aplicadas a todos os servidores públicos, como corolário do princípio da norma mais favorável ao trabalhador, o qual possui status constitucional, já que a Constituição Federal, ao estabelecer o rol dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, garante “outros que visem à melhoria de sua condição social”. Indubitável que a observância das NR no meio ambiente laboral na Administração Pública propiciará melhoria nas condições de trabalho e, conseqüentemente, garantirá a devida proteção à saúde e à segurança dos servidores públicos.

Destaca-se, ainda, que é bastante comum que em um mesmo local de trabalho na Administração Pública laborem servidores regidos por distintos regimes (celetista, estatutário, temporário), além de trabalhadores terceirizados. Caso as normas de saúde, segurança e higiene

do trabalho sejam aplicadas apenas para proteger determinados grupos (celetistas e terceirizados), não sendo estendidos a todos os mesmos direitos, ocorrerá uma distinção injustificável, violadora da isonomia.

Observa-se que a conclusão de que todos os trabalhadores que laboram em um mesmo ambiente de trabalho devem ser igualmente tutelados decorre, ainda, do caráter indivisível da proteção ao meio ambiente laboral.

Isto porque a transgressão do meio ambiente laboral não é direcionada exclusivamente a um sujeito ou grupo determinado. Ademais, a implementação de medida de proteção coletiva, de modo a reduzir ou eliminar riscos ambientais, não beneficia apenas um trabalhador ou um grupo de trabalhadores, mas a todos os que laboram em um mesmo local de trabalho. É bem de se ver, pois, que é impossível assegurar um meio ambiente de trabalho sadio e seguro a apenas uma parte de trabalhadores que laboram na Administração Pública.

Ante o exposto, conclui-se que os entes públicos devem observar, no que pertine a todos seus servidores, independentemente do vínculo jurídico que os une, as normas referentes à saúde e segurança do trabalho já existentes, como as constantes da CLT e das NR editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, de aplicação ampla e irrestrita a todos os trabalhadores.

Nesse sentido, pela aplicabilidade das Normas Regulamentares a entes públicos, independente do regime jurídico adotado, é o entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nos termos da Súmula/STF nº 736, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas relativas a segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, ainda que estes estejam submetidos ao regime estatutário. Esse entendimento encontra-se assentado na premissa de que tais controvérsias não envolvem prerrogativas dependentes ou atreladas ao regime jurídico a que submetido o trabalhador, mas a direito social de amplo espectro e alcance geral e irrestrito, não sendo prejudicadas, pois, pela decisão proferida na ADI 3.395. Precedentes de todas as Turmas desta Corte. O recurso de revista não ultrapassa a barreira da Súmula/TST nº 333. Recurso de revista não conhecido. (...) **APLICABILIDADE DAS NORMAS REGULAMENTADORAS DO MINISTÉRIO DO TRABALHO.** As normas regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho com o propósito de resguardo da saúde, da higiene e da segurança do ambiente de trabalho decorrem diretamente do princípio da proteção, extensível a todo e qualquer trabalhador. A regra insculpida no artigo 7º, XXII, da Constituição Federal, uma de suas faces, consubstancia-se em valor de extrema importância para a sociedade nacional, a qual não pode prescindir da higidez de sua força laborativa tanto como pressuposto inafastável de desenvolvimento quanto pela ratificação de um dos fundamentos da República - a dignidade da pessoa humana. Portanto, a redução dos riscos inerentes ao trabalho trata-se de mandamento de observância obrigatória, independentemente da natureza do vínculo estabelecido entre as partes, conforme, aliás, garante o artigo 39, §3º, da Carta Magna. Assim, equivocou-se a Fundação Teatro Municipal, ao entender que não se submeteria às diretrizes determinadas pela autoridade administrativa, pelo mero fato de que mantém vínculo jurídico-administrativo com seus servidores. Ilesos, pois, os artigos 2º, 7º, XXII, 22, I, 39, §2º, e 61, §1º, II, da CF e 7º e 155 da CLT. Recurso de revista não conhecido. (...) (BRASIL, 2018).

Também é esta a conclusão de Fábio Goulart Villela, que defende a aplicação destes preceitos aos servidores estatutários, em sendo eles compatíveis com a lei específica de regência

e com as condições inerentes às circunstâncias envolventes à prestação de serviços, como “parâmetros gerais a nortear a proteção do meio ambiente destes trabalhadores, até que sejam editadas leis que venham a contemplar de modo mais efetivo e adequado este direito fundamental.” (VILLELA, 2010).

Por sua vez, Alessandro Santos de Miranda (2012, p. 309-310) destaca a desnecessidade de edição pelos entes públicos de novas normas relativas à saúde e segurança do trabalho, haja vista ser descabido o dispêndio de numerário público para realização de estudos e elaboração de novas normas, já que já existentes as NR. Tal conclusão apoia-se nos princípios da legalidade, da eficiência, da impessoalidade, da moralidade, da economia dos atos e da razoabilidade, elencados no art. 37 da Constituição da República.

Independentemente do posicionamento que se filie (aplicar a CLT e as NR até a edição de lei específica pelo ente público ou aplicá-las indeterminadamente), a conclusão inexorável a que se chega por meio de interpretação jurídica que objetiva reafirmar a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, é a de que deve a Administração Pública, imediatamente, implementar posturas preventivas da saúde e segurança de seus servidores previstas nas normas de saúde e segurança acima mencionadas já em vigor.

3.3 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA AÇÕES QUE ENVOLVEM O MEIO AMBIENTE LABORAL DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

A competência da Justiça do Trabalho, que já vinha se alargando por meio de alterações legislativas e até mesmo de decisões judiciais, sofreu uma acentuada ampliação com a EC nº 45/2004. Além de ter providenciado a supressão de lacunas atinentes à competência para processamento de conflitos trabalhistas típicos, através de um incrível detalhamento, outras controvérsias que não decorrem da relação empregatícia foram atribuídas a processamento por parte de tal Especializada.

A delimitação da competência anteriormente em vigor excluía da apreciação deste órgão a grande maioria dos conflitos decorrentes do trabalho humano, os quais eram relegados à Justiça Comum, que sempre se mostrou mais lenta, formalista e onerosa, o que, em se tratando de verbas alimentares como as trabalhistas, acaba por obstar o acesso efetivo à justiça.

Com a promulgação da EC nº 45, o art. 114, inciso I, da Constituição passou a estabelecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Em que pese a clareza do dispositivo *supra* no que se refere às causas que envolvam entes públicos, o Supremo Tribunal Federal, ao deferir medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395 – 6 (em 2005), suspendeu, com efeitos *ex tunc*, a competência material da Justiça do Trabalho, devolvendo-a para a Justiça comum, estadual ou federal. Em 2006 a decisão liminar foi confirmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. A partir de então, o próprio Judiciário Trabalhista vem acolhendo a tese de sua incompetência material para processar e julgar demandas que envolvam relação entre o poder público e seus servidores, tendo o Tribunal Superior do Trabalho, inclusive, cancelado a Orientação Jurisprudencial nº 205, da SDI-1.

Foi relevante tecer estas considerações, uma vez que a decisão em comento vem servindo como fundamento de muitos entes públicos para questionar o ajuizamento de ações na Justiça do Trabalho, em especial ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho, destinadas a garantir a tutela do meio ambiente de trabalho da Administração Pública e, conseqüentemente, a saúde e a segurança de servidores públicos estatutários. Alega-se que a afirmação da competência da Justiça do Trabalho para estas causas corresponderia à ofensa à autoridade da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.395-MC.

Ocorre que este entendimento olvida que o objeto da ação fundada na inadequação do meio ambiente laboral na Administração Pública é a tutela da saúde e segurança de cidadãos trabalhadores, ou seja, de direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Portanto, constatada a inadequação do meio ambiente laboral, compete à Justiça do Trabalho o julgamento das ações que tenham como causa de pedir a inobservância das normas de saúde e segurança do trabalho.

Neste mesmo sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado em sua Súmula nº 736: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

É de se ver que esta súmula faz menção a trabalhador, gênero e, não a empregado, espécie.

Ademais, o STF já pacificou as controvérsias acerca da competência da Justiça do Trabalho para julgar as demandas relativas ao meio ambiente laboral de servidores estatutários, tendo manifestado-se especificamente a este respeito nos autos da Reclamação Constitucional nº 3.303-1.

Nesta ação, entendeu a Corte Suprema, por unanimidade, não ter havido desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC⁹, porquanto a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho teve por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello pontuou, com muita propriedade, que:

O fato é que essa ‘causa petendi’ estaria a sugerir, longe de qualquer debate sobre a natureza do vínculo (se laboral ou não, se de caráter estatutário, ou não), que se pretende, na realidade, e numa perspectiva de pura metaindividualidade, provocada pela iniciativa do Ministério Público, saber se normas referentes à higiene e à saúde do trabalho estariam sendo observadas, ou não, por determinado ente público”. E mais adiante o eminente Ministro destaca que: “Na realidade, o próprio fundamento constitucional da pretensão deduzida pelo Ministério Público do Trabalho, em sede de ação civil pública, reside no inciso II do art. 129 da Constituição. Ora, esse dispositivo, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, qualifica o Parquet como verdadeiro defen-

9 A relevância deste pronunciamento da Suprema Corte justificou a sua inclusão no Informativo de nº 489 (23.11.2007), *in verbis*: PLENÁRIO Rcl: Ação Civil Pública e Normas Trabalhistas. O Tribunal julgou improcedente reclamação ajuizada pelo Estado do Piauí contra decisão proferida em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho, em que se alegava ofensa à autoridade da decisão tomada pelo Supremo na ADI 3395 MC/DF (DJU de 19.4.2006), na qual se fixara orientação no sentido de que o disposto no art. 114, I, da CF, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. Entendeu-se não contrariado o que decidido na referida ADI, haja vista que a ação civil pública em questão teria por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores, no âmbito do Instituto de Medicina Legal do Estado - IML (CF, art. 129, II c/c o art. 7º, XXII; Enunciado da Súmula 736 do STF: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.”).

sor do povo, ao estabelecer que cabe, ao Ministério Público, 'zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia'. Dentre esses direitos de essencialidade inquestionável, está, por sua clara natureza, o direito à saúde. Portanto, não estamos discutindo, no fundo, a natureza do vínculo, nem estamos em face de uma ofensa ou transgressão à autoridade da decisão proferida por esta Corte, em sede de cautelar, na ação direta de inconstitucionalidade invocada paradigma de confronto.

Também caminha a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de definir a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações relativas ao meio ambiente do trabalho, mesmo que ajuizadas em face de entes da administração pública com servidores estatutários. Tem-se apoiado o TST na constatação de que as causas desta natureza não visam discutir questões relativas ao vínculo estatutário do servidor com a administração, mas, sim, a saúde e a segurança do trabalho, situação que encontra respaldo no art. 114 da Constituição Federal¹⁰.

10 Neste sentido, os seguintes julgados: RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. SERVIDORES MUNICIPAIS ESTATUTÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Hipótese em que o Tribunal Regional declarou a incompetência desta Justiça Especializada para processar e julgar ação civil pública que busca a adequação do meio ambiente de trabalho no âmbito do Município réu, ao fundamento de que "é incontroverso nos que os servidores do Município recorrido estão sob a égide de regime jurídico estatutário" e de que a "Excelso Corte tem se manifestado de forma reiterada no sentido de que o disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídicoestatutária, seja qual for a causa de pedir formulada". 2. Todavia, considerando que o que se tutela na presente demanda é a higidez do local de trabalho - e não o indivíduo trabalhador em si não guarda relevância a qualificação do vínculo jurídico que os servidores possuem com o ente público réu. Com efeito, esta Corte tem decidido que a restrição da competência da Justiça do Trabalho para julgamento de servidores estatutários, resultante do decidido pelo STF na ADI 3.395-6, não alcança as ações cuja causa de pedir seja o descumprimento de normas trabalhistas de segurança, saúde e higiene dos trabalhadores. Não há, pois, como conferir outra solução à lide, que não a de considerar a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar o feito. Inteligência da Súmula 736 do STF. Precedentes. 3. Violação do art. 114, IX, da Constituição Federal que se reconhece. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR nº 16400-66.2009.5.15.0023. 1ª Turma, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, julgado em 21/06/2017, publicado em 23/06/2017).

"RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO DISTRITO FEDERAL. TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. ABRANGÊNCIA DE TODOS OS TRABALHADORES, INCLUSIVE DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS. MATÉRIA EMINENTEMENTE TRABALHISTA. SÚMULA 736 DO STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nesta fase processual, encontra-se em discussão qual seria o Órgão jurisdicional competente para julgar ação civil pública tendo como objeto a tutela do meio ambiente do trabalho, por meio da qual se busca dar efetividade ao comando do art. 225 da Constituição Federal. A presente ação tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Distrito Federal, das normas relativas à higiene, saúde e segurança do trabalho - o que configura direito constitucionalmente assegurado tanto aos trabalhadores regidos pela CLT quanto àqueles submetidos ao regime estatutário, conforme o disposto nos arts. 7º, XXII, e 39, § 3º, da CF. Frise-se que a natureza do vínculo empregatício firmado entre o ente público e o trabalhador, no caso concreto, não tem relevância para alterar a competência para julgar esta lide, haja vista que a tutela do meio ambiente do trabalho deve se dar de forma efetiva e adequada quer se trate de servidor público estatutário, quer envolva empregados celetistas - de modo que o bem jurídico que se busca proteger se encontra diretamente relacionado à competência da Justiça do Trabalho, subsumindo-se às hipóteses previstas no art. 114, I, da Constituição Federal. Ressalte-se ser comum que, no mesmo ambiente laboral dos Órgãos públicos, convivam pessoas ligadas à Administração Pública por diferentes vínculos: servidores públicos estatutários, empregados públicos regidos pela CLT, servidores contratados por tempo determinado (Lei 8.745/93), trabalhadores prestadores de serviços terceirizados e estagiários. Nesse contexto, como as condições de segurança, saúde e higiene de trabalho afetam a todos os trabalhadores indistintamente, seria inviável definir a competência para apreciar ações como esta, tendo como fundamento determinante a condição jurídica individual de cada trabalhador dentro da Administração Pública. Cuida-se, dessarte, de situação distinta da examinada pelo STF na ADI 3.395-6, para a qual a definição da competência jurisdicional decorreu da natureza do regime jurídico: se celetista ou estatutário. Destaque-se, inclusive, que o entendimento jurisprudencial do STF acerca da matéria em discussão demonstra que a limitação de competência imposta à Justiça do Trabalho pela decisão daquela Corte na ADI 3395-6 não alcança as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. Nessa linha de raciocínio, tem aplicação à hipótese dos autos a Súmula 736 do STF, segundo a qual "Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores". Portanto, insere-se no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho a apreciação e julgamento de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, mediante a qual se formulam pedidos relativos à adequação do meio ambiente de trabalho, em face de ente público, para todos os trabalhadores, independente do vínculo jurídico laboral, inclusive para os servidores estatutários. Julgados desta Corte Superior. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-2330- 22.2012.5.10.0009, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 14/02/2020).

Conforme já mencionado, no mesmo ambiente de trabalho dos órgãos públicos, convivem pessoas ligadas por diferentes vínculos jurídicos. Assim, é inquestionável que as condições de saúde e segurança do trabalho afetam a todos, da mesma forma, já que o meio ambiente laboral é indivisível.

Por isso, mostra-se inviável estabelecer a competência para apreçar ações que tratam no meio ambiente na Administração pública tendo como fundamento determinante a condição individual de cada trabalhador que nela labora, devendo a jurisdição ser prestada de forma uma e indivisível.

Neste sentido, foi o voto do Ministro Ayres Brito, por ocasião do julgamento da já mencionada Reclamação Constitucional nº 3.303-1, a seguir transcrito:

Um último fundamento, de cunho prático, mas não menos importante, revela a impropriedade de se utilizar a natureza do vínculo trabalhista (celetista ou estatutário) como parâmetro para definição de competência nas demandas desta espécie. Ora, é comum que no mesmo ambiente de trabalho dos órgãos públicos convivam pessoas ligadas à Administração Pública por diferentes vínculos: detentores de cargos públicos subordinados a típica relação jurídicoadministrativa, empregados públicos regidos pela CLT, servidores contratados por tempo determinado (Lei n.º 8.745/93), prestadores de serviços terceirizados, estagiários e até trabalhadores eventuais. Nesse contexto, como as condições de segurança, saúde e higiene de trabalho afetam a todos os trabalhadores indistintamente, seria inviável pretender-se definir a competência para apreçar ações como esta - voltada a assegurar o cumprimento de normas que assegurem a higidez do ambiente de trabalho -, tendo como dado a condição jurídica individual de cada trabalhador dentro da Administração. Certamente, estar-se-ia diante de um paradoxo jurídico que não se pretende fomentar.

Também o TST tem apresentado esta razão, de fundo prático, como justificativa para reconhecer a competência da Justiça do Trabalho nas lides em que se busca garantir a proteção do meio ambiente laboral na Administração Pública, como se observa do seguinte julgado, que bem elucida a questão (RR-123- 83.2015.5.11.0052):

Verificando-se, pois, o efetivo descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores no ambiente de trabalho, não se mostra razoável cindir diferenciar a competência jurisdicional para a análise do feito, em razão da situação jurídica das partes tuteladas. Além disso, em outro julgado, bem pontuou o TST acerca da questão (AIRR -128500-70.2013.5.13.0025): “A natureza do vínculo existente entre as partes, se estatutária ou celetista, não tem o condão de afastar a competência da Justiça do Trabalho, na medida em que a preservação do meio ambiente de trabalho afigura-se como um direito social (art. 7º, XXII, da Constituição Federal), e nessa condição, direito de todo e qualquer trabalhador”. Acrescentou que “o ambiente laboral em causa põe em risco não apenas os ocupantes de cargos públicos, mas todos os trabalhadores que ali prestam serviços - aí incluídos os terceirizados, cuja relação é estritamente celetista. Isto já seria suficiente para atrair a competência da Justiça do Trabalho”. 2. Não há justificativa jurídica ou faticamente plausível para cindir o meio ambiente em setores - celetista e estatutário. O ambiente de trabalho é um só e as diretrizes elementares e imperativas de segurança, saúde e higiene do trabalho aplicam-se a todos aqueles que laboram no recinto público, não guardando relevância a qualificação do vínculo jurídico que possuam com o ente público tomador dos serviços. O que se tutela na presente demanda é a higidez do local de trabalho e não o

indivíduo trabalhador em si – e esta é a razão pela qual a qualificação ao vínculo jurídico que ostenta é irrelevante. 3. Dessarte, não há como conferir outra solução à lide, que não a de considerar a Justiça do Trabalho competente para as ações alusivas ao meio ambiente do trabalho. Inteligência da Súmula 736 do STF. Precedentes. Intacto o art. 114, I, da Constituição Federal.

Ante tudo o que foi exposto, não resta dúvida de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar as causas em que se exigir o cumprimento, pela Administração Pública das normas laborais relativas à higiene, segurança e saúde, inclusive quando previstas na CLT e nas NR do Ministério do Trabalho e Emprego, em razão de consubstanciarem direitos sociais dos servidores, sendo, ademais, indiscutível que a Justiça Laboral encontra-se melhor aparelhada para efetivar os direitos sociais da classe trabalhadora, eis que se trata de ramo especializado concebido pela Constituição para tratar de questões afetas aos direitos trabalhistas.

4. CONCLUSÃO

Conforme enfatizado ao longo do presente artigo, singulares eram as ponderações a serem feitas, em virtude de que a recusa dos entes públicos a adotarem as medidas protetivas do meio ambiente laboral previstas nas Convenções da OIT, na CLT e nas NR do Ministério do Trabalho e Emprego, aliada à sua insignificante produção legislativa acerca deste tema, têm comprometido consideravelmente a saúde e segurança de seus servidores.

Restou evidente a obrigatoriedade de submissão da Administração Pública às normas referentes à saúde e à segurança laboral, independentemente do regime jurídico aplicável a seus servidores.

Tal conclusão se extrai da natureza do direito tutelado, o qual é intimamente imbrincado ao mais fundamental direito do homem, o direito à vida, que pressupõe vida com qualidade, necessária a garantir a dignidade da pessoa humana.

Indubitavelmente, não há como assegurar a dignidade do trabalhador e a valorização do seu trabalho, sem que haja o devido respeito às normas de saúde e segurança laborais, de modo que a garantia do meio ambiente de trabalho adequado é dever de todo empregador, seja ele público ou privado.

Ademais, a adoção do entendimento contrário, no sentido da impossibilidade de aplicação das normas de saúde e segurança do trabalho aos servidores públicos estatutários, leva à instituição de uma distinção injustificável, violadora da isonomia, já que é bastante comum que em um mesmo local de trabalho na Administração Pública laborem servidores regidos por distintos regimes (celetista, estatutário, temporário), além de trabalhadores terceirizados.

A constatação da aplicação das normas de saúde e segurança aos servidores públicos, inclusive os estatutários, é interpretação extraída do ordenamento jurídico brasileiro. Neste contexto, observa-se que as Convenções no 155 e 161 da OIT, devidamente ratificadas pelo Brasil, as quais versam sobre a política nacional de prevenção dos acidentes e danos à saúde e sobre os serviços de saúde do trabalho, não distinguiram os servidores públicos dos demais trabalhadores, garantindo a todos eles o direito ao meio ambiente de trabalho seguro.

Ainda, garantiu a Constituição da República de 1988 aos servidores públicos, de qualquer regime, uma série de direitos conferidos aos trabalhadores urbanos e rurais, previstos no art. 7º, dentre os quais se inclui o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inc. XXII).

Também é inquestionável a competência da Justiça do Trabalho para julgar as causas em que se pretende a proteção do meio ambiente de trabalho da Administração Pública. Neste sentido dispõe a Súmula no 736 do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de posicionamento adotado pelos tribunais pátrios, os quais reiteradamente vem defendendo que a constatação da competência da Justiça Laboral para as ações em que se busque a proteção da saúde e segurança dos servidores públicos estatutários não configura desrespeito à decisão da ADI 3.395-MC.

A aplicabilidade das normas de saúde e segurança do trabalho aos servidores públicos submetidos a regime jurídico estatutário e o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho são passos de extrema relevância para a implementação de melhorias no meio ambiente laboral da Administração Pública e, conseqüentemente, para evitar o acometimento dos servidores públicos por doenças e acidentes de trabalho.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. **Meio ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.
- BENITE, Anderson Glauco. **Sistema de gestão da segurança e saúde no trabalho para empresas construtoras**. 2004. 221 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Construção Civil e Urbana) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3146/tde-27102004-101542/publico/AndersonBenite.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- BESSA, Leonardo Rodrigues Itacaramby. Meio ambiente de trabalho enquanto direito fundamental, sua eficácia e meios de exigibilidade judicial. **Revista LTr**, São Paulo, v. 74, n. 5, p. 560-565, maio 2010.
- BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **TST mantém liminar que afastou do trabalho presencial os profissionais da educação do Amazonas pertencentes ao grupo de risco da Covid-19**. Brasília, DF, 25 set. 2020. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/tst-mant%C3%A9m-liminar-que-afastou-do-trabalho-presencial-os-profissionais-da-educa%C3%A7%C3%A3o-do-amazonas-pertencentes-ao-grupo-de-risco-da-covid-19>. Acesso em: 20 set. 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (6. Região - PE). **Vínculo estatutário não exclui Justiça Trabalhista de apreciar lesão ao meio ambiente do trabalho**. Recife, 23 fev. 2017. Disponível em: <https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2017/02/23/vinculo-estatutario-nao-exclui-justica-trabalhista-de-apreciar-lesao-ao-meio>. Acesso em: 20 set. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **RR-456-21.2012.5.01.0019**. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 30 de novembro de 2018.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Justiça do Trabalho deve julgar ação sobre condições de trabalho na PM do DF**. Brasília, DF, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/justica-do-trabalho-deve-julgar-acao-sobre-condicoes-de-trabalho-na-pm-do-df>. Acesso em: 20 set. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Justiça do Trabalho deve julgar ação sobre ambiente de trabalho de servidores estaduais**. Brasília, DF, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/justica-do-trabalho-deve-julgar-acao-sobre-ambiente-de-trabalho-de-servidores-estaduais>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.

DALLEGRAVE, José Afonso. A força vinculante das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego (NRs do MTE) e o Anexo II da NR-17. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 48, p. 119-123, jul./dez. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAVA, Marcos Neves. Meio ambiente do trabalho e direitos fundamentais. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 35, n. 135, p. 102-111, jul./set. 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; SARLET: Ingo Wolfgang; MARANHÃO, Ney; FENSTERSEIFER, Tiago (coord.). **Direito ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2020

FERNANDES, Fábio. **Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho**: uma visão sistêmica. São Paulo: LTr, 2009.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio ambiente do trabalho**: direito, segurança e saúde do trabalho. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020.

MARANHÃO, Ney. **Poluição Labor-Ambiental**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na Justiça do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador**: responsabilidade legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MIRANDA, Alessandro Santos de. Aplicabilidade das Normas de Saúde e Segurança Laborais na Administração Pública e Atuação do Ministério Público do Trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, ano XXII, n. 44, p. 297-318, 2012. Disponível em <http://www.anpt.org.br/attachments/article/2699/MPT%2044.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

MOUSINHO, Ileana. Saúde do Trabalhador: direito fundamental e sua eficácia horizontal em face das empresas. Consequências práticas. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, ano XX, n. 40, p. 13-37, 2010. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/attachments/article/2703/MPT%2040.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2021.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Saúde e vida no trabalho**: um direito humano fundamental. 2009. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_151830.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

ROCHA, Júlio César Sá da. **Direito ambiental do trabalho**: dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução histórico-normativa da tutela jurídica do meio ambiente do trabalho e instrumentos de proteção. In: JARDIM, Philippe Gomes; LIRA, Ronaldo José de (coord.). **Meio ambiente do trabalho equilibrado**: homenagem aos dez anos de CODEMAT. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Jose Afonso da Silva. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

VILLELA, Fábio Goulart. **A proteção do meio ambiente de trabalho no serviço público**. 2010. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/images/olds/arquivos/anpt10980010038138.pdf>. Acesso em: 20 jan 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/06/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/06/2021
- Avaliação 1: 16/07/2021

- Avaliação 2: 05/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 06/09/2021
- Retorno rodada de correções: 05/10/2021
- Decisão editorial/aprovado: 11/01/2022

Equipe editorial envolvida

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

A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELA PROTEÇÃO DE DADOS NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

THE EMPLOYER RESPONSIBILITY FOR DATA PROTECTION IN THE WORK ENVIRONMENT: LEGAL CONSEQUENCES

JOÃO GABRIEL YAEGASHI¹
CLEBER SANFELICI OTERO²

RESUMO

Neste artigo, objetiva-se estudar a maneira como ocorre o tratamento de dados no meio ambiente de trabalho, com enfoque na responsabilidade do empregador frente à nova concepção do direito à proteção de dados pessoais. Procede-se a uma pesquisa bibliográfica e documental, com o emprego do método de abordagem dedutivo, com o estudo, primeiramente, acerca de como ocorreu o desenvolvimento da informática até o atual modelo de capitalismo de vigilância, acabando por demandar um novo direito fundamental à proteção de dados pessoais. Depois, discorre-se acerca da responsabilidade sob uma perspectiva moderna, aplicável a este contexto tecnológico e, por fim, aborda-se especificamente as dificuldades e peculiaridades que envolvem o tratamento de dados nas relações de trabalho ao longo de todas as fases do contrato. Conclui-se que a tecnologia e o tratamento de dados configuram elementos intrínsecos da contemporaneidade e de particular incidência nas relações de trabalho, de forma que o devido reconhecimento e respeito a um direito de proteção de dados pessoais se mostra imprescindível para a proteção da pessoa humana em sua dignidade e personalidade.

Palavras-chave: proteção de dados pessoais; direitos da personalidade; relação de trabalho; responsabilidade civil; LGPD.

ABSTRACT

This article intends to study how data is processed in the work environment, with a focus on the employer's responsibilities, in view of the new conception of the right to the protection of personal data. A bibliographical and documentary research is carried out, using the deductive approach method, with the study of how the devel-

1 Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6341-0942>.

2 Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Juiz Federal. Docente no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6035-7835>.

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

YAEGASHI, João Gabriel; OTERO, Cleber Sanfelici. A responsabilidade do empregador pela proteção de dados no meio ambiente de trabalho: consequências jurídicas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 284-299, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8807>.

opment of computing up to the current model of surveillance capitalism occurred, ending up demanding a new fundamental right to the protection of personal data. Then, responsibility is discussed from a modern perspective, applicable to this technological context and, finally, it specifically addresses the difficulties and peculiarities that involve the processing of data in labor relations throughout all phases of the contract. It is concluded that technology and data processing are intrinsic elements of contemporaneity and of particular impact on labor relations, so that due recognition and respect for a right to protection of personal data is essential for the protection of the human person in its dignity and personality.

Keywords: protection of personal data; personality rights; work relationship; civil responsibility; GDPL.

1. INTRODUÇÃO

A difusão da tecnologia para os diversos campos da vida é irremissível, de forma que o direito, estrutura organizacional da sociedade, é instado a reestruturar antigas bases normativas de forma a salvaguardar a pessoa humana em sua dignidade e personalidade. Nesse ponto, reconhece-se a existência de um novo modelo de mercado que ataca essa personalidade humana, monetizando-a com a apropriação unilateral dos dados pessoais e influência de comportamentos futuros para a aquisição de produtos e serviços.

Nas relações de trabalho, igual salvaguarda é necessária, uma vez que a ampliação dos mecanismos tecnológicos, paralelamente, acarreta maior monitoramento e apropriação de dados do empregado-titular, algo que, com a devida vênia, não pode continuar a ser feito de forma leviana em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Por esse motivo, releva-se o estudo da tutela jurídica dos direitos da personalidade do empregado na sociedade de informação pelo reconhecimento de um direito à proteção de dados pessoais, o qual, no território nacional, possui por principal expoente a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

O problema a ser investigado diz respeito à forma pela qual o ordenamento brasileiro influencia as diversas fases da relação laboral para a proteção da dignidade do trabalhador em um contexto de sociedade de informação e processamento massivo de dados.

Partindo-se dessa indagação, busca-se investigar a maneira como ocorre o tratamento de dados no meio ambiente de trabalho, com enfoque nas responsabilidades do empregador, frente à nova concepção do direito à proteção de dados pessoais.

A pesquisa se justifica na medida em que a proteção de dados, cuja essencialidade já é rediscutida no cenário mundial, passou a ser abordada apenas recentemente no Brasil. Somente em setembro do ano de 2020, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (BRASIL, 2018), legislação específica que tutela tão importante segmento social, de forma que estudos sobre seus efeitos, em momento tão tenro, mostram-se pertinentes para a sociedade como um todo.

A fim de atender ao objetivo do estudo, emprega-se o método dedutivo, com vista a revelar que o direito à proteção de dados pessoais influencia a relação empregatícia para a proteção do trabalhador ao longo das diversas fases da relação laboral, por intermédio de uma pesquisa documental, tendo como fonte a legislação brasileira, e bibliográfica, com a intenção de com-

preender o desenvolvimento da abordagem jurídica da matéria até o estágio atual. Para tanto, recorre-se a artigos disponibilizados em periódicos, livros e demais produções sobre a temática.

Para fins didáticos, o artigo está dividido em três seções. Na primeira, encontra-se o estudo do desenvolvimento e da difusão das tecnologias pelo globo, com a constatação de um movimento de despersonalização da personalidade e necessidade de um reconhecimento de um direito à proteção de dados pessoais para o combate a este quadro nocivo. Na segunda, discute-se acerca do fundamento e formas de responsabilidade pela proteção de dados decorrentes do aspecto objetivo deste direito à proteção de dados pessoais, com um especial enfoque na responsabilidade civil encarada em um viés de sociedade tecnológica. Na terceira, por fim, aborda-se a relação de trabalho em suas diversas fases e quais as necessárias cautelas que o empregador deve observar acerca do tratamento de dados nessas respectivas etapas, as quais são dispostas, de forma protagonizada, pela LGPD.

2. DIREITO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

A contemporaneidade é marcada por uma revolução das maneiras de interação humana e de gerenciamento de informação, algo que se concretizou em razão do sistema de rede global mantido pelas tecnologias de comunicação.

A onipresença da tecnologia constitui característica marcante de nossa época, já que a vida no século XXI é monitorada e condicionada nos mais diversos campos por eletrônicos e algoritmos (WIMMER, 2019). Sarlet (2021), na mesma toada, ressalta a significativa influência da tecnologia nos campos social, econômico, político e cultural da vida contemporânea, ao que se comumente denomina *ubiquitous computing*. A chamada computação pervasiva, segundo a qual o ser humano se conecta com computadores distribuídos em tantos locais que acaba por interagir sem perceber, ganha ainda maior mobilidade e invisibilidade na medida em que a computação ubíqua permite a integração da informática com as ações naturais das pessoas em função do uso da tecnologia móvel em celulares, automóveis e outros aparelhos em diversos ambientes, de forma a conectá-los com uma virtualidade encorpada, muitas vezes de maneira imperceptível (WEISER, 1991).

A criação de uma rede global de comunicação ocorreu a partir da difusão das tecnologias da informação, a qual retroage à Segunda Guerra Mundial e ao período seguinte, especialmente a década de 1970 (CASTELLS, 2020), com os primeiros computadores e a sua rede de compartilhamento desenvolvida para propósitos militares (ROSSINI, 2004). Precedente ao desenvolvimento dos computadores, houve o desenvolvimento da telefonia, o qual permitiu uma interligação e comunicação em nível global (HARVEY, 1993). Com a junção desses instrumentos, a partir da década de 80, houve uma acentuada difusão da informática pelo mundo, com a interligação em redes de conexão e interação, o que possibilitou uma nova base material para o desempenho de atividades em toda a estrutura social (CASTELLS, 2020).

Essa difusão acelerada das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) e o estabelecimento da rede mundial de computadores alterou as bases do modelo social vigente, o qual se sustenta por um grande fluxo de informações (LEHFELD *et al.*, 2021). Esse fluxo de informações utilizadas para a manutenção do modelo social é o que caracteriza a denominada

“sociedade da informação” (LISBOA, 2006; PEREZ-ZUNIGA *et al.*, 2018), algo que seria impossível sem a conexão e pulverização de dados em escala global.

Nessa sociedade de informação, de abrangência global pela rede, a tecnologia condiciona a vida e os mais diversos segmentos da economia. Assim como sustenta Castells (2020, p. 555), “a nova economia está organizada em torno de redes globais de capital, gerenciamento e informação cujo acesso a *know-how* tecnológico é importantíssimo para a produtividade e competitividade”.

Anteriormente a esse cenário tecnológico, sabe-se que os diversos ordenamentos jurídicos buscaram se readaptar a uma necessidade de maior proteção da pessoa humana frente ao esvaziamento de sua “dignidade”, fenômeno que se nominou de *repersonalização do direito civil* (SZANIAWSKI, 2005), algo que se acompanhou pelos últimos 30 (trinta) anos no Brasil com a chamada teoria da *constitucionalização do direito civil*, que nada mais é que a personalização do direito privado. O Direito Civil Constitucional parte da premissa da funcionalização das situações patrimoniais às existenciais, uma repressão às situações econômicas que desconsiderem a pessoa humana como fundamento e fonte do ordenamento jurídico.

