



UNIVERSIDADE
FUMEC

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 18 | 2023
Número 1

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

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

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

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

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

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

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

REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

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

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

NÚCLEO DE APOIO À REVISTA MERITUM

Luisa Monteiro de Paula (PPGD/FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

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

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

Fernanda Paloma Faria Lima

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. 18, no. 1
(jan./abr. 2023)- . - 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

AS INICIATIVAS DA ONU PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DAS
EMPRESAS TRANSNACIONAIS VIOLADORAS DE DIREITOS HUMANOS9
*UN INITIATIVES FOR THE ACCOUNTABILITY OF TRANSNATIONAL
CORPORATIONS THAT VIOLATE HUMAN RIGHTS*

Gabriel Pedro Moreira Damasceno

DIÁLOGO E SENSIBILIDADE EM DAVID BOHM E LUIS ALBERTO WARAT:
CONTRIBUTOS PARA A SENSIBILIZAÇÃO JURÍDICA21
*DIALOGUE AND SENSITIVITY IN DAVID BOHM AND LUIS ALBERTO
WARAT: CONTRIBUTIONS TO LEGAL SENSITISATION*

Ricardo de Macedo Menna Barreto

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS POR AGENTES DE PEQUENO PORTE:
A GOVERNANÇA E AS BOAS PRÁTICAS COMO ESTRATÉGIAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD35
*THE PROTECTION OF PERSONAL DATA BY SMALL AGENTS: GOVERNANCE
AND GOOD PRACTICES AS STRATEGIES FOR IMPLEMENTATION OF LGPD*

Rosane Leal da Silva

Raonny Canabarro Costa da Silva

Katiele Daiana da Silva Rehbein

A (IN)EFICIÊNCIA DO CONSENTIMENTO COMO BASE LEGAL DO DIREITO
À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA LEI 13.709/201855
*THE (IN)EFFICIENCY OF CONSENT AS THE LEGAL BASIS OF THE RIGHT TO
PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE CONTEXT OF LAW 13.709/2018*

Elísio Augusto Velloso Bastos

Yasmin Laise Pires Pereira

A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO E OS HIPERVULNERÁVEIS IDOSOS: O CAMINHO
DA REEDUCAÇÃO DA SOCIEDADE DO HIPERCONSUMISMO E O COMBATE À EXCLUSÃO DO
CONSUMIDOR IDOSO SUPERENDIVIDADO77
*THE OVER-INDEBTEDNESS LAW AND THE ELDERLY HYPERVULNERABLE PEOPLE:
THE PATH OF RE-EDUCATION OF THE HYPER-CONSUMERISM SOCIETY AND THE FIGHT
AGAINST THE EXCLUSION OF OVER-INDEBTED ELDERLY CONSUMERS*

Luciana de Carvalho Tajra

Fábio Campelo Conrado de Holanda

A MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS E O ACORDO DE ESCAZÚ: A CONSTRUÇÃO DE
DECISÕES AMBIENTAIS DEMOCRÁTICAS SOB O PRISMA DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO
PROCESSO92
*MINING IN INDIGENOUS LAND AND THE ESCAZÚ AGREEMENT: THE CONSTRUCTION OF DEMOCRATIC
ENVIRONMENTAL DECISIONS THROUGH THE PRISM OF THE TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO*

Marcos Paulo Andrade Bianchini

Giselle Marques de Araújo

Ademir Kleber Morbeck de Oliveira

O DESENVOLVIMENTO E A PRESERVAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS109
THE DEVELOPMENT AND THE PRESERVATION OF MINERAL RESOURCES

Cleide Calgaro

Carine Marina

Kamilla Machado Ercolani

CONSTRUÇÃO DA PAZ: A MAGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA RACIONALIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	121
<i>PEACEBUILDING: THE MAGIC OF RESTORATIVE JUSTICE IN THE RATIONALITY OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW</i>	
Lenice Kelner Giordani Alexandre Colvara Pereira	
A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM HOLDING FAMILIARES	136
<i>MEDIATION AND ARBITRATION AS RESOLUTION MECHANISMS CONFLICTS IN FAMILY HOLDING</i>	
Natália Murad do Prado Schmidt Paulo Márcio Reis Santos	
PODEMOS FALAR EM “CRISE DA DEMOCRACIA BRASILEIRA”? DAS POSSÍVEIS CAUSAS E PROPOSTAS PARA O FORTALECIMENTO DEMOCRÁTICO	150
<i>CAN WE TALK ABOUT A “BRAZILIAN DEMOCRACY CRISIS”? POSSIBLE CAUSES AND PROPOSALS FOR DEMOCRATIC STRENGTHENING</i>	
Gabriela Möller Cristhian Magnus De Marco	
A FINITUDE NA PERSPECTIVA DE UM NOVO CONCEITO JURÍDICO DE VIDA E SUA CONEXÃO COM A POESIA DE GÊNESIS.....	170
<i>THE AUTONOMY OF FINITUDE WITHIN THE PERSPECTIVE OF A NEW LEGAL CONCEPT OF LIFE AND ITS CONNECTION WITH THE POEM OF GENESIS</i>	
Gabriela Oliveira Freitas Claudio Cardoso Nogueira	
OS QUATRO ANOS DA VIGÊNCIA DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E OS AVANÇOS RELACIONADOS A ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS NO ÂMBITO DO BRASIL.....	188
<i>THE FOUR YEARS OF ECONOMIC FREEDOM LAW AND ADVANCES RELATED TO THE PREPARATION OF BUSINESS CONTRACTS WITHIN BRAZIL</i>	
Luis Ricardo Bykowski dos Santos Rogério Mollica	
A CONSTRUÇÃO DAS SUBJETIVIDADES TRANS* E O DIREITO: REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE UM “DIREITO FUNDAMENTAL À HORMONIZAÇÃO”	208
<i>THE CONSTRUCTION OF TRANS* SUBJECTIVITIES AND THE LAW: REFLECTIONS ON THE POSSIBILITY OF A “FUNDAMENTAL RIGHT TO HORMONIZATION”</i>	
Caroline Barbosa Contente Nogueira Gabriel Henrique Pinheiro Andion	
A REGULAÇÃO DO TELETRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO: REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS E NECESSÁRIAS	230
<i>THE REGULATION OF TELEWORK IN BRAZILIAN LAW: CONTEMPORARY AND NECESSARY REFLECTIONS</i>	
Cláudio Jannotti da Rocha Lucas Marreiro Poltronieri	
POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19: O ISOLAMENTO SOCIAL E AS CONSEQUÊNCIAS PARA PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO.....	248
<i>EDUCATIONAL PUBLIC POLICIES IN TIMES OF THE COVID-19 PANDEMIC: SOCIAL ISOLATION AND CONSEQUENCES TO EDUCATION PROFESSIONALS</i>	
Thalita Hage Vinicius Gomes Casalino	

UMA ANÁLISE DA IMPLANTAÇÃO DA LICENCIATURA TEKÓ ARANDU NA UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS (UFGD) COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO À EDUCAÇÃO DIFERENCIADA INDÍGENA.....264

AN ANALYSIS OF THE DEPLOYMENT OF THE TEKÓ ARANDU LICENSE IN THE FEDERAL UNIVERSITY OF GRANDE DOURADOS (UFGD) AS AN INSTRUMENT TO PROMOTE INDIGENOUS DIFFERENTIATED EDUCATION

Julia Thais de Assis Moraes
Silvia Araújo Dettmer

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OPINIÃO PÚBLICA:
A ATUAÇÃO DA MÍDIA NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS DO PRESIDENTE LULA279

SUPREME COURT AND PUBLIC OPINION: THE MEDIA PERFORMANCE IN LULA'S HABEAS CORPUS TRIAL

Ingrid Thayná de Freitas Acácio
Tainah Simões Sales

GARANTINDO DIREITOS E ADJUDICANDO SOLUÇÕES:
POR UMA ANÁLISE JURÍDICA E ECONÔMICA DO SISTEMA DE JUSTIÇA.....295

GUARANTEEING RIGHTS AND AWARDDING SOLUTIONS: TOWARDS A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS OF THE JUSTICE SYSTEM

Rogério Borba
Rafael de Oliveira Monaco

Resenhas

RESENHA DO LIVRO: VELHOS SÃO OS OUTROS, DE ANDREA MACIEL PACHÁ. RIO DE JANEIRO: INTRÍNSECA, 2018308

BOOK REVIEW: OLD ARE THE OTHERS, BY ANDREA MACIEL PACHÁ. RIO DE JANEIRO: INTRÍNSECA, 2018

Danielly Borguezan
Sandro Luiz Bazzanella
Débora Góes

Comentários Jurisprudenciais

O EFEITO BACKLASH NO CASO DO INQUÉRITO 4.781314
THE BACKLASH EFFECT IN THE CASE OF INQUIRY 4.781

Diogo Paiva Pessanha
Paulo Roberto dos Santos Corval

EDITORIAL

Nesta edição 1 de 2023, constam artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 18, 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.

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

AS INICIATIVAS DA ONU PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS VIOLADORAS DE DIREITOS HUMANOS

UN INITIATIVES FOR THE ACCOUNTABILITY
OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS
THAT VIOLATE HUMAN RIGHTS

GABRIEL PEDRO MOREIRA DAMASCENO¹

RESUMO

A responsabilização de empresas transnacionais – ETNs – por violações de direitos humanos tem sido um dos grandes desafios enfrentados na contemporaneidade. Em razão da compreensão de que o mundo globalizado superou compreensões de mundo limitadas às dicotomias local/global; local/nacional; nacional/internacional, a busca por esta responsabilização tem ocorrido no direito internacional, especialmente no âmbito onusiano. A presente pesquisa pretendeu compreender quais são as iniciativas da Organização das Nações Unidas – ONU que buscam a promoção da responsabilização das ETNs em casos de violação de direitos humanos. Para tanto buscou-se compreender, por meio de uma abordagem dialética, em razão da compreensão de que o problema necessita ser entendido a partir da compreensão qualitativa da estrutura atual do Direito Internacional. Quanto a análise de objetivos, esta foi realizada de forma exploratória. Foram utilizadas como procedimentos as ferramentas bibliográfica e documental. Serão apresentadas as respostas promovidas dentro da atual configuração da busca por esta responsabilização em contexto global, em especial, no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Palavras-chave: empresas transnacionais; responsabilização internacional; Organização das Nações Unidas; violação de direitos humanos.

ABSTRACT

The accountability of transnational companies - TNCs - for human rights violations has been one of the great challenges faced in contemporary times. Due to the understanding that the globalized world has overcome understandings of the world limited to local/global; local/national; national/international dichotomies, the search for this accountability has taken place in international law, especially in the United Nations - UN context. The present

1 Estágio Pós-Doutoral em Direito andamento pela UFU. Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN - Centro de Estudos em Direito Internacional. Atualmente é professor nos Cursos de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros/UNIMONTES, do Centro Universitário UNIFIPMoc e do Centro Universitário FUNORTE. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Direitos Humanos - NEADH/FUNAM. Co-Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Direito Internacional Crítico - DICRÍ/UFU. Membro do Núcleo de Direitos Humanos - NDH/UNISINOS. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7263042388229396>

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

DAMASCENO, Gabriel Pedro Moreira. As iniciativas da ONU para a responsabilização das empresas transnacionais violadoras de direitos humanos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 9-20, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9362>.

research intended to understand which are the initiatives of the UN that seek to promote the accountability of TNCs in cases of human rights violations. Therefore, we sought to understand, through a dialectical approach, due to the understanding that the problem needs to be understood from the qualitative understanding of the current structure of International Law. As for the analysis of objectives, this was carried out in an exploratory way. Bibliographic and documentary tools were used as procedures. The responses promoted within the current configuration of the search for this accountability in a global context will be presented, in particular, within the scope of the UN Human Rights Council.