Tal premissa se consagrou na Constituição brasileira pela cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental estruturante de todo o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988), de forma que se reconhece a pessoa humana como o ente com qualidade intrínseca, universal, indissociável, irrenunciável e inalienável, que a torna merecedora de respeito e sujeito de direitos perante a sociedade e o Estado, que deverá, ao seu turno, assumir e cumprir o ônus de proteger o ser humano contra abusos e degradações, bem como lhe garantir o mínimo existencial para uma vida digna em comunidade (SARLET, 2015).

Conquanto fosse esse o pano de fundo, as influências da tecnologia parecem ter impulsionado a carruagem para um caminho inverso, ao que Rosenvald denomina, ao tratar sobre a responsabilidade civil em um contexto tecnológico, de *despersonalização da personalidade* (PALESTRA..., 2021; ROSENVALD, 2021, p. 178), um fenômeno que ataca as bases do precitado Direito Civil Constitucional.

Nessa sociedade tecnológica, há três movimentos que subvertem as premissas humanísticas do Direito Civil Constitucional. São estes: a) expropriação da personalidade; b) ameaça da autonomia humana, com o ataque à consciência; e c) conversão do ser humano em projeto de personalização (PALESTRA..., 2021), decorrente de uma nova forma de mercado chamada por Zulboff (2020) de *capitalismo de vigilância*.

Quanto ao primeiro, *expropriação da personalidade* em prol de finalidades alheias, tem-se que estamos em um capitalismo de vigilância, uma nova forma de mercado, que tem por premissa reivindicar, unilateralmente, a experiência humana como uma matéria prima para a tradução de dados comportamentais, que são disponibilizados como produtos de predição, com antecipação e modelação de comportamentos futuros, de tal forma que, enquanto capitalismo industrial reivindicava a natureza, agora o capitalismo de vigilância reivindica a natureza humana (ZUBOFF, 2020, p. 562 e 578). Morreu a premissa kantiana do ser humano como fundamento em si, pois o que há agora é uma instrumentalização, uma usurpação da personalidade para finalidades alheias, porquanto, na era digital, situações existenciais são uma nova propriedade, baseada na “desposseção” da essência do que nos define (ZUBOFF,

apud ROSENVALD, 2021, p. 177). Assim, “não basta mais automatizar o fluxo de informação sobre nós; a meta agora é nos *automatizar*” (ZUBOFF, 2020, p. 19).

Quanto ao segundo movimento, da “ameaça da autonomia humana com o ataque à consciência”, verificam-se efeitos ainda mais nefastos à personalidade humana. A autonomia privada é a pedra angular do Direito Privado, e consiste na possibilidade e consciência de viver de acordo com as próprias normas (CANTALI, 2009), uma *regulação pelo eu* não apenas na esfera econômica, mas no livre arbítrio de gerir seus pensamentos.

(PALESTRA..., 2021) afirma que a ciência desmente a falácia do livre arbítrio, pois este seria apenas uma distração criada pela narrativa liberal. A bem da verdade, somos um conjunto de sinapses, somos química e, na era digital, um conjunto de algoritmos passíveis de comercialização. A consequência desse processo ocorre em dois níveis, no consentimento e na consciência humana.

Quando da navegação em *sites* de provedores, encontra-se a pessoa em um contrato de adesão, mas em um grau muito maior de ausência de consentimento, já que as atividades dos provedores, em seus termos de uso, são alteradas a qualquer momento sem consentimento do usuário. Com a apropriação unilateral dos dados pelos provedores, para não dizer uma apropriação unilateral de direitos, ainda se nota uma gradual perda da própria consciência, já que a tecnologia emprega técnicas que induzem a uma modificação comportamental.

O ser autônomo é aquele que tem a possibilidade de premeditar, projetar escolhas e realizar julgamentos morais. Perdemos essa autonomia quando as ferramentas de predição assaltam a nossa mente e inconsciente para nos induzir a contratar bens e serviços, uma economia pautada em emoções e impulsos, que podem ser previstos e traduzidos pelos dados pessoais apropriados de forma não consentida. Muitas vezes, aliás, se a pessoa precisa de acesso a um determinado serviço, não há alternativa senão concordar com cláusulas contratuais que permitem a apropriação de uma série de dados do usuário, com múltiplos propósitos.

Por fim, o terceiro movimento, *conversão do ser humano em um projeto de personalização*. Personalizar é colocar a pessoa humana no ápice do ordenamento. Hoje, isso virou um *slogan*, um eufemismo para a coisificação da pessoa, para a monetização da vida em troca de segurança, serviços e conveniências. Pessoas não buscam mais um mínimo existencial, mas um máximo existencial, o supérfluo se torna necessário.

Quando do aceite dos termos de uso e da compra de produtos inteligentes, abre-se mão, por consequência, da privacidade. O fornecimento de informações é uma alternativa obrigatória ao consentimento de uso. E não apenas o fornecedor “contratado” possui acesso a essas informações, uma vez que elas são, automaticamente e sem consentimento, compartilhadas com terceiros (analistas, publicistas, etc), os quais não declaram qualquer responsabilidade pela gerência dos dados recebidos.

Em produtos inteligentes, há uma coligação contratual. O produto contratado é apenas a ponta do *iceberg*, que remete a outros demais produtos e serviços diretamente relacionados, como a aquisição de *softwares*. Trata-se de uma forma de renderizar a pessoa, por intermédio da extração de serviços adicionais que não se relacionam com a transação que se pensa ter feito, como a respiração, os batimentos cardíacos, os dados biométricos, dentre outras tantas informações sensíveis. Esse é o mercado de comportamento futuro, formas contratuais em que a base é a monitoração e customização de produtos amoldados às suas experiências.

Conclui-se, nesse cenário, que se sacrificou a liberdade em troca de um conhecimento que não é do titular, mas, na verdade, apropriado pelos fornecedores (PALESTRA..., 2021).

A realidade criada pelo desenvolvimento dos meios tecnológicos é capaz de infligir medo no coração de qualquer um que reflita sobre o assunto, sobremaneira pela incapacidade das instituições em acompanhar e se adaptar na mesma proporção à influência dessas tecnologias. A angústia em relação ao futuro, contudo, não implica a sua recusa.

No mesmo sentido, ao discorrer acerca do significado do quadro *Angelus Novus* e a sua associação com a invencível e inevitável força, Benjamin nos impele a refletir a respeito do futuro e do progresso:

Há um quadro de Klee que se chama *Angelus Novus*. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso. (BENJAMIN, 1987, p. 226)

Conquanto os riscos inerentes ao progresso tecnológico, sabe-se da impossibilidade de detê-lo, mesmo que acompanhado de algumas qualidades negativas (RODOTÀ, 2008). Logo, não há como se conceber e sustentar as bases dos complexos e atuais sistemas de governo e de mercado sem o emprego em rede de recursos tecnológicos.

Não à toa, na sociedade de informação, o acesso à internet já é reconhecido como um direito fundamental e necessário para o desenvolvimento (UNITED NATIONS, 2011), de forma que é necessário estabelecer diretrizes, princípios e regras para atenuar eventuais efeitos negativos do desenfreado desenvolvimento tecnológico (WIMMER, 2019). De outro lado, uma vez vivendo na inevitável sociedade de informação, é necessário se adaptar para coexistir com a tecnologia que sustenta as atuais bases sociais, o que ocorre, atualmente, pelo desenvolvimento de um direito à proteção de dados pessoais.

Tendo em vista os precitados ataques à privacidade e à autodeterminação da pessoa humana pelo dinamismo dos recursos tecnológicos, coloca-se em xeque a própria capacidade do Estado como ente protetor do indivíduo, de forma que há muito se discute a necessidade de um processo de *digitalização dos direitos fundamentais*, algo que demanda o reconhecimento, na esfera internacional e constitucional, de um direito fundamental à proteção de dados e uma releitura de outros direitos fundamentais clássicos (SARLET, 2021).

A primeira legislação em todo o mundo a tratar desse aspecto foi a Lei de Proteção de Dados do *Bundesland* de Hesse, Alemanha, em 1970 (DONEDA, 2021), ao passo que a primeira legislação a tratar da matéria em âmbito federal no mesmo país foi editada em 1977 (SARLET, 2021).

No âmbito internacional, a despeito da possibilidade de interpretação do direito à proteção de dados em outras declarações e tratados, foi somente no ano 2000, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que tal direito foi tratado de forma autônoma. Dentro da

soberania dos Estados, seguiu-se igual rumo, positivando-se esse direito nas Constituições, embora alguns países, como atualmente é o caso do Brasil, permaneçam reconhecendo tal direito apenas de forma implícita, por uma hermenêutica acerca do ordenamento jurídico (SARLET, 2021).

Esse novo direito humano e fundamental, reconhecido por critérios de historicidade (FACHIN; FACHIN, 2020), ancora-se na dignidade da pessoa humana para justificar sua fundamentabilidade, determinar seu conteúdo e estabelecer certos pontos de contato com outros direitos fundamentais, de forma que se interrelaciona, não obstante seu caráter autônomo, com o livre desenvolvimento da personalidade (em sua natureza geral), com a autodeterminação informativa (em sua natureza específica) e com a privacidade.

É importante frisar que o direito à proteção de dados vai além da autodeterminação informativa, conquanto encontre nesta o seu eixo estruturante, uma vez que possui viés mais amplo, indo além da mera proteção a dados ou conjuntos de forma individual, mas se preocupando com a integralidade dos sistemas técnicos-informacionais como um todo (SARLET, 2021). Da mesma forma, não se confunde com o direito à vida privada e à intimidade, já que estes se limitam a um viés negativo e estático de proteção, restrito a impossibilitar a interferência injustificada de terceiros nessa esfera (informação e sigilo). A proteção de dados, ao seu turno, vai além, conferindo ao seu titular poderes positivos e dinâmicos sobre o controle e coleta de dados que lhe digam respeito (informação, circulação e controle) (RODOTÀ, 2008).

No Brasil, baseada nas mesmas premissas alhures expostas, reconhece-se o direito autônomo à proteção de dados, com clara a influência recíproca entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional quando tratada a matéria, mormente pela simetria de nossa recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) com o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGPD) (SARLET, 2021).

Internamente, compreende-se, de forma pacífica, a natureza jurídica tríplice do direito à proteção de dados pessoais como um direito humano, fundamental e da personalidade, algo decorrente de toda a interpretação de seu sentido material e formal, o que lhe confere, dentro da ordem constitucional doméstica, idênticos efeitos jurídicos devidos a estes chamados direitos fundamentais, como a autoaplicabilidade e vinculação (art. 5º, § 1º, CF/88), imposição de limites materiais ao poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, CF/88) e a possibilidade de aplicação de mecanismos constitucionais de controle de legitimidade dos atos, tais como a proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros (SARLET, 2021).

Quanto ao seu objeto, sem prejuízo da possibilidade de diferenciação técnica entre os conceitos de “dado” e “informação”, verifica-se que a própria LGPD cuidou de englobar ambas quando da especificação do conceito de “dado pessoal”, enunciando, em seu art. 5º, I, como aquele consistente em “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018), o que torna irrelevante tal diferenciação para fins de proteção legal, de forma que a legislação trata de tutelar os dados propriamente ditos e a informação processada em dados.

Tais constatações podem ser ratificadas em *leading case* recentemente patrocinado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos dias 06 e 07 de maio de 2020, no julgamento de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393), que julgaram, com largura de um placar de 10 votos favoráveis, pela inconstitucionalidade da MP nº 954/2020. Na citada decisão, entendeu a Corte Constitucional brasileira que a medida em si,

genérica e sem a previsão de procedimentos de segurança da informação, vilipendiava um direito autônomo aos dados pessoais, implicitamente consagrado na Constituição e dotado de uma dupla dimensão (subjetiva e objetiva). A dimensão subjetiva se desdobra em uma liberdade negativa do titular, a qual pode opor sua legítima esfera pessoal ao Estado e particulares. A dimensão objetiva, ao seu turno, é o que demanda um dever de atuação positivo do Estado na proteção de um direito fundamental à proteção de dados, legitimando, pois, a intervenção do Poder Judiciário para a sua concretização (MENDES; RODRIGUES JÚNIOR; FONSECA, 2021).

Não obstante a atenção do mundo para essa necessidade, a normatização específica tardou a ser formulada no Brasil, que tratava da questão, até então, de forma dissolvida em diversos instrumentos normativos, consoante se pode observar na Política Nacional de Informática, no *habeas data*, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Acesso à Informação, na Lei do Cadastro Positivo, no Marco Civil da Internet e na Política Nacional de Segurança da Informação da Administração Pública Federal (BARRETO, 2019), o que foi taxativamente fulminado com a sanção da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, ementada como “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)” (BRASIL, 2018), alterada pela Lei nº 13.853/2019, a qual tem por escopo proteger, de forma ampla, os dados pessoais, criar direitos ao titular, indicar as hipóteses e princípios de orientação ao tratamento, bem como prever responsabilidades pela via administrativa e civil em caso de danos provocados aos titulares.

E mesmo que já implicitamente extraível da Constituição Federal, releva mencionar a existência do Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019, o qual busca alterar o texto constitucional de forma a inserir “a proteção de dados pessoais” no rol dos direitos e garantias fundamentais, bem como limitar tal matéria à competência legislativa privativa da União (MENDES; RODRIGUES JÚNIOR; FONSECA, 2021), cenário que se vislumbra no horizonte, seja pela urgência emprestada pela decisão do STF, seja pelo reconhecido impacto já causado pelo tenro tempo de vigência da LGPD. A positivação, embora desnecessária para os efeitos fundamentais do direito, é bem-vinda pela agregação de valor substancial a esse direito fundamental, trazendo segurança jurídica e certeza de sua natureza fundamental autônoma, bem como uma agregação de força hierárquica, em razão da integração formal na Constituição (SARLET, 2021).

3. A RESPONSABILIDADE EM UMA PERSPECTIVA MODERNA

O Direito, como estrutura organizacional e normativa regulatória de todas as searas da sociedade, deve dar uma resposta quando tratado do direito à proteção de dados pessoais. Como já dito, o direito fundamental à proteção de dados acaba por ter um aspecto subjetivo e outro objetivo. O primeiro é servível para uma postura negativa do titular, o segundo, por sua vez, demanda uma atuação positiva do Estado na proteção desse direito. É na dimensão objetiva que reside a legitimidade das múltiplas intervenções estatais, as quais podem ocorrer por intermédio de normas penais, pelo estabelecimento da responsabilidade civil (art. 42 e seguintes da LGPD) e de atuações concretas de órgãos fiscalizadores do poder público (art. 52 e seguintes da LGPD), como atualmente o faz por intermédio da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (art. 55-A e seguintes da LGPD).

Sem desprezar as demais esferas de atuação do poder público, dar-se-á maior enfoque à responsabilidade civil em razão de seu protagonismo na resposta a este estado de coisas trazido à baila pela sociedade tecnológica.

Rosenvald (2021, p. 176) destaca que a responsabilidade civil é o repositório das disfuncionalidades nas atividades econômicas e sociais, contudo, ao menos no Brasil, deixa de atender adequadamente às várias situações da vida em razão da cultura de litígio e compensação vigente no país, que a enxerga de forma míope, apenas no aspecto que tange à indenização de danos em um aspecto litigioso. Esta modalidade da responsabilidade civil, no Direito estadunidense pautado no *common law*, chama-se *Liability*, a qual representa, nas palavras do autor (ROSENVALD, 2021, p. 181), apenas “a parte visível do *iceberg*”, um reflexo de cultura de compensação de danos (*full compensation*), e não de prevenção de ilícitos. Não obstante, a responsabilidade civil, para uma tratativa adequada das questões envolvendo a responsabilidade numa sociedade tecnológica, deve ser vista por outros vieses igualmente importantes, mais de caráter preventivo, os quais, ainda na tradição do *common law*, resultam nas chamadas *Responsibility*, *Accountability* e *Answerability*, cada uma trabalhando em uma camada do gênero “responsabilidade” de forma a transcender o conflito individual.

Responsibility é uma responsabilidade moral compartilhada socialmente, aceita voluntariamente sem imposição normativa e centrada no indivíduo. É a ideia de, com base na própria autonomia, escolher a ética como instrumento de modelação da vida para o passado, presente e futuro (ao contrário da *liability*, que permanece estanque no passado), direcionar o seu agir para o bem comum (ROSENVALD, 2021, p. 185). O provedor, dessa forma, deve inserir ética na utilização algorítmica, e o usuário, por sua vez, deve ter educação digital, de forma a fazer um uso responsável da internet para o exercício da cidadania.

Os princípios que sustentam esta ideia de *responsibility* na LGPD estão insculpidos no art. 2º, especificamente nos incisos I e II, consistentes na privacidade (em sua dimensão decisória para controle de seus atos) e a autodeterminação informativa (controlar a utilização e divulgação dos próprios dados). Trata-se de princípios inseridos para resguardar a pessoa, não enquanto proprietária dos dados, mas como tomadores de decisão num contexto informacional, em razão da prevalência do interesse existencial ao meramente patrimonial sobre esses dados.

Accountability, por sua vez, consoante explica Rosenvald, são deveres impostos perante outras pessoas, parâmetros regulatórios preventivos para a boa gestão e mitigação de danos. Num contexto de proteção de dados, torna-se essencial para impor obrigações aos desenvolvedores sobre a atuação do algoritmo e o seu impacto social. Atua em conjunto com a *liability*, regulando-a por uma governança de dados *ex ante* e *ex post* ao dano, conforme consta no art. 6º, inciso X, da LGPD. Na primeira, é um guia para o desenvolvedor, controlador e protagonistas de tratamento de dados atuarem de forma a mitigar os riscos, uma conformidade a parâmetros regulatórios preventivos, e se encontra na LGPD a partir do art. 50, quando da deliberação de normas de *compliance*, critérios preventivos e mitigadores de danos. A atuação *ex post*, por sua vez, servirá para trazer segurança jurídica às decisões judiciais, concedendo parâmetros aos magistrados para identificar os responsáveis e estabelecer remédios mais adequados ao caso concreto, uma vez que nem todo dano causado no âmbito do tratamento de dados configura uma responsabilidade objetiva (ROSENVALD, 2021, p. 188-189).

A *accountability* é importante para o estabelecimento de uma cultura de boas práticas. Ainda que condenados em razão de danos ocorridos em sua atividade, os juízes e a própria ANPD, percebendo a existência de normas de *compliance*, deverão realizar uma sanção premial, uma função promocional da responsabilidade civil, um estímulo a virtudes (SANKIEVICZ; PINHEIRO, 2021).

Por derradeiro, a *answerability* (explicabilidade), trata-se de um procedimento de justificção de escolhas, que vai muito além do “direito à informação”, para que se possa aferir a expectativa depositada sobre cada participante da atividade, especialmente quanto à previsibilidade de eventuais consequências (BARBOSA, apud ROSENVALD, 2021, p. 197). Mais além, se houver risco elevado para direitos e liberdades das pessoas, o responsável pelo tratamento de dados deve realizar uma avaliação prévia dos impactos, de maneira que apenas devem ser chanceladas as inovações algorítmicas proporcionadoras de benefícios e em conformidade com um desenvolvimento sustentável (FREITAS; FREITAS, 2020, p. 66). Assim, por exemplo, a inteligência artificial, por praticar atos jurídicos na contemporaneidade, deve ser explicável, transparente, inteligível e motivada para que não se desvirtue a ética.

Fora a transparência, a *answerability* possibilita ao usuário o que se chama “*ability to appeal*”, ou seja, o titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil” (ROSENVALD, 2021, p. 197). Na LGPD, verifica-se este aspecto da explicabilidade no art. 20, o qual faculta ao titular, prejudicado pela inteligência artificial, requerer uma revisão do ato por um humano (BRASIL, 2018). Na ausência de explicação, torna-se cabível a indenização, ou seja, a *liability* aparece em momento posterior. Trata-se de um meio de defesa do titular, que poderá ser utilizado de forma individual ou, preferencialmente, de forma coletiva. Caixas pretas não existem mais, e isso decorre da *answerability*, que impõe a transparência e a colocação da inteligência artificial em seu devido lugar de mera apoiadora, e não substitutiva do ser humano quando da tomada de decisões (PALESTRA..., 2021; ROSENVALD 2021, p. 199).

4. O TRATAMENTO DE DADOS E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA IRREGULARIDADE NAS VÁRIAS FASES DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Chega-se ao ponto nodal da pesquisa, qual seja, “até que ponto a discricionariedade contemplada pelo poder diretivo confere liberdade ao empregador para recorrer a instrumentos de controle e monitoramento que não configuram violação da privacidade e da proteção de dados pessoais dos trabalhadores” (SANKIEVICZ; PINHEIRO, 2021, p. 509) e como isso deve ocorrer ao longo das diversas fases da relação de trabalho.

Desde antes da LGPD, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) já se inclinava para admitir o monitoramento como um apêndice do poder diretivo do empregador, desde que realizado de forma ponderada, necessária e, sobretudo, informada ao empregado, pres-

supondo-se tacitamente o seu aceite em razão do vínculo empregatício. Com a LGPD, essa jurisprudência há de ser revista, sobretudo no concernente ao consentimento esclarecido.

Primeiramente, é importante ressaltar, de forma pacífica, que a LGPD é aplicável às relações de trabalho, uma vez que se trata de norma protetiva e garantista de direito fundamental, de forma que sua incidência deve ser interpretada de maneira expansiva (art. 5º, § 2º, CF/88), e suas exceções, *a contrario sensu*, de forma taxativa, ao que se enterra com pá de cal por mera leitura do art. 4º da LGPD, que não prevê hipótese de não aplicação nas relações laborais.

Quando da aplicação da LGPD, é imperioso que se dê preferência à interpretação dos princípios contidos em seu art. 6º ao caso concreto, uma vez que a proteção de dados possui, por pano de fundo, a necessidade de regulamentação adequada acerca da convivência do titular com os recursos tecnológicos difundidos nos incontáveis setores sociais. Essa regulamentação deverá ocorrer, sobremaneira, no âmbito principiológico, associando-se esses princípios a tendências de longo prazo, uma vez que, para as instituições jurídicas, é impossível acompanhar a evolução tecnológica em mesma proporção e velocidade (RODOTÀ, 2008). *In verbis*:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (BRASIL, 2018).

A primeira dificuldade para o tratamento de dados pessoais nas relações de trabalho reside na confusão entre os aparatos utilizados pelo empregado e disponibilizados pelo empregador para a execução dos serviços. As relações de trabalho foram impactadas pela tecnologia, a qual possibilita, dentre outros efeitos, a ampliação das técnicas de monitoração do empregador, algo que demanda cautela no proceder da atividade.

A monitoração encontrou justificativa no fato de que trabalhadores faziam uso abusivo de computadores, internet e *e-mail* funcionais, muitas vezes para fins pessoais em tempo excessivo e até mesmo para divulgação de pornografia infantil, de caráter racista, além de outros crimes, a ponto de causarem o comprometimento da imagem e/ou a responsabilização do empregador (RUARO, 2007, p. 230-233). Com sistemas de monitoramento, de outro lado, houve empregadores que abusaram na vigilância.

Um dos efeitos da modernização, destacado por Jimene (2019), foi o fenômeno do *bring your own device* (BYOD), no qual o empregado, conectado à nuvem e em posse de recursos tecnológicos próprios, exerce suas funções com os mesmos dispositivos utilizados para fins particulares ou pessoais. O desafio reside em como garantir a segurança da informação quando os equipamentos sequer estão em posse ou propriedade do empregador.

Para essa questão, utiliza-se da containerização, que consiste na criação de um “contêiner” dentro do equipamento particular do empregado, para armazenamento e gestão exclusiva das informações da empresa. A instalação desse *software* dependerá de consentimento do trabalhador e de uso restrito da aplicação às afirmações da empresa.

Quanto aos procedimentos específicos que deverão ser adotados ao longo do contrato de trabalho, destacam-se de início (no momento da contratação) até o fim (no momento da rescisão) e, conseqüentemente, do término do tratamento.

Os processos seletivos e tratamento de bancos de dados curriculares são a primeira preocupação do empregador quando do tratamento de dados na atividade laboral, porquanto envolve a coleta e processamento de dados de candidatos para eventual preenchimento de vagas na empresa.

Quando do tratamento de dados nessa etapa, embora autorizado por expressa hipótese carreada no art. 7º, V, da LGPD, deverá o empregador buscar o consentimento informado do empregado, esclarecendo-o e justificando qual a razão e necessidade dos dados requeridos no momento do processo de seleção, bem como dos exatos limites de sua finalidade para a vaga de emprego pretendida e como será feito o seu tratamento (SANKIEVICZ; PINHEIRO, 2021).

Tudo isso com vistas a atender aos princípios insculpidos no art. 6º da LGPD, devendo o empregador evitar, sempre que possível, a coleta de dados sensíveis ou desnecessários à ocasião, sendo-lhe, ainda, defesa a utilização dos dados para fins diversos daqueles informados quando da contratação, bem como vedadas quaisquer práticas discriminatórias com base nas informações coletadas, algo que, mesmo antes da LGPD, já vinha positivado pela Lei nº 9.029/1995.

Quando o tratamento dos dados coletados for realizado por intermédio de algoritmos, deverá ser o candidato igualmente informado de tal situação, cabendo-lhe, nesse caso, o direito de revisão por uma pessoa natural acaso se sinta prejudicado por eventual erro do sistema, conforme dispõe o art. 20 da LGPD.

Quanto aos contratos de trabalho novos ou já vigentes, deverá o empregador promover uma devida alteração para a sistemática da LGPD. No tocante às cláusulas que disponham sobre o tratamento de dados, deverão ser dispostas de forma clara e destacada no contrato, permitindo ao empregado/titular o devido conhecimento de seu teor e dos seus direitos, de forma que não haja margem para dúvidas acerca do consentimento em sua disponibilização. Igualmente, justificativas acerca da necessidade dos dados solicitados, assim como as formas e limites de seu tratamento são pertinentes, de forma a sempre amparar o tratamento em mais de uma hipótese autorizante do art. 7º da LGPD (SANKIEVICZ; PINHEIRO, 2021).

No que se refere ao tratamento dos dados biométricos, é necessária especial ressalva nos contratos de trabalho, uma vez que se cuidam de dados considerados sensíveis pela legislação vigente (art. 5º, II, LGPD), impondo um consentimento ainda mais esclarecido e justificado de forma imprescindível em alguma das hipóteses do art. 11 da LGPD. A coleta de tais dados demanda, igualmente, o esclarecimento de suas finalidades e métodos de segurança empregados para o seu tratamento, os quais, dada a importância dos dados em si, envolverão maiores custos ao empregador.

É importante destacar que o tratamento de dados sensíveis é tutelado de forma geral pela LGPD, contudo, diante das simetrias entre essa lei e a GDPR (General Data Protection Regulation ou Regulamento Geral de Proteção de Dados, em português), nada impede que, por analogia, adote a empresa parâmetros indicados naquela legislação para a sua atividade (art. 9º, GDPR), os quais, dada a concreta preocupação daquela norma com os princípios da finalidade, necessidade e adequação, servem de norte para a devida e segura atuação da empresa. Assim, apenas se justifica o tratamento de dados biométricos em “empresas sujeitas à restrição de tráfego, bem como para controle de acesso a dispositivos e aplicativos de computação também considerados de acesso restrito pela empresa”; veda-se, por fim, que a autenticação biométrica seja fundada em amostragem biológica, limitando-se o tratamento apenas a um justificado método biométrico (SANKIEVICZ; PINHEIRO, 2021, p. 513).

No tocante à transferência para terceiros, deverá, necessariamente, ser comunicada ao titular e, quando não amparada nas demais hipóteses do art. 7º da LGPD, impõe de seu consentimento, uma vez que, em regra, os dados devem ser eliminados findo o tratamento (art. 15, LGPD). Permite-se, contudo, sua conservação para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória, bem como a transferência a terceiros, desde que respeitadas as premissas da LGPD, dentre elas, em algumas hipóteses, a anonimização (art. 16, LGPD). Releva destacar que, a despeito da transferência independe de consentimento, ainda possui o trabalhador o direito de demandar informações sobre os seus dados pessoais, com espeque nos princípios do livre acesso e da transparência (SANKIEVICZ; PINHEIRO, 2021).

As relações de trabalho, complexas *per se*, devem ser reinterpretadas e reestruturadas com base no novo reconhecimento de um direito à proteção de dados pessoais, de forma a garantir o devido respeito à personalidade do trabalhador-titular num contexto de sociedade de informação, salvaguardando sua privacidade, sua autodeterminação informativa e demais direitos que desaguam em sua dignidade como pessoa humana.

Nessa senda, uma mudança na cultura de responsabilidade é necessária, para uma alteração da cultura de compensação de danos para uma cultura de prevenção e responsabilidade, algo que já se vê inserido nos dispositivos regulatórios da Lei Geral de Proteção de Dados. Cuida-se de norma de viés principiológico e de indispensável necessidade para a garantia da

personalidade, empoderando o titular para o exercício de seus direitos de forma consciente, elevando-o a protagonista e não mero anuente na tomada das decisões pertinentes aos seus dados pessoais.

Cabe, portanto, ao empregado se empoderar, e ao empregador observar os devidos princípios protetivos da atividade de tratamento de dados ao longo do contrato de trabalho, sob pena de, em não o fazendo, responder, na medida de sua culpabilidade, em todas as esferas de responsabilidade cabíveis ao caso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise procedida neste artigo, conclui-se que a tecnologia e o tratamento de dados configuram elementos intrínsecos da contemporaneidade e de particular incidência nas relações de trabalho, de forma que o devido reconhecimento e respeito a um direito de proteção de dados pessoais se mostra imprescindível para a proteção da pessoa humana em sua dignidade e personalidade. O estudo da tutela jurídica da proteção dos dados pessoais do trabalhador na sociedade de informação permitiu desvendar como o ordenamento jurídico responde às especiais necessidades imprescindíveis na contemporaneidade.

Após revisão bibliográfica e documental, chegou-se à conclusão de que o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação na modernidade interligou o globo e ampliou as relações de monitoramento e controle incidentes sobre a pessoa humana. A onipresença tecnológica, nos vários ramos da vida, é algo inevitável, restando, então, a necessidade da previsão de mecanismos de salvaguarda da pessoa humana em sua dignidade e personalidade, algo que se faz, necessariamente, pelo reconhecimento de um direito à proteção de dados pessoais.

O reconhecimento desse direito, de natureza humana, fundamental e da personalidade, influencia a ordem mundial e, em âmbito interno, as direções do Estado brasileiro para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, com seus desdobramentos na privacidade e autodeterminação informativa, algo que, pelo que se observa dos dispositivos da LGPD, caminha em um sentido de mudança da atual cultura de responsabilidade, principalmente no que toca à responsabilidade civil, que deve se adaptar a um contexto tecnológico.

Quanto às várias fases da relação de trabalho em si, verificou-se como a LGPD, por meio de preceitos principiológicos, cuidou de reestruturar todos os pontos da relação jurídica de maneira a assegurar também o empoderamento do empregado-titular no tocante ao seu protagonismo quanto às decisões existenciais sobre os seus dados pessoais, de forma que resta ao empregador a reformulação de antigos modelos despreocupados com o empregado para práticas benéficas e pautadas em uma proteção da dignidade do trabalhador, sob pena de, em não o fazendo, responder nas diversas formas de responsabilidade decorrentes da irregularidade no tratamento de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ana Amelia Menna. A proteção de dados pessoais no Brasil. In: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (Org.). **Direito digital: debates contemporâneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 22. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 03-20.

FACHIN, Zulmar; FACHIN, Jéssica. Direitos Humanos em Norberto Bobbio: a trajetória de uma utopia em busca de concretização. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, v. 03, n. 60, p. 107-125, jul./set. 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4174>. Acesso em: 30 nov. 2021.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e inteligência artificial: em defesa do humano**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

JIMENE, Camilla do Vale. Impactos da tecnologia nas relações de trabalho. In: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (Org.). **Direito digital: debates contemporâneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 107-116.

LEHFELD, Lucas de Souza *et al.* A (hiper)vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço e as perspectivas da LGPD. **Revista Eletrônica Pesquiseduca**, Santos, v. 13, n. 29, p. 236-255, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unisantos.br/pesquiseduca/article/view/1029/902>. Acesso em: 20 out. 2021.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 847, p. 78-95, 2006.

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a Proteção Constitucional dos Dados Pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz.

Tratado de Proteção de Dados Pessoais, Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 61-71.

PEREZ-ZUNIGA, Ricardo *et al.* La sociedad del conocimiento y la sociedad de la información como la piedra angular en la innovación tecnológica educativa. **RIDE – Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo**, Zapopan, v. 8, n. 16, p. 847-870, ene./jun. 2018. Disponível em:

<https://www.ride.org.mx/index.php/RIDE/article/view/371/1683>. Acesso em: 20 out. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PALESTRA Prof Rosvald 2021 09 23 at 04 08 GMT 7. [S.l.: s.n.], 23 set. 2021. 1 vídeo (65 min). Publicado pelo canal Cleber OT. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=7WclcyT_nlk. Acesso em: 20 out. 2021.

ROSENVALD, Nelson. Conceitos de responsabilidade civil para a 4ª Revolução Industrial e o capitalismo de vigilância. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coord.). **Direito Civil: Futuros Possíveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 175-205.

ROSSINI, Augusto. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 227-252.

SANKIEVICZ, Alexandre; PINHEIRO, Guilherme Pereira. Aspectos da proteção de dados nas relações de trabalho. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 507-522.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 21-59.

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

UNITED NATIONS. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue**. 2011. Disponível em:

https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

WEISER, Mark. The computer for the 21st Century. **Scientific American**, New York, v. 265, n. 3, p. 94-104, sept. 1991. Disponível em: <https://www.lri.fr/~mbl/Stanford/CS477/papers/Weiser-SciAm.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

WIMMER, Miriam. Inteligência artificial, algoritmos e o direito: um panorama dos principais desafios. *In*: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (Org.). **Direito digital**: debates contemporâneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 15-30.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 02/12/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/12/2021
- Avaliação 1: 05/01/2022
- Avaliação 2: 23/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 23/10/2022
- Retorno rodada de correções: 31/10/2022
- Decisão editorial/aprovado: 28/11/2022

Equipe editorial envolvida

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

É POSSÍVEL AGRADAR A GREGOS E TROIANOS? ASPECTOS JURÍDICOS ACERCA DA EXTINÇÃO DO VOTO DE QUALIDADE NO ÂMBITO DO CARF

IT IS POSSIBLE TO PLEASE GREEKS AND TROJANS? LEGAL ASPECTS REGARDING THE EXTINCTION OF THE QUALITY VOTE UNDER THE CARF

CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA¹
LUCAS ANTUNES SANTOS²

RESUMO

Recente alteração legislativa reascendeu o debate em torno da adequada interpretação e aplicação do princípio do *in dubio pro reo* no âmbito CARF. Dentre as várias inovações trazidas pela lei nº 13.988/2020, merece especial destaque àquela que insere o art. 19-E na lei nº 10.522/2002. A novel prescrição assevera que em caso de empate na sessão de julgamento, não se aplica o voto de qualidade, resolvendo-se de forma favorável ao contribuinte. A sistemática do voto duplo, nos moldes como era adotada, sempre gerou insatisfação por parte dos contribuintes, haja vista a competência do Fisco para presidir e desempatar julgamentos. Para tanto, com a alteração legislativa, caso o julgamento se mantenha empatado, não mais cabe ao representante do Fisco o voto decisivo. Diante deste contexto, para além da discussão sobre a manutenção ou extinção do voto, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a interpretação que melhor se adequa aos casos levados à julgamento no CARF, consentâneo com o art. 112, do CTN. Ao final, conclui-se que, a despeito das polêmicas suscitadas, não se deve garantir vantagem no julgamento para nenhum dos atores do processo administrativo tributário, mas, sim, empreender esforços no sentido de aplicar o art. 112, do CTN, da forma acertada, notadamente aos casos que envolvam infrações e penalidades e não em qualquer hipótese levada

- 1 Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Atualmente é professor associado da Universidade Federal do Ceará, e professor da Unichristus. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: tributos federais, direito tributário, tributos estaduais, princípios tributários e processo administrativo tributário. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/8000270645201933>
- 2 Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2020/2022). Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio (2019). Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza (2017). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2015). Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação Ambiental da Universidade Federal do Ceará (2020 - atual). Membro do Grupo de Pesquisa em Administração Pública e Tributação no Brasil da Universidade de Fortaleza (2020 - atual). Advogado. Professor de Direito Tributário da Faculdade Luciano Feijão (2021 - atual). LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/4732525018459720>.