Keywords: *transnational companies; international accountability; United Nations Organization; violation of human rights.*

1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios atualmente enfrentados pelas vítimas de violação de direitos humanos concerne à ausência de normas efetivas de responsabilização de empresas transnacionais – ETNs quando elas são responsáveis por tais violações. Os movimentos e as contradições do mundo globalizado já vêm demonstrando a superação de uma visão de mundo limitada às dicotomias local/global; local/nacional; nacional/internacional e, por esta razão, a busca por esta responsabilização tem ocorrido no direito internacional, oriunda, principalmente, da luta de Estados do Sul Global no âmbito Organização das Nações Unidas – ONU, ainda sem sucesso.

Nas últimas décadas, a expansão das ETNs tem aumentado de forma exponencial, principalmente em razão do desenvolvimento tecnológico e da porosidade das fronteiras estatais, que permitiram a criação de filiais e sedes de produção ao redor do globo. No geral, essas empresas têm buscado se instalar em Estados do Sul Global, em razão da flexibilização das normas de proteção aos Direitos Humanos.

De forma rotineira, as pessoas do Sul Global veem seus direitos sendo violados por ETNs, todavia não alcançam a responsabilização dessas empresas internamente, uma vez que o poder econômico exercidos localmente pelas ETNs acaba por favorecer sua impunidade.

Assim, muitos pensadores têm buscado compreender estes fenômenos, afinal, esse novo cenário impacta, diariamente, não apenas os Estados, mas diversos âmbitos da vida de indivíduos no seu interior, percebendo-se, desta forma, que o direito internacional não é um campo longínquo e restrito à atuação de diplomatas, mas que tem interferência no bem-estar e nos direitos do ser humano.

Portanto, esta pesquisa pretende responder ao questionamento: quais são as iniciativas da ONU que buscam a promoção da responsabilização das ETNs em casos de violação de direitos humanos?

Para tanto buscou-se compreender, por meio de uma abordagem dialética, em razão da compreensão de que o problema necessita ser entendido a partir da compreensão qualitativa da estrutura atual do Direito Internacional. Quanto a análise de objetivos, esta foi realizada de forma exploratória. Foram utilizadas como procedimentos as ferramentas bibliográfica e documental. Serão apresentadas as respostas promovidas dentro da atual configuração da busca por esta responsabilização em contexto global, em especial, no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

2. O SURGIMENTO DO PACTO GLOBAL

De acordo com Surya Deva (2012), iniciou-se uma nova fase que transcorreu de 1993 a 2005. Durante esta fase, verifica-se uma maior pressão da sociedade civil, tanto por meio dos movimentos sociais, quanto pela ação das organizações não governamentais, contribuindo-se para a retomada de debates acerca da criação de um instrumento normativo internacional para regular as atividades das ETNs (Saldanha, 2019).

Nessa fase, segundo Piovesan e Gonzaga (2018), a agenda sobre Responsabilidade Social Empresarial (RSE) – Corporate Social Responsibility (CSR) se fortaleceu. Referida agenda é compreendida como um conjunto variado de princípios, diretrizes, valores e práticas compartilhadas que objetivam ressignificar o papel das empresas sobre o bem-estar mais amplo das pessoas e da sociedade.

Em 1999, durante o Fórum Econômico Mundial (Fórum de Davos) o então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, anunciou o chamado Pacto Global, lançado pela ONU no ano 2000. Conforme apontado por Benedetti (2018), o Pacto Global é um documento aberto à adesão empresarial com compromissos a serem assumidos por empresas na área de direitos humanos, trabalho e meio ambiente, contendo dez princípios² (inicialmente eram nove, porém, em 2004, foi acrescentado um décimo princípio sobre combate à corrupção).

Entre as razões que motivaram a adoção do Pacto Global estariam a necessidade de se resgatar a experiência frustrada da UNCTC; o crescimento das preocupações sobre o aumento da pobreza mundial e das violações de direitos humanos ocorridas na década de noventa realizadas por meio de políticas neoliberais; e a necessidade de combater a crise financeira enfrentada pela ONU, diversificando suas fontes de financiamento, através do estreitamento das relações entre a organização e mundo corporativo (Benedetti, 2018).

Tarantini e Carneiro (2018) consideram o Pacto Global da ONU como a maior iniciativa de responsabilidade social corporativa do mundo, possuindo o papel fazer com que as empresas alinhem suas operações e estratégias aos dez princípios enunciados, tomando ações para avançar e apoiar metas mais globais das Nações Unidas, como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) - que serão apresentados a seguir –, através de inovação e parcerias.

O Pacto Global tem sua sede em Nova York e, contemporaneamente, possui atuação global por meio de cerca de 85 redes locais. A Rede Brasil do Pacto Global, com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), possui mais de setecentos signatários, sendo a quarta maior rede local do mundo e a maior rede nas Américas.

Ocorre que, apesar da repercussão positiva da adoção de códigos de conduta, diretrizes e declarações e da celebração de pactos empresariais sobre direitos humanos, em razão de a adesão ser espontânea por parte das empresas, a prática realizada é criticada por abordar a observância a direitos humanos como uma escolha livre, excluindo-se uma grande quantidade de empresas que optam por adotá-los (Benedetti, 2018). Ademais, a ausência de órgãos res-

2 “1) As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente; 2) Assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos; 3) As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; 4) A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; 5) A abolição efetiva do trabalho infantil; 6) Eliminar a discriminação no emprego; 7) As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais; 8) Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; 9) Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis; e 10) As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina” (Pacto Global, s.d.).

ponsáveis pelo monitoramento dos compromissos assumidos com competência para exigir seu cumprimento – ou seja, ausência de *enforcement* – esses documentos acabam por assumir um caráter de meras aspirações ou, até mesmo, tornam-se ferramentas de estratégias de “marketing” responsáveis por produzir uma boa imagem da empresa (Benedetti, 2018).

3. O MARCO PROTEGER, RESPEITAR E REPARAR SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Em busca de instrumentos mais eficazes, o debate sobre a responsabilização internacional das ETNs violadoras de direitos humanos retornou à arena multilateral em 2002, quando a Subcomissão sobre a Promoção e Proteção de Direitos Humanos (órgão de assessoria da antiga Comissão de Direitos Humanos) se predispôs a elaborar parâmetros de observância de direitos humanos aplicáveis a corporações transnacionais e outras empresas, divulgando a minuta intitulada *Normas sobre as responsabilidades de Corporações Transnacionais e outras Empresas em relação a Direitos Humanos*. A proposta atribuía responsabilidade primária aos Estados de assegurar que as corporações transnacionais e outras empresas respeitassem direitos humanos, porém, também estipulava às empresas a obrigação de respeitar, garantir o respeito, prevenir abusos e promover direitos humanos. Ocorre que, em 2004, a Comissão de Direitos Humanos rejeitou referida proposta (Benedetti, 2018).

Em 2005, a Comissão de Direitos Humanos adotou em 2005 a Resolução 2005/69³, solicitando ao Secretário-Geral das Nações Unidas (SGNU) a designação um “Representante Especial sobre a Questão dos Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e outras empresas”. A resolução mencionava que o referido especialista deveria: identificar e esclarecer os padrões de responsabilidade corporativa e prestação de contas para corporações transnacionais e outras empresas comerciais no que diz respeito aos direitos humanos; elaborar o papel dos Estados em regular e julgar efetivamente o papel das corporações transnacionais e outras empresas comerciais com relação aos direitos humanos, inclusive por meio da cooperação internacional; pesquisar e esclarecer as implicações para as empresas transnacionais e outras empresas de conceitos como “cumplicidade” e “esfera de influência”; desenvolver materiais e metodologias para a realização de avaliações de impacto sobre os direitos humanos das atividades de corporações transnacionais e outras empresas e; compilar um compêndio das melhores práticas dos Estados e corporações transnacionais e outras empresas comerciais (Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, 2005).

Nesse viés, afirma Saldanha (2019, p. 303):

Identificar, elaborar, pesquisar, desenvolver e organizar foram os verbos utilizados para orientar a construção de um documento destinado a delinear boas práticas ou, como restou finalmente elaborado, a apresentar “princípios norteadores”. Dos termos da Resolução 2005/69 não se poderia deduzir que o objetivo fosse a criação de um marco regulatório obrigatório para as atividades das empresas por violação de direitos humanos.

O então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, nomeou para o posto o austro-americano John Gerard Ruggie. A partir dessa resolução, segundo Deva (2012) inicia-se uma terceira fase da agenda de responsabilidade internacional das ETNs, marcada por ter-se tomado a clara a opção por buscar alternativas *soft* para responsabilizar empresas (Saldanha, 2019).

Conforme apontado por Benedetti (2018), após o seu primeiro mandato (2005-2008), Ruggie apresentou o “Marco Proteger, Respeitar e Reparar sobre Empresas e Direitos Humanos” (“Protect, Respect, and Remedy Framework on Business and Human Rights”), aprovado, por unanimidade, pelo Conselho de Direitos Humanos (CDH) da ONU (que substituiu a Comissão a partir de 2006). Os três pilares do Marco se consubstanciavam no dever do Estado de oferecer proteção contra abusos de direitos humanos realizados por terceiros, incluindo-se empresas; a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos de evitar infringir direitos e lidar com impactos nocivos que possam advir da sua atuação; e o acesso à reparação efetiva das vítimas.

No que se refere ao Marco, Padilla (2019) ressalta que ele deve se aplicar a toda e qualquer empresa, independentemente de seu porte, setor, contexto operacional, proprietário e estrutura. A partir do Marco, as empresas deveriam evitar causar consequências negativas aos direitos, tanto por meio de suas próprias atividades quanto de suas relações comerciais.

4. OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Para Ruggie (2013), as ETNs se tornaram o foco central na temática de empresas e direitos humanos, uma vez que a atuação dessas empresas gerou esferas integradas de atividade econômica transnacional, sujeitas a uma única visão estratégica global, operando em tempo real, conectadas e transcendendo as economias meramente “nacionais” e suas transações “internacionais”. De tal modo, elas se expandiram para além do alcance de sistemas de governança pública eficazes, criando ambientes permissivos para atos ilícitos cometidos por empresas sem sanções ou reparações adequadas. O autor dedicou-se a definir diretrizes para a implementação de seu Marco, o que culminou nos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (United Nations, 2011).

De acordo com Benedetti (2018, p. 27):

(...) Os 31 princípios inscritos no documento estão distribuídos em três seções, relativas aos três pilares do Marco, os quais se aplicam não apenas a corporações transnacionais, mas a qualquer tipo de empresa, independentemente de sua dimensão, estrutura, localização ou titularidade. Os chamados Princípios Orientadores foram endossados pelo Conselho de Direitos Humanos, também unanimemente em 2011, por meio da Resolução 17/4.