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

CINTRA, Carlos César Sousa; SANTOS, Lucas Antunes. É possível agradar a gregos e troianos? Aspectos jurídicos acerca da extinção do voto de qualidade no âmbito do CARF. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 300-319, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9105>.

à julgamento. Quanto à metodologia, utiliza-se de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos internacionais e da legislação. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

Palavras-chave: direito tributário; CARF; voto de qualidade; *in dubio pro reo*.

ABSTRACT

A recent legislative amendment has revived the debate on the proper interpretation and application of the principle of in dubio pro reo in the CARF framework. Among the various innovations brought by law no. 13,988/2020, it is worth mentioning the one that inserts art. 19-E in Law No. 10,522/2002. The prescription novel asserts that in case of a tie in the trial session, the quality vote does not apply, resolving itself in a favorable way to the taxpayer. The system of double voting, as it was adopted, always generated dissatisfaction on the part of taxpayers, given the competence of the Tax Office to preside and unpack judgments. To this end, with the legislative change, if the trial remains tied, it is no longer up to the representative of the Tax Office the decisive vote. In view of this context, in addition to the discussion on the maintenance or extinction of the vote, the present work aims to demonstrate the interpretation that best suits the cases brought to trial in carf, in ac line with art. 112, of the CTN. In the end, it is concluded that, despite the controversies raised, one should not guarantee an advantage in the judgment for any of the actors in the tax administrative process, but rather to make efforts to apply art. 112, ctn, in the right way, notably cases involving infractions and penalties and not in any case brought to trial. As for the methodology, it is used to research the bibliographic type through the analysis of books, legal articles, international documents and legislation. The research is pure and qualitative in nature, with descriptive and exploratory purpose.

Keywords: tax law; CARF; quality vote; *in dubio pro reo*.

1. INTRODUÇÃO

Não são poucos os embates travados entre fisco e contribuintes, relativamente à exigência do pagamento de tributos e/ou multas decorrentes da lavratura de autos de infração. O simples exame quantitativo do número de processos administrativos tributários que são deflagrados nas esferas federal, estadual e municipal, revela que a despeito de haver alguns que se curvam às imposições fiscais (umas legítimas outras ilegítimas) ou então que permanecem inertes, é inquestionável a existência de um crescente contencioso administrativo tributário.

Segundo informações divulgadas pelo CARF (BRASIL, 2019), constam aproximados 116.803 processos pendentes de julgamento no contencioso administrativo. Já de acordo com dados do Sistema de Acompanhamento do Processo Administrativo Tributário – SAPAT (BRASIL, 2019), foram registrados, no âmbito do Estado do Ceará, entre 2015 e 2019, a entrada de cerca 25.829 processos administrativo tributários no Contencioso – CONAT.

Vê-se, portanto, que o estudo de questões que habitam o universo das discussões travadas naquele ambiente processual desperta grande interesse da comunidade jurídica. Assim, os que militam nessa seara a todo instante estão fixando os olhos nas eventuais consolidações de entendimentos (edição de súmulas administrativas, *in exemplis*), e modificações repentinas de orientações dos órgãos de julgamento, assim como, de modo especial, nas alterações normativas provenientes de atos do Legislativo ou do Executivo, alterações estas timbradas pelos traços da generalidade e abstração.

O evidente interesse referido alhures, recentemente, incrementou-se em face da edição, em 14/04/2020, da Lei federal nº 13.988, que entre outras disposições, alterou regra até então vigente no âmbito do processo tributário federal (Lei 10.522/02 e Decreto 70.235/72), segundo a qual havendo empate quando do julgamento colegiado de processos relativamente à exigência do crédito tributário, cabia ao Presidente do órgão (representante do Fisco federal) proferir voto de desempate.

Sucedo que aquela novel prescrição prestou-se a reascender debates acalorados que até então já haviam, inclusive, sido postos à apreciação do Poder Judiciário (BRASIL, 2005). Notadamente quanto à adequada interpretação e aplicação do aforisma *in dubio pro reo*, que segundo o vigente direito tributário pátrio encontra-se expressamente disposto no art. 112, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional – CTN), naquelas hipóteses em que ocorriam empate quando da realização de votação de processos por órgãos colegiados de julgamento administrativo.

O presente escrito destina-se a cotejar a solução anteriormente dada pelo direito positivo com a aduzida inovação legislativa, nos casos em que o empate comparece como resultado de votação referente a determinada acusação fiscal consubstanciada em auto(s) de infração. Essa análise, guiada por um olhar crítico, exporá inicialmente de que modos os extremos (fisco e contribuintes) entrevem o assunto, e em seguida apresentará caminho(s) para o enfrentamento das situações que sobrevirão.

2. DO VOTO DE MINERVA AO VOTO DE QUALIDADE

Tomando-se por base os escritos de Ésquilo (1991, p. 13), da mitologia grega extrai-se o famigerado voto de Minerva. A deusa da sabedoria, conhecida pelos romanos como Atena, teria presidido o primeiro julgamento de que se tem notícia. Os principais personagens desta narrativa são Orestes, Agamêmnon, Clitemnestra e seu amante, Egisto. Para vingar a morte de seu pai, Agamêmnon, Orestes torna-se carrasco de sua própria mãe e amante. Minerva, após a votação do júri terminar com um empate entre a condenação e absolvição do réu, teve de decidir o futuro de Orestes, através de seu voto. Esta, então, posicionou-se favoravelmente à inocência de Orestes, dando origem ao que se tem por *in dubio pro reo*. Neste sentido:

Serei a última a pronunciar o voto e o somarei aos favoráveis a Orestes. Nasci sem ter passado por ventre materno; meu ânimo sempre foi a favor dos homens, à exceção do casamento; apoio o pai. Logo, não tenho preocupação maior com uma esposa que matou o seu marido, o guardião do lar; para que Orestes vença, basta que os votos se dividam igualmente. (ÉSQUILO, 1991, p. 13)

Na obra *Athenian Constitution* (ARISTÓTELES, 1952, p. 34), semelhantemente ao conto mitológico, Aristóteles apresenta a forma de julgamento adotada na Grécia Antiga. O areópago, conselho formado por aristocratas, após as manifestações das partes, realizava a votação depositando pedras em uma urna. A votação se dava da seguinte forma: cada aristocrata recebia uma pedra maciça e outra furada, sendo a primeira depositada na urna nos casos de entender pela inocência do acusado e a segunda no caso de entender procedente a acusação. Por último, após encerrar-se a votação, era feita a contagem dos votos e, havendo empate, o acusado era absolvido das acusações imputadas.

Feitas estas considerações, ainda que se possa identificar no voto de desempate proferido por Minerva as origens do voto de qualidade, que será objeto de nosso estudo, ambos os institutos apresentam consideráveis distinções.

No voto de Minerva, aquele que preside a votação é chamado a se pronunciar apenas no caso de empate, proferindo voto único. Por sua vez, no voto de qualidade, o presidente da sessão vota em conjunto com os demais membros e, em caso de empate, é chamado novamente a se pronunciar, agora para desempatar o julgamento. Neste último caso, portanto, o voto de quem preside a sessão teria um peso dobrado, diferentemente do voto de Minerva, em que o presidente só se manifesta em uma única e decisiva oportunidade.

Com efeito, não raro, encontra-se na jurisprudência decisões que tratam as duas espécies de voto como sendo a mesma coisa. Ao apreciar o Mandado de Segurança nº 1001136-39.2017.4.01.3400, datada de 23 de fevereiro de 2018, o juízo da 13ª Vara Federal do Distrito Federal afirmou que “o voto de qualidade, ou voto de Minerva é reservado para aquelas situações em que, não tendo votado o presidente do órgão, o resultado da votação esteja empatado.”.

Observa-se que o julgador trata institutos diversos como se sinônimos fossem. Nesta ação, a segurança foi concedida no sentido de anular o voto de qualidade proferido em julgamento na CARF, negando a possibilidade de voto dúplice pelo presidente.

Em outras palavras: a autoridade judicial pretendeu com esta decisão destacar a impossibilidade do voto de qualidade nos julgamentos de processos administrativos fiscais, devendo-se, por seu turno, adotar o voto de minerva, em que cabe ao presidente desempatar através de seu único e decisivo voto.

Noutro caso, identificamos posição diversa. A Juíza Federal Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, ao julgar o Mandado de Segurança nº 1002068-27.2017.4.01.3400, considerou que “o voto de qualidade seria uma espécie de voto dúplice, que conferiria ao presidente o poder de, após votar e, restado empatado, votar novamente, promovendo o desempate.”.

Vê, portanto, que nessa segunda situação concreta a magistrada defendeu a inadmissão do voto duplo por um dos membros, nos moldes como se praticava no CARF antes da entrada em vigor da Lei nº 13.988/2020.

Fernando Scaff (2014, p. 22) chega a mencionar, ainda, um outro tipo de voto. Para esse autor, o voto de qualidade no CARF, em verdade, seria um voto duplo, em que o presidente da sessão se manifesta em duas oportunidades, ordinariamente e extraordinariamente, em caso de igualdade de votos. Neste sentido (FERREIRA, 2013, p. 56):

O Presidente vota duas vezes, a primeira como integrante da Turma, na condição de Conselheiro regular, e na segunda vez na posição de Presidente da aludida Câmara. São manifestações de natureza distinta: a primeira na condição de Conselheiro, em igualdade com os demais integrantes da Turma, e a segunda na condição de Presidente e representante da Instituição. São, realmente, dois votos e com motivações distintas, o primeiro voto ordinário, quando se acolhe a posição adotada pelo Relator, e o segundo voto mediador que deve conter a síntese das razões levantadas pelas correntes opostas que determinaram o empate do julgamento.

Em que pese seja possa extrair das lições trazidas à lume três tipos de votos (de Minerva, de qualidade e duplo), *oportuno tempore* será alvo de análise apenas o voto de qualidade que, com frequência, é também chamado de voto duplo, dada suas características, para tanto,

será tomado como marco, para fins de exame retrospectivo e prospectivo, a edição da Lei nº 13.988/2020.

3. IN DUBIO PRO REO, IN DUBIO CONTRA FISCUM OU IN DUBIO CONTRA SACRIFICIUM?

Em um Estado de Direito, tem-se que qualquer sacrifício imposto aos governados deve guardar relação direta com as limitações aplicáveis aos direitos fundamentais, que numa aproximação inicial podem ser compreendidos como sendo os direitos ínsitos à própria natureza humana³. Um dos principais traços postos à evidência pelo constitucionalismo moderno reside precisamente no reconhecimento dessa necessária adequação entre as prerrogativas estatais e os direitos públicos subjetivos das pessoas⁴.

A tributação não foge àquela mencionada orientação, afinal, a exigência de tributos sempre denotará restrição ao patrimônio do contribuinte, o que nos autoriza a identificar naquela atividade um típico caso de relativização do direito fundamental à propriedade (art.5º. inciso XXII, da CF/88), entre outros, que reclama estrita obediência ao disposto pela ordem jurídica (CARRAZA, 2010, p. 412).

Contudo, se por um lado os direitos fundamentais configuram limites intransponíveis à imposição tributária, a ansiada concretização das expectativas deles decorrentes autorizam a invasão do patrimônio dos particulares pelas pessoas políticas de direito público interno, com vistas obtenção dos recursos dirigidos a custear os dispêndios exigidos para o cumprimento das funções estatais.

Resumindo: segundo o direito brasileiro, toda restrição ditada aos particulares, seja ele contribuinte ou não, advém de norma expressa do ordenamento jurídico, não havendo espaço para deduções de preceitos tácitos, sob pena de atitude desse jaez traduzir-se em arbítrio, abuso ou confisco (SILVEIRA, 2014, p. 181).

Feitos aqueles abreviados esclarecimentos, desde logo cumpre sublinhar que a adoção de uma interpretação *in dubio pro fisco* não seria condizente com o ordenamento pátrio, por inegável ausência de autorização expressa neste sentido, além do que o emprego de tal *standard* hermenêutico apriorístico caracterizaria nefasta restrição a direitos fundamentais, acarretando assim uma inaceitável violação do seu conteúdo essencial.

Deste modo, segundo Paulo Caliendo Silveira (2014, p. 194), é preciso ter em mente que a imposição de sacrifício aos contribuintes, mediante o estabelecimento de obrigações tributá-

3 Lourival Vilanova, de há muito, apregoava que “é uma conquista do Estado de Direito, do Estado Constitucional em sentido estrito (Verfassungsstaat), a fixação dos direitos reputados fundamentais do indivíduo, e a enumeração das garantias para tornar efetivos tais direitos, quer em face dos particulares, quer em face do Estado mesmo”. *Proteção jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento*, in Anais da IV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, p. 139.

4 Vale conferir a seguinte lição de Paulo Bonavides: “A premissa do Estado Moderno é a conversão do Estado Absoluto em Estado Constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia do texto dos Códigos e das Constituições. [...] Estado constitucional da separação de poderes (Estado Liberal), Estado Social [...], Estado constitucional de direitos fundamentais (Estado Social), [...] Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático Participativo)”. *Teoria do Estado*, 3 ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 28-29.

rias, deve observar os limites expressos fixados pelo ordenamento, ressalvadas as hipóteses excepcionais e de clareza indubitável.

Com isso, defende-se, de antemão, que a interpretação acertada em matéria tributária é aquela que, em menor medida, sacrifique direitos. O próprio art. 108, §1º, do Código Tributário Nacional – CTN, traz a vedação à analogia gravosa ao contribuinte, ao prescrever que “o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

Inobstante o artigo mencionado enuncie a vedação de analogia desfavorável ao particular com escora no princípio da legalidade, admite-se, também, a leitura do dispositivo a partir do princípio do *in dubio contra sacrificium*, como limite material ao surgimento de prescrições decorrentes de raciocínio analógico.

Em virtude da adoção deste princípio interpretativo supracitado não se quer, contudo, minimizar a importância do *in dubio pro reo* ou *in dubio pro contribuinte*, muito pelo contrário. Pretende-se apenas fazer uma separação entre o campo de atuação de ambos os institutos.

No que concerne à aplicação, no campo Direito Tributário, do princípio do *in dubio pro reo* (art. 112, do CTN), tem-se que no território tributário o seu âmbito de proteção é a propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CF), enquanto no Direito Penal, pretende-se proteger a liberdade do acusado (FAVINI, 2019, p. 41). Em ambos os casos, porém, há uma nota comum: havendo dúvida acerca da aplicabilidade da sanção, conclama-se a utilização do aduzido princípio, nomeadamente *in dubio pro contribuinte*, em material fiscal.

O *in dubio pro contribuinte* agiria, portanto, no campo do direito tributário penal, à semelhança da do *in dubio pro reo* no direito penal em sentido estrito, desde que atendidas as condições estipuladas pelo legislador. Então, dúvidas interpretativas em matérias atinentes à aplicação do direito sancionador (infrações e penalidades), se ocorridas nos domínios do tributário, seriam resolvidas à luz do *in dubio pro contribuinte*.

De seu turno, questões envolvendo matérias que não digam respeito às infrações e sanções tributárias devem ser solucionadas pelo princípio do *in dubio contra sacrificium*. Quanto ao último, Paulo Caliendo Silveira (2014, p. 194) defende veementemente sua adoção. Nas palavras do autor:

Havendo dúvida não devem ser criados sacrifícios injustificados e desnecessários ao patrimônio do contribuinte (*in dubio contra sacrificium*). Salvo em situações de clara excepcionalidade expressa é que devem se justificar novos encargos ao contribuinte, sob pena de ofensa direta ao núcleo de sua proteção em nome de um genérico direito da sociedade.

Cumpre salientar que a adoção de um esquema interpretativo em detrimento de outro, levando-se em consideração as características da norma ou fato analisados, não pressupõe a anulação da interpretação colocada de lado, mas simplesmente reafirma sua singularidade e relevância para aquela situação específica.

Não menos importante, como adepta da adoção do princípio interpretativo do *in dubio pro reo* em matéria tributária, tem-se, por exemplo, Regina Helena Costa (2020, p. 165) que, ao tecer comentários acerca do art. 112 do CTN, afirma:

O dispositivo refere-se às normas de Direito Tributário penal, vale dizer, àquelas que disciplinam as infrações e sanções tributárias. E, assim, aplica-se o princípio universal do direito penal, *in dubio pro reo*: em caso de dúvidas, interpreta-se a lei tributária de modo mais benéfico ao infrator, nas hipóteses apontadas.

Aliado ao *in dubio pro reo* ou *pro contribuinte*, na era moderna, tem-se a figura da proibição de sentença ilícida ou *non liquet*, em que o julgador não pode abster-se de julgar a causa sob a alegação de obscuridade ou ineficiência da lei. O *non liquet* nem de longe se confunde com o *in dubio pro reo*, mas há uma inegável relação entre os institutos.

Assim, não pode o juiz abster-se de decidir, ainda que haja dúvida fundada quanto a culpabilidade do acusado. Neste caso, o julgador deve optar pela absolvição em detrimento da condenação.

Ora, tendo em vista que entre o direito tributário consagrada o princípio da estrita legalidade, há a necessidade de uma tipificação rígida, notadamente quanto à matéria punitiva. Logo, pairando “qualquer dúvida sobre o perfeito enquadramento do fato à norma compromete aquele postulado básico que se aplica com a mesma força no campo do direito penal – *in dubio pro reo*” (CARVALHO, 2019, p. 58). Com isto, afirma-se que a dúvida afasta o agravo, materializando os princípios modernos de respeito ao ser humano (NOGUEIRA, 1995, p. 105). De igual forma, para Hugo de Brito Machado (2008, p. 262):

[...] a tradição doutrinária se orienta no sentido da adoção do princípio *in dubio pro reo* em matéria de interpretação. O acolhimento do princípio segundo o qual as dúvidas na interpretação da norma penal devem ser resolvidas a favor do réu parece mais razoável e mais condizente com o princípio da presunção de inocência, albergado por nossa Constituição Federal. Para afastar a presunção de inocência é necessária a certeza quanto ao significado da norma, vale dizer, quanto a sua interpretação. Se há dúvida, deve ser considerado não configurado o tipo penal.

Pois bem, a fim alcançar-se uma adequada interpretação é necessário que o intérprete se faça o seguinte questionamento: aquilo cujo sentido irá ser atribuído diz respeito a norma ou fato envolvendo algum tipo de agravo à ao particular? Se a resposta for positiva, adota-se o princípio do *in dubio pro reo* ou *in dubio pro contribuinte*. Doutra forma, não sendo caso de penalidade, adota-se o princípio que menos restrinja ou invada direitos do contribuinte, qual seja *in dubio contra sacrificium*.

Por derradeiro, a doutrina costuma trazer a hipótese de uma interpretação eminentemente favorável ao fisco (*in dubio pro fisco*). Entretanto, tal princípio interpretativo tem por objetivo primordial o combate ao comportamento fraudulento por parte do contribuinte.

Noutro dizer: o *in dubio pro fisco* serve para impedir que os contribuintes de má-fé, que agem sem infração à literalidade da lei, contornem o propósito original da norma.

Essa interpretação surge como forma de superação do excessivo formalismo (POMPEO, 2012, p. 77), que, por vezes, acaba prejudicando a atuação estatal e beneficiando o suposto infrator. Impedir a burla à tributação lícita por parte do Estado, através do *in dubio pro fisco*, contribui para a identificação do tributo como financiador do Estado Democrático e Social de Direito, uma vez que a arrecadação é indispensável para a garantia dos direitos aos cidadãos.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO CARF NO BRASIL

Antes de adentrar na temática do voto de qualidade, necessário tecer algumas considerações sobre a origem do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF no Brasil. O Decreto nº 16.580, expedido em setembro 1924, instituiu um Conselho de Contribuintes em cada Estado da Federação e no Distrito Federal.

Este órgão, que só passou a funcionar em setembro de 1925, era competente para o julgamento de recursos referentes ao Imposto de Renda e contava com a participação de contribuintes do comércio, indústria, profissionais liberais e funcionários públicos. Ao todo, o órgão era composto por cinco membros, todos nomeados pelo Ministro da Fazenda em exercício.

Constantes modificações foram feitas na legislação com o objetivo de aprimorar a forma de julgamento dos casos em matéria fiscal. O Decreto nº 5.157/27 estabeleceu o Conselho de Contribuintes para Impostos de Consumo, tendo sido posteriormente modificado pelo Decreto nº 20.350/31, mas mantendo fora de sua alçada as questões atinentes ao Imposto de Renda, regido pelo Decreto nº 16.580/24.

Na sequência, o Decreto nº 24.036/34 extinguiu os Conselhos existentes, instituindo o Primeiro e Segundo Conselho de Contribuintes e o Conselho Superior de Tarifa. Mais à frente, a partir do Decreto nº 54.767/64, ficou estabelecido o Terceiro e Quarto Conselho de Contribuintes. Esse período ficou marcado pela grande instabilidade, em que o governo militar reorganizou os conselhos, atribuindo ao Ministro da Fazenda a autoridade para designar os presidentes do conselho, o que levou à renúncia em massa dos representantes dos contribuintes (MARTINS, 2010, p. 72).

Outras legislações posteriores trataram sobre o tema, como a Lei nº 11.457/07, o Decreto nº 70.235/72 e a Medida Provisória nº 449/08. Esta última, por sua vez, convertida na Lei nº 11.941/09 criou o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, resultado da unificação da estrutura administrativa do Primeiro, Segundo e Terceiro Conselho de Contribuintes em um único órgão, mantendo a mesma natureza e finalidade dos Conselhos.

O CARF, órgão colegiado e de composição paritária (contam com representantes do fisco e dos contribuintes distribuídos igualmente), integra a estrutura do Ministério da Fazenda e tem por atribuição o julgamento de recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância, bem como os recursos de natureza especial, que tratem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. O colegiado é constituído por três Seções de julgamento e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais. As seções são formadas por câmaras, que se dividem em turmas.

Quanto à distribuição paritária dos representantes da Fazenda Nacional e dos contribuintes, bem como a escolha do presidente do Conselho, Ana Luiza Martins (2010, p. 128), na obra lançada em comemoração aos 85 anos do CARF, assim assevera:

O presidente do CARF é nomeado pelo Ministro da Fazenda. Os representantes da Fazenda são designados pelo ministro dentre três auditores fiscais indicados pela Secretaria da Receita Federal. O mesmo ocorre com os representantes dos contribuintes, designados dentre três profissionais indicados pelas confederações patronais e centrais sindicais. Os presidentes de seções são

nomeados pelo Ministro da Fazenda dentre os presidentes das câmaras que a compõem. Os presidentes das câmaras são escolhidos dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional.

Digno de destaque é o fato do presidente da seção ser nomeado pelo Ministro da Fazenda dentre os presidentes das câmaras que a compõe, sendo aquelas presidências, em ambos os casos (seção e câmara), escolhidas dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional. É o que preceitua o art. 12, do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 343/2015).

Por derradeiro, cumpre salientar que, conforme determina o art. 54, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 343/2015), cabe ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade, em caso de empate. Esse ponto, em especial, interessa ao propósito do presente trabalho, haja vista a recente extinção do voto de qualidade, impropriamente chamado de voto duplo, conforme se verá adiante.

5. UMA ABORDAGEM TEÓRICA E QUANTITATIVA ACERCA DO VOTO DE QUALIDADE NO CARF

Após as breves considerações acerca da estrutura do CARF, passa-se ao estudo do voto de qualidade no Colegiado. O Decreto nº 70.235/72 dispõe sobre o processo administrativo fiscal em âmbito Federal, e, em seu art. 25, §9º, define a forma de composição dos cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais⁵. Conforme o mencionado decreto, o cargo de Presidente será ocupado por representantes do Fisco e o de Vice-Presidente por representantes dos contribuintes, cabendo ao primeiro o voto de desempate ou voto de qualidade.

O Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 343/2015), por sua vez, dispõe que as turmas só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade. Em outros termos, antes da extinção do voto de qualidade, operada pela Lei 13.988/20, a incumbência de desempatar as sessões de julgamento sempre recaía sobre o representante da Fazenda Nacional, conforme art. 14, do regimento interno.

A sistemática apontada, além de evidenciar uma possível violação à garantia constitucional da imparcialidade, desagradou, durante muito tempo, os representantes dos contribuintes, que tinham a derrota como certa nos casos de empate, mormente em situações cujos valores envolvidos fossem expressivos.

Um estudo realizado pelo Núcleo de Tributação do Insper (2020) constatou, a partir do levantamento de dados do período de 2017 a 2020, que a maioria dos processos decididos pelo voto de qualidade são, de fato, aqueles que envolvem as maiores quantias. Consoante o Insper, o valor médio do processo definido por voto de qualidade é R\$ 52,19 milhões, enquanto os casos resolvidos por maioria de votos ou por unanimidade têm valor médio de R\$ 14,2 milhões, o que representa uma diferença de 3,6 vezes.

5 O assunto é disciplinado pelo Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 343/2015), Anexo II, nos artigos 11 a 16.

Conforme os dados apresentados pelo Insper, se analisados os meses de janeiro e fevereiro do corrente ano, é possível verificar a tendência para uma utilização do voto de qualidade nos casos de maior monta. Neste período, os julgamentos em que foram utilizados o voto de qualidade representaram um crédito tributário de R\$ 26,8 bilhões, o que corresponde a 271 processos. Dentre os julgamentos supramencionados, apenas 8,9% favoreceram aos contribuintes e 21,1% favoreceram o Fisco.

Votos de qualidade x Valor dos créditos tributários julgados							
Ano	Total dos créditos tributários julgados*	Créditos tributários julgados por voto de qualidade		Votos de qualidade favoráveis ao Contribuinte		Votos de qualidade favoráveis ao Fisco	
		Valor	%	Valor	%	Valor	%
2017	R\$ 377.934.485.645,99	R\$ 68.684.956.906,88	18,2%	R\$ 6.144.257.458,05	1,6%	R\$ 62.540.699.448,83	16,5%
2018	R\$ 430.357.152.766,99	R\$ 78.437.166.919,41	18,2%	R\$ 24.079.521.266,46	5,6%	R\$ 54.357.645.652,95	12,6%
2019	R\$ 426.342.772.584,10	R\$ 74.075.574.032,22	17,4%	R\$ 13.537.106.835,19	3,2%	R\$ 60.538.467.197,03	14,2%
2020*	R\$ 89.699.390.137,62	R\$ 26.895.521.441,03	30,0%	R\$ 7.949.282.719,58	8,9%	R\$ 18.946.238.721,45	21,1%
Total	R\$ 1.324.333.801.134,70	R\$ 248.093.219.299,54		R\$ 51.710.168.279,28		R\$ 196.383.051.020,26	

Fonte: Insper, 2020.

Além disso, segundo o levantamento feito, quando a decisão fica à cargo do presidente, por meio do voto de qualidade, 20% destas decisões são favoráveis ao contribuinte contra 42% favoráveis ao Fisco.

Não obstante, Luís Roberto Barroso considera a atribuição de dois votos ao presidente do colegiado uma violação à imparcialidade, corolário do modelo constitucional. Destaca o fato deste mecanismo maximizar os riscos de parcialidade por parte do julgador. Neste sentido (BARROSO, 2009, p. 31):

Atribuir dois votos a um mesmo indivíduo no âmbito de um órgão judicante colegiado viola a garantia constitucional da imparcialidade, corolário do devido processo legal porque (i) confere influência dupla a uma pessoa na decisão, maximizando o risco de parcialidades, em vez de minimizá-lo; e (ii) o segundo voto será necessariamente igual ao primeiro e não resultado de uma nova apreciação, livre e autônoma, dos elementos apresentados pelos interessados nos autos.

Evidentemente, não se pode afirmar que os julgadores e, principalmente o Presidente, que é quem detém o voto decisivo, agirão sempre de forma a beneficiar um dos lados em detrimento da imparcialidade. *Contrario sensu*, de nada adiantaria o processo administrativo tributário, uma vez que o Fisco, *in abstracto*, sempre tem quantitativamente a maioria dos votos. Não obstante o que acabamos de acertar, alguns dados oficiais merecem ser destacados.

Um relatório emitido pelo próprio CARF, em que são analisados os julgamentos proferidos entre janeiro e agosto de 2016, aponta que de um total de 5.996 decisões, 417 delas foram decididas pelo voto de qualidade. O que chama a atenção, no entanto, é o fato de 280 desses casos terem sido julgados favoráveis à Fazenda Pública, o que representa pouco mais de 67%. Em contrapartida, as decisões favoráveis aos contribuintes alcançaram apenas 33% desse total. É o que se extrai da tabela abaixo:

Tabela 6
Percentual de recursos julgados por recorrente, tipo de recurso e favorecido

Tipo de Decisão	Favorecido		Total
	Contribuinte	Fazenda	
Unanimidade	2.122	1.905	4.027
Maioria	859	705	1.564
Qualidade	137	280	417
Total	3.118	2.878	5.996

Fonte: CARF, 2017.

No mesmo sentido apontou o levantamento editado em junho de 2017, que levou em consideração todo o período do ano imediatamente anterior. Na avaliação do período compreendido entre janeiro e dezembro de 2016, foram proferidas 570 decisões com base no voto de qualidade. Deste total, 396 foram favoráveis ao Fisco, o que representa 69%.

Tabela 6 - Recursos julgados por resultado da votação e favorecido

Votação	Favorecido		Total Geral	%
	Contribuinte	Fazenda		
Unanimidade	2.786	2.401	5.187	66,3
Maioria	1.137	927	2.064	26,4
Qualidade	174	396	570	7,3
Total Geral	4.097	3.724	7.821	100,0

Fonte: CARF, 2017.

O CARF divulgou, ainda, em 2019, infográfico com os percentuais de julgamento por voto de qualidade em confronto com os deliberados por maioria e unanimidade. O levantamento divulgado, que leva em consideração dados coletados entre 2017 e 2019, informa que 93% das decisões do CARF (45.479) são tomadas por unanimidade ou maioria dos votos e que apenas 7% destas decisões foram tomadas por meio de voto de qualidade.

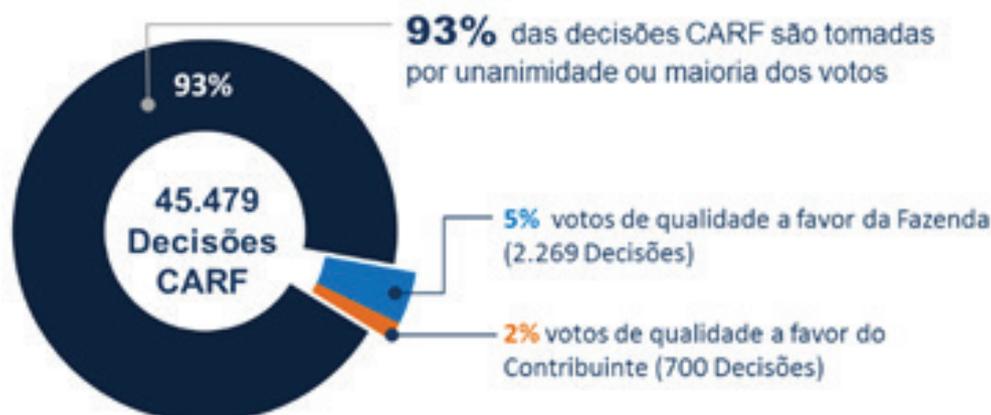
É certo que nos infográficos em questão, além de não haver um levantamento sobre os valores envolvidos em cada julgamento que reclamou o voto de qualidade, também neles não há informações acerca de quais temas ensejaram a prolação de decisões empatadas pelos diversos órgãos do CARF.

Do mesmo modo, não se alude, de modo expresso, ao que se considera como “decisão favorável” ou “decisão desfavorável”. E tampouco explicitou-se de que forma foram levadas em conta eventuais julgados parcialmente favoráveis aos contribuintes.

Com efeito, ainda que os percentuais indiquem uma baixa expressividade na utilização do voto de qualidade, não raro, sabe-se que muitas das questões decididas por esta técnica são as de maior embate entre Fisco e contribuinte. Além do que, uma maior discussão pode evidenciar processos envolvendo vultosas quantias.

Semelhantemente aos Relatórios supracitados, o infográfico indica que das 2.969 decisões, em que se utilizou o voto de qualidade como critério de desempate, 2.269 decisões foram favoráveis ao Fisco, o que representa cerca de 76%, contra aproximados 24% dos votos de qualidade a favor do contribuinte (700 decisões).

VOTO DE QUALIDADE NO CARF (2017-2019)



Fonte: CARF, 2019.

O jornal Valor Econômico (2016) apresentou alguns dados relacionados ao voto de qualidade no CARF. Segundo a matéria publicada, dos processos julgados entre janeiro e maio de 2017, 95% dos casos submetidos ao voto de qualidade foram decididos de modo desfavorável aos contribuintes, isto é, dos 110 acórdãos publicados, apenas seis foram desempatados de forma contrária aos interesses do fisco nacional. (JUSTIÇA...2016).

Diante de tudo que foi apresentado, salta aos olhos a importância de uma análise mais acurada da adoção do voto de qualidade no Brasil, em especial no âmbito do CARF. A luta dos contribuintes pela verdadeira paridade, leia-se a possibilidade de ter como Presidente da sessão um de seus representantes, parece não ter sido possível, pelo menos até o momento.

Contudo, recente alteração legislativa foi festejada pelos cidadãos contribuintes: o fim do voto de qualidade no Colegiado. Esta modificação parece ter agradado tanto os advogados como os contribuintes, mas, como não poderia ser diferente, desagradou os representantes do Fisco.

6. A LUTA (VITORIOSA) PELA EXTINÇÃO DO VOTO DE QUALIDADE NO CARF

Não é de hoje que a sistemática do voto de qualidade alimenta animosidade entre Fisco e contribuinte. Várias foram as tentativas, até então infrutíferas, de retirar da legislação pátria o voto duplo, como alguns preferem cognominar.

A exemplo disso, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em 2017, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, visando a declaração de inconstitucionalidade da expressão “que, em caso de empate, terão voto de qualidade”, contida no art. 25, §9º, do Decreto nº 70.235/72, com redação conferida pela Lei nº 11.941/2009. Nos pedidos, a OAB requereu a aplicação do art. 112 do CTN em caso de dúvida acerca da solução a ser proferida ao caso concreto, devendo prevalecer, nestas hipóteses, a interpretação mais favorável ao contribuinte.