Na primeira parte, os Princípios Orientadores ressaltam o dever dos Estados na proteção contra violações a direitos humanos cometidas em seu território e/ou jurisdição por terceiros, incluindo empresas. De tal modo, os Estados devem adotar as medidas adequadas tanto para prevenir, quanto para investigar, punir e reparar essas violações por meio de políticas públicas adequadas, normas, regulamentação e apreciação judicial. Acrescenta-se o dever dos Estados

no estabelecimento claro das expectativas de conduta para todas as empresas domiciliadas em seu território e/ou jurisdição, no sentido de respeitarem os direitos humanos em todas as suas atividades e operações.

Um ponto interessante se refere ao cumprimento do dever de proteger dos Estados, sendo estabelecidos que esses devem incentivar e, apenas quando necessário, exigir que as empresas informem como lidam com seus impactos nos direitos humanos. A utilização dos verbos nesse sentido determina que a regra geral é o incentivo às empresas de informarem como lidam com esses impactos e não a obrigatoriedade de sempre o fazerem.

No que concerne à relação entre Estado e empresas, os Princípios Orientadores ressaltam mais uma vez o protagonismo da eficácia vertical dos direitos humanos, afirmando serem os Estados quem devem adotar as medidas de proteção contra as violações cometidas por empresas de sua propriedade, sob seu controle e, ou que recebam significativo apoio e serviços dos órgãos estatais. Porém, prescreve que o Estado deve exigir de tais empresas apenas a devida diligência em direitos humanos apenas “quando adequado”.

Ainda no que se refere à relação entre Estado e empresas, os Princípios Orientadores prescrevem o dever dos Estados em exercer um monitoramento adequado quando contratam empresas ou promulgam leis para a prestação de serviços que podem impactar o gozo e usufruto dos direitos humanos, devendo, inclusive atuar no sentido de promover o respeito aos direitos humanos por parte das empresas com as quais realizam transações comerciais.

No que se refere à violência de gênero, a exigência de prestação de assistência para as empresas com o objetivo de avaliar e tratar (note-se a ausência do termo responsabilizar) a violência de gênero e à violência sexual são abordadas apenas no tópico referente ao respeito aos direitos humanos pelas empresas em zonas afetadas por conflito.

No que se refere ao papel e responsabilidade dos Estados, a utilização do verbo “dever” atribui conotação de obrigatoriedade, por outro lado, contraditoriamente, tais deveres aparentam ter um elevado grau de dispensabilidade, uma vez que estão acompanhados de expressões que denotam um caráter mais brando.

A segunda parte, referente à responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos, os Princípios Orientadores afirmam que o dever das empresas se consubstancia em se abster de violar os direitos humanos e enfrentar os impactos adversos nos direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento. Esclarece, ainda, que a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos se refere aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos expressos na Carta Internacional de Direitos Humanos e nos princípios de direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

No princípio de nº. 15, ressalta-se que o cumprimento da responsabilidade de respeitar os direitos humanos pelas empresas devem possuir políticas e processos adequados em função do seu tamanho e circunstâncias, incluindo: um compromisso político de observar sua responsabilidade; a devida diligência em direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como elas abordam seus impactos nos direitos humanos; e processos que possibilitem reparar quaisquer impactos adversos nos direitos humanos causados por elas ou para os quais tenham contribuído.

No que se refere aos princípios operacionais do compromisso político, prevê-se que a responsabilidade de respeitar os direitos humanos das empresas deve expressar seu compromisso com essa responsabilidade por meio de declaração política que seja aprovada no mais alto nível de direção da empresa, baseada em assessoria especializada interna e/ou externa e estabeleça as expectativas de direitos humanos da empresa com relação ao seu pessoal, parceiros comerciais e outras partes diretamente relacionadas às suas atividades, operações, produtos ou serviços.

A devida diligência em direitos humanos prevista determina a o dever de abranger os impactos adversos nos direitos humanos que a empresa pode causar, bem como para os quais possa contribuir, em razão de suas próprias atividades, ou, até mesmo, que estejam diretamente relacionados às suas atividades e operações, produtos ou serviços por meio de suas relações comerciais, devendo variar de acordo com o tamanho da empresa, o risco de impactos severos nos direitos humanos e a natureza e o contexto de suas atividades e operações.

Um ponto interessante previsto é que o processo de devida diligência proposto prevê o mecanismo de consultas significativas com indivíduos e grupos potencialmente impactados e outros atores relevantes, em função do tamanho da empresa, da sua natureza e seu contexto de atividade ou operação. Prevê-se, ainda, que as empresas cujas atividades, operações ou contextos operacionais gerem riscos de impactos graves nos direitos humanos devem divulgar oficialmente as medidas que tomam a esse respeito.

O pilar da reparação é tratado a partir do princípio de nº. 22, prevendo-se que a partir da constatação das empresas de que causaram ou contribuíram para causar impactos adversos nos direitos humanos, elas devem reparar ou contribuir para sua reparação por meio de processos legítimos.

Por fim, na terceira parte do documento prevê o acesso a mecanismos de reparação. Neste contexto, os Princípios Orientadores, mais uma vez, centralizam o papel dos Estados como o principal responsável pela proteção contra violações a direitos humanos relacionadas com atividades empresariais.

Cumpra-se, de tal modo, ressaltar alguns pontos importantes. O primeiro deles não é novo, é tratado por David Bilchitz e Surya Deva (2013), para quem os Princípios Orientadores não possuem nenhuma obrigação vinculante em relação à proteção dos direitos humanos, ou seja, em realidade, o documento se trataria de um ideário social e não de previsões normativas. Veja-se, de fato, o documento não prevê nem uma responsabilidade internacional às empresas que não cumprirem com os Princípios, bem como não se apresenta nenhum mecanismo de *enforcement* capaz de impelir os próprios Estados a seu cumprimento.

Veja-se, o Pacto Global e os Princípios Orientadores são caracterizados enquanto normas de *soft law*. As normas de *soft law* são emanadas de documentos derivados e extraídos de foros internacionais e constituído a partir deles, possuindo caráter declaratório, ou seja, não vinculam os Estados ao cumprimento expresso de seus dispositivos. As estruturas das regras de *soft law* é a seguinte: reconhece-se o valor e alcance normativo de caráter jurídico, todavia, o estabelecimento da força normativa é mitigado mediante a ausência de previsão de instrumentos de garantia normativa, em outras palavras "(...) o desenho institucional envolvido na construção de regras de *soft law* não retira o caráter de normas jurídica delas: ele apenas retira

os mecanismos que asseguram a realização ou o cumprimento de suas normatividades (...)” (Giannattasio; Morosini; Badin, 2018, p. 55).

De tal modo, a ausência de previsão de mecanismos internacionais de *enforcement* impede que ETNs possam ser diretamente responsabilizadas por meio da configuração institucional atual de proteção internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, ainda que os instrumentos aqui apresentados algum avanço para a atribuição de obrigações e responsabilidades aos Estados e aos agentes econômicos por violação de direitos humanos, Saldanha (2019, p. 296) aponta que “(...) resta inconclusa a atribuição da natureza *hard* às suas previsões e inacabada a resposta ao problema da partilha de responsabilidades entre os Estados e as empresas transnacionais”.

5. A BUSCA POR UM TRATADO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Apesar dos pretensos avanços alcançados na temática, o desequilíbrio de poder entre Estados do Norte e do Sul Global ainda não foi devidamente endereçado. Este é um fator determinante que impede que o Terceiro Mundo enfrente efetivamente as violações promovidas pelas empresas provenientes do Norte.

Saldanha (2019) esclarece que esse movimento gerou uma agitação internacional, provocando uma onda global em torno do tema da responsabilidade empresarial especialmente vinculada à consulta responsável das empresas em matéria de direitos humanos. Nesse sentido, Benedetti (2018) aponta que, por consenso, em 2014, o Conselho de Direitos Humanos adotou a Resolução 26/22, acolhendo as observações do Grupo de Trabalho sobre a importância da formulação de planos de ação nacionais para a implementação dos Princípios, bem como prorrogou seu mandato por mais três anos. Na mesma sessão foi apresentado um projeto de resolução por Equador, África do Sul, Bolívia, Cuba e Venezuela, cujo objetivo era o estabelecimento de um grupo de trabalho intergovernamental com mandato para elaborar um instrumento jurídico internacional vinculante, a fim de regular as atividades de corporações transnacionais e outras empresas. O projeto deu origem à Resolução 26/9, que estabeleceu um Grupo de Trabalho Intergovernamental de Composição Aberta (Open-Ended Intergovernmental Working Group - OEIWG), com mandato para elaboração de um instrumento jurídico vinculante para regular, no direito internacional nos Direitos Humanos, as atividades de corporações transnacionais e outras empresas (CDH, 2014).

Importante ressaltar que a criação do OEIWG é marcada pela dicotomia entre as discussões acerca da temática:

(...) de um lado, na chamada corrente “voluntária”, posicionaram-se os países que favoreceram a implementação doméstica dos Princípios Orientadores por meio da elaboração de planos de ação nacionais e da autorregulação corporativa e, de outro, na chamada corrente “vinculante”, agruparam-se os países que defendem a celebração de um tratado internacional, com vistas a impor obrigações de direitos humanos às empresas (Benedetti, 2018, p. 32).

Em outubro de 2018, na quarta sessão do OEIGWG, a Missão do Equador, baseando-se nas discussões e sugestões até então apresentadas por todos os representantes da comunidade internacional nas sessões anteriores (ocorridas em junho de 2015; outubro de 2016; e outubro de 2017), apresentou a proposta de um rascunho base para um instrumento internacional vinculante com o objetivo de regulamentar as atividades das empresas e corporações no âmbito internacional (Annoni; Squeff, 2020). Referido documento é chamado de *Zero Draft*, que também possuía um Protocolo Facultativo, que definiria os mecanismos de monitoramento e responsabilização das empresas em casos concretos.

Annoni e Squeff (2020) apontam que o *Zero Draft* foi amplamente criticado, principalmente pelos Estados sede de grandes ETNs na quinta sessão realizada em outubro de 2019. De tal modo, o OEIGWG apresentou uma nova versão do Projeto de Tratado e seu Protocolo naquele ano, que, conforme apontam as autoras, continham um texto com conceitos abertos e indicações para empresas sobre suas responsabilidades neste âmbito, aproximando-se dos Princípios de Ruggie ao reiterar o marco dos três pilares das Nações Unidas sobre a matéria: respeitar, proteger e remediar.

Na data de 6 de agosto de 2020, o OEIGWG divulgou a segunda versão da proposta de Protocolo, reforçando a responsabilidade civil e penal das empresas e seus titulares, em especial por crimes contra a humanidade (Annoni; Squeff, 2020). Uma das inovações apresentadas se trata da proposta de criação de um regime internacional híbrido, com a intenção de se garantir acesso à justiça às vítimas de violações de abusos corporativos, possuindo tanto mecanismos internos quanto internacionais.