Dentre outros argumentos, a OAB destacou a violação aos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que o presidente do CARF (sempre representante da Fazenda Nacional) teria a competência para votar em duas ocasiões. Argumentou, ainda, que a duplicidade do voto pelo presidente do Colegiado enfraqueceria a missão da instituição, qual seja, a imparcialidade na votação dos litígios administrativos fiscais.

De igual modo, o Projeto de Lei nº 6.064/16 (BRASIL, 2016), de autoria do então Deputado Federal Carlos Bezerra, propunha a extinção do voto de qualidade do presidente do CARF, afim de fazer “prevalecer a interpretação mais favorável ao contribuinte em caso de empate, com a possibilidade da Procuradoria da Fazenda Nacional ingressar com ação judicial”. Note-se que, além de propor a extinção do voto duplo, o PL sugeriu a possibilidade de recurso à via judicial pela Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN, nos casos em que o contribuinte obtivesse decisão administrativa que lhe fosse favorável.

Em suma, de ambos os casos apresentados extrai-se um objetivo em comum: o fim do voto de qualidade no CARF.

Entretanto, os argumentos contrários à permanência desta modalidade de votação e desempate parecem ter ganhado relevo nos últimos anos. Não por foi por acaso que a Medida Provisória 899/19, posteriormente convertida em Lei, apelada como “MP do contribuinte Legal”, teve sua votação apressada, antes que perdesse a validade. Fato é que a MP foi convertida na Lei 13.988/20, atraindo os holofotes para o teor do seu art. 28 (BRASIL, 2020).

O predito dispositivo (art. 28), tão comentado e festejado por parte da doutrina, além de dividir opiniões entre os estudiosos do direito tributário, intensificou o debate. O *caput* do mencionado artigo dispôs que “em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte.” (BRASIL, 2020).

De seu turno, aquela expressa inovação legislativa não foi absorvida pela comunidade jurídica de forma pacífica, como já era de se esperar. Tão logo deu-se a publicação da mencionada Lei nº 13.988/20, inúmeras críticas foram dirigidas àquele comando normativo dispositivo, algumas pertinentes, outras nem tanto (BRASIL, 2020).

Certo é que houve um nítido acirramento de ânimos, ensejando assim uma maior polarização quanto ao tema. De um lado, a Fazenda Pública vê escapar de suas mãos o voto de qualidade, que lhe garantia certa prevalência quanto aos resultados das votações. De outra parte, os advogados e contribuintes veem, com animação, a entrada em vigor da indigitada lei, porquanto esperam eles que doravante possa ser efetivamente aplicado o disposto no art. 112, do CTN (*in dubio pro reo*).

O antagonismo a que acabamos e referir afigura-se inevitável, afinal o Fisco sempre busca oportunidade(s) para arrecadar mais tributos, enquanto os contribuintes desejam ser menos onerados pela tributação, e como se sabe, até nesse contexto é válida a máxima segundo a qual “não se pode agradar a gregos e troianos”.

7. MOVIMENTO CONTRÁRIO À EXTINÇÃO DO VOTO DE QUALIDADE NO CARF E O ARGUMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28, DA LEI 13.988/2020

Quase que concomitantemente à entrada em vigor do dispositivo que pôs fim ao voto de qualidade, defensores de sua permanência articulam-se para derrubar a referida previsão. Um movimento pendular toma conta do cenário jurídico, ora prestigiando a Fazenda Pública em detrimento do contribuinte, ora prestigiando o contribuinte em detrimento da Fazenda Pública. E a impressão que se tem é de que, a qualquer momento, o pêndulo poderá voltar ao posto anterior.

No dia 28 de abril deste ano, foi distribuída a ADI nº 6.399, de autoria do Procurador-Geral da República, contra a norma que fulminou o voto de qualidade no CARF. Defende o Ministério Público Federal - MPF a inconstitucionalidade formal, por vício no processo legislativo, em decorrência da inserção, em lei de conversão de medida provisória, de matéria de iniciativa reservada e sem pertinência temática com o texto originário, por meio de emenda parlamentar, o que se convencionou chamar de “contrabando legislativo”.

Sustentou o MPF que a MP 899/2020, em sua origem, tratava das oportunidades em que o Fisco poderia negociar extrajudicialmente com seus devedores, com a finalidade de encerrar processos ou evitar o ajuizamento de ações relativamente a créditos públicos já existentes. Ocorre que, conforme alegado pelo MPF, durante o processo legislativo de conversão da MP na Lei 13.988/2020, restou inserida matéria estranha ao texto original da proposição (BRASIL, 2020). O art. 28 da Lei em comento, inseriu o art. 19-E na Lei 10.522/2002, no intuito de extinguir o voto de qualidade no CARF (BRASIL, 2002).

Defende, portanto, que o art. 28 da Lei 13.988/2020 traz temática nova e estranha ao que se propôs a MP 899/2019, inexistindo qualquer pertinência temática entre o texto original e a norma acrescida por meio de emenda parlamentar. Por este motivo, defende a inconstitucionalidade formal da inclusão, por emenda parlamentar, do art. 19-E na Lei 10.522/2002, a partir da edição do art. 28 da Lei 13.988 (BRASIL, 2020).

Na mesma linha, o Partido Socialista Brasileiro – PSB ajuizou outra ADI questionando a pertinência deste mesmo dispositivo, requerendo, ao final, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 13.988/2020. Destacou a possível perda de arrecadação aos cofres públicos, de cerca de 60 bilhões de reais por ano, baseado em estudos apresentados pelo Sindifisco ao MPF⁶, e a inconstitucionalidade formal do dispositivo impugnado, sob o argumento de que se estaria afrontando o art. 146, inciso III, da Constituição Federal, que prevê o disciplinamento da matéria por meio de lei complementar.

6 Representação apresentada pelo Sindifisco ao Procurador-Geral da República em 22/04/2020.

Para o PSB o fim do voto de qualidade esvazia o conteúdo do art. 1º, da Constituição, notadamente quanto à soberania. Explica que, com o fim do voto, caberia agora ao contribuinte decidir sobre a exigência de seus tributos, e não mais ao Estado.

Na esteira de defesa do voto de qualidade, o Instituto de Defesa em Processo Administrativo – Indepad protocolou Ação Civil Pública, número **1023961-69.2020.4.01.3400**, solicitando, com urgência, a suspensão da eficácia do art. 28 da Lei 13.988/2020, devido ao “catastrófico cenário econômico que tem o condão de causar”.

Para o Indepad a manutenção do voto de qualidade não traria qualquer violação ao art. 112 do CTN, muito pelo contrário. A norma, segundo sustentou, protege o contribuinte em caso de dúvida relacionada à penalidade e o CARF não julga apenas aplicação de penalidade.

Apresentadas as razões da possível inconstitucionalidade da norma, necessário trazer à baila argumentos favoráveis à sua constitucionalidade. Neste sentido é o posicionamento de Hugo de Brito Machado Segundo (2020). Em defesa da constitucionalidade material do art. 28 da Lei 13.988/2020, argumenta que a Lei trata de institutos relacionados à transação, que nada mais é do que uma forma de extinção do crédito tributário ou de resolução de litígios.

Noutro dizer, para Hugo de Brito Machado Segundo, o dispositivo atacado encontra-se em plena sintonia com a finalidade do próprio CARF, qual seja encerrar litígios a partir de suas decisões. Segundo aquele autor, portanto, “nada mais razoável, nesse âmbito, que tratar na lei oriunda da MP também da regra que dispõe a respeito dos efeitos do empate no processo de controle da legalidade do crédito, que também é forma de resolução de litígios e extinção do crédito tributário” (MACHADO SEGUNDO, 2020).

De nossa parte, parece-nos que a interpretação mais ajustada é no rumo proposto por aquele jurista cearense, tendo em vista o enfrentamento da litigiosidade tributária e a diminuição da carga de processos levados ao Judiciário, haja vista o fim da discussão ainda na instância administrativa, em prol do contribuinte.

Outrossim, caso houvesse qualquer indício de ilegalidade na norma, caberia ao Presidente da República, como chefe do executivo, impedir a sua continuidade através do veto. Dentre as atribuições do Presidente da República consta a competência para sancionar ou vetar leis, conforme preceitua o art. 84, incisos IV e V, da Constituição da República. No entanto, a Lei foi apreciada e sancionada pelo Presidente que, por sinal, integra o Executivo, do qual faz parte o CARF.

Com efeito, no que depender da mobilização das instituições contrárias ao fim do voto de qualidade, o pêndulo tem grandes chances de voltar a favorecer o Fisco. Se assim acontecer, e voltar a ser utilizado nos moldes como era anteriormente, o pequeno passo em direção à proteção do contribuinte pelo princípio do *in dubio contra sacrificim*, será rapidamente substituído pelo retrocesso.

8. UM MEIO TERMO: IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE EM MATÉRIA DE INFRAÇÕES E PENALIDADES

Conquanto existam severas críticas ao voto de qualidade no CARF, como visto, não se pretende com este trabalho defender sua completa extinção. O que não pode acontecer é permanecer da forma como estava, sob pena de favorecimento do Fisco e desvirtuamento da imparcialidade, princípio indispensável em qualquer julgamento.

É necessário, para tanto, que haja previsibilidade e segurança jurídica, e, utilizando-se da alegoria do pêndulo, não é razoável que num primeiro momento se conceda tamanha responsabilidade e poder à Fazenda, através do voto de qualidade, e em outro o pêndulo se volte totalmente para o Contribuinte, a partir da extinção do voto.

Com o advento do art. 28, da Lei 13.988/2020, percebe-se que o pêndulo passou muito para o outro lado, saindo do Fisco e migrando para o Contribuinte. As inúmeras ações judiciais contra o dispositivo da Lei demonstram essa insatisfação. Decerto, se tivesse sido possível alcançar um meio termo, justamente para evitar a extinção do voto de qualidade, a animosidade entre os atores do CARF não seria tamanha (BRASIL, 2020).

Neste sentido, acredita-se que poderia pensar-se meios outros para assegurar a correta aplicação de norma já prevista no CTN (art. 112), evitando posições apriorísticas. Permitir que representantes dos contribuintes ocupassem a presidência, em igual número, dos órgãos colegiados de julgamento integrantes da estrutura responsável pela decisão nos processos administrativos, seria uma alternativa. Com isso, pelo menos o desempate não estaria sempre nas mãos dos representantes do Fisco ou do contribuinte.

De turno, havendo empate na votação, torna-se imprescindível esclarecer que a aplicação do art. 112, do CTN, dar-se-ia somente quanto ao assunto “infrações e penalidades”, e não em qualquer hipótese levada à julgamento (ocorrência do fato jurídico tributário, *ad exemplum*).

Para exemplificar, suponha-se, então, que um caso seja levado a julgamento no CARF, havendo empate ao final da votação, a parte do processo que trata sobre penalidades impostas ao contribuinte não seria suscetível de decisão pelo voto de qualidade. Somente se submeteria ao voto de qualidade, portanto, questões outras, que não versassem sobre infrações.

Em suma, pairando qualquer dúvida quanto à solução da controvérsia, ocorreria um desmembramento do julgamento. A parte referente a multa, por exemplo, seria decidida levando-se em conta o princípio do *in dubio pro contribuinte*, tal como manda o ordenamento pátrio, sem a necessidade de manifestação do presidente através do voto de qualidade. Nestes casos, o julgamento a favor do contribuinte ocorreria automaticamente.

Corroborando com este entendimento, decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp. 494.080/RJ, asseverou que, em matéria de infração, deve-se adotar, em caso de dúvida, a interpretação mais favorável ao contribuinte (*in dubio pro contribuinte*).

Este é também o entendimento encampado por Luciano Amaro (2006, p. 222). Para o autor, o art. 112, do CTN só seria aplicável às hipóteses de infrações cometidas contra a lei tributária, conclamando, por conseguinte, a aplicação do *in dubio pro contribuinte*, como se lê:

Deve-se atentar para o fato de que a interpretação benigna (art. 112), a exemplo da retroatividade benigna (art. 106, inc. II), é aplicável em matéria de infrações e penalidades. Já no campo da definição do tributo (em que não cabe falar em retroatividade benigna), deve-se caminhar, em regra, para uma interpretação mais estrita. É por isso que, na identificação do fato gerador do tributo, não deve o intérprete socorrer-se da equidade para o efeito de dispensar tributo (art. 108), nem se valer da analogia para o fim de exigir tributo.

Diante deste cenário, percebe-se que a aparente inversão do voto de qualidade, sem dúvida, não soluciona os problemas existentes no CARF, mas suscita a necessidade de se rediscutir a forma de composição do órgão, notadamente quanto à presidência, e a correta interpretação e aplicação do art. 112, do CTN. O que não se concebe, entretanto, é a possibilidade do CARF se negar a cumprir o dispositivo legal que garante a resolução da questão favoravelmente ao contribuinte sem que haja manifestação da Suprema Corte neste sentido.

Fato é que o embate travado entre Fisco e contribuinte em torno da manutenção ou extinção do voto de qualidade está longe do fim, mas já se é possível afirmar que, a despeito das críticas, a inovação trazida pelo art. 19-E, da Lei nº 10.522/02, representa uma verdadeira conquista para os contribuintes (BRASIL, 2002).

9. CONCLUSÃO

Por muito tempo, a regra que garantia ao presidente da sessão no CARF, necessariamente representante do Fisco, o voto decisivo em casos de empate se manteve inalterada. Esta regra de julgamento, incluída no Dec. nº 70.235/72 pela Lei nº 11.941/09 foi, para tanto, bruscamente alterada pela Lei 13.988/20, que aboliu o voto de qualidade no processo administrativo fiscal.

Esta mudança legislativa representou a luta dos contribuintes por uma verdadeira paridade no CARF. Vale dizer que, como muito se discute, o voto de qualidade nos moldes como era adotado conferia ao presidente da sessão, em caso de empate, o poder de decidir o processo. Note-se que o presidente proferia seu voto em duas oportunidades, primeiro na votação ordinária, em conjunto com os demais, e segundo para desempatar o julgamento. Essa sistemática do “peso duplo” franqueada ao representante do Fisco sempre suscitou debates acalorados na doutrina e jurisprudência, sob o argumento de malferimento à regra da igualdade entre os julgadores.

A partir dos dados levantados no presente trabalho constatou-se, também, que os representantes do Fisco, enquanto presidente da sessão, inclinavam-se a decidir favoravelmente à Fazenda quando chamados a proferir voto de qualidade. Segundo informações divulgadas pelo próprio CARF, 76% das decisões proferidas por voto de qualidade, entre 2017 e 2019, foram favoráveis ao Fisco.

Nesta senda, e a despeito das críticas direcionadas à Lei nº 13.988/20, como a alegação de sua inconstitucionalidade formal, torna-se forçoso enfrentar o tema do voto de qualidade e as implicações interpretativas relacionadas ao *in dubio pro reo* em matéria tributária. Quanto ao primeiro, não resta dúvida que a inovação legislativa representou uma vitória para os contribuintes, no sentido de evitar o voto duplo do presidente da sessão no CARF. Quanto ao segundo, por sua vez, defende-se que, havendo empate na votação, torna-se cogente esclarecer que a

aplicação do art. 112, do CTN, dar-se-ia somente quanto ao assunto “infrações e penalidades”, e não em qualquer hipótese levada à julgamento (BRASIL, 2020).

Ademais, advoga-se a tese de que poderia se pensar em meios alternativos para assegurar a correta aplicação do art. 112, do CTN. Dentre eles, cogita-se a possibilidade de permitir que representantes dos contribuintes também ocupem a presidência da sessão, a fim de garantir que nos casos cuja votação revele empate eventual representante do contribuinte também possa decidir a questão.

Diante deste cenário, percebe-se que a aparente inversão do voto de qualidade, sem dúvida, não soluciona os problemas existentes no CARF, mas suscita a necessidade de se rediscutir a forma de composição do órgão, notadamente quanto à presidência, e a correta interpretação e aplicação do *in dubio pro reo* (art. 112, CTN).

Com efeito, o antagonismo a que se faz referência no trabalho afigura-se inevitável, afinal o Fisco sempre busca oportunidade(s) para arrecadar mais tributos, enquanto os contribuintes desejam ser menos onerados pela tributação, e como se sabe, até nesse contexto é válida a máxima segundo a qual “não se pode agradar a gregos e troianos”. Resta, agora, aguardar um posicionamento do STF quanto às ações propostas.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARISTÓTELES. **Athenian Constitution**. 69.1. in Aristotle in 23 Volumes. vol. 20. Cambridge: Harvard University Press, 1952.

BARBIERI, Luis Eduardo Garrossino; DIEFENTHAELER, Ricardo; PRADO, Guilherme Rezende; VITAL, João Maurício. **Relatório das decisões do CARF**: janeiro a dezembro de 2016. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Brasília, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A atribuição de voto duplo a membro de órgão julgante colegiado e o devido processo legal**. Revista do Ibrac, v. 16, n. 1, p. 29-43, 2009.

BESSA, Edeli Pereira; CASTRO, Luis Marcelo Guerra; FARAH, Eduardo Tadeu; PRADO, Guilherme Rezende. **Relatório das decisões do CARF**: janeiro a agosto de 2016. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Brasília, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 28-29.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Relatórios Gerenciais**. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/dados-abertos-abril2019-final.pdf>. Acesso em: 01 jun 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Voto de qualidade no CARF (2017-2019)**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://carf.economia.gov.br/noticias/2019/carf-divulga-retrato-do-quorum-de-seus-julgamentos>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 70.235/72, de 6 de março de 1972. **Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 mar. 1972. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.064, de 30 de agosto de 2016. **Propõe a alteração do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 para extinguir o voto de qualidade no âmbito do CARF.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2110223>. Acesso em: 07 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 10.522/02, de 19 de julho de 2002. **Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.988/20, de 14 de abril de 2020. **Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Tributário. **Recurso Especial 699700/RS.** Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Brasília, 3 setembro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Tributário. **Recurso Especial 494080/RJ.** Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Brasília, 16 novembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6.399.** 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5899306>. Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – 5.731/DF.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 09 maio 2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 26. ed., rev., ampl. e atual., até a EC n. 64, de 2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 412.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CEARÁ. Secretaria da Fazenda. **Relatórios de Gestão.** Disponível em: <https://www.sefaz.ce.gov.br/download/relatorios-de-gestao/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional.** 10. Ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

ÉSQUILLO, Oréstia. **Agamêmnom, Coéforas e Eumênides.** Tradução de Mário da Gama Kury. 8. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

ESTRADA, Roberto Duque. **O dilema do CARF: o voto de qualidade ou a qualidade do voto?** Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-12/consultor-tributario-dilema-carf-voto-qualidade-ou-qualidade-voto>. Acesso em: 10 maio 2020.

FAVINI, Marco. **Voto de qualidade no conselho administrativo de recursos fiscais (CARF).** 2019. 89 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

FERREIRA, Antônio Airton. **Voto de qualidade no CARF precisa ser motivado?** Disponível em: http://www.decisoes.com.br/v29/index.php?fuseaction=home.mostra_artigos_boletins&id_conteudo=289978. Acesso em: 26 abr. 2020.

JUSTIÇA cancela julgamentos com voto de qualidade. **Valor Econômico**, São Paulo, 15 jul. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional.** Vol. II. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A Lei 13.988/20 e o fim do voto de qualidade no Carf. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-06/consultor-tributario-lei-1398820-fim-voto-qualidade-carf>. Acesso em: 09 maio 2020.

MARTINS, Ana Luiza. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução de litígios.** Rio de Janeiro: Capivara, 2010.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Histórico dos Conselhos.** Disponível em: <http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInstitucional/Historico/HistoricoPopup.jsf>. Acesso em: 04 maio 2020.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

POMPEO, Valeria. **La frode alla legge nel diritto interno e l'uniformazione europea della disciplina dei contratti**. Tesi di Dottorato. Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli". Dottorato di Ricerca in "Diritto privato per l'Europa" – Diritto Civile, XXII ciclo Università degli Studi Roma. Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. In dubio pro Contribuinte e o Voto de qualidade nos julgamentos administrativos-tributários. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 220, p. 21-38, jan. 2014.

SILVEIRA, Paulo A. Caliendo V. **Direitos fundamentais do contribuinte e interpretação tributária**: Conceito e aplicação do princípio in dubio contra sacrificium. *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.1, p.181-216, jul.2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p181.

VASCONCELOS, Breno F. M.; MATTHIESEN, Maria R. D. **Análise de recorrência dos votos de qualidade no CARF**. Insper – Centro de Regulação e Democracia. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/05/relato.pdf>. Acesso em: 10 jun 2020.

VILANOVA, Lourival. Proteção jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento. *In*: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 4., 2019. **Anais [...]**. 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 17/05/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/05/2022
- Avaliação 1: 13/06/2022
- Avaliação 2: 18/06/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/07/2022
- 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

O RECONHECIMENTO EXPRESSO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE EXPRESS RECOGNITION OF THE RIGHT TO DATA PROTECTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE FEDERAL CONSTITUTION

BRUNO BENEVENTO LEMOS DE LIRA¹
JORGE SHIGUEMITSU FUJITA²

RESUMO

A presente pesquisa busca trazer uma percepção dos impactos jurídicos diante do reconhecimento expresso do direito à proteção de dados como um direito fundamental autônomo, estabelecido na Constituição Federal de 1988 no rol dos direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, inciso LXXIX. O estudo percorre a análise da eficácia da proteção de dados nos direitos fundamentais e os seus efeitos na norma constitucional, a tutela do exercício da autodeterminação informativa que integra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana na sociedade da informação. A conclusão a que se chega é que a proteção de dados possui as bases e delineamentos jurídicos que resultam na percepção de um direito fundamental específico e autônomo, por meio de mecanismos presentes no ordenamento jurídico brasileiro. A investigação em tela trará proposições para trazer as adequações e enquadramentos do tema à situação jurídica brasileira. Dentro do método dedutivo, com base na legislação, jurisprudências e obras literárias, o tema será explorado para confirmar a hipótese do conjunto de elementos que resultam do ponto central do ensaio.

Palavras-chave: direitos fundamentais; autodeterminação informativa; proteção de dados; Constituição Federal; sociedade da informação.

- 1 Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP. Advogado. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/1605835991423417>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6661-5954>.
- 2 Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação *lato sensu* do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Coordenador do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito de Família, Sucessões e Direitos Reais do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Parecerista, consultor jurídico e advogado. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>.

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

LIRA, Bruno Benevento Lemos de, FUJITA, Jorge Shiguemitsu. O reconhecimento expresso do direito à proteção de dados como um direito fundamental na Constituição Federal. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 320-338, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9202>.

ABSTRACT

This research seeks to bring a perception of the legal impacts in the face of the express recognition of the right to data protection as an autonomous fundamental right, established in the Federal Constitution of 1988 in the list of fundamental rights and guarantees in Article 5, item LXXIX. The study also focuses on the analysis of fundamental rights and their effectiveness outlined by the constitutional norm and the scope of data protection and the exercise of informational self-determination as a right to the free development of the personality of the human person in the information society. The screen study uses the hypothetical-deductive method based on the analysis of doctrinal works, laws, courts and research of scientific articles that contribute to the development of the researched theme.

Keywords: fundamental rights; informative self-determination; data protection; Federal Constitution; information society.

1. INTRODUÇÃO

A validação jurídica de um direito fundamental depende da inserção no texto constitucional, para que se tenha a eficácia com aplicabilidade direta e imediata conforme prevê o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988. O direito à proteção de dados inserido na norma constitucional, como um direito fundamental a eficácia será plena, pois se trata de norma diretamente aplicável.

Ainda, que existam instrumentos processuais para concretizar os direitos fundamentais, quando há uma omissão legislativa, os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário, devem zelar com a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, englobando à proteção de dados pessoais que está constitucionalmente assegurada na Lei Maior.

Com a chegada da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709/2018), se ampliou a previsibilidade normativa em matéria específica de proteção de dados no país, com forte influência e seguimentos trazidos pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, publicado em 2016. A legislação infraconstitucional de proteção de dados, chegou antes que esse mesmo direito fosse considerado um direito fundamental expressamente previsto na legislação constitucional.

O trajeto da legislação da proteção de dados, teve um impacto relevante para consagrar o direito à proteção de dados, trazendo diversos mecanismos e institutos específicos que aperfeiçoam o amparo legal da privacidade, do livre desenvolvimento da personalidade, da autodeterminação informativa e ao resguardo jurídico de como deve ser organizado e assegurado o direito subjetivo do titular dos dados pessoais. A autodeterminação informativa já prevista na LGPD como um dos seus fundamentos (artigo 2º, inciso II, LGPD), possibilita o exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, para que ele possa ter o controle e autonomia sobre os seus dados pessoais, sendo uma das formas para se garantir a tutela da personalidade em geral, assegurando o direito à privacidade (artigo 5º, X, da CF), com alinhamento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se analisa no presente estudo, é a exploração mais detalhada sobre o reconhecimento expresso do direito fundamental à proteção de dados inserido no texto constitucional. O direito à proteção de dados, já se encontrava previsto de modo implícito na norma constitucio-

nal, mas, com esboços trazidos pela proteção da inviolabilidade da vida privada, da intimidade e do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

Porém, com o advento da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, o direito à proteção de dados foi introduzido na Constituição Federal e incluso no rol dos direitos e garantias fundamentais, como parte integrante de um direito fundamental autônomo, reconhecido expressamente pela Lei Maior.

Diante da inserção do direito à proteção de dados reconhecido na norma constitucional no campo dos direitos fundamentais, se propõe a incluir uma proteção mais ampla com *status* normativo superior dentro do ordenamento jurídico nacional, passa a ser um dispositivo tutelado como cláusula pétrea, passando por limitações materiais, formais, circunstanciais e temporais mais rígidos em caso de eventual reforma constitucional. Nesse sentido, se impõe como um preceito normativo fundamental, com eficácia dotada de aplicabilidade direta e imediata, onde vincula vigorosamente a todos os órgãos estatais que concede uma proteção mais rígida.

O tema já esteve tratado em diversas fontes, com análises jurisprudenciais, legislações e obras doutrinárias, que trazem uma discussão jurídica acerca de um aprofundamento sobre o cabimento da proteção de dados dentro da seara dos direitos fundamentais. A motivação é a relevância que tem sido levantada para a proteção da privacidade que traz novas roupagens, incluindo as novas tendências a serem tuteladas com o crescimento exponencial das tecnologias que são impactantes na sociedade da informação.

O referencial teórico decorre dos pensamentos dos principais autores a respeito do tema como Ingo Sarlet, Danilo Doneda, Bruno Bioni, Laura Schertel Mendes que tratam de forma detalhada sobre o tema do desenvolvimento histórico da proteção de dados decorrente da evolução do conceito da privacidade, até alcançar a exigência de uma proteção constitucional específica da proteção de dados e inserida como um direito fundamental autônomo.

O objetivo da pesquisa em tela, é demonstrar a partir do conceito evolutivo da privacidade que abriu a necessidade de englobar uma proteção específica da proteção de dados e os efeitos da eficácia desta proteção inclusa como direitos fundamentais e os seus efeitos e impactos dentro do texto constitucional. Como se dá o exercício da tutela da autodeterminação informativa como parte integrante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana na sociedade da informação e quais as efetividades a partir do reconhecimento expresso da proteção de dados pessoais no rol de direitos e das garantias fundamentais, que alcança como uma cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF), não podendo ser abolida sem a promulgação de uma nova constituição.

O presente trabalho traz a utilização da dogmática por meio do método dedutivo, com fundamentação na pesquisa pelos meios bibliográficos, ou seja, de obras normativas, jurisprudenciais e doutrinárias que trazem um excelente repertório para corroborar a consecução da finalidade do tema.

2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PROTEÇÃO DE DADOS

Inicialmente, ao se deparar com a origem da aplicabilidade e o alcance da eficácia dos direitos fundamentais, decorre da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, trazendo maior proteção judicial aos direitos fundamentais, vinculando os poderes públicos para garantir a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, sem que dependa de uma interpretação pelo legislador ordinário (MENDES; BRANCO, 2020).

A trajetória do entendimento dos preceitos dos direitos fundamentais previstos em norma constitucional, como obra do poder constituinte originário, é a forma de expressão da soberania de um povo, que é superior aos poderes constituídos, ignorando a intermediação legislativa para que possa produzir efeitos (MENDES; BRANCO, 2020).

Cabe frisar, que a questão da problemática da eficácia das normas constitucionais de forma geral, nos traz a concepção que qualquer preceito da Constituição Federal, possui um certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, em razão da normatividade realizada pela outorga do poder constituinte (SARLET, 2021, p. 265).

Com o dispositivo do artigo 5º, §1º, previsto no texto constitucional, menciona que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Assim, seria uma tendência para estabelecer uma possibilidade de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais contidos em todas as normas constitucionais, porém, o dispositivo constitucional supracitado, assim, como as normas constitucionais, adota aspecto diferenciado conforme a função que exercem dentro da Lei Maior, com a manifestação diante de diferenciadas técnicas de positivação (SARLET, 2021, p. 265-266).

Além disso, a eficácia jurídica e a aplicabilidade dos direitos fundamentais dependem da normatividade constitucional, onde a aplicabilidade direta e de eficácia absoluta dos direitos fundamentais e que são abrangidos pelo rol das cláusulas pétreas (SARLET, 2021, p. 265-266).

Luís Roberto Barroso define a classificação das normas constitucionais em a) normas de organização conhecidas também como normas de estrutura, disciplinam a legitimidade para criação de normas de conduta e a forma que deve ser feita, instituem órgãos, atribuem competências e definem procedimentos; b) normas definidoras de direitos para conceder importância especialmente as normas definidoras de direitos fundamentais e; c) normas programáticas que versam sobre matéria ético-social, instituem programas de ação social para o legislador ordinário (BARROSO, 2010, p. 227).

Mendes e Branco (2020, p. 200), explicitam que a categoria dos direitos fundamentais não são normas meramente programáticas e sim de caráter preceptivo, conforme se confere a seguir:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita -se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover - se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

No mesmo sentido Leonardo Martins (2018, p. 339) menciona que o comando normativo em tela, traz “uma explícita negação ao caráter meramente programático”, corroborado pelos sistemas normativos constitucionais clássicos pelo mundo afora, atribuídos diretamente aos direitos fundamentais.

A norma definidora de uma finalidade que deve ser implementada pelo Estado, especialmente sobre a proteção do consumidor, previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, que traz a previsibilidade do Estado promover uma lei de proteção ao consumidor. Trata-se de uma norma definidora de direito, por estar expressa na categoria normativa de direitos fundamentais, se fala também na denominação de uma norma-objetivo. Fato é que a legislação de proteção do consumidor, foi sancionada após quase dois anos da previsão constitucional que definiu a inserção de uma legislação para regular a matéria (proteção do consumidor), com o advento da Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecido como Código de Defesa do Consumidor (SARLET, 2021, p. 266).

Vale ressaltar que, o desenvolvimento histórico da proteção de dados pessoais no direito brasileiro, se deu a partir de uma série de disposições legais, tendo alcance e propósito na literalidade da cláusula geral da personalidade e com efetivação das estruturas normativas da defesa do consumidor (DONEDA, 2021, p. 267).

Ingo Sarlet (2021, p. 268) define da seguinte forma sobre a relevância da eficácia dos direitos fundamentais:

Nesse sentido, cumpre lembrar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).

Sustenta-se, entretanto, a aplicabilidade imediata consoante o artigo 5º, §1º, da nossa Lei Fundamental, a todos aqueles direitos fundamentais elencados nos artigos 5º a 17, sendo que também, podem ser localizados em outras partes da norma constitucional e previstos em tratados internacionais (SARLET, 2021, p. 271).

Por outro lado, além dos direitos expressamente previstos fora do catálogo constitucional, também são dotados com a extensão do regime material da aplicabilidade imediata, principalmente com a concepção materialmente aberta trazida pelo artigo 5º, §2º, da Constituição Federal. Ainda, que todos os direitos sociais, econômicos e culturais, sendo todos aqueles direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, mesmo que ainda estejam fora da norma constitucional, possuem a eficácia de normas diretamente aplicáveis (SARLET, 2021, p. 271).

Nesse sentido, a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais se dá pelo gozo de direito subjetivo individual, independente de existir uma concretização legislativa. Essa previsão constitucional evita um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que haja uma letra morta no texto constitucional (SARLET, 2021, p. 272).

Com isso, é notável o questionamento se realmente essa eficácia prevista no artigo 5º, §1º, da CF, possui por si só, força normativa suficiente para transformar os direitos fundamen-

tais em normas com aplicação imediata e com plena eficácia, mesmo que ainda não recebam uma normatividade suficiente da Constituição, onde que tal hipótese pode receber uma reclamação de intervenção legislativa. Por tal razão, o comando do art. 5º, §1º, da CF, está previsto para conceder essa plena eficácia, e evitar a redução de efeito mesmo com a carência de concretização, garantindo o direito subjetivo para o titular (SARLET, 2021, p. 272).

Há também, a existência de instrumentos processuais que servem para garantir os direitos fundamentais em caso de omissão legislativa, como o Mandado de Injunção, como um autêntico direito-garantia fundamental e a ação de controle concentrado de constitucionalidade, sendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nota-se, que esses institutos processuais reforçam a atuação no sentido de garantir o serviço da aplicabilidade imediata, da eficácia e assegurar a efetividades das normas constitucionais, principalmente, os direitos fundamentais (SARLET, 2021, p. 273).

O intuito do dispositivo contido no artigo 5º, §1º, da CF, é de impor também aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. O conteúdo material previsto no §1º, do artigo 5º, da CF, possui um cunho principiológico, pois considera a previsibilidade de uma espécie de mandado de otimização (uma maximização) para que os órgãos tenham uma atuação no sentido de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (SARLET, 2021, p. 276-279).

Interessante salientar, que deve se assegurar uma força vinculante dos direitos e garantias fundamentais para tornar os direitos diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, onde possuem atribuições de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos de fato. Essa vinculação dos órgãos públicos e dos particulares aos direitos fundamentais, impõe a obrigação de cumprir e aplicá-los, independente que haja qualquer ato legislativo ou administrativo (SARLET, 2021, p. 276-277).

O dispositivo constitucional da aplicabilidade imediata previsto no §1º, do artigo 5º, da CF, concede a permissão aos operadores do direito para concretizar os direitos fundamentais de modo interpretativo, mesmo que ausente o comando legislativo nesse sentido. Cabe aos juízes, a possibilidade de aplicação aos direitos fundamentais, ainda que seja oposto a lei e em caso de não condizer ao sentido constitucional destes (MENDES; BRANCO, 2020).

Essa eficácia normativa constitucional dos direitos fundamentais, impõe o “vínculo imediato de todos os órgãos dos poderes constituídos pela CF às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (MARTINS, 2018, p. 338).

Diante de uma relação jurídica implícita definida por meio da norma definidora de direitos e garantias fundamentais, em que os órgãos estatais são considerados destinatários com deveres de abstenção ou prestação, oportunizando aos particulares como titulares dos direitos fundamentais, em posições de direito público subjetivo, exercendo oponibilidade em relação ao poder estatal, juntamente com a “desnecessidade de interposições legislativas infraconstitucionais como condições normativas para o exercício por seu titular do direito assegurado constitucionalmente” (MARTINS, 2018, p. 338).

Todavia, ainda, que exista uma ausência de concretização legislativa, não há óbice para a aplicação imediata dos direitos fundamentais pelos juízes e os tribunais. O Poder Judiciário possui uma responsabilidade mais ampla sobre a aplicabilidade das normas fundamentais, sendo que além de possuir a obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamen-

tais, possui também a capacidade de remover alguma lacuna legislativa em razão da falta de concretização desses direitos. Isso se dá pelo apoio da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, que traz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (SARLET, 2021, p. 277).

A Constituição Federal de 1988 contemplava o problema da informação, baseado na liberdade de expressão e no direito à informação. Com a proteção da inviolabilidade a vida privada e a intimidade (art. 5º, X), a garantia da inviolabilidade da interceptação de comunicações telegráficas ou de dados (art. 5º, XII) e a instituição do *habeas data* (art. 5º, LXXII) para permitir o direito de acesso e retificação dos dados pessoais. Além de trazer outros aspectos específicos à proteção da privacidade com a proibição da invasão de domicílio (art. 5º, XI) e a violação de correspondência (art. 5º, XII) e um conjunto de situações abrangidas na legislação ordinária que ligam a interesses relacionados à privacidade (DONEDA, 2021, p. 268).

A privacidade passa de um direito negativo de ser deixado em paz, para conceder importância no controle dos dados pessoais pelo próprio indivíduo, que passar a ter o poder e controle dos seus dados pessoais. Essa dimensão adveio do intenso processamento de dados pelo setor público e privado desde a década de 1970, que possibilitou a evolução do conceito de privacidade que traz a proximidade na proteção de dados pessoais com destaque ao controle do indivíduo no fluxo de suas informações na sociedade (MENDES, 2011, p. 04).

Ocorre que, a privacidade aperfeiçoada como um direito fundamental constitucionalmente previsto e tutelado estaria trazendo a proteção de dados também tutelada constitucionalmente. Esse pensamento parte da ligação entre a proteção de dados pessoais derivada da privacidade como espécie e subespécie, o que traria uma extensão da tutela da privacidade à proteção de dados pessoais. Porém, os fundamentos da tutela de proteção dos dados pessoais, poderia sofrer limitações ao seu alcance (DONEDA, 2021, p. 269).

A vitalidade e a continuidade da Constituição dependem da norma em se adaptar às novas transformações sociais e históricas, para que possibilite uma proteção aos cidadãos em face de novas formas de poder surgidas na sociedade (MENDES, 2021, p. 12).

Na norma constitucional havia a divisão entre a proteção da privacidade como um direito fundamental e a proteção das informações pessoais como parte da comunicação, em razão do artigo 5º, XII, da Constituição, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados. Havia um hiato entre a tutela da privacidade que possui proteção constitucional, e a tutela das informações pessoais em si, que possuía uma proteção mais tênue. Com a ofensa a privacidade das pessoas, existe a relevância também na proteção das informações pessoais tratadas em banco de dados, que identificam e reconhecem as pessoas por meio dos dados pessoais (DONEDA, 2021, p. 269-271).

Nesta perspectiva, nasce a importância da proteção dos dados pessoais para a proteção da identidade e os direitos da personalidade de cada indivíduo. A questão do paradigma da interceptação, da escuta, do grampo são situações do tratamento de dados devido a utilização das novas tecnologias que merecem uma proteção ampliada em razão da importância que o tema é tratado atualmente (DONEDA, 2021, p. 272). Essa questão já era observada na análise jurisprudencial e normativa que reconhece a evolução do conceito de privacidade e que abarca a proteção dos dados pessoais (MENDES, 2011, p. 12).

O reconhecimento do direito à proteção de dados como direito fundamental, vem da necessidade de tornar efetivos os fundamentos e princípios do Estado democrático de direito, em uma sociedade da informação vigente que exige uma ampla proteção que deve ser determinada pela Constituição Federal (MENDES, 2011, p. 13).

Contemporaneamente, houve uma tendência de superação do entendimento, em atenção ao reconhecimento da natureza de garantia constitucional da proteção de dados pessoais de forma autônoma. Essa possibilidade foi proporcionada pela proposta, em março de 2019, com a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, que possibilitou a alteração dos artigos 5º, XII, e 22, XXX, da Constituição Federal com o objetivo de incluir o direito fundamental à proteção de dados pessoais, e a competência privativa da União para legislar sobre o tema (DONEDA, 2021, p. 272).

A importância da tutela do direito à proteção de dados com previsão normativa como um direito fundamental autônomo, possui também, sob à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, assim, como a proteção da intimidade e da vida privada, com delineamento a proteção da personalidade, tem a sua proteção constitucional respaldada por diversas diretrizes de densidade normativa constitucional (DONEDA, 2011, p. 103).

A eficácia do direito fundamental à proteção de dados é horizontal, pois se aplica também nas relações privadas. Com o uso do remédio constitucional do *habeas data*, na concretização do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor com a determinação dos bancos de dados de consumo que sejam considerados públicos e principalmente diante da recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (MENDES, 2011, p. 13).

Desta forma, com o advento da legislação infraconstitucional específica de proteção de dados pessoais (LGPD), há o suporte da aplicação imediata dotada com o vínculo de modo comissivo pelo legislador ordinário, que cria a organização e o procedimento para o exercício desses direitos fundamentais consagrados e o modo de como devem ser aplicados (MARTINS, 2018, p. 340).

Portanto, o entendimento que se coaduna com o tema, é que os direitos fundamentais e a sua aplicabilidade imediata e a eficácia plena, possuem uma condição de regra geral, salvo as ressalvadas exceções, dependente da justificação sob à luz de cada caso concreto (SARLET, 2021, p. 279). Se verifica que a aplicação dos direitos fundamentais, inclusive, o direito à proteção de dados deve possuir uma máxima efetividade dotada com a força normativa da Constituição Federal.

3. A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E OS SEUS DELINEAMENTOS NO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

A tendência da proteção a privacidade tinha um caráter fortemente individualista, se limitando a compreensão na feição do direito a ser deixado só (*right to be let alone*), se tratando de características de direito negativo, que detinha a ação para reagir com “exigência absoluta de abstenção do Estado na esfera privada individual para a sua garantia”. No decorrer do século

XX, as mudanças significativas da função do Estado, com suporte da revolução tecnológica, foram determinantes para modificar o sentido e o alcance do direito à privacidade. Passando a considerar que os indivíduos tenham a garantia de controle sobre as próprias informações (MENDES, 2011, p. 03). Com essas relações, potencializadas diante do crescimento do fluxo de informações pessoais, traz um outro aspecto da privacidade, sendo um fator relevante para “uma sociedade democrática como pré-requisito fundamental para o exercício de diversas outras liberdades fundamentais” (DONEDA, 2021, p. 31).

Os fundamentos trazidos pela decisão judicial do Tribunal Constitucional da Alemanha em 1983 (BVerfG), trouxe o reconhecimento da existência de um direito à autodeterminação informativa como um exercício ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. O embasamento decorreu da análise de um artigo contido na Lei Fundamental da Alemanha, ressaltado no artigo 2º, §1º, que garante que todos possuem o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 233-245).

O caso analisado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1983, explicita o livre desenvolvimento da personalidade humana decorrente de uma liberdade geral de ação. Esse direito resguarda o cidadão para ter o poder de decidir sobre em quais circunstâncias, as suas informações individuais deverão ser fornecidas (MENDES, 2020, p. 02-13).

Foi feito um exame sobre a constitucionalidade da Lei de 25 de março de 1982, que tratava do recenseamento da população, as profissões, das residências e dos locais de trabalho. Em razão do ritmo acelerado de transmissão e processamento eletrônico de dados e informações diante do desenvolvimento tecnológico, havia uma quantidade ilimitada de armazenamento e transmissão de dados pessoais de forma desenfreada e com proporções desconhecidas. Com isso, o Tribunal Alemão, verificou que esse processamento automatizado dos dados causaria uma ameaça ao poder do indivíduo do exercício de tomada de decisões no fornecimento de seus dados pessoais para terceiros, faltando autonomia do titular dos dados para controlar, corrigir e impor uma adequada utilização dos seus dados (MENDES, 2020, p. 02-13).

No julgamento, o Tribunal Constitucional Alemão, entendeu que o artigo 2º, §1º (livre desenvolvimento da personalidade), combinado com o artigo 1º, §1º (dignidade humana), da Lei Fundamental da Alemanha, prevê a existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa para garantir ao indivíduo o poder de determinar sobre a coleta e a devida utilização de seus dados pessoais. Esses dados pessoais devem estar protegidos na esfera do direito à autodeterminação informativa, concedendo o poder ao titular decidir sobre a coleta, processamento e transmissão dos seus dados pessoais. O que resulta na decisão é uma ampliação da proteção fundamentada na autodeterminação informativa, tendo em vista, que não se restringe somente a uma proteção da esfera íntima ou privada, mas a possibilidade de proporcionar mudanças para reconhecer um poder de decisão e na utilização de instrumentos procedimentais ao cidadão (MENDES, 2020, p. 02-13).

A decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha de 1983, interpretou que o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, são direitos fundamentais implícitos à autodeterminação informativa. Do mesmo modo, entende Danilo Doneda que se parte da prerrogativa de cada pessoa decidir sobre a divulgação de seus dados pessoais (DONEDA, 2021, p. 49), porém, destaca o autor que a autodeterminação informativa não garante ao cidadão o controle absoluto sobre os seus dados pessoais, em razão

da responsabilidade comunitária e social do ser humano frente as limitações em relação ao interesse público.

Os contornos da decisão deixam claro que qualquer pessoa pode ter o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, mas, que o exercício desse direito evite transgredir a ordem constitucional, a lei moral e os direitos de outrem, garantindo o direito à vida e à integridade física de todo cidadão (FERREIRA, 2020, p. 61).

A reflexão sobre o direito à liberdade está ligada ao livre desenvolvimento da personalidade, pois, se resulta na autonomia individual do indivíduo. O dispositivo do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, traz a concretização dos direitos da personalidade como consagração do direito de liberdade, dando a ideia de que o cidadão deve possuir a faculdade e a autonomia sobre as informações pessoais que lhe digam respeito, bem como sobre a sua vida (FERREIRA, 2020, p. 61).

O conceito evolutivo da autodeterminação informativa no ordenamento jurídico brasileiro é tratado por Bruno Bioni da seguinte forma:

A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988 (BIONI, 2021, p. 102-105).

A autodeterminação informativa definida como um direito fundamental já ressaltada no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nº 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393) pelo Supremo Tribunal Federal, alcança uma proteção constitucional, e é definida com a possibilidade de cada um decidir sobre o acesso, uso e difusão de seus dados pessoais, tendo a autodeterminação informativa estabelecido uma precondição para atingir um espaço comunicacional livre e democrática (DONEDA, 2021, p. 50).

Uma das características do direito à autodeterminação informativa é liberar ao cidadão o controle sobre os seus próprios dados pessoais, isto vai além do consentimento, pois concede ao cidadão a possibilidade de autorizar ou não o uso dos seus dados pessoais, desde que a circulação de dados respeite às suas legítimas expectativas e que não cause um rompimento ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo (BIONI, 2021, p. 108).

Com a previsão da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709/2018), no artigo 2º, inciso II, da autodeterminação informativa (a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: [...] II – a autodeterminação informativa). Isso, traz uma reflexão sobre o controle dos dados pelo cidadão, onde “o cidadão possa ter o controle sobre seus próprios dados parece, atualmente, utopia. Porém, a autodeterminação informativa se apresenta como fundamento da LGPD, proporciona a inclusão da autodeterminação informativa como espécie de um controle pessoal que o cidadão exerce na circulação de dados (MALDONADO; BLUM, 2019, p. 27).

O fornecimento dos dados pessoais por meio da base legal do consentimento pelo titular dos dados, encontra previsão no artigo 7º, inciso I, da LGPD: “O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] mediante o fornecimento de consentimento pelo titular” (BRASIL, 2018). Se tratando de uma das dez bases legais para a adequação

do tratamento de dados pessoais, o dispositivo traz a disponibilidade do cidadão do exercício do seu direito de revogar o consentimento ao tratamento de seus dados pessoais, sendo uma forma de exteriorização da autodeterminação informativa, conforme descrito abaixo:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei. (BRASIL, 2018)

Entretanto, a solicitação da mera revogação do consentimento do tratamento de dados pessoais pelo titular perante o controlador, não se refere exatamente a uma exclusão dos dados pessoais, pois se exige uma solicitação expressa de exclusão dos dados por parte do titular dos dados (MALDONADO; BLUM, 2019, p. 213).

A previsão legal da autodeterminação informativa, também está presente no término do tratamento de dados pessoais e poderá ser encerrado o tratamento mediante a solicitação pelo titular dos dados, em consonância com o artigo 15, inciso III, da LGPD, que concede ao titular dos dados pessoais, o poder de solicitar o término do tratamento dos dados, mediante a comunicação do titular perante o controlador, como a “comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º desta Lei, resguardado o interesse público” (BRASIL, 2018).

Em referência ao artigo 20, da LGPD, está presente a legitimação do titular dos dados para solicitar a revisão de decisões dos tratamentos automatizados que podem afetar os interesses do titular dos dados com base em perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou que envolvam aspectos da personalidade, cabendo ao titular exercer o poder de revisão sobre essas decisões (BRASIL, 2018).

A previsão do dispositivo legal ressalta que não pode haver uma recusa genérica sustentada pelo controlador com base em segredo comercial e industrial, sendo necessário conceder ao titular dos dados a possibilidade de obter o conhecimento específico dos critérios que definem os perfis e as tomadas de decisões que são decorrentes desse tratamento automatizado (MALDONADO; BLUM, 2019, p. 241-242). Segue a descrição do *caput*, do artigo 20, da LGPD:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade (BRASIL, 2018).

O direito ao esquecimento, traz também alusões do direito à autodeterminação informativa, tendo em vista que diante da convivência atual de fatos que estejam em evidência ocorrendo danos à pessoa, este terá o direito de ter uma tutela com base na proteção dos direitos da personalidade do cidadão (FRAJHOF, 2019, p. 116). Na LGPD, o exercício do titular dos dados da autodeterminação informativa e uma possível ligação com o direito ao esquecimento, se encontra previsto no artigo 5º, inciso XIV: “eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado”. O

direito à autodeterminação informativa, também encontra previsão legal no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 43³.

Com a imensa carga de dados sendo processadas de modo automatizado por meio da crescente evolução tecnológica, o uso indevido de dados pessoais é evidente. A LGPD, em seu artigo 22 prevê que *“a defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.* (BRASIL, 2018)

Ademais, a análise do artigo 42, *caput*, da LGPD⁴, traz a possibilidade de reparação pelos danos causados à quem for atingido no tratamento de dados em razão da violação à proteção de dados pessoais pelo controlador ou operador. Estabelece o §3º, do mesmo artigo que *“as ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente”.* (BRASIL, 2018)

A consequência é a transgressão à proteção de dados pessoais pode ter suas tutelas jurisdicionais protegidas pela Lei n.º 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e pelos artigos 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que permite o amparo da LGPD (BRASIL, 2018).

A evolução da compreensão da autodeterminação informativa no ordenamento jurídico, quando estabelece mecanismos de controle dos usuários sobre os seus dados, concede a eles o poder de decisão corroborado pelo princípio do consentimento. A Constituição Federal quando assegura a privacidade como direito fundamental, também assegura ao cidadão a autodeterminação informativa e o controle do fluxo dos dados pessoais na sociedade, devendo a ele decidir sobre o destino dos seus dados (MENDES, 2011, p. 09).

Os elementos da autodeterminação informativa que traz os contornos intrínsecos a sua compreensão com a importância dos delineamentos da proteção de dados com tutela constitucional, decorre do vínculo objetivo, confiabilidade, autenticidade, integridade, disponibilidade, pertinência, especificidade, controle à vulnerabilidade ou a violação ou ataque a direito personalíssimo, simetria informacional e não exaustividade (DE SOUSA; DA SILVA, 2020, p. 12).

Os efeitos da autodeterminação informativa, decorre de uma dupla dimensão. Primeiro, da liberdade negativa do cidadão, que se opõe em face do Estado e da não intervenção estatal (dimensão subjetiva). Segundo, estabelece um dever de atuação do Estado para proteger e estabelecer condições e procedimentos para garantir o pleno exercício desse direito (dimensão objetiva) (MENDES; RODRIGUES JR.; FONSECA, 2021, p. 85).

Enfim, a autonomia dada a proteção de dados como um direito fundamental, também atinge a autodeterminação informativa, trazendo diferenciação da inviolabilidade da intimidade e da vida privada com a proteção de dados. Trata-se de uma importância para a concretude da proteção da personalidade dos cidadãos na sociedade da informação (MENDES; RODRIGUES JR.; FONSECA, 2021, p. 86).

3 “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

4 Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

O estudo em tela neste tópico, ressalta a importância de assegurar o direito à autodeterminação informativa na proteção de dados, possibilita um meio de defesa para o titular em relação aos seus dados pessoais em tratamento pelos agentes de tratamento. A proteção dos dados pessoais dos cidadãos com o exercício da autodeterminação informativa, é ambientado pela tutela da privacidade e a outros direitos da personalidade, ao princípio da dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais que se interligam com à proteção de dados pessoais. A autodeterminação informativa merece uma ampliação de proteção legislativa e o Estado deve garantir o respaldo com base na proteção à privacidade para a liberdade da concretização do livre desenvolvimento da personalidade humana tratado com bastante veemência neste tópico.

4. O RECONHECIMENTO EXPLÍCITO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

Antes mesmo da inserção da proteção de dados na norma constitucional, a própria Constituição Federal, já contemplava o problema da informação respaldada pelas garantias à liberdade de expressão e do direito à informação, em confronto com a proteção da personalidade e especialmente relativo ao direito à privacidade (DONEDA, 2011, p. 103).

A proteção de dados tinha como base de amparo constitucional, tão somente na proteção da inviolabilidade da vida privada e da intimidade (artigo 5º, X, CF), na interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII, CF) e a instituição da ação de *habeas data* (artigo 5º, LXXII, CF). De um lado, se tinha a proteção da privacidade e de outro lado, com o dispositivo legal da inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” (DONEDA, 2011, p. 103-105).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, foi inserido no texto constitucional, a previsão do direito à proteção dos dados pessoais, concedendo também um status de um direito fundamental autônomo, em razão de estar previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais, vejamos a inserção da proteção de dados na Constituição Federal:

Art. 1º O caput do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso LXXIX:

[...]

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Art. 2º O caput do art. 21 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXVI:

[...]

XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.” (NR)

Art. 3º O caput do art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX:

[...]

XXX - proteção e tratamento de dados pessoais. (BRASIL, 1988)

O ingresso explícito do direito à proteção de dados pessoais na Constituição Federal, é o reconhecimento de um direito fundamental autônomo, não dependente de outros fundamentos constitucionais para se viabilizar, mas já se aperfeiçoava como um direito fundamental implícito na Constituição Federal. O direito à proteção dos dados pessoais implícito já era, desde já, associado a princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental implicitamente positivado ao livre desenvolvimento da personalidade e do direito geral de liberdade (SARLET, 2020, p. 184).

O direito fundamental da proteção de dados de modo implícito, já possuía as interseções e articulações com outros direitos para assegurar a proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção própria, de si mesma. O perfil de direito fundamental em sentido material e formal presente na Constituição Federal, passa a ter um pleno regime jurídico-constitucional, principalmente com *status* normativo superior em face de todo o ordenamento jurídico nacional. Com a possibilidade dos direitos e garantias não previstos no texto constitucional e não excluídos conforme elucida o artigo 5º, §§2º e 3º, da Lei Maior (SARLET, 2020, p. 186-187).

Com o reconhecimento explícito do direito à proteção de dados considerado como um direito fundamental autônomo, é a relevância de uma norma fundamental, com a garantia da atribuição da proteção de dados no rol dos direitos e garantias fundamentais como uma cláusula pétrea, um direito limitador de supressão material em caso de eventual reforma constitucional. A não possibilidade de abolição desse direito fundamental, tampouco suscetível de atingir o seu núcleo essencial, podendo sofrer alterações mediante uma reforma mais rígida possível, somente com o advento de uma nova norma constitucional, conforme prevê o artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (SARLET, 2021, p. 48).

A proteção de dados catalogada como um direito expresso na Carta Magna de 1988, traz um *status* normativo superior em face de todo o ordenamento jurídico nacional, em razão de estar no rol dos direitos fundamentais. A inclusão como cláusula pétrea, fazendo parte na condição de limite material à qualquer possibilidade de reforma constitucional, nos limites formais, circunstanciais e temporais conforme o artigo 60 §§1º ao 4º, da Constituição Federal, sendo chamada como “garantia da eternidade”, haja vista, estar no modo mais dificultoso para sofrer uma reforma e modificação em seu conteúdo, vindo a impedir a erosão dos preceitos normativos dos direitos fundamentais de qualquer iniciativa e ação do poder constituinte derivado. A eficácia dos direitos fundamentais pela aplicabilidade direta, imediata e vinculando os órgãos públicos conforme sustenta o artigo 5º, §1º, da Lei Maior (SARLET, 2020, p. 186).

Além disso, o direito fundamental à proteção de dados pessoais possui dimensões subjetiva e objetiva. No aspecto subjetivo, o direito à proteção de dados pessoais detém posições subjetivas de natureza defensiva (negativa) e o direito a prestações pela atuação do Estado (positiva) de natureza fática ou normativa (SARLET, 2021, p. 60).

Na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), nos artigos 17 e 18 prevê especificamente a proteção específica dos direitos subjetivos do titular dos dados, todos em sintonia com os preceitos constitucionais. Nos artigos 20 a 22 da legislação infraconstitucional, pro-

porciona a utilização da autonomia do titular dos dados em exercer os seus direitos subjetivos com normas de caráter exemplificativo (BRASIL, 2018).

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais não se limitam com a função dos direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face de atos do poder público, mas que dependem de decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição (SARLET, 2021, p. 63).

Os direitos fundamentais diante do aspecto objetivo, possuem eficácia irradiante, pois pela condição do direito objetivo, entrega impulsos e diretrizes para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, apontando para uma necessidade de interpretação em conformidade aos direitos fundamentais. A eficácia em relação a terceiros trata-se do fenômeno da constitucionalização do direito, onde se inclui o direito privado, sendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, que denomina também de eficácia horizontal (SARLET, 2020, p. 198-199).

O dever de ação do Estado é para proteção de bens ou promover fins constitucionais, como sendo um dever de ação para assegurar direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais conforme prevê Canotilho citado por (SARLET, 2020, p. 199-200).

Ainda, no aspecto objetivo, os direitos fundamentais se valem da organização e do procedimento, como estruturar os meios organizacionais do Estado, que concretiza por meio de normas que dispõem sobre o procedimento administrativo ou judicial, ainda com a criação de órgãos nessa perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais (SARLET, 2020, p. 200-201).

A criação e a estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e de órgãos vinculados a proteção de dados, são ações que o Estado possui de alternativas para zelar pelos seus deveres de proteção, além, de estabelecer a criminalização de ações e omissões, responsabilidade civil e instituição de mecanismos processuais (SARLET, 2020, p. 201-202).

Por outro lado, por meio da análise jurisprudencial do julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387 MC-REF/DF pelo Supremo Tribunal Federal, esse julgado trouxe entendimentos no sentido de garantir a proteção de dados como um direito fundamental consagrado e da autodeterminação informativa, como forma de higidez da democracia, vejamos um trecho da ementa da decisão abaixo descrita:

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO.

[...]

5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades.

6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpre as exigências que exsurtem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros.(BRASIL, 2020).

Os titulares e destinatários do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, são definidos conforme o âmbito de proteção específicos destinados. Os titulares desse direito são as pessoas naturais conforme exposto no artigo 5º, da Constituição Federal, os titulares dos direitos fundamentais e no artigo 5º, da LGPD, com a previsão da proteção de dados para pessoas naturais identificadas e identificáveis. Há entendimento de uma parte minoritária da doutrina, que as pessoas jurídicas são titulares de proteção de dados, e devem ser protegidas pelos seus dados em razão do segredo empresarial. Em uma perspectiva jusfundamental, os direitos e garantidas das pessoas jurídicas e sua inclusão no polo subjetivo ativo dos direitos à privacidade e intimidade, especialmente do direito à proteção de dados pessoais, possibilita um ganho no efeito real qualitativo de proteção (SARLET, 2020, p. 202-204).

Os destinatários do direito fundamental à proteção de dados se baseiam nos órgãos estatais, ou seja aqueles atores estatais, órgãos, agentes públicos, com a respectiva participação dentro do âmbito e dos limites de suas funções, competências e atribuições para aplicação e concretização desse direito, visando garantir a máxima eficácia e efetividade concreta. Os atores particulares, são os atores privados nas relações jurídicas entre os particulares, onde diante do crescimento acelerado das relações em ambiente digital, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, deve pautar no desequilíbrio entre as partes nessas relações jurídicas, em virtude do grande poder econômico, social e político que estão presentes nestas circunstâncias, garantindo um controle rigoroso das restrições a direitos fundamentais na esfera das relações privadas (SARLET, 2020, p. 202-210).

Importante mencionar, que a consagração expressa da proteção de dados como um direito fundamental autônomo, trouxe uma maior amplitude do que apenas estar dependente somente de uma segregação da tutela da privacidade com proteção constitucional assegurada, da tutela das informações pessoais em si. No mundo contemporâneo, as pessoas são reconhecidas em diversas formas de relacionamentos, sem que seja de forma direta, apenas pela representação de sua personalidade exercida pelo fornecimento de seus dados pessoais, aperfeiçoando uma íntima relação entre tais dados e a própria identidade pessoal e personalidade de cada um (DONEDA, 2020, p. 47).

A legislação específica de proteção de dados (LGPD), traz em seu artigo 1º, o sentido de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o seu livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (BRASIL, 2018). A Lei de proteção de dados como legislação infraconstitucional, “estabelece de maneira sólida sua fundamentação nos direitos fundamentais e na proteção da pessoa”. Além, do comando normativo constitucional da proteção de dados, o Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014) e da própria LGPD, ambas as legislações traçando uma “série de garantias e prerrogativas inerentes à cidadania que defluem diretamente do reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados. Essa garantia da proteção dos dados pessoais, dotado de caráter de direito fundamental encorpa uma maior integração da personalidade de forma mais completa e adequada à Sociedade da Informação (DONEDA, 2020, p. 48).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à proteção dos dados pessoais, independentemente do contexto que está inserido, decorre principalmente da evolução do conceito de privacidade, onde se exige uma amplitude da necessidade de resguardar a percepção atual da privacidade. Essa ideia possibilita uma proteção específica e autônoma da proteção de dados para ter ampla proteção fundamentada na tutela constitucional. Com isso, não se permite aberturas para uma atuação dos setores públicos e privados integralmente livre dos limites trazidos pelos direitos fundamentais consagrados.

Os contornos trazidos pela evolução da privacidade com a ocorrência do processamento de dados, trouxe a necessidade de proteção legislativa que pudesse abarcar a proteção de dados pessoais. Além da proteção constitucional, a tutela normativa se deu complementada pela legislação infraconstitucional da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e de outras legislações esparsas que dão suporte a proteção de dados. Esse amparo normativo possibilita uma segurança jurídica maior para evitar os acontecimentos causadores de lesões nos direitos da personalidade dos cidadãos, especialmente na vida privada e a intimidade dos titulares de dados pessoais.

A referência expressa do instituto da autodeterminação informativa, concede uma ampla proteção da privacidade, com alcance e garantia de o cidadão possui o poder de decisão e o controle dos seus dados, relativos a utilização e a imposição de limites ao compartilhamento dos dados, principalmente vindo a impedir a ocorrência de um tratamento de dados ilegal, inadequado e desprotegido.

A pessoa titular dos dados deve possuir um conhecimento ampliado em uma situação do tratamento de seus dados pessoais, podendo exercer com livre autonomia e disponibilidade de intervir em situações indevidas e impróprias do tratamento dos seus dados pessoais. Essa faculdade subjetiva do usuário, possui todo o suporte normativo ao livre exercício do direito à autodeterminação informativa parte complementar do direito fundamental à proteção de dados abrigado pela Constituição Federal e pela legislação de proteção de dados pessoais.

O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados, consagrado no texto constitucional, concede uma maior sustentação as regulações infraconstitucionais e a ampliação do campo de atuação dos órgãos estatais, estabelecendo um regime jurídico diferenciado e com *status* de norma superior. A condição dada a um direito fundamental estabelece um conjunto de prerrogativas que traduz um meio jurídico mais amplo e reforçado com máxima eficácia e efetividade dotadas de estatura constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2010. *E-book*.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 4 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6388/DF 0090568-75.2020.1.00.0000**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória nº 954/2020. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 de maio de 2020.

BVERFG. **Consulta ao banco de dados de decisões do Tribunal**. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html. Acesso em: 4 nov. 2022.

DE SOUSA, Rosilene Paiva Marinho; DA SILVA, Paulo Henrique Tavares. Proteção de dados pessoais e os contornos da Autodeterminação Informativa. **Informação & Sociedade**, v. 30, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.proquest.com/openview/29dc229fc425e507d7f46cf9b29042a1/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2030753>. Acesso em: 4 nov. 2022.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: SOUZA, Allan Rocha de; MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **Direito digital: direito privado e internet**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 33-49.

DONEDA, Danilo. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FERREIRA, Rafael Freire. **Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação**: atualizado com a LGPD. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FRAJHOF, Isabella Z. **O direito ao esquecimento na internet**: conceito, aplicação e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Leonardo. Art. 5º, §1º. Art. 5º, §2º. In: MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. **Montevideo**: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 190-194. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 4 nov. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, p. 45-81, set. 2011. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018444649095778fded3&docguid=11977b2a0008911e1968d00008558bdfc&hitguid=11977b2a0008911e1968d00008558bdfc&spos=4&epos=4&td=4000&context=426&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 4 out. 2022.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 25, n. 4, 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10828/pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; RODRIGUES JR, Otávio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: DONEDA, Danilo. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 05/07/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 24/10/2022
- Avaliação 2: 27/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 31/10/2022
- Retorno rodada de correções: 04/11/2022
- Decisão editorial/aprovado: 06/11/2022

Equipe editorial envolvida

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

REFLEXÕES SOBRE CULTURA, DESENVOLVIMENTO E DESGLOBALIZAÇÃO: UM DIÁLOGO ENTRE A TEORIA PÓS- DESENVOLVIMENTISTA DE ARTURO ESCOBAR E O MULTICULTURALISMO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

REFLECTIONS ON CULTURE, DEVELOPMENT AND
DEGLOBALIZATION: A DIALOGUE BETWEEN THE POST-
DEVELOPMENTAL THEORY OF ESCOBAR ARTURO AND THE
MULTICULTURALISM OF BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

MARCOS VINÍCIUS DE JESUS MIOTTO¹

PATRÍCIA SILVA DE ALMEIDA²

DANIEL BARILE DA SILVEIRA³

RESUMO

Os reflexos sobre a cultura dos povos tem consolidado, nos países em desenvolvimento, expressa referência a um desenvolvimento motivado, por exigências econômicas, a partir do modelo capitalista ocidental. Pertinente a essa análise reflexiva, encontra-se o posicionamento crítico de teóricos sociais: de um lado, Arturo Escobar com a sua teoria crítica pós-desenvolvimentista, reforçando indicadores de identidade, de lugar e de integração, firmando sua luta anticolonialismo; de outro, tem-se a abordagem social de Boaventura de Sousa Santos enaltecendo a multiculturalidade e a essência de um desenvolvimento comunitário emancipatório. Nessa perspectiva, a comparação que se aponta perfila aspectos críticos abordados por ambos os teóricos, isto é, a essa ideia de crescimento econômico forçado e os impactos produzidos nas diversas realidades culturais e locais. Para tanto, a pesquisa se desenvolveu a partir do método hipotético-dedutivo, associado a um estudo descritivo de base referencial essencialmente bibliográfica.

Palavras-chave: cultura; desenvolvimento comunitário emancipatório; desglobalização; multiculturalismo; teoria do pós-desenvolvimento.

- 1 Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Pós-graduando em Direito Digital e Direito Administrativo pela Damásio Educacional. Professor de Direito Administrativo e Direito Econômico na Fundação Educacional de Fernandópolis. Professor de Direito Administrativo, Ciência Política e Teoria do Estado no Centro Universitário de Jales. Servidor do Ministério Público do Estado de São Paulo. Integrante do Grupo de Pesquisa em CNPq: Globalização, Direito e Economia. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2921-6860>.
- 2 Mestranda em Direito pela UNIMAR (Marília-SP, Brasil). Especialista em Direito Público pela Escola de Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE/RS. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4094-4976>
- 3 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal (Ius Gentium Conimbrigae). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (FD-UnB). Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Unimar (Universidade de Marília). Professor do Curso de Graduação em Direito do UniToledo (Centro Universitário Toledo - Araçatuba/SP). É Advogado Societário e Consultor em Compliance. Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/8691251635146768>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6504-802X>.

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

MIOTTO, Marcos Vinícius de Jesus; ALMEIDA, Patrícia Silva de; SILVEIRA, Daniel Barile da. Reflexões sobre cultura, desenvolvimento e desglobalização: um diálogo entre a teoria pós-desenvolvimentista de Arturo Escobar e o multiculturalismo de Boaventura de Sousa Santos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 339-354, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8599>.

ABSTRACT

The reflections on the culture of the people have been consolidated, in western developing countries, a reference to a motivation, by determination, from the capitalist model. Relevant to this reflective analysis is the critical positioning of social exercises: on the one hand, Arturo Escobar with his post-developmental critical theory, reinforcing indicators of identity, of and integration, consolidating his anti-colonialism struggle; on the other hand, there is the social approach of Boaventura de Sousa Santos, extolling multiculturalism and the essence of an emancipatory community development. In this one, a comparison points to the critical aspects of the two reality, the idea of economic growth and the environments they represent in the different cultural and local realities. For that, the research was developed from the hypothetical-deductive method, associated with a study of essentially bibliographic reference base.

Keywords: culture; emancipatory community development; multiculturalism; deglobalization; theory of post-development.

1. INTRODUÇÃO

As acepções sobre o desenvolvimento e modernização convergem a um processo de conformação ao crescimento econômico e a uma premissa ligada aos interesses das forças impositivas do pensamento capitalista ocidental, que se estabelece com base nos parâmetros da economia e princípios de mercado, bem como no impositivo acúmulo de riqueza, alterando os modos de produção local dos países em desenvolvimento.

Na contemporaneidade, surgem os contrastes e embates acerca do pensamento multicultural hegemônico e globalizado, que desconstrói a valoração das ideias e experiências dos povos e, sob os aspectos da globalização – denominada contra-hegemônica por Boaventura de Souza Santos (1997) –, valoriza o local, os fluxos de produção e, principalmente, a preservação das relações socioculturais das comunidades envolvidas em um processo de imensa rede globalizada de comunicação entre nações, estabelecendo uma nova configuração ao modelo vigente.

A partir da proposta de observância ao novo multiculturalismo, objetivando contribuir com a produção relativa à temática eleita para abordagem, este artigo pretende promover uma reflexão acerca da teoria crítica pós-desenvolvimentista do antropólogo Arturo Escobar, articulando-a ao paradigma multicultural emancipatório delineado pelo sociólogo Boaventura de Souza Santos e refutando a visão conservadora, colonialista e eurocêntrica imposta como cultura universal às nações em desenvolvimento.

A abordagem se justifica, notadamente, pelo fato de a nova redefinição pós-moderna de desenvolvimento e reafirmação dos sistemas culturais transmutar a visão da sociedade e influenciar a percepção do papel do Estado-nação nessa transformação, ao direcionar seu plano político à igualdade e à solidariedade, mormente com o respeito à diferença.