A sexta sessão do OEIGWG ocorreu em outubro de 2020, porém, em razão da pandemia da COVID-19, dificultaram-se as condições para uma sessão de negociação, resultando-se em um progresso abaixo do esperado. Por certo, conforme apontado por Annoni e Squeff (2020), apesar das dificuldades enfrentadas, o Conselho de Direitos Humanos apresenta clara inclinação no sentido da urgência em se responsabilizar internacionalmente as empresas e seus Estados de origem por violações de direitos humanos realizadas no exterior.

Não se pode deixar de ressaltar que há, também, uma visão que critica a ideia de se responsabilizar diretamente as ETNs internacionalmente. Essa concepção está ancorada na ideia de que essa opção não seria viável, devendo-se o tratado internacional relacionado à temática priorizar a responsabilidade estatal:

(...) estamos comprometidos com um Tratado que, ao considerar as responsabilidades das empresas, afeta as obrigações dos Estados; que, considerando as consequências jurídicas da globalização, deixe a margem de ação necessária às autoridades nacionais para configurar suas opções políticas fundamentais com um grau suficiente de contextualização; que, sem descuidar de uma necessária precisão técnico-jurídica, está dotado de uma generalidade conveniente, capaz de reunir os consensos necessários. Em suma, sem deixar de ser idealistas, optamos pelo que é factível ao invés do que, embora possa ser (muito) atraente, pode acabar tornando o Tratado uma realidade inviável (Padilla, 2019, p. 40).

Esse processo para se redigir um instrumento juridicamente vinculativo sobre a responsabilidade das ETNs no que diz respeito aos direitos humanos tem demonstrado as dificuldades em acomodar interesses concorrentes entre países do Norte e do Sul Global. À

medida que as negociações se desenvolvem, os Estados e outros atores precisam avaliar a complexidade do desafio diante deles, incluindo sua viabilidade política e jurídica, a fim de criar soluções adequadas.

Autores como Humberto Cantú Rivera (2017) propõe que o tratado deve ser construído a partir dos Princípios Orientadores e seu modelo de três pilares, focando em garantir uma cooperação transnacional adequada em procedimentos judiciais e desenvolvimento de medidas legislativas ou regulatórias com alcance extraterritorial. Por outro lado, Rivera (2017) afirma que nada disso será alcançado a menos que os interesses conflitantes envolvidos busquem encontrar o menor denominador comum na busca de um instrumento politicamente e juridicamente viável que permita melhor proteção e respeito aos direitos humanos pelos Estados e pelas empresas.

Nesse viés, importante se faz o posicionamento de Bilchitz:

Não há dúvida de que a relação entre empresas e direitos humanos abrange uma ampla gama de questões. No entanto, é exatamente por isso que um tratado é uma boa ideia. Qualquer tratado proposto, em minha opinião, será elaborado para estabelecer uma estrutura legal e uma série de princípios gerais em termos dos quais algumas dessas questões complexas poderiam ser resolvidas. Como foi sugerido nos argumentos para um tratado, também precisaria estabelecer um mecanismo para o desenvolvimento de normas e, possivelmente, a adjudicação de disputas específicas. Não se destinava a abordar todas as questões que surgem nesta arena complexa, mas para criar a “estrutura básica” jurídica em termos da qual tais questões jurídicas seriam resolvidas. Por sua vez, isso poderia ter um impacto sobre as leis internas dos Estados no que diz respeito à relação entre as empresas e os direitos fundamentais. Na verdade, esta é precisamente a estrutura por meio da qual os tratados internacionais de direitos humanos em geral operam: eles delineiam direitos e princípios amplos que são então desenvolvidos pelas estruturas que os tratados criam em vários comentários gerais e relatórios de país. Tal processo teria consequências importantes para “pessoas reais em lugares reais”. Também não haveria necessidade de reinventar a roda em áreas específicas: o tratado não precisa substituir o excelente trabalho feito por um órgão como a Organização Internacional do Trabalho e poderia simplesmente incorporar muitos dos padrões já desenvolvidos por tais grupos (Bilchitz, 2016, p. 222).

Acredita-se que a solução seja buscar a responsabilidade internacional das ETNs por meio de mecanismos de *hard law*. Esta posição tem encontrado guarida nas atuações da sociedade civil e das Organizações Internacionais, como é o caso da ONU (Benedetti, 2018).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade das ETNs afeta toda a estrutura global, uma vez que suas atuações não se restringem somente aos Estados de que fazem parte ou onde atuam. Sua complexa rede de organização tem gerado uma arquitetura de impunidade.

A solução para o problema da ausência de responsabilização por ETNs por violação de direitos humanos tem sido discutida a partir da possibilidade de se responsabilizar essas empresas em âmbito internacional.

A presente pesquisa pretendeu compreender quais são as iniciativas da ONU que buscam a promoção da responsabilização das ETNs em casos de violação de direitos humanos.

Evidenciou-se que, inicialmente que as medidas como Pacto Global; o Marco Proteger, Respeitar e Reparar sobre Empresas e Direitos Humanos; e os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos centralizam o papel dos Estados como o principal responsável pela proteção contra violações a direitos humanos relacionadas com atividades empresariais.

A busca por uma mudança na prática das ETNs por meio dessas medidas se deu por meio da implementação de medidas de *soft law*, ou seja, são ausentes mecanismos internacionais de *enforcement*, o que impede que ETNs possam ser diretamente responsabilizadas por meio da configuração institucional atual de proteção internacional dos direitos humanos. Assim, entende-se que a temática ainda necessita ser desenvolvida, promovendo uma resposta ao problema da partilha de responsabilidades entre os Estados e as ETNs, é o que tem sido discutido em âmbito do OEIGWG – que tem demonstrado a participação dos Estados do Sul Global em uma posição de protagonismo.

Em 2018, o Equador apresentou o *Zero Draft* para debates no OEIGWG. Referido documento se trata da proposta de um rascunho base para um tratado internacional de natureza vinculante (*hard law*) com o objetivo de regulamentar as atividades das ETNs no âmbito internacional. O *Zero Draft* possuía um Protocolo Facultativo, que definiria os mecanismos de monitoramento e responsabilização das empresas em casos concretos. O *Zero Draft* foi criticado, especialmente pelos Estados sede de grandes ETNs. Até o presente momento o OEIGWG ainda não finalizou as negociações para criação de um tratado, porém, há o risco de que tal documento não crie a possibilidade de responsabilização das ETNs pelo direito internacional.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Oeigwg on Tncs and Obes em defesa das obrigações diretas das empresas de acordo com o direito internacional dos direitos humanos: o caso brasileiro diante da pandemia. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; VASCONCELOS, Mônica Carvalho (org.). **Direitos humanos e empresas em tempos da pandemia da Covid-19**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: rumo a um tratado? In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (coord.). **Empresas e Direitos Humanos**. Salvador: JusPodivm, 2018.

BILCHITZ, David. The necessity for a business and human rights treaty. **Business and Human Rights Journal**, v. 1, n. 2, p. 203-227, 2016.

BILCHITZ, David; DEVA, Surya. **Human rights obligations of business**: Beyond the Corporate Responsibility to respect. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Human Rights Resolution 2005/69**: Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, 20 de Abril de 2005, E/CN.4/RES/2005/69. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/45377c80c.html>. Acesso em: 6 set. 2021.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS – CDH. **RES 26/9**: Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. 2014. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9. Acesso em: 28 jan. 2021.

DEVA, Surya. **Regulating corporate human rights violations: Humanizing business**. London/New York: Routledge, 2012.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; MOROSINI, Fabio Costa; BADIN, Michelle Rattton Sanchez. Narrativas críticas como espaço para pensar a exclusão no direito internacional. *In*: BRAGA, Ana Gabriela Mendes; BORGES, Daniel Damásio (org.). **Aspectos jurídicos da crise brasileira: o direito em face dos grandes desafios nacionais**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2018.

PACTO GLOBAL. **Os 10 princípios**. s.d. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>. Acesso em: 28 jan. 2021.

PADILLA, Carmen Montesinos. Entre lo deseable y lo factible: hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. **Homa Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, v. 3, n. 2, p. 22-43, 2019.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (coord.). **Empresas e direitos humanos**. Salvador: JusPodivim, 2018.

RIVERA, Humberto Cantú. Negotiating a treaty on business and human rights: the early stages. **University of New South Wales Law Journal**, v. 40, n. 3, p. 1200-1222, 2017.

RUGGIE, John Gerard. **Just business: Multinational corporations and human rights** (Norton global ethics series). WW Norton & Company, 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do direito soft ao direito hard em matéria de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. *In*: PAMPLONA, Danielle Anne; FACHIN, Melina Girardi (coord.). **Direitos Humanos e Empresas**. Curitiba: Íthala, 2019.

TARANTINI, Vanessa Celano; CARNEIRO, Beatriz Martins. O Pacto Global da ONU e o respeito e a promoção de direitos humanos pelas empresas. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (coord.). **Empresas e Direitos Humanos**. Salvador: JusPodivim, 2018.

UNITED NATIONS. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf. Acesso em: 6 set. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 21/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/11/2022
- Avaliação 1: 29/12/2022
- Avaliação 2: 09/06/2023
- Decisão editorial preliminar: 09/06/2023
- Retorno rodada de correções: 09/06/2023
- Decisão editorial/aprovado: 08/09/2023

Equipe editorial envolvida

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

DIÁLOGO E SENSIBILIDADE EM DAVID BOHM E LUIS ALBERTO WARAT: CONTRIBUTOS PARA A SENSIBILIZAÇÃO JURÍDICA¹

DIALOGUE AND SENSITIVITY IN DAVID BOHM AND LUIS
ALBERTO WARAT: CONTRIBUTIONS TO LEGAL SENSITISATION

RICARDO DE MACEDO MENNA BARRETO²

RESUMO

Este artigo objetiva apresentar a proposta do físico norte-americano David Bohm sobre o diálogo, compreendido como uma prática experiencial concreta apta a penetrar e transformar o processo de pensamento coletivo. O problema que serviu de ponto de partida para o presente texto envolve o atual modelo de ensino jurídico, forjado sobre a base de movimentos ceifadores da sensibilidade dos alunos. Tem-se como hipótese que a proposta de Bohm, uma vez aplicada ao campo acadêmico-jurídico, pode permitir um trabalho sobre a sensibilidade de alunos e docentes, cujos reflexos poderão ser sentidos futuramente na própria práxis jurídica. Nesse sentido, entendemos que a formação de grupos de diálogo, como sugerida por Bohm pode ser um interessante convite para aprender e para conviver no meio acadêmico, um convite ao respeito e à escuta de si mesmo e do outro. Quanto à metodologia, o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, a partir da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: direito; diálogo; sensibilidade; David Bohm; Luis Alberto Warat.

ABSTRACT

This article aims to present the proposal of the American physicist David Bohm on dialogue, understood as a concrete experiential practice capable of penetrating and transforming the collective thought process. The problem that served as a starting point for this text involves the current model of legal education, forged on the basis of movements that reap the sensitivity of students. It is hypothesised that Bohm's proposal, once applied to the academic-legal field, can allow work on the sensitivity of students and professors, whose reflexes may be felt in the future in legal praxis itself. In this sense, we understand that the formation of dialogue groups, as suggested by Bohm, can be an interesting invitation to learn and live together in the academic environment, an invitation to respect and listen to oneself and the other. As for the methodology, the method used was the hypothetical-deductive, from the bibliographic research technique.

Keywords: law; dialogue; sensitivity; David Bohm; Luis Alberto Warat.

1 Dedicado, com amor e gratidão, ao meu pai, pelos nossos diálogos sobre o diálogo e a vida.

2 Doutor em Direito pela Universidade do Minho, Portugal. Professor Convidado Equiparado a Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador Integrado Doutorado do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) da Universidade do Minho, Portugal. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7357-7722>.

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

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Diálogo e sensibilidade em David Bohm e Luis Alberto Warat: contributos para a sensibilização jurídica. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 21-34, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9675>.

1. INTRODUÇÃO

“O verdadeiro diálogo é hoje, para muitos, uma coisa demasiado exigente. Numa sociedade em que se dialoga cada vez menos, o diálogo genuíno torna-se cada vez mais difícil”, adverte Vicente Romano (2008), em sua obra “A Intoxicação Linguística”. Romano, invocando Paulo Freire, dirá que a comunicação, cada vez mais mediatizada e menos dialógica, equivale a *perda do humano*, sendo este um dos resultados da “sociedade da comunicação” na qual vivemos hoje (Romano, 2008, p. 33). Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo apresentar uma proposta teórico-prática do físico norte-americano David Bohm para se operar o *resgate do humano* a partir de um processo experiencial concreto: o diálogo.

A problemática identificada no artigo se restringirá ao campo do ensino jurídico, espaço no qual uma notória ausência de sensibilidade vem fortalecendo a manutenção de um modelo de “ensino sedentário”, fechado à escuta e ao diálogo. Este modelo possui traços denunciados há muitas décadas por Luis Alberto Warat, professor argentino fortemente atuante no Brasil, que abertamente defendia um resgate da sensibilidade dos juristas. Nossa hipótese é que a proposta experiencial de diálogo de Bohm apresenta para o campo acadêmico-jurídico uma possibilidade de trabalho diferenciada e humana sobre a sensibilidade de alunos e docentes, passível de ser ampliada à comunidade acadêmica como um todo.

O artigo se divide em três grandes seções. Na primeira, intitulada (1) “*Pensando a sensibilidade jurídica em Warat*”, apresenta-se a problemática da sensibilidade a partir do pensamento de Luis Alberto Warat, enfatizando as reflexões do professor e jurista argentino acerca do modelo de ensino jurídico brasileiro, sobre o denominado “Senso Comum Teórico Jurídico” e sobre o problema da falta de sensibilidade que envolve o ensino do Direito. Por conseguinte, na segunda seção, (2) “*Do diálogo em David Bohm*”, desvelamos alguns dos aspectos centrais da obra “*On Dialogue*” (Sobre o Diálogo) de Bohm, cuja proposta apresenta, para além da dimensão teórica, um processo experiencial dirigido à consciência e à comunicação coerente. Por fim, na terceira seção, intitulada (3) “*Diálogo em Direito: para um desbloqueio da sensibilidade*”, procuramos apresentar a proposta de Bohm como um exercício possível para o desbloqueio da sensibilidade no âmbito acadêmico jurídico. Quanto à metodologia, o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, a partir da técnica de pesquisa bibliográfica.

2. PENSANDO A SENSIBILIDADE JURÍDICA EM WARAT

Sensibilidade é um “tema sensível”, sobretudo para juristas. Geralmente envolvidos por certezas, vaidades e orgulhos, muitos juristas vivem em mundos que dificilmente abrem espaços para exercícios de sensibilidade. O primeiro destes mundos é o acadêmico. Nele reside o ponto de partida no qual a sensibilidade é desde logo posta de lado. Espaço caracterizado pela hierarquia, controle e, muitas vezes, por uma inquestionada submissão, o ambiente acadêmico, segundo Luis Alberto Warat, configura-se como um lugar no qual não existe uma celebração da vida, sendo um espaço de anonimato, no qual se fala de viver de um modo diferente, mas não se tenta aproveitar esse instante para isso (Warat, 1990, p. 30). Perpetuam-se, assim, cegamente, antigas práticas, ritos, dogmas em um tipo de ensino formalista-normativista, que muitas vezes

sufoca a diferença, o contato com a realidade social e a possibilidade de construção de um conhecimento jurídico emancipatório.

Nesse sentido, convém lembrar que produção do pensamento e da verdade nas universidades, como advertem Warat e Pepe,

não é feita senão através do exercício da autoridade e de forma articulada com a produção e difusão do poder. Falar, escrever e ensinar implicam pertencer a uma instituição ao mesmo tempo linguística e política. A universidade contemporânea também converte e evangeliza. Não há nela linguagem neutra e inocente; ela cristaliza sempre uma relação histórica de forças [...] (Warat; Pepe, 1996, p. 18).

Com efeito, no mundo acadêmico contemporâneo, ainda vemos se reproduzir largamente o exercício da autoridade, a conversão ideológica e até mesmo certos tipos de “evangelização teórica”. Trata-se de movimentos ceifadores da potencial criatividade dos alunos, bloqueando a possibilidade de escuta e de um diálogo acadêmico autêntico e inovador. São atos, por certo, que não condizem com a formação de juristas conscientes, críticos e transformadores, como apregoam centenas de universidades brasileiras em seus informes publicitários.

A sensibilização no mundo acadêmico envolve, portanto, de início, reconhecer as condicionantes mentais (crenças, ilusões, costumes etc.) que não permitem avançarmos em direção a um modelo de ensino dialógico, estimulante e verdadeiramente transformador. Por outro lado, faz-se necessário reconhecer, com Warat, que

o ensino tradicional não deixa de ser um doentio sistema de rotulação. Através dele, as pessoas são padronizadas em nome de uma realidade que se busca reduzir pela classificação. O aluno padrão é aquele que não escuta as moções do desejo e se deixa consumir pela ordem e por seus efeitos de poder (Warat, 2000, p. 150).

Note-se que este “aluno padrão” descrito por Warat não é um aluno protagonista de sua própria história acadêmica, mas sim, muitas vezes, um mero ouvinte, um frio recetáculo, ou pior, uma espécie de “sombra” de algum docente; ou seja, trata-se de um aluno passivo, ainda não tocado pela chama do conhecimento. Ora, um aluno só pode ser protagonista de sua própria história se lhe abrirem espaços para o questionamento e para o livre debate de ideias em sala de aula. Dito de outro modo, se lhe abrirem espaço para o diálogo. Não obstante, as faculdades de Direito em geral possuem um formato pedagógico que, em regra, desestimula o diálogo e o questionamento dos alunos. As aulas lamentavelmente adotam ainda o velho e frio tom professoral, verdadeiros monólogos ministrados ante um público pouco (ou nada) participativo, silente, alunos que mais parecem vasos, nos quais os docentes despejam, de modo irrefletido, o conteúdo de suas disciplinas.

Uma das pistas possíveis para a transformação deste funesto cenário acadêmico pode ser encontrada em Paul Valéry, que sustenta que a única esperança do homem reside na descoberta de meios de ações que lhe diminuam o mal e acrescentem-lhe o bem, isto é, que de modo direto ou indireto, deem à sua sensibilidade meios de atuar sobre ela própria, segundo ela própria. Nesse sentido, sublinha Valéry: “a sensibilidade é tudo, suporta tudo, avalia tudo” (Valéry, 2018, p. 111). Entre as ações possíveis, sugerimos dividir o protagonismo da aula, transformando-a em um espaço dialógico e criativo, aberto a perguntas e a participação de todos os presentes. Para além disso, pode-se adotar a ideia da sala de aula como um “espaço lúdico”, como sugere Warat, um espaço que permita as manifestações de afeição, de um

aprender com paixão, “pronto para repelir como uma imoralidade a autoridade do professor togado, no fundo insignificante, procurando reduzir à obediência o jogo do aprender” (Warat, 2000, p. 150). Igualmente, o despertar da sensibilidade pode se dar a partir de um resgate, pelo professor, dos aspectos esquecidos da própria vida social, os quais foram de modo sorrateiro varridos para debaixo do pomposo tapete do ensino dogmático-jurídico, um ensino recheado de crenças e ficções bem construídas, habilmente incutidas como dogmas inabaláveis nas cabeças dos estudantes.

Não podemos esquecer que estes mesmos estudantes serão os futuros juristas, os “operadores do direito”, aqueles homens e mulheres que irão reproduzir no mundo social, de modo cego e inquestionado, todas as lições e vivências dos tempos de academia. Vivências estas que não raro se deram e ainda se darão em meio a professores autoritários, fechados ao diálogo e presos aos grilhões de um modelo pedagógico empobrecido, dirigido muito mais à informação do que à reflexão sobre o Direito. Neste modelo, o professor autoritário é o único protagonista possível. Logo, cabe a pergunta: como pode, hoje, um professor deixar de ser autoritário? Warat nos dá uma pista em seu *“Manifestos para uma Ecologia do Desejo”*:

O destino de um professor, que quer deixar de ser autoritário, é muito simples, consiste em ter sempre presente que o fundamental que se deve mostrar ao aluno é a possibilidade de que ele mesmo deve ser o produtor de suas necessidades e dos meios para atingi-las, mostrando ao aluno que a felicidade está no prazer de tentar realizar os nossos sonhos (Warat, 1990, p. 44).

Um professor que deixa de ser autoritário, permite, pois, o surgimento de um novo tipo de aluno, de um estudante que poderá produzir importantes mudanças futuras em um outro mundo, também afetado pela falta de sensibilidade de muitos juristas: o mundo da práxis jurídica. É no mundo da práxis que se reproduzem no âmbito social as crenças, os fetiches e as ilusões aprendidas nos gélidos bancos acadêmicos. Neste mundo impera o “Senso Comum Teórico Jurídico” (SCTJ), o qual é definido por Warat como “o emprego estratégico dos conceitos na práxis jurídica, ou, dito de outra forma, a utilização dos resultados do trabalho epistemológico como uma nova instância da ‘doxa’” (Warat, 1982, p. 53). O SCTJ é, nesse sentido, forjado por um conjunto de crenças, de mitificações, por parte dos juristas de ofício, e que se estende em um movimento circular ao campo acadêmico – onde este saber, recheado de verdades não-questionadas, é cegamente repassado. Segundo Warat, é no ponto de retorno do conceito ao campo da *doxa* que começa a discussão sobre o “poder do conhecimento jurídico na sociedade”:

um poder que encontra-se (sic) baseado na reivindicação do caráter inocente da linguagem do direito. Mas, a história deste conhecimento não é tão pura. Ela revela uma violência estrutural da dita linguagem, cujo efeito central é transformar os sujeitos sociais em objetos do poder (Warat, 1982, p. 56).

Note-se que o SCTJ possui, segundo Warat, algumas “regiões”, sendo a primeira delas a “região das crenças ideológicas”. Trata-se de um espaço onde habitam as concepções de mundo dos cientistas jurídicos, uma região cujo movimento de ideias ajusta o indivíduo às condições de existência. Aqui, Warat alude não se tratar, naturalmente, das condições de produção teórica, mas sim daqueles “elementos representativos da realidade” que dominam a consciência dos cientistas, determinando a formação e reprodução da prática teórica (Warat, 1982, p. 57). Um bom exemplo da repercussão destes elementos, que são reproduzidos na práxis, pode ser encontrado na interpretação jurídica. A interpretação, segundo Warat, é consti-

tuída de métodos ilusórios, enobrecidas crenças e despercebidos silêncios, carregando, ainda, em regra, uma forte carga ideológica, geralmente não percebida por muitos juristas. Ademais, as práticas interpretativas dos juristas de ofício constituem e dependem de diversos saberes comuns, os quais operam no âmbito social reforçando a opacidade da dominação político-jurídica (Warat, 1994, p. 19-21).