A pesquisa se direciona, especialmente, a investigar a importância da teoria pós-desenvolvimentista para além de um caráter meramente ideológico e pragmático, assim como as considerações que envolvem as questões multiculturais, respeito às diferenças culturais e desenvolvimento socioeconômico.

Para tanto, o desenvolvimento do artigo far-se-á, inicialmente, a partir da abordagem da complexidade dos conceitos de desenvolvimento, lugar e cultura, a partir da Teoria Crítica do Pós-Desenvolvimento, descrevendo-se, sob o olhar do referencial teórico do antropólogo colombiano, um esboço sobre a importância de alguns conceitos primordiais à compreensão do atual multiculturalismo e à dinâmica de crescimento e expansão social, econômico e cultural dos países em desenvolvimento.

Na sequência expositiva, colocar-se-á em destaque o multiculturalismo e o potencial de emancipação para além do desenvolvimento econômico e concretudes dos direitos humanos através da valoração do lugar, uma abordagem firmada por Boaventura de Sousa Santos (1997) sobre o motivo da impositiva tese do multiculturalismo hegemônico cultural.

Para tanto, optou-se pela adoção método hipotético-dedutivo e, quanto ao procedimento técnico, realizou-se pesquisa essencialmente bibliográfica-analítica, com base em referencial teórico multidisciplinar. Outrossim, diante da importância da temática para a Ciência do Direito e às perspectivas de desenvolvimento em respeito às diferenças culturais em tempos de globalização, produziu-se um diálogo entrelaçado entre vertentes teóricas acima citadas e adiante explicitadas.

2. A COMPLEXIDADE DOS CONCEITOS DE DESENVOLVIMENTO, LUGAR E CULTURA A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DO PÓS-DESENVOLVIMENTO

As manifestações culturais ensejam reflexões sobre o entrelaçamento dos conceitos de desenvolvimento e de lugar em tempos de globalização e nos instiga, igualmente, a refletir sobre os desafios encontrados na ilusão de sua eliminação simplificadora⁴, comportando, igualmente, uma busca pelo conhecimento científico, filosófico e epistemológico para a compreensão de complexos conceitos envolvendo essas discussões⁵.

Sob vários pontos de vista, ínsitos em um pensamento simplificador, estamos focados, quase sempre, nos processos de desenvolvimento de viés econômico, construído pelos pressupostos políticos e pelas ideologias oriundas dos países hegemônicos, envoltos pelo discurso característico de uma estrutura econômica capitalista.

Em que pese o capitalismo não seja o único fator determinante para o estabelecimento das desigualdades sociais, é preciso considerar a manifestação de um denominador em comum: a

4 Pois bem, sabe-se que moldados a agir e pensar de forma simplificadora, é representativa de uma verdade profunda de que nós vivemos uma tensão permanente entre a inspiração de um saber não fragmentado, não compartimentado, não redutor, uma eterna busca em alcançar a completude de qualquer conhecimento que venha ser posto, pois deixar de lado toda a simplificação é o nosso maior desafio a ser enfrentado nos próximos tempos. No abandono da simplificação social, de modo a estruturar uma auto-eco-organização social, a divergência entre a o pensar simplificado e o pensar complexo: "A visão simplificada diria: a parte está no todo. A visão complexa diz: não só a parte está no todo; o todo está no interior da parte que está no interior o todo! Essa complexidade é algo diferente da confusão de que o todo está em tudo e reciprocamente" (MORIN, 2015b, p. 88).

5 Sobre o problema da formação de conceitos e de toda complexidade envolvida essa, na visão de Edgar Morin, corresponde a uma palavra-problema, ao contrário que se parece é uma palavra-solução. Nesse sentido, ver: MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015b. p. 6.

submissão e as tentativas de aniquilação da identidade cultural⁶, que sempre estiveram presentes, inclusive no socialismo, sempre foram representativas de tensões genuinamente históricas.

Por esse viés, tal percepção tem ocupado cada vez mais sociólogos, antropólogos e juristas, que se voltam para um discurso formador de uma cultura universalizada – hegemônica –, legítimo impedimento à prosperidade das nações e que, nesse sentido, em tempos de globalização, requer o enfrentamento dos problemas globais e locais.

Ademais, inviável seria deixar de lado o problema da submissão e a preservação dos direitos às diferenças culturais das minorias colonizadas e exploradas, um problema histórico que, apesar de todo contexto desglobalizante, ainda permanece limitante à liberdade e a busca por autonomia (MORIN, 2000, p. 36-37).

Na atual condição do crescimento econômico previsto pelo fenômeno da globalização mundo afora, na visão dos sociólogos Berger e Luckmann (2012, p. 45), a modernidade e o pluralismo de ideias acarretam, sobretudo, um alto grau de insegurança na ação individual e na orientação geral da coletividade, provocando uma crise de sentido sem precedentes, com o aumento da quantificação e qualificação de um pluralismo exacerbado⁷.

Parte da compreensão do homem via pensamento moderno filosófico estrutural-existencialista descreve o ser humano em sua posição nesse mundo factual como um ser objetivo e de natureza relacional – sujeito ôntico-ontológico –, que apresenta a capacidade de se modificar a cada nova relação estabelecida e de se transformar a partir dos ditames de igualdade e solidariedade (PIZZOLANTE, 2008, p. 17).

Nesse sentido, na visão de Escobar (1997), o homem, em sua essência como um ser sociável, entrelaça-se em experiências e descobrimentos; contudo, está sempre ínsito em um conjunto de significados referenciais de espaço e lugar.

A capacidade de abertura e força de se fazer visível no mundo comporta reflexões sobre de que maneira o homem se ocupa e age em relação ao conceito de espaço e de lugar, como cuida do outro e como o mundo lhe parece, sempre carregando, por objetivos e ideias úteis, de alguma forma, de pertencimento a algum lugar, a ideia de “ter uma comunidade ou estar em comunidade” (BAUMAN, 2003, p. 7), preservando sempre a sua identidade e evitando, assim, uma pretensa uniformização cultural⁸.

Não é por outro motivo que Escobar sustenta a existência de um sentimento de pertencimento, o qual promove reflexões sobre as noções de “regressar ao lugar”, na expressão de Casey, ou de “defesa do lugar como projeto”, nas palavras de Dirlik.

6 Destaque à concepção desenvolvimentista, a qual resultou no fracasso na “ideologia do desenvolvimento”, uma perspectiva, bastante simplista de evolucionismo, que desde o século passado, marca o pensamento dos povos ocidentais. Esse darwinismo social é fruto da modernização ocidental, resultado de uma universalização cultural, que por sua vez, legitima a hierarquização entre os povos, de modo a aniquilar as culturas locais. Sobre o colonialismo na África e na América Latina, sugere-se a leitura de: VERHELST, Thierry G. *O direito à diferença: identidades culturais e desenvolvimento*. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 25-26.

7 A denominada “crise estrutural de sentido” advinda da pluralização, resultado da modernização e da globalização, gera o que nos referimos a uma educação de massificada, o uso de tecnologia limitante de interação social, a economia de mercado e a industrialização forçada, todos são fatores que, de uma ou de outra forma, nos levam a perda do sentido do individual, falsas expectativas de uma pacífica convivência social (BERGER; LUCKMANN, 2012, p. 51).

8 Lembrando, a ideia de autossuficiência, através da capacidade de resistência e vitalidade criadora nos diversos campos – econômico, social e político – qualificam os povos a resistirem os efeitos nefastos de uma concepção linear de um pensamento que negam a absorção do desraizamento cultural como a resolver os problemas do desenvolvimento entre os povos (VERHELST, 1992, p. 44).

A partir dessas considerações, as questões que envolvem a cultura das nações passam a ser pensadas como complexas e enfrentadas nas sociedades modernas. Trata-se, na verdade, do pluralismo cultural, algo a ser discutido como temática que converge para dois rumos. Assim, como pontua o sociólogo Bauman (2003, p. 109) na obra “Comunidade”: ou haverá assimilação, a aniquilação da diferença, ou haverá o fatídico perecimento, isto é, a aniquilação do diferente.

Nesse contexto, ao abordar a luta pelo reconhecimento e os processos sociais de reafirmação da necessária comunitarização nos países em desenvolvimento, Honneth (2003, p. 64) pontua que “A luta por reconhecimento é concebida com um processo social que leva a um aumento da comunitarização, no sentido de um descentramento das formas individuais da consciência”, representativo do agir coletivamente para fins de preservação das identidades.

Na esteira desse pensamento, através da Teoria Crítica sobre o desenvolvimento de Escobar (2007, p. 38), surge a tese da afirmação de não redução ou simplificação da abordagem sobre as questões de construção e desconstrução do desenvolvimento, mormente nos países em desenvolvimento, uma vez que a força do termo sempre vem permeada da falsa ideia de onde houver crescimento econômico haverá, necessariamente, crescimento cultural e social.

Essa perspectiva tem difundido “a ideologia do desenvolvimento” em virtude das relações estabelecidas nas últimas décadas, fruto das relações entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento (no passado, denominado Terceiro Mundo), onde a conquista por novos mercados e a imposição de um modelo capitalista urbano-industrial visava transformar sociedades arcaicas em sociedades modernas.

O atual estado de mundialização, fruto da globalização, abarcou três processos culturais simultaneamente concorrentes e antagônicos: primeiro, uma homogeneização e padronização segundo os moldes norte-americano; segundo, um contra processo de resistência e de reflorescimento de culturas autóctones e, por fim, o crítico processo de mestiçagens culturais (MORIN, 2015a, p. 24). Com propriedade, Morin (2015a, p. 25) aduz que “A crise das sociedades tradicionais decorre da ocidentalização, cuja tendência é desintegrá-las”.

Nas últimas décadas – precisamente nas sete décadas após a Segunda Guerra Mundial –, abordagens teóricas no campo econômico-social firmavam certos fundamentos sobre as visionárias concepções e natureza do desenvolvimento e, nesse ponto, a ocidentalização, inserida ou contextualizada com o termo, fez com que o desenvolvimento se tornasse o rótulo de solução e de progresso da humanidade (MORIN, 2015a, p. 25-27).

Dentro de uma perspectiva moderna, na década de cinquenta, os processos decorrentes dos efeitos positivos do progresso econômico, científico e tecnológico, foram tendências integradoras do crescente econômico do então “Primeiro Mundo”, o qual semeou o abandono dos esquemas arcaicos de produção, com ideias fortemente vinculadas à industrialização, cujo objetivo era a realização do desenvolvimento econômico das áreas subdesenvolvidas do globo.

A inspiração em transformar o antigo Terceiro Mundo em países com potencial de desenvolvimento “por imitação” traduz a visão hegemônica e etnocêntrica introduzida em razão do progresso com enfoque nas necessidades humanas básicas e crescimento econômico e de exploração.

Sobre esse período histórico, na obra *La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo*, Escobar (2007, p. 21) defende que a estratégia e o discurso de

desenvolvimento, ao contrário do reino de abundância prometido, ensejaram miséria, exploração, opressão e subdesenvolvimento, com reflexos negativos em relação a fome, crescente pobreza, desnutrição e violência.

Outrossim, Escobar (2007, p. 21) ainda assinala que o livro pode ser lido “[...] como la história de la pérdida de una ilusión que muchos abrigaban sinceramente. Pero se trata, sobre todo, de la forma en que se creó el “Tercer Mundo” a través de los discursos y las prácticas del desarrollo desde sus inicios a comienzos de la segunda pós-guerra”⁹.

Por volta das décadas de sessenta e setenta, a partir de uma abordagem estruturalista, tem-se a centralização da compreensão do desenvolvimento guiado como um processo histórico-estrutural, não mais abrangente da divisão em Primeiro e Terceiro Mundos, mas nas raízes do existir a exploração econômica, decorrente da conexão entre dependência externa e a exploração interna entre países centrais e países periféricos (FURTADO, 1974, p. 22).

O conceito de desenvolvimento, baseado na acepção da economia progressista, apresenta inovação estratégica à época. A teoria da dependência, esquematizada pelo binômio centro-periferia no interior de cada país, preconiza que as elites (centros econômicos e políticos) dominam a periferia (mão-de-obra camponesa e urbana de baixa renda), exploradas duplamente – dentro e fora de seus países –, o que ocasiona o denominado subdesenvolvimento (FURTADO, 1974, p. 23).

Percebe-se que essa dependência não deixou de ser menor do que a ocorrida no período pós-colonial, mas simplesmente se transmutou em outra forma, mais sofisticada, de dependência, que pode ser traduzida, por exemplo, nos financiamentos ocorridos em âmbito internacional ou em tecnologias com facilidades comerciais.

Verhelst (1992, p. 31) ainda aponta, segundo a industrialização defendida pela CEPAL – Comissão Econômica das Nações Unidas para a América Latina, que os países da América do Sul, em relação à pretérita importação de manufaturados, atualmente, gastam cerca de 300% a mais com a importação da tecnologia e do *savoir-faire*.

Nesse ponto, as comunidades locais concebem a chegada do desenvolvimento como uma possibilidade de ganhos reais, desconhecendo, no entanto, os reflexos massivos dessa “pilhagem dos patrimônios naturais” (SILVA, 2016, p. 173) das populações envolvidas na modernização.

Contudo, a maioria das nações aceitam o discurso espetacular das promessas de crescimento pelo aumento da produção em larga escala e de adequação dos padrões de produção e de consumo.

É bem verdade que o modelo de desenvolvimento sofre críticas há décadas. Porém, em alguns casos, estas estavam caracterizadas pelo não acesso a este modelo e não ao modelo em si, como se pudesse contemplar a todos da mesma maneira com o seu caráter formador de desigualdades socioeconômicas e de passivos ambientais. Ele também nega a dialogicidade com os habitantes às áreas atingidas, aniquilando de forma lenta e contínua os saberes que possam contrapor-se a sua potência discursiva (SILVA, 2016, p. 173).

9 Tradução livre: “[...] como a história da perda de uma ilusão que muitos sinceramente entretinham. Mas é, acima de tudo, sobre a maneira pela qual o “Terceiro Mundo” foi criado através de discursos e práticas de desenvolvimento desde o seu início no início do segundo período do pós-guerra” (ESCOBAR, 2007. p. 21).

De certa maneira, isso demonstra outra importante verdade sequencial do desenvolvimento e a loucura da razão econômica, que é o crescimento global e a formação das redes de dependências entre Estados nações, com todo o desenvolvimento desigual da economia, da política e da cultura (HARVEY, 2018), cujo entrelaçamento, inevitavelmente, acarreta o enfraquecimento cultural dos povos.

Com a dominação do poderio econômico e o enfraquecimento das pequenas e empobrecidas nações, por constituir um verdadeiro etnocídio ao ignorar os fatores humanos e culturais, Morin (2003) descreve há verdadeira aniquilação das sociedades, de suas singularidades, afazeres e saberes, muito presente em povos que não valorizam as riquezas de suas culturas tradicionais.

Em tempos de migração global, não mais se é capaz de reunir recursos suficientes à manutenção da política social independente: “[...] os governos dos Estados não têm escolha senão seguirem estratégias de desregulamentação: isto é, abrir mão do controle dos processos econômicos e culturais, e entregá-lo às forças do mercado, isto é, às forças essencialmente extraterritoriais” (BAUMAN, 2003, p. 89).

Entretanto, o caminhar desenvolvimentista em meados da década de 1990 oferece, segundo Escobar (2007, p. 36), uma análise profunda sobre as influências modernizadoras ocidentais cumuladas à tentativa de despolitização dos problemas enfrentados pelas nações ditas de “Terceiro Mundo”; citando alguns dos efeitos relevantes de tentativa de êxito dos programas de crescimento junto a esses países – apesar do abandono – ainda permanecem vivo os resquícios dos objetivos estabelecidos pelo “Primeiro Mundo” sobre essas nações.

Arturo Escobar (2018) justifica essa asserção ao enfatizar que, mesmo após décadas do fim da Segunda Guerra Mundial, determinados fundamentos ainda não foram alterados, de modo que a desigualdade global se mantém severa e pode ser observada tanto entre as nações quanto dentro de cada país.

Nesse sentido, os fatores políticos e ecológicos acabam por impulsionar a degradação do meio ambiente e os deslocamentos humanos, constituindo indícios do fracasso do “desenvolvimento” e evidenciando a urgência na tarefa de elaboração de um projeto de pós-desenvolvimento sob o ponto de vista intelectual e político.

Essa visão continua atual nas nações africanas, asiáticas e latino-americanas, as quais devem, e podem, visualizar alternativas a um desenvolvimento que incorporem conceitos que se afastam do pensamento hegemônico ocidental do que seria uma sociedade crescente e em prosperidade.

Escobar (2018) indica certo perigo em manter a ideia de alternativas de desenvolvimento. Com efeito, se, por um lado, a palavra desenvolvimento sofreu múltiplas modificações, na atualidade, descreve-se várias acepções, dentre outros, sobre desenvolvimento sustentável, desenvolvimento participativo, desenvolvimento com equidade de gênero e desenvolvimento integrado. Contudo, toda e qualquer modernidade ainda remete ao convencional, isto é, não afasta a ideologia dominante ocidental.

O desenvolvimento em larga escala aumenta a pobreza, a desigualdade social e, por consequência, a violência. Além disso, desenvolvimento é um conceito ambivalente que enfatiza fatos positivos e negativos – implantadas pelo mundo econômico – e se constitui de maneiras diferentes e em diversos graus destrutivos das democracias, mormente em relação às identidades culturais dos povos (VERHELST, 1992, p. 199-201).

Partindo desse apontamento, faz-se necessário reconhecer o papel das etnias, dos movimentos sociais, o desenvolvimento *lato sensu* dos povos, a modernização, a diferenciação entre espaço e lugar, assim como o respeito às identidades culturais.

A desterritorialização e o cruzamento de fronteiras são as novas metáforas em termos de processos globais, muito presente em termos de desenvolvimento. Os últimos anos, em virtude da globalização, representou o enfraquecimento do lugar que produz mudanças significativas sobre o conhecimento, a cultura, a natureza e a própria economia local, provocando um profundo rompimento com valores e práticas baseadas na localidade.

No entanto, numa perspectiva pós-desenvolvimentista, procura-se, assimetricamente, uma reafirmação do conceito de lugar, expressa negação ao pensamento capitalista dominante, voltado apenas ao capital e ao mercado – característica ímpar da globalização exacerbada – que resulta na anulação das identidades culturais, limitante, universalizada e integrada, enfim, de caráter transnacional.

O foco, no agora, perpassa as investigações inovadoras que mantém firme a relação lugar e cultura, com ênfase na valorização do lugar – preservação histórica e raízes -, com a circulação do capital, por intermédio da maximização do uso da arte vivenciada, dos saberes e fazeres como meios configuradores de experiência e desenvolvimento locais. Trata-se de práticas que visam fortalecer as identidades, o reforço etnográfico, na visão de Escobar.

Por tais considerações, importante é o conhecimento local, em especial o conhecimento do sistema cultural e sistemas naturais, que se refere a uma abordagem que percorre caminhos transdisciplinares (cognitivos, epistemológicos, etnobiológico e antropológico) para que, inseridos nesse novo paradigma de complexidade (MORIN, 2015b, p. 79-102), possam compreender quais os mecanismos que operam naquele lugar específico, as relações sociais e o respeito a biodiversidade, permitindo o desenvolvimento através de práticas significativas diferente das formas modernas impostas por países dominantes.

Distantes de uma visão unificada, pensar nas diferenças e nas necessidades que cada ambiente apresenta, é valorar os ambientes naturais de forma especial. É preciso descobrir práticas que permitam construir, compartilhar e relacionar os conceitos de lugar, cultura e sociedade. Grupos indígenas e rurais, no mundo todo, entendem que a cultura, por si só, não fornece subsídios isolados para alavancar o desenvolvimento e para preservar os fatores naturais.

Natureza e cultura devem ser analisadas sob a ótica social e, a partir de então, buscar-se a compreensão de quais são as reais necessidades e diferenças são importantes para cada sociedade humana, alavancando o desenvolvimento econômico local.

Percebe-se que a atual situação brasileira, no âmbito político, apresenta uma não identificação principiológica com a valoração da cultura e o desrespeito ao meio-ambiente, apesar do sistema cultural e reconhecido direito fundamental posicionado além dos princípios arrolados no art. 5º da Constituição Federal.

O texto constitucional, aberto axiologicamente, incorpora múltiplos preceitos de direitos sociais, com enfrentamento das contingências humanas em benefício da valorização social e reconhecida proteção especial, isto é, a universalização do acesso e o respeito a identidade cultural (CUNHA FILHO, 2004, p. 37).

Na seara de estudos afetos ao sistema cultural, a sua promoção e ao seu desenvolvimento, Wilson Rocha Assis (2011, p. 66-78) situa a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os padrões de disseminação cultural do passado e a evolução dos meios de propagação da cultura e respeito ao local, uma vez que a cultura, em seu estado criativo, é construtora de identidades (individual e coletiva) e comporta múltiplos significados.

Falar em cultura é transcender valores. É, na verdade, perceber as inúmeras representações que o homem faz de si mesmo, da coletividade (dessemelhantes e semelhantes), enfim, do mundo que o cerca (BOURDIEU, 1989), consolidando o entendimento de que prestigiar o sistema local da arte e da cultura de povo é respeitar às diferenças sociais e corresponde a senda de legitimação à democracia.

Por esse ponto, emergem como preocupante as questões envolvendo o pensar em desenvolvimento socioeconômico-cultural e o respeito aos processos multiculturais através da concepção étnica-territorial de autonomia emancipatória não apenas das nações colonizadas pelo ocidente, mas, também, dentro ínsito a um mesmo espaço de compartilhamento. Dessa forma, sob o ponto de vista social de Boaventura de Sousa Santos, tece-se, algumas reflexões no próximo tópico.

3. O MULTICULTURALISMO E O POTENCIAL DE EMANCIPAÇÃO: PARA ALÉM DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E CONCRETUDES DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA VALORIZAÇÃO DO LUGAR

De acordo com a análise posta, as críticas e as reflexões sobre o pós-desenvolvimento, apontam a dicotomia existente entre os eixos natureza-cultura, desenvolvido-não-desenvolvido, territorialidade-desterritorialidade, global-local e local-global, relevantes mecanismos de estímulo à preservação e à salvaguarda das práticas, dos saberes e dos afazeres locais.

Nessa perspectiva, nas sociedades consideradas em desenvolvimento, em tempos globalizados, cada nação identifica a sua determinada e específica cultura, com distintas necessidades e características, conhecimentos e experiências próprias, características pertencentes a grupos sociais distintos.

Existe, dentro dos povos, um afastamento dos moldes do sistema cultural idealizado, estruturado e contemplativo de interesses bem definidos – interesses dos indivíduos, dos grupos elitizados e da sociedade em geral –, e embora se relacionem entre si, cada qual conserva sua autonomia e apresenta confrontos. Entretanto, ainda assim, coexistem dentro de uma mesma ordem social e caminham juntos, de forma harmônica.

Acreditava-se em progresso econômico, mas o crescimento na era da pós-modernidade sempre apresentou um custo destrutivo, apesar de toda evidência acerca da evolução do campo da técnica e das ciências, o que destruiu o mito de que as humanidades humanizam, haja vista que ampliam o abismo de desigualdade entre países, classes e pessoas (LLOSA, 2013, p. 12-31).

Questões de desenvolvimento local e cultural, num contexto de uma economia liberal, garantiriam a almejada liberdade e igualdade de oportunidades, mormente porque tal afirmação vem sendo encontrada como objetivos materiais presentes em grande parte das democracias modernas.

A persistente ideia histórica de separação entre classes, a sustentabilidade e a estabilidade da ordem política e econômica, reafirmaram a necessidade de firmar algum tipo de representação material, espécie de algo que se possa tocar, segurar e mensurar – com valor – como aponta Harvey (2018, p. 19). No entanto, reconhecer a relevância da identidade ou cultura local, tão somente vem expressar certo grau de incerteza sobre as projeções futuras.

Ao longo da história, ao resgatar o pensamento de Bourdieu (1989) sobre o poder simbólico, reconhece-se na cultura um sistema de dominação entre o Estado e a sociedade, direcionando o sistema da cultura à consecução de seus fins, através de um conformismo lógico, em uma concepção homogênea entre o tempo e o espaço, contribuindo como típico mecanismo de manuseio social.

Inexiste a ideia de cultura apreendida de forma isolada, mas, pelas “ideias de culturas”, uma pluralidade que pode ser descrita não apenas como a cultura da elite, como também uma cultura dos diversos grupos sociais encontrados num mesmo território. Isso denota as diferentes etnias, credos e modos de viver, embora possam se valer de um mesmo espaço territorial, como é o típico caso brasileiro e da maioria dos povos da América Latina.

Nesse contexto, essas sociedades, conhecidas como sociedades multiculturais, são caracterizadas por suas manifestações e por seus diversos fatores e elementos, considerados na diversidade e na pluralidade, que constituem o que se denomina como multiculturalismo.

Martin (2016, p. 19) ressalta que o multiculturalismo não é, necessariamente, um novo fenômeno e tampouco que se relaciona unicamente aos fluxos migratórios contemporâneos. Mais do que isso, o multiculturalismo e as sociedades multiculturais são verificados quando, em uma mesma comunidade política, coexistem grupos com diferenças culturais, sobretudo quando considerados em suas línguas, religiões, tradições e práticas sociais.

Cada grupo social espalhado ao redor do globo possui suas especificidades culturais, a gênese do multiculturalismo; a ênfase neste, por sua vez, trata-se do movimento oposto à noção da homogeneidade, cujas principais consequências implicaram na exclusão de diversos grupos e o não atendimento de suas reivindicações. Assim, o multiculturalismo representa um desafio à forte ideologia preconizada pelos governos atuais em relação à efetivação da igualdade (ARBOS; SOUZA FILHO, 2010, p. 57).

Um dos maiores desafios da pós-modernidade é promover a harmonização dos interesses de diversos grupos sociais, marcados por suas singularidades e especificidades, perpassando por variadas formas de respeito às identidades culturais e garantindo-se, inclusive, regimentos diferenciados para abranger a complexidade da sociedade pós-moderna (SOARES, 2012, p. 102).

Dentro dessa complexidade, e inserida em uma perspectiva multicultural transnacionalista ao valorizar a riqueza que essa heterogeneidade pode representar, transparece o perigo de se projetar as antigas narrativas etnocentristas.

Os modos de ser do indivíduo, de se fazer presente no mundo, conviver e se expressar, através de diversas formas e manifestações, denotam a multifacetada natureza humana. Isso evidencia, ainda, o quão longínquo estão os padrões universais e unitários, que por um bom tempo foram usados para designar, por exemplo, determinado grupo, como o branco “civilizado” europeu.

Nessa perspectiva, conforme sugere Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 12), dentro dessa visão de ênfase na multiculturalidade casada ao processo de globalização e a emancipação dos Estados-nações submissas aos ditames da modernidade ocidental, existe um duplo contexto que precisa a ser analisado: de um lado, uma nítida fragmentação cultural e, de outro, uma afirmação das políticas identitárias, em tempos de enraizamento dos direitos humanos.

É certo que vivenciamos o processo de desglobalização intensificando a desejosa transnacionalização, seja no âmbito jurídico e econômico da produção de bens e serviços, seja no campo dos mercados financeiros, com o aproveitamento das empresas multinacionais que se arvoram mundo afora, notório que se deixa esquecido às dimensões sociais, políticas e culturais (DARDOT; LAVAL, 2016).

A propósito, forçoso reconhecer os novos desafios da economia global, principalmente quanto aos aspectos da desaceleração e administração dos negócios internacionais, sob o ponto de vista da desglobalização, processo inverso à globalização e que consiste na redução da interdependência e integração das nações ao redor do globo. Esse movimento é fruto, sobretudo, do desequilíbrio comercial, da pressão política, populismo e elevadas taxas de desemprego (KIM; LI; LEE, 2020, p. 84).

Feitas tais considerações, e por tais razões, é imperioso destacar que a globalização imposta pelo “ocidentalocentrismo” produziu uma onda democratizante de direitos a diversas nações, mas ensejou resultados incertos e limitados, isto é, “[...] produziu a infratextura de uma sociedade-mundo” (MORIN, 2015a, p. 21), uma “condição global negativa à existência de uma raiz local cultural específica” (SANTOS, 1997, p. 14).

Expressar a ideia de desenvolvimento e de globalização como um estado atual de mundialização pressupõe o abandono do foco na localização – territorialização e desterritorialização –, através de um discurso hegemônico, algo real sob o ponto de vista da etnicização imposta pelo sistema-mundo capitalista, provocando resistências étnicas, nacionais, culturais e religiosas.

Ínsita a esse sistema, uma transformação associada ao desenvolvimento e os reflexos da globalização corresponde, sem dúvida, a compreensão do aspecto tempo-espço. Por exemplo, no cenário internacional, a dominante classe capitalista controla o tempo-espço e retira vantagens a seu favor, anulando as soberanias absolutas dos Estados-nação que impedem a formação de uma sociedade-mundo (MORIN, 2015a, p. 21).

Os imigrantes e trabalhadores migrantes que se deslocam pelas fronteiras, não detém o controle sobre o tempo-espço, como, por exemplo, o caso do êxodo de imigrantes que se deslocam na tentativa de alcance de melhores condições de vida nos Estados Unidos da América.

Da mesma forma, encontra-se inserido dentro da mesma problemática, conforme indica Santos (1997, p. 14), todos aqueles indivíduos que, ainda dentro do processo, porém, por outra perspectiva, são prisioneiros do próprio tempo-espço local, como é o caso dos moradores das comunidades no Brasil, notadamente no Rio de Janeiro, que são reféns de uma vida

urbana sofrida, mas que suas raízes musicais, no caso o samba, tem sido representativo de cultura global.

Ambos os teóricos, Escobar e Santos, unificam o pensamento nos problemas advindos do fenômeno do desenvolvimento econômico travestido à ilusão de um progresso imposto, que produz o globalismo considerado localizado. Podemos citar, ilustrativamente, a conversão da agricultura de subsistência em agricultura de exportação, descrição narrada por tribos indígenas localizadas em Campo Novo do Pareí, no Mato Grosso (MT). Nesse caso, pelo simples fato da sobrevivência cultural indígena (grupo étnico minoritário), tal comunidade optou por cultivar soja transgênica sem o aval dos órgãos públicos (IBAMA) por questões de sobrevivência e crescimento econômico (GLOBO RURAL, 2019).

[...] os países centrais especializam-se em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos cabe, tão-só, a escolha de globalismos localizados. O sistema-mundo é uma trama de globalismos localizados e localismos globalizados (SANTOS, 1997, p. 17).

Por isso, faz-se necessária a distinção entre o multiculturalismo hegemônico e o não-hegemônico, importante à diferenciação do que vem a ser um desenvolvimento forçoso, isto é, reconhecido de cima-para-baixo, ao invés de preservar o patrimônio comum da humanidade, ou seja, um desenvolvimento globalizado em sentido inverso, ou, em outros dizeres, de-baixo-para-cima.

Nesse sentir, jaz a universalidade dos direitos humanos, tipicamente racional e ocidental, logo após a Segunda Grande Guerra. As políticas firmadas acerca dos direitos humanos foram moldadas para contemplar os pensamentos econômicos e geopolíticos dos países de economia capitalista hegemônicos, culminando em um universalismo-relativizado por interesses econômicos.

Com o relativismo cultural e o universalismo ético, cada cultura possui seu próprio entendimento sobre quais os direitos importantes são considerados fundamentais, bem como em um segundo momento, desconsidera os aspectos culturais dos povos e determina a observância de um paradigma universal: "Diante das críticas a ambas as correntes tradicionais, propõe-se, então uma concepção dos direitos humanos a partir de um diálogo intercultural" (LIMA; CRO-CETTA, 2019, p. 99).

O discurso dominante ocidental liberal dos direitos humanos carrega uma carga de subjugação e restrição dos povos que foram oprimidos pelo colonialismo europeu e, ao priorizar os direitos sociais e os cívicos sobre a intenção dos direitos econômicos e culturais, consagrou apenas o direito de propriedade, a máxima do desenvolvimento econômico.

Assim, em que pese o existir de direitos postos na Declaração Universal de 1948, esta foi elaborada sem a participação dos povos dominados. Para Santos (1997, p. 17) e Verhelst (1992, p. 203), traduz-se, assim, a importância do trabalho das ONGs na condução dos fluxos contrários a globalização contra-hegemônica, ancorados em lutas sociais e na defesa das comunidades locais pelo mundo.

A luta pelos direitos humanos tem sido assumida por milhares de indivíduos e de ONGs ao redor do mundo, notadamente para a defesa dos grupos sociais mais oprimidos e, em diversas situações, vitimizados pelo capitalismo autoritário dos Estados. É por esse motivo que se consideram, geralmente, seus objetivos como contrários ao capitalismo. Aos poucos,

foram sendo desenvolvidos os discursos contra-hegemônicos, concepções não ocidentais e discursos interculturais dos direitos humanos (SANTOS, 1997, p. 20).

Dessa forma, Santos (1997, p. 21) defende que a principal tarefa política emancipatória atual é a transformação da concepção e práticas de direitos humanos “[...] de um localismo globalizado num projecto (*sic*) cosmopolita”. Este enfoque, representa, nitidamente, um trilhar de superação no que diz respeito a incorreta visão sobre a imposta universalidade cultural dos direitos humanos, assim como o seu relativismo.

Cristalino é o fato das nações e culturas aspirarem preocupações e valores universais. Contudo, o universalismo cultural, através da pertinente dialogicidade intercultural, deve respeitar o universo das diferenças culturais com as respectivas dificuldades, as necessidades e os sentidos diferenciados (BRAGATO; BARRETO; SILVEIRA FILHO, 2017, p. 43).

Julga-se por adequado interligar o conhecimento epistêmico de Arturo Escobar e Boaventura de Sousa Santos que, em linhas de raciocínios semelhantes, convergem em relação à adequação de valorização do lugar e do espaço natural, defendendo uma articulação necessária às questões ligadas ao desenvolvimento emancipatório – libertário –, o que vem corroborar com a crítica de que não se encontra uma regra geral, lei universalizante, sobre qual e como seria o pertinente desenvolvimento dentro de sistemas sociais distintos.

Muito embora os países capitalistas ganhem, no decorrer da história, uma capacidade de articulação e mobilidade em razão de sua base estrutural, o que possibilitou a expansão econômica e geográfica permanente do sistema mundial moderno para além das suas fronteiras, os impérios-mundo e os debates sobre transformações filosóficas contra esse universalismo desenfreado ganham relevância, especialmente porque que desconsideram a dignidade não apenas da pessoa humana individualizada, mas num universo de dignidade humana coletiva e solidária (RAMOS, 2016, p. 90).

Peculiaridades abrem espaço para um diálogo acerca da coesão de valores locais e a internalização das possibilidades de desenvolvimento, principalmente social inclusivo, sem deixar de lado, entretanto, o necessário desenvolvimento econômico local e inserido no contexto global. Um amplo campo de possibilidades abre espaço para transformações sociais e renovação.

Dentro da contemporaneidade do pensamento de Boaventura de Sousa Santos, a partir de uma valoração local, é possível a abertura de redes e fluxos contínuos com outros grupos sociais semelhantes a outros países (MARTINS, 2012), e, a partir de então, articular possíveis redes globais: “[...] o local é neste momento o outro lado do global e vice-versa” (GANDIN; HYPOLITO, 2003, p. 6), na visão crítica sociológica sobre a importância do lugar no pós-desenvolvimento.

Martins (2012) leciona que o local, nesse sentido, passa a ser a base essencial de uma nova configuração social, capaz de repensar as relações com base em novos paradigmas e sob um ponto de vista cosmopolita, marcado, sobretudo, por câmbios de experiências vivenciadas e compartilhadas entre os mais variados lugares.

Outrossim, é de se reconhecer a ressignificação promovida por essa nova visão cosmopolita que, dentre outros efeitos, promove a ressignificação da própria noção de espaços locais, produzindo uma acepção de local articulado ao contexto global ou, usando-se da expressão de Martins (2012), “[...] o global é o local articulado”.

Trata-se de uma nova concepção multiculturalista de enxergar o mundo - longe da visão ocidental tradicional eurocêntrica, colonialista e conservadora, tipicamente etnocêntrica -, que, a princípio não se pauta na igualdade e no respeito às diferenças culturais.

O multiculturalismo emancipatório firmado por Santos (2014, p. 52) proporciona uma redistribuição social-econômica legítima, fruto de um reforço em atenuar tendências desiguais e desequilíbrios especulativos junto às populações economicamente exploradas.

Nesse contexto, as afirmações de valorização do conhecimento local (ESCOBAR, 2018), conduzem a consciência necessária de preservação lugar-específico, fazendo uso de ações emancipatórias e outorgando um novo sentido ao conceito de desenvolvimento, mais comprometido em servir a preservação das identidades e diferenças culturais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao centrar o foco em tais abordagens sobre a crítica do pós-desenvolvimento em Arturo Escobar e a sua interrelação com a proposta de Boaventura de Sousa Santos acerca do novo paradigma contra-hegemônico, de caráter emancipatório libertário, representa-se a luta por reconhecimento que, por razões necessárias, produz um multiculturalismo pluralista e, ao mesmo tempo, crítico.

Ademais, é oportuno o entrelaçamento dos conhecimentos epistêmicos de Arturo Escobar e Boaventura de Sousa Santos que convergem em relação à adequação de valorização do lugar e do espaço natural, defendendo uma articulação necessária às questões ligadas ao desenvolvimento emancipatório - libertário -, o que vem corroborar com a crítica de que não se encontra uma regra geral, lei universalizante, sobre qual e como seria o pertinente desenvolvimento dentro de sistemas sociais distintos.

Nesse sentido, intensifica-se o posicionamento de Arturo Escobar em sua Teoria Crítica do Pós-Desenvolvimento, sob os vários pontos de vista (antropológico, étnico, biodiversidade, entre outros), especialmente ao abordar, que em decorrência do processo de globalização econômica, o capitalismo ocidental produziu uma marginalização significativa do "conceito de lugar" e da "criação do lugar", fatores elementares ao desenvolvimento das nações emergentes tidas como "em desenvolvimento".

O enfraquecimento do conceito de lugar e sua importância, em tempos de sistema-mundo globalizado, produz uma profunda compreensão sobre as consequências e os efeitos gerados nas culturas locais dos países colonizados pelo capitalismo ocidental dominante, quer seja no conhecimento, na natureza e, mormente, nas mudanças geradas nas economias locais, o que requer uma reflexão sobre o valor do agora e os valores que se pretende preservar no amanhã.

Há, ao redor do mundo, forte referência à construção do crescimento econômico como precípua responsável pelas mazelas sociais.

A manutenção pela identidade dos povos, na era multicultural contra-hegemônica, significa a articulação particular das diferenças. As identidades locais são produtos dos discursos e práticas históricas, construídas diariamente e, portanto, sempre se encontram dentro de um sistema de poder.

Produzem “micro-mundos”, estáveis – para os países centrais dominantes –, porém sempre dinâmicos - para as periferias dominadas -, ideia que se firma por intermédio de estratégias políticas ativas contra o pensamento capitalista ocidental hegemônico dominador.

Tal questão é pertinente pois abre um espaço para se refletir as mudanças que estão por vir, seja em tempos de múltiplos e severos “globalismos localizados” e “localismos globalizados”, como bem pontua Boaventura de Sousa Santos.

REFERÊNCIAS

- ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 55-75, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1120/982>. Acesso em: 22 maio 2021.
- ASSIS, Wilson Rocha. O patrimônio cultural e a tutela jurídica das identidades. In: CUREAU, Sandra et al. *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 66-78.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *Modernidade, pluralismo e crise de sentido: a orientação do homem moderno*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. Disponível em: <https://nepegeo.paginas.ufsc.br/files/2018/06/BOURDIEU-Pierre.-O-poder-simb%C3%B3lico.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; BARRETO, Vicente de Paulo; SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da. A interculturalidade como possibilidade para a construção de uma visão de direitos humanos a partir das realidades plurais da América Latina. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 1, p. 33-59, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47133>. Acesso em: 22 maio 2021.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- ESCOBAR, Arturo. *O lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização e o pós-desenvolvimento*. Disponível em: <https://globalherit.hypotheses.org/casa-muss-amb-ike-espaço-de-museologia-informal/para-um-dialogo-com-a-museologia-informal-a-partir-do-sul/epistemologia-do-sul-e-teoria-critica/arturo-escobar-e-a-teoria-critica-do-desenvolvimento>. 1997. Acesso em: 22 maio 2021.
- ESCOBAR, Arturo. *Farewell to development*. 2018. Disponível em: <https://greattransition.org/publication/farewell-to-development>. Acesso em: 22 maio 2021.
- ESCOBAR, Arturo. *Territorios de diferencia: lugar, movimientos, vida, redes*. Colômbia: Envió, 2010.
- ESCOBAR, Arturo. *La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo*. Caracas: Fundación Editorial el Perro y la rana, 2007.
- FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Círculo do Livro, 1974.
- GANDIN, Luís Armando; HYPOLITO, Álvaro Moreira. Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento (entrevista com Boaventura de Sousa Santos). *Currículo sem Fronteiras*, v. 3, n. 2, p. 5-23, jul./dez. 2003.
- GLOBO RURAL. *Índios plantam soja no Mato Grosso e levantam polêmica: os paresis movimentam cerca de R\$ 50 milhões das sojas, em parceria com agricultores de região*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/globo-rural/noticia/2019/03/17/indios-plantam-soja-no-mato-grosso-e-levantam-polemica.ghtml>. Acesso em: 22 maio 2021.
- HARVEY, David. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2018.

- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- KIM, Hag-Min; LI, Ping; LEE, Yea Rim. Observations of deglobalization against globalization and impacts on global business. *International Trade, Politics and Development*, v. 4, n. 2, p. 83-103, 2020. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/ITPD-05-2020-0067/full/html>. Acesso em: 22 maio 2021.
- LIMA, Fernanda Silva; CROCETTA, Bruna Baggio. Os direitos humanos a partir de uma perspectiva intercultural. *Revista Argumentum*, Marília, v. 20, n. 1, p. 97-111, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/587>. Acesso em: 22 maio 2021.
- LLOSA, Mario Vargas. Breve discurso sobre a cultura. In: MACHADO, Cassiano Elek (org.). *Pensar a Cultura*. Porto Alegre: Arquipélago, 2013. p. 12-31.
- MARTÍN, Javier de Lucas. Política y derecho: la gestión de los conflictos derivados de la diversidad cultural. In: CORELLA, Ángeles Solanes (org.). *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 19-33.
- MARTINS, Carlos. *A contemporaneidade no pensamento de Boaventura de Sousa Santos* (entrevista). 2012. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/a-contemporaneidade-no-pensamento-de-boaventura-de-sousa-santos/amp/>. Acesso em: 22 maio 2021.
- MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015a.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015b.
- MORIN, Edgar. *Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.
- PIZZOLANTE, Rômulo. *A essência humana como conquista: o sentido da autenticidade no pensamento de Martin Heidegger*. São Paulo: Annablume, 2008.
- RAMOS, Leonardo. Pensando criticamente a economia política global: apontamentos para o estudo das potências médias emergentes. In: SALATINI, Rafael (org.). *Cultura e Direitos Humanos nas relações internacionais: reflexões sobre cultura*. São Paulo: Cultura acadêmica, 2016. v. 1. p. 89-106.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma visão multicultural dos direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em: 22 maio 2021.
- SOARES, Ardyllis Alves. O Multiculturalismo nas Relações de Consumo. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (org.). *Direitos Fundamentais e Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 99-123.
- SILVA, Flávio José Rocha da. O conceito de desenvolvimento no pensamento de Arturo Escobar. *Revista Pegada*, v. 17, n. 2, p. 170-181, dez. 2016.
- VERHELST, Thierry G. *O direito à diferença: identidades culturais e desenvolvimento*. Petrópolis: Vozes, 1992.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 08/07/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 11/07/2021
- Avaliação 1: 15/07/2021
- 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 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA DOS POVOS INDÍGENAS: UM ESTUDO DO CASO BELO MONTE

THE STATE INTERNATIONAL LIABILITY FOR VIOLATION OF PRIOR, FREE AND INFORMED CONSULTATION OF INDIGENOUS PEOPLES: A STUDY OF BELO MONTE CASE

DAIZE FERNANDA WAGNER¹
JÉSSICA ARAÚJO DO CARMO²

RESUMO

O presente artigo examina o direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo a verificar a possibilidade de responsabilidade internacional do Brasil por violação desse direito. Para tanto, utiliza como objeto de estudo o caso da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Observou-se, especificamente, os entendimentos adotados pelos tribunais brasileiros e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação ao caso da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Como metodologia principal, a investigação é jurídico-compreensiva com abordagem qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados demonstraram que o Brasil ignora o debate internacional acerca do tema, na medida em que não assegurou mecanismos que garantem o direito à consulta dos povos indígenas, o que possibilita a sua responsabilidade perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Palavras-chave: consulta prévia; povos indígenas; direito internacional dos direitos humanos; responsabilidade internacional do estado.

- 1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) (2017). Estágio pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFMG (2021-2022). Mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München (1999). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997). É Professora Associada em exercício no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC) e no Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Estudos de Fronteira da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Desenvolve pesquisa acerca da temática de Direito e Povos Indígenas. Integra o Banco Nacional de Avaliadores do Sinaes/BASIS do INEP/MEC. É associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), à Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED), à Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos (ReBEDH). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-3879-6983>.
- 2 Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). LATTES iD <http://lattes.cnpq.br/4669625162318036>.

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

WAGNER, Daize Fernanda; CARMO, Jéssica Araújo do. A responsabilidade internacional do Estado por violação da consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas: um estudo do caso Belo Monte. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 355-376, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.8572>.

ABSTRACT

The present article examines the right of prior, free and informed consultation of indigenous peoples in the light of International Human Rights Law, in order to verify the possibility of Brazil's international liability for violating this right. To this end, it uses as an object of study the case of the construction of the Belo Monte Hydroelectric Power Plant. It was observed, specifically, the understandings adopted by the Brazilian Courts and the Inter-American System of Human Rights in relation to the case of the construction of the Belo Monte Hydroelectric Power Plant. As a main methodology, the investigation is legal-comprehensive with a qualitative approach, based on bibliographical and documentary research. The results showed that Brazil ignores the international debate about this subject, to the extent that it has not ensured mechanisms guaranteeing the right to consultation of indigenous peoples, which enables its liability to the Inter-American System of Human Rights.

Keywords: prior consultation; indigenous peoples; international human rights law; state international liability.

1. INTRODUÇÃO

Apesar dos avanços registrados na legislação, a situação dos povos e comunidades indígenas no Brasil ainda é grave e preocupante. “Aos registros de ameaça de invasão aos seus territórios por não indígenas, somam-se profundos desafios quanto à titulação e proteção de suas terras e, em inúmeros casos, os povos e comunidades indígenas se veem sem a necessária proteção do Estado” (CIDH, 2021, p. 30).

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio do seu relatório aprovado em fevereiro de 2021, manifestou grande preocupação com a garantia do direito à consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas no país, principalmente no tocante a grandes empreendimentos (CIDH, 2021).

Este artigo objetiva discutir o direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas sob a égide dos princípios e garantias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ademais, problematiza a possibilidade de responsabilização internacional do Estado por violação desse direito, quando não garantido o procedimento de consulta a esses povos.

Para tanto, elege-se como objeto de estudo o caso da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (UHE Belo Monte), o qual “pode ser considerado um dos mais controversos projetos implementados na Amazônia brasileira e de grande repercussão – com mais de 30 anos de discussões, manifestações, denúncias, resistências, estudos etc.” (RIBEIRO; LOSURDO, 2017, p. 79-80).

A hipótese é de que o Estado Brasileiro se omitiu em criar mecanismos de consulta prévia e tem adotado medidas administrativas e legislativas que vão na contramão dos tratados internacionais de direitos humanos e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e sua jurisprudência, aos quais o Brasil é subordinado.

Como objetivos específicos, visa compreender como a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no que tange à consulta prévia aos povos indígenas, exerce seu poder vinculante e se relaciona com o ordenamento jurídico brasileiro e o Direito Internacional; bem como de que maneira pode um Estado ser responsabilizado internacionalmente por violação de direitos humanos.

Conforme Gustin e Dias (2013), a investigação adotada é a jurídica-compreensiva, na medida em que se pretende compreender, sob o ponto de vista hermenêutico, a relação dos tratados internacionais de direitos humanos frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e às normas brasileiras. Sob a perspectiva jurídica, a pesquisa se insere na vertente jurídico-dogmática, pois busca a compreensão das relações normativas, tanto no plano interno quanto internacional.

Utiliza-se a abordagem qualitativa baseada em pesquisa documental e pesquisa bibliográfica, tendo como fontes primárias e secundárias documentos oficiais, publicações administrativas e legislativas, pareceres jurídicos, notícias de periódicos publicados na internet, livros, artigos científicos publicados em meio eletrônico, monografias, dissertações e teses. Por fim, pontua-se que a jurisprudência citada neste artigo, qual seja as sentenças e as decisões proferidas no âmbito do SIDH, é unicamente voltada a perceber como a Corte IDH vem se posicionando, ao longo dos casos concretos que enfrenta, acerca da consulta prévia, de modo que se baseia predominantemente em pesquisa bibliográfica.

2. BREVE RELATO SOBRE A CONSTRUÇÃO DA UHE BELO MONTE

O projeto da construção da UHE Belo Monte surgiu na década de 1970, no contexto do II Plano Nacional de Desenvolvimento, elaborado pelo governo do general Ernesto Geisel. A proposta era de se construir um complexo hidrelétrico na região sudeste do estado do Pará, na Volta Grande do rio Xingu. Dessa forma, “em 1975, o Governo Federal e a Eletrobrás iniciaram pesquisas na região”. (FARIA, 2004 apud RIBEIRO; LOSURDO, 2017, p. 87).

Em 1979, o relatório final dos estudos sinalizou a viabilidade de construção de cinco hidrelétricas no rio Xingu e uma no rio Iriri, as quais o governo nomeou como: Kararaô, Babaquara, Ipixuna, Kokraimoro, Jarina e Iriri. No ano seguinte, foram finalizados os Estudos de Inventário e iniciados os Estudos de Viabilidade da Usina Hidrelétrica de Kararaô (VIEIRA, 2015). Os estudos apontavam Kararaô como a melhor opção para iniciar a integração das usinas do rio Xingu ao Sistema Interligado Brasileiro (ELETROBRÁS, 2009).

Nas décadas de 1980 e 1990, tendo em vista a informação de que o projeto Kararaô inundaria várias terras indígenas e glebas ribeirinhas, “tem-se notícia das primeiras manifestações de ambientalistas, acadêmicos e indígenas alertando sobre os problemas contidos no projeto e os riscos que esse poderia acarretar” (ZUGMAN, 2013, p. 95).

Destaca-se, nesse ínterim, o 1º Encontro dos Povos Indígenas do Xingu, realizado em 1989, no qual “a índia Tuíra, da etnia Kaiapó, em protesto, pressionou o seu facão nas laterais do rosto do engenheiro José Antônio Muniz, então presidente da Eletronorte”. (RIBEIRO; LOSURDO, 2017, p. 87). Posteriormente, em razão de Kararaô significar grito de guerra na língua Kayapó, foi adotado o nome de Belo Monte para a usina (VIEIRA, 2015).

Em 1994, a Eletronorte apresenta ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE) e à Eletrobrás novo projeto da usina. Como principal modificação, está a redução de 1.225 km² para 400 km², evitando a inundação da área Indígena Paquicamba (OIT..., 2012).

Uma nova tentativa é iniciada em 1999 para implementação do projeto. Foi contratada pelo poder político uma equipe de pesquisadores da Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa (FADESP) da Universidade Federal do Pará (UFPA) “para realizar avaliações de impacto ambiental, a fim de cumprir uma das exigências do processo de licenciamento ambiental estadual que seria efetuado pela Secretaria Executiva de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente do Estado do Pará (SECTAM)”. (AIDA *et al.*, 2010, p. 4).

Tendo em vista a tentativa de obter a licença apenas no âmbito estadual paraense, por meio da SECTAM, e não pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou, em 2001, a Ação Civil Pública nº 2001.39.00.005867-6, requerendo a suspensão do licenciamento de Belo Monte, em razão da ausência de licitação para contratação da FADESP para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e da ausência de autorização do Congresso Nacional para execução da obra, conforme dispõe o art. 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88):

Art. 231 São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...]

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (BRASIL, 1988).

A liminar requerida pelo MPF foi deferida e confirmada, posteriormente, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). Todavia, em 2005, após o trânsito em julgado da decisão que determinou a suspensão do licenciamento, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 788/2005, autorizando a obra sem a oitiva dos povos indígenas, contrariando novamente o disposto no art. 231, § 3º, da CRFB/88.

Por tal fato, o MPF ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.573/DF perante o Supremo Tribunal Federal (STF) com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade do decreto legislativo. Segundo Ribeiro e Losurdo (2017, p. 89), “o MPF argumentava ainda que seria inútil a oitiva dos povos após a expedição do decreto”.

No entanto, o STF entendeu como medida inapropriada a ADI nº 3.573/DF para aferir a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 788/2005, em razão dele ser um ato legislativo de efeito concreto. Na ocasião, em sustentação oral durante o julgamento, o Advogado-Geral da União, Álvaro Ribeiro da Costa, afirmou não haver necessidade de o Congresso Nacional ouvir previamente os povos indígenas afetados, na medida que isso poderia ser feito durante o processo de licenciamento ambiental ou pela empresa responsável em instalar o empreendimento (VALLE, 2005).

Em 2007, o Presidente Luís Inácio Lula da Silva retomava o projeto da construção da UHE Belo Monte como parte do Programa de Aceleração de Crescimento (PAC). A promessa era de que Belo Monte se tornaria a terceira maior usina hidrelétrica do mundo – atrás apenas da Hidrelétrica de Três Gargantas na China e a de Itaipu instalada na fronteira Brasil-Paraguai. Belo Monte teria capacidade de gerar 11.233 megawatts de energia e 4.571 megawatts de quanti-

dade média ao longo do ano, o suficiente para atender cerca de 18 milhões de residências, o equivalente a 60 milhões de pessoas (NORTE..., 2014).

Além disso, no mesmo ano, o processo de licenciamento foi retomado pelo IBAMA e o EIA foi realizado por empresas construtoras interessadas na obra (MONTEIRO; GIMENEZ, 2015). Conforme VIEIRA (2015, p. 55), “a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte envolveu três grandes obras em um enorme espaço territorial”. O sítio Pimental, onde ficou o barramento do rio Xingu, foi planejado para controlar a vazão e o nível do reservatório principal da barragem e uma casa de força de reserva. O sítio Belo Monte, casa de força principal, com 18 turbinas de 611 megawatts cada, para passar 14 mil m³ por segundo. E, o canal de derivação, de 20 km de extensão, para o qual foi necessário a escavação equivalente à do canal do Panamá (VIEIRA, 2015).

Ainda, o projeto atual compreendeu a construção de dois barramentos, dois reservatórios de água com a extensão de mais de 668 km² de área inundada e dois canais para divisão do rio Xingu de seu curso original. Esse desvio foi construído com o objetivo de reduzir a vazão da água no trecho da Volta Grande do Xingu, onde se localizam as terras indígenas Paquiçamba (povo Juruna ou Yudjá), Arara da Volta Grande (povo Arara do Maia) e Ituna/Itatá (indígenas isolados) e várias comunidades ribeirinhas (BRASIL, 2019). Também, averiguou-se que o desvio impactaria o Rio Bacajá, afluente do rio Xingu, que abastece a terra indígena Trincheira Bacajá, do povo Xikrin (MONTEIRO; GIMENEZ, 2015).

Frise-se que, dentre as diversas ações civis públicas propostas acerca do caso Belo Monte, em 2006, em face da decisão do STF, o MPF ajuizou a Ação Civil Pública n° 2006.39.03.000711-8 na Vara Única Federal de Altamira, no Estado do Pará. Nela, o MPF requeria a declaração de nulidade do Decreto Legislativo n° 788/2005, em virtude da ausência de consulta aos povos indígenas antes da edição do decreto pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 231, § 3°, da CRFB/88.

A liminar requerida pelo MPF para suspender o licenciamento foi deferida. “Após apreciar as razões de defesa do IBAMA e da Eletronorte, no dia 16 de maio de 2006, o juiz da Vara Federal Única de Altamira reconsiderou a decisão anterior e revogou a concessão da liminar”. (SENA, 2012, p. 7).

Em face da decisão que reconsiderou a liminar, o MPF interpôs o Agravo de Instrumento n° 2006.01.00.017736-8/PA perante o TRF1. Em decisão monocrática, a Desembargadora Federal Relatora Selene Maria de Almeida deferiu o efeito suspensivo requerido pelo MPF para sustar a eficácia da decisão recorrida até o julgamento definitivo do agravo (BRASIL, 2006).

No julgamento definitivo do agravo, realizado em dezembro de 2006, a Relatora considerou inválido o Decreto Legislativo n° 788/2005 (ante a ausência de consulta prévia à autorização) e proibiu o IBAMA de realizar consulta pública às comunidades, visto ser de competência exclusiva do Congresso Nacional tal atribuição.

Todavia, na oportunidade, autorizou a realização do EIA e de laudo antropológico, que deveriam ser submetidos ao exame do Congresso Nacional. Segundo a Relatora, para que se procedesse à consulta, era necessário conhecer a realidade antropológica, econômica e social das comunidades afetadas para, então, haver a deliberação do Congresso Nacional acerca da autorização de exploração dos recursos hídricos das reservas indígenas (PEREIRA, 2019).

Logo após, com base no art. 25 da Lei n° 8.038/90, no art. 4° da Lei n° 8.437/92 e no art. 267 do Regimento Interno do STF, a União ajuizou a Suspensão de Liminar n° 125/2006 perante o STF, para suspender os efeitos da liminar deferida pelo TRF1 (SENA, 2012).

Em resumo, a União aduziu que as comunidades indígenas poderiam ser ouvidas após a autorização condicionada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n° 788/2005), uma vez que o art. 231, § 3°, da CRFB/88 não estabelece o momento determinado para a oitiva das comunidades indígenas afetadas. Argumentou, ainda, que o sobrestamento do “Projeto de Aproveitamento Energético de Belo Monte” comprometeria a execução da política energética do país, instrumento de vital importância para a efetivação das políticas públicas necessárias à satisfação do interesse público; e que não caberia ao Poder Judiciário intervir em questões de política pública, por ser problema da esfera exclusiva de competência dos Poderes Executivo e Legislativo (SENA, 2012).

Em 16 de março de 2007, a Ministra Ellen Gracie, presidente do STF à época, deferiu a Suspensão de Liminar n° 125/2006, acolhendo argumentação da Advocacia-Geral da União (AGU) de que a continuidade do licenciamento, mesmo que legalmente viciado, era importante para a manutenção da “ordem e economia públicas”. “A opinião e os direitos dos povos indígenas seriam assuntos a serem analisados posteriormente, quando o conteúdo da ação fosse julgado”. (VILLAS-BÔAS; GARZÓN; REIS; AMORIM; LEITE, 2015, p. 158).

A controvérsia, então, voltou-se ao exame de mérito em primeira instância. Em 27 de março de 2007, sobreveio sentença nos autos da Ação Civil Pública n° 2006.39.03.000711-8, na qual o Juízo da Vara Única Federal de Altamira/PA julgou improcedente o pedido do MPF. Assim, “retiraram-se os óbices judiciais à continuidade dos procedimentos pela União, Eletrobrás, Eletronorte e IBAMA na condução do licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte”. (ALBUQUERQUE, 2013, p. 105).

O processo retornou ao TRF1 para análise da Apelação Cível n° 2006.39.03.000711-8 interposta pelo MPF. Por maioria, em 11 de novembro de 2011, vencido o voto da Desembargadora Federal Relatora Selene Almeida, a Quinta Turma do TRF1 ratificou a sentença proferida em 1° grau nos autos da Ação Civil Pública n° 2006.39.03.000711-8, julgando improcedente o pedido do MPF.

Em seguida, contra o acórdão, o MPF interpôs Embargos de Declaração, alegando “omissão do acórdão por não haver se pronunciado acerca de matéria relevante para o deslinde da causa, isto é, não se manifestou acerca de violação dos artigos 3°, 4°, 6°, 7°, 13, 14 e 15 da Convenção n° 169 da OIT”. (ALBUQUERQUE, 2013, p. 106).

A Quinta Turma do TRF1 acolheu, por unanimidade, os embargos, reformando a sentença proferida em 1° grau nos autos da Ação Civil Pública n° 2006.39.03.000711-8. Após, a União e o IBAMA ajuizaram perante o STF a Reclamação n° 14.404, com pedido de medida liminar, contra o acórdão do TRF1 que acolheu os Embargos de Declaração na Apelação Cível n° 2006.39.03.000711-8.

Em 27 de agosto de 2012, o Ministro Carlos Ayres Britto deferiu o pedido de liminar formulado pela União e suspendeu a decisão do TRF1, uma vez que, segundo ele, o tribunal decidiu em sentido contrário ao julgado da Ministra Ellen Gracie, ofendendo a autoridade da decisão do STF (ALBUQUERQUE, 2013, p. 108).

O processo de licenciamento para a construção da UHE de Belo Monte prosseguiu, então, marcado por diversas irregularidades e pressões por parte do governo e empresas privadas interessadas na aprovação e execução célere do empreendimento (ZUGMAN, 2013).

Em setembro de 2009, foram realizadas quatro audiências públicas em seis dias, nos municípios de Brasil Novo, Vitória do Xingu, Altamira e Belém. Nessas oportunidades, foram reveladas uma série de irregularidades no processo de licenciamento e inconsistências nos estudos.

O EIA e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) completos só foram disponibilizados dois dias antes da primeira audiência, impossibilitando análise aprofundada pelas comunidades (ZUGMAN, 2013). O próprio EIA/RIMA, com 36 volumes e mais de 20 mil páginas de informação técnica do projeto, impedia uma análise detalhada dos estudos, contendo linguagem extremamente técnica e de difícil compreensão (MONTEIRO; GIMENEZ, 2015).

Além disso, essas audiências foram realizadas com a presença ostensiva da Força Nacional de Segurança, Polícia Federal e Polícia Militar, fortemente armados com fuzis, metralhadoras e bombas de gás lacrimogêneo. Também não houve intérprete aos indígenas no decorrer das audiências públicas, de modo que qualquer tipo de participação informada e qualificada por parte da população indígena ficou afastada (MONTEIRO; GIMENEZ, 2015).

Consoante atesta a Relatoria de Meio Ambiente da Plataforma Dhesca Brasil:

Foram realizadas 4 audiências públicas no processo de licenciamento ambiental do empreendimento denominado UHE Belo Monte entre os dias 10 e 15 de setembro de 2009, que ocorreram nos municípios de Brasil Novo, Vitória do Xingu, Altamira e Belém. Todas as audiências foram realizadas nas sedes dos municípios citados, sem que tivessem sido disponibilizados transporte e hospedagem para as populações ribeirinhas, com exceção de cerca de 150 representantes das populações indígenas que foram levados à audiência pública de Altamira pela FUNAI. Em nenhuma das audiências públicas ocorreu tradução das apresentações para os idiomas dos indígenas presentes. Especificamente na audiência pública de Altamira, somente após 4 horas do início da Audiência Pública foi disponibilizada cópia do EIA/RIMA para consulta da população presente. Todas as audiências públicas foram realizadas sob forte aparato de segurança. Na audiência pública de Altamira estavam presentes mais de 300 integrantes da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal e da Força Nacional de Segurança, causando intimidação em parte da população presente nas audiências pública. Na audiência pública de Belém, o Ministério Público Federal e parcela significativa das entidades da sociedade civil retiraram-se do local devido à mudança de última hora para o auditório do IBAMA, espaço inadequado para comportar o público presente à audiência (LISBOA; ZAGALLO, 2010, p. 48-49 apud AIDA *et al.*, 2010, p. 32).

Em abril de 2010, foi concluído o leilão para definir os investidores privados responsáveis pela execução da obra. “O vencedor foi o Consórcio Norte Energia, constituído por empreiteiras, fundos de pensão e empresas compostas de capital público e privado”. (ZUGMAN, 2013, p. 94; CONSÓRCIO..., 2010). No dia 1 de fevereiro de 2010, a licença prévia foi concedida pelo IBAMA (MONTEIRO; GIMENEZ, 2015).

2.1 O CASO BELO MONTE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Das 23 ações civis públicas propostas pelo MPF, até o ano de 2010, já eram 6 ações civis públicas ajuizadas na tentativa de salvaguardar o direito de consulta prévia dos povos indígenas e de emergir as irregularidades cometidas no decorrer do processo de licenciamento (PROCESSOS...).

Dessa forma, em 11 de novembro de 2010, o Movimento Xingu Vivo Para Sempre, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), a Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos (SDDH), Justiça Global e a Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) peticionaram à CIDH solicitando a concessão de medidas cautelares em favor das comunidades indígenas da bacia do rio Xingu, tendo em vista a morosidade do processo judicial brasileiro e as graves violações de direitos humanos aos povos indígenas e comunidades tradicionais atingidas (MONTEIRO; GIMENEZ, 2015; PROCESSOS...).

Com isso, no dia 1º de abril de 2011, a CIDH concedeu a Medida Cautelar nº 382/2010, em benefício dos povos indígenas e comunidades tradicionais da bacia do rio Xingu, a qual solicitava ao Estado brasileiro a suspensão imediata do licenciamento da obra e impedia a realização de qualquer obra material de execução até que se observassem condições mínimas para tanto, sendo a principal delas a realização do processo de consulta prévia, livre, informada, de boa-fé, culturalmente adequada e com o objetivo de chegar a um acordo (SILVA, 2017).

Entretanto, no dia 5 de abril de 2011, o governo brasileiro, por meio do Ministério das Relações Exteriores, emitiu a Nota nº 142/2011, na qual considerou as solicitações da CIDH como precipitadas e injustificáveis, bem como pontuou que o caráter dos sistemas de proteção de direitos humanos “é subsidiário ou complementar, razão pela qual sua atuação somente se legitima na hipótese de falha dos recursos de jurisdição interna”. (BRASIL, 2011). Em acréscimo, a nota elencou que:

[...] o governo brasileiro está ciente dos desafios socioambientais que projetos como o da Usina Hidrelétrica Belo Monte podem acarretar. Por esta razão, estão sendo observadas, com rigor absoluto, as normas cabíveis para que a construção leve em conta todos os aspectos sociais e ambientais envolvidos. O governo brasileiro tem atuado de forma efetiva e diligente para responder às demandas existentes. (BRASIL, 2011).

Dois dias depois, o governo brasileiro retirou a indicação do ex-ministro Paulo Vannuchi como candidato brasileiro para integrar a CIDH, o que foi tido, no cenário internacional, como uma retaliação brasileira ao órgão internacional (SICILIANO, 2011). Além disso, segundo Siciliano (2011, p. 2), “a decisão do governo brasileiro foi considerada por parte da sociedade como truculenta e equivocada, incompatível com o que se esperava de um governo democrático”.

No Poder Legislativo, por outro lado, a Medida Cautelar nº 382/2010 foi tomada como “uma medida absurda, sem nexos e invasiva, porquanto os argumentos foram no sentido de que a decisão da construção da usina diz respeito à soberania do Brasil”. (POZZATTI JUNIOR; RIBEIRO, 2014, p. 131).

Nessa senda, salienta-se a postura adotada pelo então Ministro de Minas e Energia, Edison Lobão, o qual declarou que “o governo brasileiro não precisa de mais fiscais para decidir o que deve ou não ser feito para aumentar a capacidade de geração de energia elétrica no país” e que o Brasil necessita “desesperadamente” desta obra (OLIVEIRA, 2011).

Registre-se, ainda, que o governo brasileiro convocou de volta o Embaixador Ruy Casaes, o então Chefe da Missão Permanente do Brasil junto à Organização dos Estados Americanos (OEA), e reteve o pagamento de sua cota anual de financiamento da OEA, estimada em 6 milhões de dólares, que seria equivalente a 6% do orçamento da organização (VENTURA; CETRA, 2013). Ademais, o Brasil não enviou representante à audiência convocada pelo SIDH para discutir o caso, em 27 de outubro de 2011, em Washington (VENTURA; CETRA, 2013).

Dessa forma, o Estado Brasileiro além de descumprir a Medida Cautelar nº 382/2010, manteve uma postura de retaliação à OEA e deu continuidade ao processo de construção de Belo Monte (SILVA, 2017). Posteriormente, a Medida Cautelar foi revogada (SICILIANO, 2011).

Em 1º de junho de 2011, sem atender às exigências da legislação ambiental de cumprimento integral das condicionantes e ao direito à consulta prévia, o IBAMA expediu a licença de instalação para o início das obras do empreendimento (IBAMA..., 2011). Em novembro de 2015, foi emitida a Licença de Operação pelo IBAMA, embora ainda houvesse pendências a serem sanadas (CRUZ, 2015).

Convém consignar que, em dezembro de 2012, o Parecer Técnico nº 168/2012 do IBAMA constatou um quadro grave de irregularidades no cumprimento das condicionantes da Licença de Instalação e do Plano Básico Ambiental (PBA) de Belo Monte, necessárias para a expedição de licenças ambientais, tanto das medidas antecipatórias - que deveriam ter sido realizadas para evitar a ocorrência de impactos - quanto de mitigação - compensação de danos já sofridos:

De acordo com o documento do Ibama, passados quase três anos do leilão da obra, a Norte Energia ainda não concluiu o Cadastro Socioeconômico (CSE) das famílias afetadas pelo empreendimento – não sabendo, portanto, quantos e quem são os atingidos por Belo Monte –, não implantou os aterros sanitários em Altamira e Vitória do Xingu, não fez as obras de saneamento básico nesses municípios e nas comunidades afetadas por Belo Monte, não construiu hospitais e não implantou equipamentos de saúde e educação, não reassentou famílias de comunidades desapropriadas, não fez a recomposição das atividades produtivas de áreas remanescentes, não terminou o sistema de transposição de embarcações no local onde o barramento do Xingu impede a navegação do rio, não informou a população como se dará esse processo, e não implementou os projetos de recomposição da infraestrutura viária como previsto, entre inúmeras outras irregularidades (GLASS, 2013).

Por fim, o acionamento da 18ª e última turbina foi realizado em novembro de 2019, tornando a UHE Belo Monte a quarta maior hidrelétrica do mundo a entrar em plena operação (KRÜGER, 2019).