Logo, desconstruir estes “saberes comuns” que reforçam o cenário de dominação no campo jurídico não é uma tarefa fácil, pois estes se forjaram histórica e circularmente entre o ensino do direito e a práxis jurídica. A quebra desta circularidade envolve, entre outros aspectos, a inserção de perspectivas jurídico-críticas aptas a desvelar a dimensão fetichista dos muitos lugares-comuns do conhecimento jurídico. Envolve, igualmente, a capacidade de diálogo no campo acadêmico, permitindo a realização de um efetivo despertar para a realidade social, esta ainda bastante negligenciada por muitos professores que vivem escondidos em discursos dogmático-jurídicos que pouco ou nada dialogam com a vida. Nega-se, neste contexto, a importância das cognições afetivas, permitindo que a educação jurídica, como explica Luis Carlos Restrepo, passe a se afirmar no “pedantismo do saber” que se mantém subsidiário de uma concepção de razão universal e apática. Ou seja, de uma concepção muito distante dos sentimentos e dos afetos, afiançadora de um interesse imperial que acaba por desconhecer a importância de se ligar a contextos e a seres singulares (Restrepo, 2010, p. 31).

Como brevemente vimos, estes dois mundos, academia e práxis, possuem ainda muitos obstáculos a serem superados para que neles possam se inscrever práticas sensíveis, o que demanda, antes de tudo, uma tomada de consciência cujo ponto de partida deve necessariamente ser a academia. Com efeito, é nos bancos das faculdades de Direito que ainda encontramos enraizado um tipo de ensino que pouco (ou nada) contribui para a formação de juristas sensíveis. Em outras palavras, em regra não se abre, na academia, um verdadeiro espaço para o “social”, o qual é definido pelo biólogo chileno Maturana Romesín como “uma dinâmica de relações humanas que se funda na aceitação mútua. Se não há aceitação mútua e se não há aceitação do outro, e se não há espaço de abertura para que o outro exista junto de si, não há fenômeno social” (Maturana Romesín, 2001, p. 47). A chave para essa aceitação mútua, referida pelo biólogo, talvez resida, pois, no resgate da ternura. Mas como ser ternos? Segundo Restrepo,

Somos tiernos cuando abandonamos la arrogancia de una lógica universal y nos sentimos afectados por el contexto, por los otros, por la variedad de especies que nos rodean. Somos tiernos cuando nos abrimos al lenguaje de la sensibilidad, captando en nuestras vísceras el gozo o el dolor del otro. Somos tiernos cuando reconocemos nuestros límites y entendemos que la fuerza nace de compartir con los demás el alimento afectivo. Somos tiernos cuando fomentamos el crecimiento de la diferencia, sin intentar aplastar aquello que nos contrasta (Restrepo, 2010, p. 91).

Por mais utópicas que possam parecer as palavras de Restrepo (2010), percebemos como a sensibilidade envolve, necessariamente, um despir-se da arrogância, um abrir-se ao outro e o respeito à diferença. Em um campo como o Direito, naturalmente alimentado pelo conflito de interesses no mundo prático e pelas vaidades intelectuais em significativa parcela do mundo acadêmico, o diálogo pode ser uma importante porta para mundos jurídicos sensíveis.

Nesse aspecto, entendemos que a concepção de David Bohm, que será apresentada na seção seguinte, pode auxiliar a ressignificar, entre outros pontos importantes, a própria ideia

de aprendizado, rumo a um aprendizado forjado na sensibilidade e no respeito ao outro. Sobre isso, segundo Maturana Romesín “el aprender es convivir, es decir, el aprender se da de una manera o de otra en la transformación que tiene lugar en la convivencia, y consiste en vivir el mundo que surge con el outro” (Maturana Romesín, 1996, p. 244). Como veremos a seguir, o surgimento deste mundo a partir do convívio com o outro pode ser possibilitado pelo diálogo.

3. DO DIÁLOGO EM DAVID BOHM

David Bohm (1917-1992) foi Professor Emérito de Física Teórica no Birkbeck College da Universidade de Londres e membro da Royal Society. Suas preocupações, para além da física, envolveram, sob diferentes prismas, a filosofia e a psicologia. Primando pela interdisciplinaridade em seu pensamento, Bohm deixou numerosas obras publicadas, constando, entre as principais, o livro “*Sobre o Diálogo*” (Bohm, 1996).

Convém destacar que a concepção de diálogo de David Bohm é, antes de tudo, uma *ideia*. E as ideias, argumenta Paul Valéry, são “meios de transformação – e, por consequência, partes ou momentos de uma qualquer mudança. Uma ‘ideia’ do homem ‘é um meio de transformar uma questão’” (Valéry, 2018, p. 111). O diálogo, como proposto por Bohm, parece-nos uma ideia verdadeiramente transformadora.

Porém, podem, legitimamente, surgir algumas perguntas: por qual razão falarmos de diálogo em Direito? Os juristas já não dialogam, todos os dias, em suas atividades, sejam elas práticas ou acadêmicas? Naturalmente que sim, responderíamos – e dialogam muito –, ainda que, desconfiamos, pareçam ter perdido o fim da meada sobre a real natureza e a importância do diálogo. Talvez os juristas mais *discutam* entre si do que propriamente dialoguem. Nesse sentido, o diálogo, no sentido bohmiano, pode apontar para uma “possibilidade de trabalho” sobre a sensibilidade perdida no âmbito acadêmico.

David Bohm começa apontando para o significado do termo diálogo, sendo que a compreensão adequada sobre a sua origem etimológica pode auxiliar a desfazer alguns mal-entendidos comuns. Como explica Bohm, diálogo provém da palavra grega *dialogos*, composta da raiz *logos*, que significa “palavra” (ou “sentido da palavra”) e o prefixo *dia*, que *não significa*, como geralmente se entende, “dois”, mas sim “através de”. Com isso, Bohm sugere algo muito importante: que o diálogo pode se dar não apenas entre duas pessoas, mas sim *entre qualquer número de pessoas* – podendo, até mesmo, uma pessoa dialogar consigo mesma (Bohm, 1996, p. 6). Nesse sentido, explica o autor,

a imagem que esta derivação sugere é a de um significado que flui dentro e através de nós e entre nós. Isto tornará possível um fluxo de significado em todo o grupo, do qual poderá emergir uma nova compreensão. Trata-se de algo novo, que pode não ter estado no ponto de partida (Bohm, 1996, p. 6)³.

Esta ideia contrasta bastante, diz Bohm, com a palavra “discussão”, que possui a mesma raiz de “percussão” e “concussão”, significando “quebrar as coisas”. A palavra discussão res-

3 Tradução livre de: “The picture or image that this derivation suggests is of a stream of meaning flowing among and through us and between us. This will make possible a flow of meaning in the whole group, out of which may emerge some new understanding. It’s something new, which may not have been in the starting point at all”. (Bohm, 1996, p. 6).

salva a ideia de análise, na qual podem existir muitos pontos de vista, onde todos podem apresentar pontos de vista diferentes, analisando e separando. E isso impede, até certo ponto, que se transcenda a divergência dos pontos de vista. Bohm compara a discussão a um jogo de “ping-pong”, no qual as ideias vão e vêm e no qual o objetivo final é sempre ganhar, ou alcançar o maior número de pontos possível (Bohm, 1996, p. 6-7). Convém sublinhar que isso não implica em desconsiderar a natural divergência de pontos de vista, pois é absolutamente legítimo, em uma sociedade dita democrática, que tenhamos ideias diferentes, que pensem de modo diferente dos outros. Não se trata disso. A atenção de Bohm se dirige a um outro aspecto desta problemática: o de que o objetivo, em um jogo como o descrito, é *vencer*. Assim, em uma discussão, carrega-se o mesmo objetivo: *sair-se vitorioso*. No meio jurídico, aliás, esta é uma prática bastante comum, de modo que muito se utiliza, no âmbito judiciário, a expressão “discussão judicial”, ou seja, aquela ocorrida no seio de um processo judicial, no qual alguém sairá vitorioso.

Já o espírito do diálogo, segundo Bohm, é completamente diferente. Nele ninguém está tentando ganhar; e se alguém ganha, *todos ganham*. Em um diálogo não se busca fazer prevalecer uma dada ideia, ou um ponto de vista particular. O diálogo é, assim, um jogo que Bohm chama de “ganha-ganha” (*win-win*), enquanto o outro jogo (a discussão) se caracteriza pelo “ganha-perde” (*win-lose*): se eu ganho, você perde. Ou seja, em um diálogo, estamos em um jogo no qual não estamos jogando uns contra os outros, mas sim *uns com os outros*, por isso, para Bohm, em um diálogo, todos ganham (Bohm, 1996, p. 7, grifamos).

Nesse sentido, uma primeira e valiosa lição que podemos tirar dessa concepção de diálogo de Bohm é a seguinte: deveríamos substituir discussões acadêmicas por diálogos acadêmicos. Deveríamos deixar, na máxima medida possível, as discussões para a esfera judicial. E ainda que seja muito comum, nas atividades acadêmicas, estimular os alunos a participarem de competições de todo o tipo, de júris simulados etc. (o que envolve, geralmente, discussões), o ideal seria os estimularmos a dialogarem. Ora, competições de qualquer natureza operam na lógica do “ganha-perde”, sendo esse um grande obstáculo à sensibilização, criando um perigoso contexto de “alunos vencedores” e “alunos perdedores”, de alunos melhores e alunos piores, ou seja, criando-se um tipo de diferenciação que carrega traços de desigualdade e de um certo tipo de violência.

Não obstante, realizar um diálogo carrega grandes dificuldades, reconhece Bohm, sobretudo quando se trata de grupos maiores, pois cada um dos participantes sustentará crenças e opiniões diferentes, as quais giram em torno de questões fundamentais, como o sentido da vida, os próprios interesses, interesses políticos ou religiosos etc., ou seja, tudo aquilo que alguém pensa ser importante. Bohm diz que podemos denominar as crenças de “opiniões”. E uma opinião, para além de outras acepções possíveis do termo, pode ser considerada, basicamente, uma suposição. De todo modo, sublinha o autor, é importante perceber que as nossas opiniões são resultado do pensamento passado, de todas as nossas experiências, de tudo aquilo que as outras pessoas falaram ou deixaram de falar, sendo que tudo isso fica inscrito no programa de nossa memória (Bohm, 1996, p. 8-9).

Assim, Bohm aponta para o verdadeiro objetivo do diálogo: penetrar no processo de pensamento e transformar o (processo do) pensamento coletivo. Para o autor, nós não temos prestado a devida atenção ao pensamento como um processo; participamos do pensamento e até prestamos atenção ao seu conteúdo, mas não ao processo. Ora, segundo Bohm, o pensamento

também é um processo, exigindo, por conseguinte, a nossa atenção, caso contrário acabaremos por utilizá-lo de modo inadequado⁴. E uma das dificuldades do pensamento, conforme Bohm, é a fragmentação, pois todas as divisões que fazemos se originam no pensamento, já que o mundo inteiro é uma sombra que se funde em uma unidade (Bohm, 1996, p. 9).

É importante, neste contexto, ter atenção, portanto, ao processo do pensamento, considerando a existência de dois tipos de pensamento: o individual e o coletivo. Embora individualmente possamos pensar várias coisas, a maior parte de nosso pensamento é procedente de nosso substrato coletivo, garante Bohm. Nesse sentido, tanto a linguagem é coletiva, como a maioria de nossas crenças básicas também o são, assegura o físico norte-americano, porém, no diálogo, pessoas procedentes de substratos distintos podem sustentar crenças e opiniões fundamentalmente diferentes, o que se trata de uma questão cultural, pois toda a cultura se baseia em uma série de crenças e de opiniões, diz o autor (Bohm, 1996, p. 11).

Embora seja compreensível que pessoas procedentes de culturas ou subculturas distintas defendam diferentes opiniões e crenças, o fato é que mesmo que tais pessoas não as compreendam plenamente, explica Bohm, elas tendem sempre a reagir de maneira defensiva quando se evidencia que tais opiniões e crenças estão erradas, tentando defendê-las a qualquer preço diante de uma opinião divergente (Bohm, 1996, p. 11-12). Trata-se daquilo a que comumente chamamos de convicção. Porém, como sublinha Paul Valéry, uma convicção “não passa da falsa atitude enérgica exigida pela consistência frágil própria de uma opinião. Toda a força colocada na forma – mesmo interior – é sinal de dúvidas voluntariamente reprimidas” (Valéry, 2016, p. 18). Além disso, se formos defender as nossas opiniões a qualquer custo, o diálogo se tornará impossível. Ora, mesmo sabendo que uma sociedade democrática reside nessa base, garantindo-se, pois, o direito à diferença de opiniões, o problema é que a defesa de uma opinião leva a uma “luta de opiniões”, na qual quem ganha não é necessariamente quem tem mais razão, assegura Bohm, mas sim quem possui mais poder. E isso nos mostra claramente que quando optamos por fazer as coisas juntos, nem sempre as fazemos da melhor maneira possível (Bohm, 1996, p. 11-12).

O interessante do diálogo, quando temos um grupo contando com um número entre vinte e quarenta pessoas, é que neste grupo teremos pessoas que sustentam crenças e opiniões muito distintas, constituindo, assim, uma espécie de “microcosmos” do conjunto da sociedade, explica Bohm. Em termos práticos, o número ideal sugerido pelo autor para a atividade é, portanto, entre vinte e quarenta pessoas, preferencialmente sentadas em círculo, ou em dois círculos concêntricos. A vantagem de se sentar em círculo é que assim não se favorece ninguém, havendo uma comunicação direta entre todos os participantes. Não obstante, por questões de foco, o autor sugere que haja um moderador que mantenha o curso do encontro, vigie o tempo e resuma, de tempos em tempos, o que está ocorrendo entre o grupo de diálogo. Para que a atividade funcione, porém, as pessoas não devem entendê-la como um “trabalho”, ainda que isso possa levar certo tempo, realizando reuniões semanal ou quinzenalmente, ou, até mesmo, durante um ano ou mais. O certo é que, com o tempo, as pessoas passarão a depender cada vez menos da figura do moderador, diz Bohm, logo, aquela velha ideia de que uma sociedade não pode funcionar sem líderes talvez não seja nada mais do que uma crença (Bohm, 1996, p. 13-15).

Não obstante, devemos, com Bohm, sublinhar um ponto importante – o qual talvez o leitor já tenha imaginado: o diálogo em grupo não é uma “terapia de grupo”, pois não há na atividade a tentativa de curar ninguém. Não se trata, portanto, de um “grupo de encontro” ou “de ajuda”, no qual serão exteriorizadas as emoções – ainda que isso possa, naturalmente, ocorrer. A ideia é que ao longo do diálogo as pessoas possam falar diretamente entre si, frente a frente, e sem sair do círculo. Chegará assim o momento em que, todos se conhecendo, adquirirão confiança mútua suficiente ao ponto de poderem falar de modo livre e direto com qualquer um dos integrantes do grupo. Para além disso, o diálogo grupal deve ser um espaço livre, aberto, vazio, no qual não tenhamos a obrigação de fazer nada, de chegar a alguma conclusão e mesmo de dizer ou deixar de dizer nada, sugere Bohm. Este espaço vazio deve comportar qualquer coisa e, depois de concluído, deve ser esvaziado, de modo que não se acumule nada, completa o físico (Bohm, 1996, p. 16).

Por outro lado, a sugestão de que não se tenha um objetivo pré-determinado, ou um propósito absoluto, não se trata de uma imposição arbitrária, garante Bohm, pois é possível que se estabeleçam certos objetivos pontuais, embora não se deva ficar restringido a eles por tempo indeterminado. O único objetivo que se deve perseguir, explica o autor, é *que se comunique de maneira coerente*. Logo, o diálogo em Bohm não envolve o cumprimento de uma agenda, meta, propósito ou algo semelhante, pois isso seria demasiado limitador (Bohm, 1996, p. 17). Como sugeriremos em seguida, a ideia de realização de grupos de diálogo no âmbito acadêmico, deve, pois, respeitar esta mesma regra: não deve procurar traçar objetivos, metas ou estratégias. A ideia central envolve basicamente a *comunicação coerente*, ou seja, uma comunicação livre de qualquer tipo de amarras, hierarquias e pautas pré-definidas. O objetivo, se há, explica Bohm, também não é que se crie uma “identificação com o grupo”, mas sim o objetivo de chegar a se relacionar com a *totalidade do processo*, pois é o processo o que realmente conta no diálogo (Bohm, 1996, p. 18).

No desenvolver deste processo, as crenças que as pessoas carregam terminarão surgindo, não devendo o grupo nem as evitar ou suprimi-las, mas sim apenas colocá-las em suspenso. E isso vale também para as reações, que devem ser colocadas em suspenso. Bohm sugere que seja interrompida a reação interna, distanciando-se dela, deixando-a suspensa frente a nós e observando-a como se fosse um reflexo que o espelho nos devolve. Nesse sentido, o grupo de diálogo acaba convertendo-se em um espelho no qual se reflete cada um dos participantes, esclarece Bohm. Com isso, rapidamente se percebe que não se trata de mudar nada, mas sim de simplesmente *sermos conscientes*. Segundo o autor, é possível advertir a semelhança existente entre as dificuldades que aparecem dentro do grupo e os conflitos e pensamentos contraditórios que têm lugar no interior do indivíduo (Bohm, 1996, p. 20-21).

Até o momento, apresentamos alguns dos elementos basilares da concepção de diálogo de Bohm (1996). Não poderemos avançar mais no detalhamento de suas ideias, por questão de delimitação. De todo modo, outros elementos importantes de sua concepção de diálogo ainda serão desvelados na próxima seção, a qual se destina a refletir sobre a possibilidade de aplicação deste modelo ao campo acadêmico, como uma forma de desbloqueio da sensibilidade a partir da comunicação consciente.

4. DIÁLOGO EM DIREITO: PARA UM DESBLOQUEIO DA SENSIBILIDADE

Luis Carlos Restrepo alertou que existirá “violência educativa” sempre e quando seguirmos perpetuando um sistema de ensino que obrigue a homogeneizar os alunos em aula. Faz-se isso ao negar as suas singularidades, tratando-os como se tivessem as mesmas características e, logo, deveriam responder às nossas exigências com iguais resultados (Restrepo, 2010, p. 69). Para poder manter este tipo de violência, uma das estratégias mais utilizadas é não dar voz aos alunos. Ou seja, substitui-se a aula dialogada por longos monólogos docentes.

Por isso não é de estranhar que os professores, segundo Alejandro Nieto, contem com a experiência de um tipo lamentável de ouvinte: um aluno passivo, que não recebe os ensinamentos com a mente, mas sim como mero apontador, aceitando todo o conteúdo ministrado sem se interessar por nada. Trata-se, como diz o grande jurista espanhol, de uma mensagem que fica gravada na memória do aluno, mas não em sua inteligência. O resultado, conclui, é que não há diálogo, como em todo processo normal de transmissão, mas sim um mero e pobre ditado (Nieto; Gordillo, 2003, p. 55). A pergunta aqui, portanto, deve ser: até que ponto certos tipos de professores não colaboraram, ao longo da história, para criar esta triste realidade, ceifando a liberdade de fala e de participação dos alunos? Trata-se, no mais das vezes, de aulas nas quais não há espaço para questionamentos, não há espaço para diálogo.

Entendemos que a sensibilidade entre acadêmicos de Direito somente encontrará lugar em um modelo de aula mais dialogada e aberta. E para que se alcance tal modelo de aula, nossa hipótese é que um primeiro passo a ser dado consista na adoção do modelo de Bohm. Não se trata aqui, porém, de defender a aplicação deste modelo de diálogo “em sala de aula”, pois isso equivaleria a inviabilizá-la. Por óbvio, para que tal modelo seja passível de aplicação nas universidades, precisaria haver a criação de grupos de diálogo fora do horário – e, sobretudo, fora do *contexto* – de aula. Mas, por qual razão? Ora, Bohm é bastante claro ao dizer que deve ser um espaço no qual não haja autoridade (de professor ou de quem quer que seja) e nem hierarquia, um lugar vazio de todo propósito, um espaço livre, no qual possamos permitir que todos os participantes possam falar de tudo (Bohm, 1996, p. 42), logo, torna-se praticamente impossível a sala de aula ser um espaço apto ao desenvolvimento de tal atividade.

Quanto aos participantes, o grupo de diálogo não deveria se limitar a alunos e a um único professor que conduza o diálogo, pois assim ainda se manteria, de certo modo, a estrutura hierárquica existente na sala de aula. Logo, o grupo deveria ser composto por alunos, professores, funcionários técnico-administrativos da universidade, quebrando-se, deste modo, no âmbito do grupo, qualquer pretensão de hierarquia, de poder. Ora, em um país como o Brasil, cujos intensos traços de desigualdade tentam ainda permitir que Fóruns contem com elevadores de “uso privativo e preferencial” – ou seja, um elevador privativo para magistrados e outros elevadores para servidores, estagiários, advogados e sociedade em geral⁵ –, pode parecer impensável encontrar juristas (sobretudo aqueles que exercem cargos de poder na hierarquia universitária) dispostos a sentar ao lado de seus alunos e de funcionários que realizam a limpeza das depen-

5 Para tanto, ver: OAB-CE. CNJ – Uso Privativo e Preferenciais de Elevadores no Fórum Autran Nunes. OAB-CE, Fortaleza, 10 abr. 2018. Disponível em: <https://oabce.org.br/2018/04/cnj-uso-privativo-e-preferenciais-de-elevadores-no-forum-autran-nunes>. Acesso em: 2 jul. 2023.

dências da universidade, todos em aberto diálogo. Porém, reside também nesse movimento de inclusão do outro uma das importantes dimensões do exercício de sensibilização.