3. O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA DOS POVOS INDÍGENAS

O direito à consulta prévia, livre e informada foi estabelecido pelo art. 6º da Convenção nº 169 da OIT, o qual determina que, em todas as vezes que medidas administrativas e legislativas sejam suscetíveis de afetá-los diretamente, os povos indígenas devem ser consultados mediante procedimentos apropriados. Completa o artigo que a consulta deve ser feita de boa-fé, realizada através de instituições representativas, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (SOUZA FILHO, 2019).

A Convenção nº 169 da OIT, ratificada por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002, promulgada por meio do Decreto nº 5.051/2004 e consolidada por meio do Decreto nº 10.088/2019 pelo Brasil, foi o primeiro instrumento jurídico-normativo internacional a reconhecer a autonomia e a autoidentificação dos povos indígenas e das comunidades tradicionais.

Ao contrário do que, anteriormente, a Convenção nº 107 da OIT adotava, a Convenção nº 169 abandonou “os enfoques paternalistas e integracionistas do passado, substituídos pela consideração dos povos indígenas como sujeitos do seu próprio destino, no sentido do que determina o dever dos Estados de adotar medidas especiais para terminar com séculos de discriminação”. (TAULI-CORPUZ, 2015, p. 23).

Além dos povos indígenas, a Convenção nº 169 tem como sujeitos de direitos os povos tradicionais, grupos com identidade étnica e cultural diferenciada, modo de vida tradicional e territorialidade própria, tais como quilombolas, ciganos, extrativistas, pescadores artesanais caiçaras, quebradeiras de coco babaçu, faxinalenses, benzedeiros, entre outros.

Para a Convenção, conforme o art. 1º, 1, b, povos indígenas são aqueles que

descendem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou colonização, ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. (OIT, 1989).

Já os povos tribais ou tradicionais, de acordo com o art. 1º, 1, a, são aqueles “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”. (OIT, 1989).

O direito à consulta prévia, livre e informada se baseia no direito à autodeterminação, uma vez que consultar as comunidades indígenas afetadas é o mínimo para se garantir que o Estado respeite os direitos, as jurisdições e as formas de organização social próprias dos povos indígenas, a fim de prevenir violações aos direitos desses povos e conflitos socioambientais (SOUZA FILHO, 2019).

Rememore-se que, no ordenamento brasileiro, com a promulgação da CRFB/88, rompia-se o teor integracionista e assimilacionista com o qual vinham sendo tratados os indígenas e asseverava-se a eles o reconhecimento de sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. (BRASIL, 1988). Dessa

forma, segundo Souza Filho (1998, p. 107), “a partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio”.

A consulta tem como objeto a própria viabilidade do empreendimento cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar os povos indígenas diretamente. Consoante Rojas Garzón, Yamada e Oliveira (2016, p. 22, 24), não cabe “hipóteses de exclusão do direito à consulta sobre medidas que afetam os povos interessados, suas terras e seus direitos; nem de restrição por interesse público ou diminuição do escopo da consulta para mera negociação de mitigações e compensações”, sob pena de a consulta ser limitada a um “trâmite de quantificação de danos”.

A consulta se propõe a garantir o diálogo intercultural. Desse modo, “o direito à consulta prévia, livre e informada não deve ser transformado em instrumento para referendar decisões governamentais, nem em um espaço burocrático que inviabilize a participação efetiva dos sujeitos interessados” (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016, p. 37).

Entende-se por medidas legislativas que exigem consulta prévia: “projeto de lei de educação diferenciada para povos indígenas, projeto de lei que altera procedimento de titulação de territórios quilombolas etc”. (PONTES JÚNIOR, 2015, p. 104). Enquanto que as medidas administrativas compreendem “projetos hidrelétricos e minerários, planos de extração de petróleo, construção de estradas e construção de postos de atendimento diferenciado”. (PONTES JÚNIOR, 2015, p. 104).

A consulta é prévia, porque deve ser feita na fase de planejamento do projeto, plano ou medida correspondente, com suficiente antecedência ao começo das atividades de execução (PONTES JÚNIOR, 2015). A Corte IDH já esclareceu que é preciso consultar desde as primeiras etapas de planejamento da proposta, permitindo que os povos participem verdadeiramente e possam influenciar a adoção das decisões (CORTE IDH, 2012). “A inobservância da consulta prévia implica na nulidade da autorização concedida”. (PONTES JÚNIOR, 2015, p. 105).

Com base no art. 6º, 1, da Convenção nº 169, o governo tem a obrigação de consultar e demonstrar a observância de todas as suas garantias, sendo uma obrigação intransferível do Estado, não passível de delegação a terceiro ou a empresa privada, sobretudo quando a empresa for diretamente interessada na execução do projeto (CORTE IDH, 2012).

O adjetivo livre significa dizer que não deve haver qualquer pressão. Os sujeitos interessados não podem ser coagidos, quer seja pelo poder do Estado, pelo uso da força, por pressão de empresas ou pelo oferecimento de vantagens pessoais. “A decisão de um povo indígena ou tribal deve ser tomada de maneira livre, consciente e como resultado de um processo de discussão interna, de acordo com suas formas de organização, seus usos, costumes e tradições” (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016, p. 42). Ademais, conforme dispõe o art. 6º, 2, da Convenção nº 169, as consultas devem ser efetuadas de boa-fé (OIT, 1989).

O âmago da consulta é que seja informada. “O Estado deve assegurar que os povos consultados tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluindo riscos ambientais e de sobrevivência, para que a discussão ocorra com o pleno conhecimento e que o projeto seja aceito ou rejeitado de forma voluntária e consciente” (PONTES JÚNIOR, 2015, p. 106). Ou seja, é garantida a participação direta dos povos afetados na elaboração do EIA/RIMA, de maneira que o processo respeite a organização política da comunidade e possibilite sua plena compreen-

são, atentando para a diversidade linguística e valendo-se de intérpretes, caso seja necessário (PONTES JÚNIOR, 2015).

Além disso, a Corte IDH tem o entendimento no sentido de que os governos precisam garantir o caráter “culturalmente apropriado” das consultas, em conformidade “com os costumes e tradições” dos sujeitos interessados, particularmente quanto aos seus métodos tradicionais de decisão, cabendo aos próprios sujeitos decidirem sobre sua forma de representação, e não ao Estado (CORTE IDH, 2007, p. 42; GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016).

Quando um projeto afeta direitos territoriais de forma substancial, surge a figura do consentimento para legitimar a medida a ser tomada pelo governo. A Corte IDH estabeleceu, de forma genérica, ao julgar o caso *Saramaka vs. Suriname* (2007), a exigência do consentimento “nas hipóteses de grandes projetos de empreendimento que provoquem perda de território ou seu grave comprometimento no que diz respeito ao acesso, uso e gozo dos recursos fundamentais à existência física e cultural do grupo” (DUPRAT, 2015, p. 72).

A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas dispõe cinco casos em que o consentimento é exigível para que o Estado adote a medida: I) remoção dos povos indígenas (art. 10); II) privação de bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais (art. 11, 2); III) privação do território e dos recursos por meio de confisco, tomada, ocupação, utilização ou dano (art. 28, 1); IV) armazenamento ou eliminação de materiais perigosos em terras ou territórios indígenas (art. 29, 2); e V) projeto que afete as terras, territórios ou outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos (art. 32, 2) (ONU, 2007).

Em 2003, a OIT (2003, p. 16) publicou manual no qual esclarece que a “Convenção não confere aos povos indígenas e tribais o direito de veto”, isto é, “a decisão da comunidade consultada não tem o poder de simplesmente negar a iniciativa do Estado, o que não significa que o conteúdo da consulta não seja vinculante, em termos de condicionar e influenciar a decisão”. (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016, p. 45).

Em outras palavras, a consulta não é direito de veto, uma vez que, “numa sociedade plural, nenhum grupo pode ter o domínio absoluto das decisões que escapam ao seu exclusivo interesse”. (DUPRAT, 2015, p. 72).

Por outro lado, quando a consulta é realizada sem observar a relação indivíduo/terra/propriedade, o respeito à diversidade cultural e à autonomia dos povos indígenas e comunidades tradicionais ou sem garantir qualquer grau de influência na tomada de decisão governamental, tratando-se de invasão a territórios e comprometendo a existência desses grupos, o Estado termina por apenas legitimar ações ou condutas abusivas contra os direitos de povos indígenas e tribais (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016).

Nessa linha, nas hipóteses de grandes projetos de empreendimento que provoquem perda de território ou grave comprometimento aos recursos fundamentais à existência física e cultural do grupo, conforme a jurisprudência da SIDH, em especial o entendimento adotado pela Corte IDH no caso *Saramaka vs. Suriname* (2007), entende-se que aos povos indígenas e tribais é conferido o direito do veto, de natureza absoluta, considerando que os territórios ocupados por eles são espaços fundamentais para as suas culturas e seus valores espirituais (DUPRAT, 2015). De acordo com Rojas Garzón (2009), neste caso, o consentimento deve ser explícito e motivado, de maneira que o silêncio não pode ser interpretado como consentimento (GARZÓN, 2009).

Ademais, ressalta-se que não se confunde consulta prévia com oitiva constitucional e audiência pública ambiental. A oitiva constitucional trata-se de um tipo de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas em relação a uma medida legislativa, precisamente a edição de Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de minérios em terras indígenas, prevista no art. 231, § 3º, da CRFB/88, sendo a oitiva espécie do gênero consulta (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016).

Conforme preceitua Silva (2005), ao Congresso Nacional se imputou a incumbência de julgar cada situação concreta, no intuito de sopesar os direitos e interesses dos indígenas e a necessidade do aproveitamento dos recursos hídricos e potenciais energéticos, avaliando os impactos de cada caso concreto, reconhecido o princípio da prevalência dos interesses indígenas por se tratar de terras tradicionais (SILVA, 2005).

As audiências públicas ambientais fazem parte do processo de licenciamento ambiental, realizadas com o objetivo de dar publicidade ao EIA/RIMA e recolher contribuições que vão subsidiar a decisão de viabilidade socioambiental do projeto pelo órgão licenciador, no intuito de possibilitar discussões acerca do projeto e seus respectivos impactos ambientais por parte da população atingida (PONTES JÚNIOR, 2015). Seus fundamentos encontram-se na CRFB/88, na Lei nº 9.784/1999 e nas Resoluções nº 001/86 e nº 009/89 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Em poucas palavras, a consulta prévia, livre e informada deverá ocorrer, mediante procedimentos em consonância com a língua, a cultura, os costumes e a organização social de cada comunidade, quando medidas administrativas e legislativas estejam suscetíveis de afetar terras indígenas e as de comunidades tradicionais. Possui natureza procedimental, devendo ser renovada a cada fase do procedimento ambiental que agregar novas informações sobre os impactos a serem suportados e as medidas tendentes a mitigá-los e compensá-los (DUPRAT, 2015).

Desse modo, vislumbra-se que, no decorrer de todo o processo de licenciamento da UHE Belo Monte, não houve em nenhum momento sequer algum tipo de consulta prévia aos povos indígenas e comunidades tradicionais afetadas. Conforme já citado em tópico anterior, a Ação Civil Pública nº 2006.39.03.000711-8 e a ADI nº 3.573/DF foram propostas pelo MPF, justamente, com o fito de declarar nulo/inconstitucional o Decreto Legislativo nº 788/2005, uma vez que não houve a oitiva prévia aos povos indígenas pelo Congresso Nacional antes da edição do decreto de autorização.

Frise-se, também, que as audiências públicas foram consideradas como a consulta prévia prevista na Convenção nº 169 da OIT por parte do governo brasileiro. O Estado, por meio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), “alega que a consulta foi realizada no período compreendido entre 18 de agosto e 02 setembro de 2009 com os povos indígenas que estavam nas Áreas de Influência Direta e Indireta”. (AIDA *et al.*, 2010, p. 28).

No entanto, segundo os ativistas indígenas e o MPF, a FUNAI havia apenas visitado “as duas terras indígenas para apresentar brevemente o seu relatório, mas afirmou várias vezes que as reuniões não eram de consulta e que a consulta teria lugar mais tarde (as gravações e as atas das reuniões atestam isso), demonstrando a má fé no procedimento”. (AIDA *et al.*, 2010, p. 28).

3.1 O PODER VINCULANTE DA CONVENÇÃO 169 DA OIT

A Convenção nº 169 da OIT impõe aos Estados nacionais a obrigação de realizar consulta sempre que medidas administrativas ou legislativas afetem diretamente os direitos dos povos. A Convenção nº 169 é de aplicação imediata para os países que a ratificaram, ou seja, no momento após a ratificação (art. 84, VIII, da CRFB/88), não depende da “edição de decreto de execução presidencial e ordem de publicação para que irradiem seus efeitos nas ordens internacional e interna”. (MAZZUOLI, 2021, p. 197).

Predomina no STF o entendimento jurisprudencial da “supralegalidade” dos tratados de direitos humanos, isto é, conforme esse entendimento adotado pelo STF no RE 466.343-SP, a Convenção nº 169 da OIT está abaixo da CRFB/88 e acima das demais normas e leis que vigoram no país, pois se trata de um tratado internacional de direitos humanos não aprovado pelo rito do § 3º do art. 5º da CRFB/88 (SILVA, 2019).

No entanto, consoante anuncia Mazzuoli (2020, p. 767), os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sejam os aprovados pelo quórum do §3º do art. 5º da CRFB/88 ou não, têm índole e nível constitucionais e aplicabilidade imediata, haja vista as disposições nos §§1º e 2º do art. 5º da CRFB/88 que, ao estipular que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, “os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu bloco de constitucionalidade” (MAZZUOLI, 2020, p. 767).

Nesse sentido, no julgamento da ADI nº 3.239, em fevereiro de 2018, o Ministro Celso de Mello, à época, defendeu “o status constitucional da Convenção nº 169, apontando o caminho da superação do entendimento da ‘supralegalidade’ dos tratados de direitos humanos pelo STF”. (SILVA, 2019, p. 53).

Conclui-se, portanto, sob o ponto de vista hermenêutico, que a Convenção nº 169 da OIT é materialmente constitucional em razão de ser um tratado internacional que versa sobre direitos humanos, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 5º da CRFB/88 e o sistema de proteção internacional de direitos humanos ao qual o Brasil se subordina.

Significa dizer que os Estados nacionais devem adaptar sua legislação para desenvolver a Convenção dentro de seus países, o que implica em revogar todas as regras que são contrárias à Convenção e adotar as que forem necessárias para implementá-la. “Se as medidas normativas e legislativas não forem suficientes, os Estados devem tomar outras medidas, tais como a adoção de políticas públicas que levem em conta os direitos e a perspectiva dos povos indígenas”. (FUNDAÇÃO PARA O DEVIDO PROCESSO, 2018, p. 4).

Um exemplo disso é o fato de que a Convenção nº 169 é o único instrumento internacional sobre direitos indígenas que prevê um mecanismo de supervisão de sua implementação nos Estados membros da OIT (FIGUEROA, 2009). Os Estados que a ratificaram estão obrigados a apresentar relatórios anuais sobre a implementação das Convenções da OIT, os quais são examinados pela Comissão de Peritos na Aplicação das Convenções e Recomendações (CPACR) (FIGUEROA, 2009).

Nessa senda, a consulta prévia, livre e informada constitui-se como direito fundamental aos povos indígenas e comunidades tradicionais, visto que está diretamente relacionada ao direito à autodeterminação desses povos. Ou seja, não há como realizar a consulta sem reco-

nhecer os direitos, as jurisdições e as formas de organização social próprias desses povos, os quais possuem um vínculo ímpar com a terra.

Além do mais, como leciona Duprat (2015, p. 74), “o Brasil está vinculado a essa ordem internacional de proteção aos direitos humanos por força de decisão de sua própria Constituição, que determina que o Estado se regerá em suas relações internacionais com base no princípio da prevalência desses direitos (art. 4º, II)”. De acordo com a autora, esse preceito se fundamenta nas normas ampliativas do rol de direitos fundamentais constantes dos §§ 2º a 4º do art. 5º da CRFB/88 (DUPRAT, 2015).

O Estado brasileiro, desde a promulgação das Convenções de Haia em 1907 (ratificada em 1914), e especialmente com a subscrição da Carta de São Francisco (1945) de constituição das Nações Unidas, assumiu na comunidade internacional o papel de corresponsável pela promoção dos direitos humanos (DUPRAT, 2015). Ademais, a CRFB/88, ao dedicar um capítulo específico para os indígenas, reconhece a sociedade nacional como plural, a qual tem no seu interior uma pluralidade de povos com direito a viverem as vidas como eles próprios entendem que devam viver (DUPRAT, 2009).

Dessa maneira, foram cometidas diversas ilegalidades no Caso Belo Monte, desde a ausência de oitiva constitucional para a edição do decreto legislativo autorizativo, perpassando pelas audiências públicas, a ausência de cumprimento das condicionantes para a expedição das licenças e o imbróglio no cenário internacional. O Estado brasileiro se mostrou como grande violador de direitos humanos, na medida que não garantiu - e se omitiu em garantir - o direito à vida, à terra, à cultura e às tradições dos povos indígenas e das comunidades tradicionais afetadas. Assim agindo, ignorou por completo o entendimento da Corte IDH acerca da construção de grandes empreendimentos em terras indígenas.

4. A CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA EM OUTROS DIPLOMAS INTERNACIONAIS E NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

Além da Convenção nº 169 da OIT, a consulta livre, prévia e informada também está prevista na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas tem como grande virtude o fato de reunir, num único instrumento da Organização das Nações Unidas (ONU), um conjunto de direitos anteriormente reconhecidos, desta vez sob a perspectiva dos povos e pessoas indígenas. Já a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, aprovada e elaborada no âmbito da OEA, constitui um importante marco para a proteção dos povos indígenas da América, uma vez que passa a orientar as atividades dos Estados e dos órgãos de monitoramento do SIDH no que tange aos direitos desse grupo de pessoas (MAZZUOLI, 2021).

No entanto, sob o ponto de vista estritamente jurídico, ambas Declarações são instrumentos de *soft law*, portanto, não têm força vinculante para os Estados por serem destituídas da natureza jurídica de tratado.

Ou seja, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas não têm força jurídica obrigatória, enquadrando-se naquilo que se convencionou chamar de *soft law* ou *droit doux* (CAMPELLO; GOMES, 2018). Sendo assim, teriam por finalidade regulamentar futuros comportamentos dos Estados, porém, sem deterem o status de “norma jurídica”, na medida em que não possuem sanções para o caso de descumprimento ou inobservância de seu texto, exceto as de natureza moral (MAZZUOLI, 2011, p. 324 apud CAMPELLO; GOMES, 2018, p. 307).

Apesar disso, a Corte IDH vem produzindo extensa jurisprudência no sentido de assegurar o direito à consulta prévia, livre e informada das medidas que afetem os povos indígenas.

Como já citado, a Corte IDH estabeleceu, a partir do julgamento do caso Saramaka vs. Suriname (2007), uma distinção entre consulta e consentimento, “com exigência desse último nas hipóteses de grandes projetos de empreendimento que provoquem perda de território ou seu grave comprometimento no que diz respeito ao acesso, uso e gozo dos recursos fundamentais à existência física e cultural do grupo”. (DUPRAT, 2015, p. 72).

No caso Sarayaku vs. Equador (2012), “a Corte IDH desqualificou as reuniões conduzidas pela empresa empreendedora enquanto reunião de consulta prévia, enfatizando que este processo deve ser coordenado pelo Estado”. (BRASIL, 2019, p. 492). E, ainda, sublinhou que “o descumprimento dessa obrigação, ou a realização da consulta sem observar suas características essenciais, comprometem a responsabilidade internacional dos Estados”. (CORTE IDH, 2012, p. 55; BRASIL, 2019, p. 493).

No julgamento do caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, a Corte IDH confirmou o direito ao território coletivo que os povos indígenas têm tradicionalmente usado e ocupado (MAZZUOLI, 2021), entendendo ter o Estado “a obrigação de adotar medidas especiais para reconhecer, respeitar, proteger e garantir a seus integrantes o direito de propriedade comunal relativo a esse território”. (CORTE IDH, 2015a, p. 125).

No tocante ao caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras (2015), a Corte IDH fixou que, em relação a desenvolvimento, investimento, exploração ou extração em territórios tradicionais, o Estado, além de efetuar um processo adequado e participativo de consulta, deve realizar um estudo prévio de impacto ambiental e social; e, quando for o caso, compartilhar de maneira razoável os benefícios que decorram da exploração dos recursos naturais (CORTE IDH, 2015b, p. 66).

A Corte IDH, ademais, ampliou seu entendimento sobre “os direitos de reparação material e imaterial, e no que se refere a povos indígenas e tribais, considerando para além dos danos coletivos socioambientais, os danos morais coletivos e danos espirituais”. (SILVA, 2017, p. 213).

Dessa forma, é patente que o Estado brasileiro não adotou os posicionamentos tomados pela Corte IDH quanto aos mecanismos de consulta aos povos indígenas e comunidades tradicionais, no que concerne ao caso Belo Monte. Dessa maneira, se omitiu em assegurar o direito à consulta prévia e, conseqüentemente, os direitos fundamentais desses povos, todos previstos em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, o que enseja a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violação de direitos humanos.

5. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades, previstos em normas internacionais, que garantem a dignidade da pessoa humana e beneficiam-se de garantias internacionais institucionalizadas (RAMOS, 2004).

Segundo Flávia Piovesan (2006), em razão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional, isto é, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva.

Nessa esteira, a responsabilidade internacional do Estado revela-se numa ideia de que “os Estados estão vinculados ao cumprimento daquilo que assumiram no cenário internacional, devendo observar seus compromissos de boa-fé e sem qualquer prejuízo aos outros sujeitos do direito das gentes e às pessoas sujeitas a sua jurisdição”. (MAZZUOLI, 2021, p. 38). Constitui-se, por conseguinte, “para parte da doutrina, em uma obrigação internacional de reparação em face de violação prévia de norma internacional”. (RAMOS, 2004, p. 54).

Com isso, a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos consiste em que, uma vez violados direitos voltados para a proteção dos indivíduos e a consolidação da dignidade humana, os Estados obrigados para com o Direito Internacional dos Direitos Humanos devem reparar o prejuízo causado.

Não importa se houve culpa, basta que a violação de direitos humanos tenha resultado de um descumprimento por parte de um Estado, de forma direta ou indireta, com suas obrigações assumidas, sendo, portanto, a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos de natureza objetiva.

Desse modo, é possível a responsabilização internacional do Estado Brasileiro, perante o SIDH, por violação do direito à consulta prévia, livre e informada no caso Belo Monte, tendo em vista todas as irregularidades até aqui narradas que estão em desconformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Convém salientar que a Corte IDH, mediante interpretação evolutiva do artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), definiu o direito à consulta prévia, livre e informada como “princípio geral do Direito Internacional” (CORTE IDH, 2012; GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016). “A jurisprudência do SIDH reforçou a necessidade de os Estados realizarem processos de consulta especiais e diferenciados, com respeito à organização social de cada povo ou comunidade tradicional”. (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016, p. 8)

Além disso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos impõe, orientado pelo princípio *pro homine*, que seja aplicada norma ou interpretação mais favorável quando se tratar de reconhecer direitos protegidos, mas também inversamente “la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”. (PINTO, 1997, p. 163 apud BIJOS; MELO, 2016, p. 29).

A Corte IDH, por fim, tem clara jurisprudência no sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por todo e qualquer ato ou omissão de qualquer poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou órgão do Estado que viole direitos internacionalmente consagrados (RAMOS, 2004).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consulta prévia, livre e informada constitui-se como direito fundamental aos povos indígenas e comunidades tradicionais. Consultar as comunidades indígenas afetadas, por todas às vezes em que medidas administrativas e legislativas estejam suscetíveis de afetá-los diretamente é o mínimo que um Estado pode fazer para respeitar os direitos à vida, à terra, aos costumes e à cultura dos povos indígenas.

Consiste na obrigação de um Estado de promover um processo em que os povos indígenas tenham conhecimento sobre os riscos ambientais de um determinado empreendimento, possam influenciar na tomada de decisões do projeto e escolherem sobre a sua forma de representação e a metodologia a qual será abordada no processo, respeitando a organização política da comunidade e possibilitando a plena compreensão a todos os envolvidos.

Nesse contexto, o Brasil vincula-se ao sistema internacional de direitos humanos, por força de sua própria CRFB/88, a qual estabelece que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e rege-se, no âmbito das relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos e autodeterminação dos povos (BRASIL, 1988).

Desse modo, a Convenção nº 169 da OIT, que prevê o direito à consulta prévia, quando de sua ratificação pelo Brasil, passou a ser de observância obrigatória para o país, de maneira que o Estado Brasileiro passou a ter o dever de adaptar a legislação nacional em conformidade com a convenção e de adotar as medidas normativas e políticas públicas necessárias para implementá-la.

Todavia, no tocante ao caso da construção da UHE Belo Monte na Volta Grande do rio Xingu, observa-se que o Estado brasileiro se omitiu em garantir mecanismos que possibilitam o exercício do direito de consulta prévia pelos povos indígenas. O Estado brasileiro não realizou a oitiva constitucional das comunidades indígenas antes da edição do decreto autorizativo e não respeitou os ditames legais para a realização das audiências públicas. Além disso, descumpriu as condicionantes para a expedição das licenças ambientais, além de descumprir a medida cautelar concedida pela CIDH. E isso tudo, apesar das diversas ações civis públicas ajuizadas na tentativa de assegurar a consulta prévia.

A própria OIT, por meio de um relatório da Comissão de Especialistas em Aplicação de Convenções e Recomendações divulgado em 3 de março de 2012, reconheceu que “o governo brasileiro deveria ter realizado as oitivas indígenas nas aldeias impactadas por Belo Monte antes de qualquer intervenção que possa afetar seus bens e seus direitos”. (OIT..., 2012).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, a propósito, estabelece, pelo princípio *pro homine*, que sempre há de ser encontrada a solução mais benéfica ao ser humano sujeito de direitos diante um caso concreto, bem como que sua razão de ser é de justamente oferecer uma

garantia subsidiária e mínima aos indivíduos, em especial àqueles que estão a todo momento tendo seus direitos violados.

Assim sendo, a responsabilização internacional do Estado Brasileiro, perante a SIDH, por violação do direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas afetados pela UHE Belo Monte é possível. E mais: talvez seja a medida derradeira para reparar os inumeráveis danos daí decorrentes.

REFERÊNCIAS

AIDA *et al.* **Solicitação de Medidas Cautelares em favor de Comunidades tradicionais da bacia do rio Xingu, Pará, Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** 11 nov. 2010 [s.n.t.].

ALBUQUERQUE, Sofia Frota. **O Direito Indígena de Consulta Prévia no Brasil:** um estudo do caso Belo Monte. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/28056>. Acesso em: 13 maio 2021.

BIJOS, Leila; MELO, Cristina Nascimento de. Demarcação de Terras Indígenas e Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Responsabilidade do Estado por Ato Judicial. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 23-38, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA.** Nota à imprensa nº 142. Brasília, 2011. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/solicitacao-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-da-oea. Acesso em: 2 jun. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, População Indígena e Comunidades Tradicionais. **Manual de jurisprudência dos direitos indígenas.** Brasília: MPF, 2019. <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.017736-8/PA. Quinta Turma. Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, 13 dez. 2006. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200601000177368&pA=200601000177368&pN=17006452006401000>. Acesso em: 12 maio 2021.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; GOMES, Jeovane da Silva. Os direitos de consulta e participação dos povos indígenas e a prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 3, n. 52, p. 300-323, 2018.

CIDH – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil.** 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

CONSÓRCIO Norte Energia vence leilão para a construção da usina de Belo Monte. **G1**, 20 abr. 2010. Jornal Nacional. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/04/consorcio-norte-energia-vence-leilao-para-construcao-da-usina-de-belo-monte.html>. Acesso em: 13 maio 2021.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.** Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Pueblos Kaliña e Lokono vs. Surinam.** Sentencia Serie C, n. 185, 2015a (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras.** Sentencia Série C, n. 304, 2015b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 4 jun. 2022.

CRUZ, Débora. Ibama concede licença para operação de Belo Monte. **G1**, Brasília, 24 nov. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/11/ibama-concede-licenca-para-operacao-de-belo-monte.html>. Acesso em: 28 maio 2021.

DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: DUPRAT, Deborah (Org.). **Convenção 169 da OIT e os estados nacionais.** Brasília: ESMPU, 2015. p. 53-78. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf. Acesso em: 3 jun. 2022.

DUPRAT, Deborah. A importância da Convenção 169 da OIT na garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. p. 66-73.

ELETROBRÁS. **Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte:** Relatório de Impacto Ambiental - Rima, 2009. Disponível em: https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/geracao/belo_monte/Rima-AHE-Belo-Monte.pdf. Acesso em: 6 maio 2021.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. p. 13-48.

FUNDAÇÃO PARA O DEVIDO PROCESSO. **Manual para defender os direitos dos povos indígenas e tradicionais.** Washington D.C., 2018. Disponível em: https://www.dplf.org/sites/default/files/povos_indigenas_web_c.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.

GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.** Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas(Org). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009, p. 13-48.

GLASS, Verena. Construtora de Belo Monte descumpre condicionantes socioambientais e Ibama não pune. **Repórter Brasil**, 8 fev. 2013. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2013/02/construtora-de-belo-monte-descumpre-condicionantes-socioambientais-ibama-nao-pune/#:~:text=Al%C3%A9m%20de%20n%C3%A3o%20aplicar%20medidas,lavra%20de%20ouro%20por%2012>. Acesso em: 21 maio 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

IBAMA libera Licença de Instalação para Belo Monte às vésperas do Dia Mundial do Meio Ambiente. In: MOVIMENTO Xingu Vivo para Sempre. 1 jun. 2011. Disponível: <https://xinguvivo.org.br/2011/06/01/ibama-libera-licenca-de-instalacao-para-belo-monte-as-vesperas-do-dia-mundial-do-meio-ambiente/>. Acesso em: 28 maio 2021.

KRÜGER, Ana. Belo Monte ativa última turbina da hidrelétrica em cerimônia com a presença de Bolsonaro. **G1**, Brasília, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/27/belo-monte-ativa-ultima-turbina-da-hidreletrica-em-cerimonia-com-a-presenca-de-bolsonaro.ghtml>. Acesso em: 18 maio 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MONTEIRO, Roberta Amanajas; GIMENEZ, Heloisa Marques. O direito à consulta dos povos indígenas no caso da UHE de Belo Monte: um olhar à luz da perspectiva decolonial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24, 2015,

Aracajú. **Anais Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/phc1kv31/q9Ub6B6Bn2790sx6.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2022.

NORTE ENERGIA S.A. **UHE Belo Monte, 2014**. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/40614757/paper-belo-monte-dezembro>. Acesso: 2 jun. 2022.

OIT diz que governo violou Convenção 169 no caso de Belo Monte. *In*: MOVIMENTO Xingu Vivo para Sempre. 5 mar. 2012. Disponível em: <https://xinguvivo.org.br/2012/03/05/oit-diz-que-governo-violou-convencao-169-no-caso-de-belo-monte/>. Acesso em: 26 maio 2021.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**, 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%20C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 2 jun. 2022.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convênio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual**. Genebra: OIT, 2003. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100764.pdf. Acesso em: 6 jun. 2022.

OLIVEIRA, Nielmar de. Lobão critica OEA por ingerência em Belo Monte. **Agência Brasil**, 6 abr. 2011. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2011-04-06/lobao-critica-oea-por-ingerencia-em-belo-monte>. Acesso em: 28 maio 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, de 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 3 jun. 2022.

PEREIRA, Giovana Agútoli. **Dever de Consulta aos Povos Indígenas e Tradicionais**: análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores e Regionais Brasileiros. Monografia - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/03/GiovanaAgutoli.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES JÚNIOR, Felício. Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações. *In*: DUPRAT, Deborah (Org.). **Convenção 169 da OIT e os estados nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf. Acesso em: 3 jun. 2022.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; RIBEIRO, Luana Isis. Entre os Direitos Humanos e a pressão política: o caso Belo Monte no Sistema Interamericano. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, v. 2, n. 4, p. 107-142, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/3350> Acesso em: 6 jun. 2022.

PROCESSOS caso Belo Monte. Procuradoria Regional da 1ª Região. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/regiao1/sala-de-imprensa/docs/tabela-belo-monte/view>. Acesso em: 14 maio 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RIBEIRO, Thayana; LOSURDO, Federico. A autodeterminação e o direito dos povos indígenas à consulta prévia no ordenamento brasileiro e no internacional: análise do caso da Hidrelétrica Belo Monte. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 3, n. 2, p. 78-98, 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/2514>. Acesso em: 6 jun. 2022.

SENA, Beatriz Veríssimo de. **Reexame judicial de políticas públicas**: caso da construção da Usina Belo Monte. 2012. 44 p. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/124>. Acesso em: 11 maio 2021.

SICILIANO, André Luiz. **O caso Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: uma análise em dois níveis**. *In*: III Simpósio de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Programa “San Tiago Dantas” (UNESP, UNICAMP e PUC/SP), 3, 2011, São Paulo. *Anais...* Disponível em: https://www.academia.edu/3264486/O_CASO_

DE_BELO_MONTE_NA_COMISS%C3%83O_INTERAMERICANA_DE_DIREITOS_HUMANOS_AN%C3%81LISE_EM_DOIS_N%C3%8DVEIS. Acesso em: 6 jun. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Liana Amin Lima da. **Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina**: re-existir e co-existir. 2017. 329 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

SILVA, Liana Amin Lima da. Sujeitos da Convenção n° 169 da Organização internacional do Trabalho (OIT) e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI). In: GLASS, Verena et al. (Org). **Protocolos de Consulta Prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 47-107.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A Força Vinculante do Protocolo de Consulta. In: GLASS, Verena et al. (Org). **Protocolos de Consulta Prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 19-45.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

TAULI-CORPUZ, Victoria. Prólogo. In: HUACO PALOMINO, Marco Antonio. **Los trabajos preparatorios del Convenio n° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales em Países Independientes**. Bolívia: Editora Presencia S.R.L, 2015.

VALLE, Raul Silva Telles do. STF extingue ação contra Belo Monte. **Rota Brasil Oeste**, 2005. Disponível em: <http://www.brasiloeste.com.br/2005/12/usina-belo-monte-4/>. Acesso em: 10 maio 2021.

VENTURA, Deisy; CETRA, Ortiz Raísa. O Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos: de Maria da Penha a Belo Monte. In: FILHO, José Calos Moreira da Silva; TORELLY, Marcelo (Orgs.). **Justiça de transição nas Américas**: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2014/02/ventura-cetra-o-brasil-e-o-sidh-2012-21.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

VIEIRA, Flávia do Amaral. **Direitos Humanos e Desenvolvimento na Amazônia**: Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2015. 243 p. Dissertação (mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/135654>. Acesso em: 4 maio 2021.

VILLAS-BÔAS, André; GARZÓN, Biviany Rojas; REIS, Carolina; AMORIM, Leonardo; LEITE, Letícia. **Dossiê Belo Monte**: Não há condições para a Licença de Operação. Instituto Socioambiental, 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/dossie-belo-monte-site.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

ZUGMAN, Daniel Leib. O dever de consulta aos povos indígenas e a construção da Usina de Belo Monte. **Revista Discente DIREITO GV – redGV**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 94-106, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdiscentegv/article/view/19610>. Acesso em: 4 maio 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 18/09/2022
- Avaliação 2: 08/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 08/10/2022
- Retorno rodada de correções: 20/10/2022
- Decisão editorial/aprovado: 23/10/2022

Equipe editorial envolvida

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