Bohm acredita que a adoção deste modelo de diálogo pode interferir em diferentes âmbitos sociais, ainda que isso exija sensibilidade, a qual é definida pelo autor como uma certa forma de intervir e de não intervir, de observar todas as pistas sutis, os sentidos e as nossas respostas a elas, ou seja, observar ao mesmo tempo o que acontece conosco e o que acontece no grupo (Bohm, 1996, p. 39). E isso envolve não só a expressão verbal, isto é, aquela realizada através de palavras, mas também a atitude corporal dos participantes, aquilo a que normalmente chamamos de “linguagem corporal”, explica Bohm. A sensibilidade, neste sentido, permite-nos perceber o que está acontecendo, dando-nos conta de nossas próprias respostas, das respostas dos outros, das nossas diferenças e semelhanças. Este, segundo Bohm, é o fundamento da percepção. Ou seja, os sentidos nos proporcionam a informação, porém, se não estivermos sensíveis a ela, sequer a perceberemos (Bohm, 1996, p. 39).

Sensibilidade, para Bohm, não tem apenas a ver com os sentidos, mas com algo que os transcende, sendo que a resposta dos sentidos a determinados estímulos não é suficiente: devemos perceber o significado (ou sua ausência), pois isso é também uma questão de sensibilidade, envolvendo um tipo de percepção mais sutil, explica o físico. E quando, em um grupo de diálogo, compartilhamos o significado, este flui entre nós e mantém a coesão do grupo, fazendo com que os participantes sejam sensíveis não apenas àquilo que acontece ao seu redor, mas igualmente ao que acontece em sua própria mente (Bohm, 1996, p. 40).

Em outras palavras, podemos mesmo dizer que um grupo de diálogo é “vivo”. O “vivo”, define Maria Gabriela Llansol, “é uma relação entre pessoas, seja qual for a sua ordem, em busca de uma arte de viver; ou seja, de mútua não-anulação” (Llansol, 2001, p. 61). Pois o grupo permite exatamente isso: que se estabeleça uma relação livre de amarras de todo o tipo, quebrando-se os duros grilhões da hierarquia, do poder e da desigualdade, em prol de uma *comunicação consciente*, desenvolvida no seio de uma pequena coletividade.

E o que pode bloquear a nossa sensibilidade neste processo? Segundo Bohm, o que geralmente a bloqueia é a defesa de nossas crenças e opiniões, de modo que devemos, ao longo do processo, evitar qualquer tipo de julgamento e condenação no seio do grupo – ainda que naturalmente isso possa ocorrer a qualquer momento, reconhece o autor –, permitindo que todas as opiniões e crenças implicadas afluam até a superfície para serem *observadas*, pois somente assim haverá um real espaço para uma mudança, para uma verdadeira transformação, defende Bohm (Bohm, 1996, p. 40). Discussões, críticas e condenações são, portanto, totalmente incompatíveis com este processo e só demonstrariam o apego dos envolvidos no diálogo a uma perspectiva destruidora da comunicação, insuflada por um espírito de confusão e divisão entre os membros do grupo.

Neste contexto, podemos bem trazer alguns questionamentos de Paul Valéry: “mas que movimento rotatório levou ao afastamento da sensibilidade humana do ser humano; e a consciência cognitiva da sensibilidade? Pode esta consciência ser algo que se constrói na sensibilidade? Quando acordamos? Quando adormecemos?” (Valéry, 1970, p. 306)⁶. Entendemos que

6 Tradução livre de: “But what rotatory movement led to the detachment of human sensibility from the human being; and the cognitive consciousness from sensibility? Can this consciousness be something that is built up in the sensibility? When we awake, When we go to sleep?”

estas provocativas perguntas de Valéry podem apresentar pistas para refletirmos sobre onde e quando perdemos o fio da meada da sensibilidade humana.

Note-se que na academia, em particular – que é o espaço sobre o qual nos interessa refletir –, a perda da sensibilidade já foi denunciada por Warat em uma inspirada palestra⁷ ministrada no âmbito dos “Seminários Direito e Cinema”, na UFRJ, na qual o professor argentino dizia que “os juristas, no processo de formação jurídica, no momento em que recebem o título de bacharéis em Direito, descobrem-se com a sensibilidade perdida, perdida a sensibilidade” (Warat, 2006, p. 113). Perdem a sensibilidade e se tornam “sedentários” – visto tratar-se de um certo tipo de sedentarismo a concepção de ensino jurídico dominante. Conforme Warat, este modelo sedentário condena o aluno a ficar quieto e a renunciar à sua pulsão de errância, recebendo, passivamente, o saber do professor. Em sua jornada acadêmica, o aluno sedentário carecerá de aventuras, surpresas e restará impossibilitado de procurar caminhos paralelos na sua busca pela construção do conhecimento. E isso se deve, assegura Warat, à existência de “professores sedentários”, professores que não buscam escutar outras vozes, sobretudo na interação da sala de aula, professores impossibilitados de qualquer mínimo esboço de alteridade (Warat, 2009, p. 135).

O desbloqueio da sensibilidade dos envolvidos em um grupo de diálogo, portanto, exigirá que se coloquem todos os significados, tanto passados como presentes, para que o grupo possa se dar conta deles e “deixá-los simplesmente ser”, adverte Bohm, o que favorecerá o surgimento de um significado coerente para todo o grupo de diálogo e, conseqüentemente, permitirá que surja um novo tipo de cultura, de uma cultura na qual as opiniões e as crenças não são defendidas a ferro e fogo, de maneira incoerente; surgirá um tipo de cultura necessária para o bom funcionamento da sociedade e talvez, sugere Bohm, para a sua própria sobrevivência (Bohm, 1996, p. 28-29).

5. CONCLUSÕES

O presente texto buscou apresentar as linhas gerais da concepção de David Bohm sobre o diálogo, apresentando-a como uma hipótese para o desbloqueio da sensibilidade no campo acadêmico-jurídico. Trata-se de uma proposta teórica interdisciplinar ousada e talvez justamente por isso ainda pouco conhecida no meio jurídico. Ora, a formação de grupos de diálogo sugerida por Bohm é, antes de tudo, um convite para aprender e para conviver, um convite ao respeito e também à escuta de si mesmo e do outro. Nesse sentido, vale lembrar que Maturana Romesín não dissocia as concepções de *aprendizado* e *convívio*, pois segundo o autor “el aprender es convivir, es decir, el aprender se da de una manera o de otra en la transformación que tiene lugar en la convivencia, y consiste en vivir el mundo que surge con el outro” (Maturana Romesín, 1996, p. 244).

Não obstante, sabemos que o modelo de ensino que impera em significativa parte das faculdades de Direito lamentavelmente ceifa qualquer possibilidade de transformação pelo

7 WARAT, Luis Alberto. Conferência de Encerramento, 05/10/2006 [noite]. In: MAGALHÃES, Juliana N. et. al. (org.). **Construindo Memória: Seminários Direito e Cinema**. Grupo de Pesquisa Direito e Cinema. FND – UFRJ. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

convívio, sobretudo por um convívio forjado na escuta do outro. Em outras palavras, não se abre espaço para o *outro* neste modelo de “ensino sedentário” denunciado por Warat há mais de três décadas. Ainda hoje as aulas continuam se desenvolvendo em um grande fechamento, cujo único protagonista possível é o professor. Com isso, calam-se os alunos e o convívio acadêmico se torna um convite à sonolência do saber.

Embora possa parecer utópica a implementação desta proposta de diálogo no âmbito acadêmico, convém observar que Bohm, em sua obra, narra experiências de sucesso de certos grupos de diálogo, nomeadamente no mundo empresarial. Com efeito, a aplicação deste modelo em instituições de ensino superior exige uma sensibilização por parte de seus dirigentes em reconhecer a necessidade de que o diálogo institucional alcance um certo nível de coerência e que haja uma tomada de consciência coletiva – o que se faz cada vez mais necessário entre acadêmicos de Direito.

Finalmente, vale repisar que o grupo de diálogo não se trata – como pode ocorrer aos críticos mais apressados – de uma terapia em grupo ou qualquer coisa do gênero. Trata-se, em verdade, de um avançado exercício multifacetado de caráter científico, cuja proposta envolve um profundo processo que envolve a natureza e a intensidade das nossas emoções, passando pelas pautas dos nossos complexos processos de pensamento e as funções da memória, desvelando, assim, os mitos culturais que temos herdado e que formam as nossas estruturas neurofisiológicas (Nichol, 1996, p. vii-viii).

Portanto, um grupo de diálogo não é um grupo em busca de respostas ou um grupo de ajuda. Sobre isso, Warat era um professor que afirmava não se preocupar em dar uma resposta aos outros. “Não quero ajudar”, dizia ele, “interessa-me dialogar. Como o camponês falo, porque isso me faz bem. É bom” (Warat, 2000, p. 195). Talvez uma justificativa para a adoção do diálogo no âmbito acadêmico seja assim, simples e leves como as palavras de Warat.

REFERÊNCIAS

- BOHM, David. **On Dialogue**. London: Routledge, 1996.
- BOHM, David. **Thought as a System**. London: Routledge, 1994.
- LLANSOL, Maria Gabriela. **Parasceve**. Lisboa: Relógio D’Água, 2001.
- MATURANA ROMESÍN, Humberto. **Cognição, Ciência e Vida Cotidiana**. Tradução Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.
- MATURANA ROMESÍN, Humberto. **El sentido de lo humano**. Octava edición. Santiago de Chile: Dolmen Ediciones, 1996.
- NICHOL, Lee. Foreword. In: BOHM, David. **On Dialogue**. London: Routledge, 1996.
- NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. **Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- OAB-CE. CNJ – Uso Privativo e Preferenciais de Elevadores no Fórum Autran Nunes. **OAB-CE**, Fortaleza, 10 abr. 2018. Disponível em: <https://oabce.org.br/2018/04/cnj-uso-privativo-e-preferenciais-de-elevadores-no-forum-autran-nunes>. Acesso em: 2 jul. 2023.
- RESTREPO, Luis Carlos. **El Derecho a la Ternura**. Bogotá/Colômbia: Arango Editores, 2010.
- ROMANO, Vicente. **A Intoxicação Linguística: o uso perverso da língua**. Tradução Rui Pereira. Porto: Deriva Editores, 2008.

VALÉRY, Paul. **Analects**. Collected Works of Paul Valéry, Vol. 14. Analects. Translated by Stuart Gilbert. Princeton: Princeton University Press, 1970.

VALÉRY, Paul. **Maus Pensamentos & Outros**. Tradução Pedro Sette-Câmara. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2016.

VALÉRY, Paul. **O Senhor Teste**. Tradução Aníbal Fernandes. Lisboa: Relógio D'Água, 2018.

WARAT, Luis Alberto; PEPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus dois Maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2000.

WARAT, Luis Alberto. As contribuições da Filosofia Surrealista para a Compreensão dos Direitos Humanos. 18/10/2007 [manhã]. In: MAGALHÃES, Juliana N. et al. (org.). **Construindo Memória**: Seminários Direito e Cinema. Grupo de Pesquisa Direito e Cinema. FND – UFRJ. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

WARAT, Luis Alberto. Conferência de Encerramento, 05/10/2006 [noite]. In: MAGALHÃES, Juliana N. et al. (org.). **Construindo Memória**: Seminários Direito e Cinema. Grupo de Pesquisa Direito e Cinema. FND – UFRJ. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da Lei. Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma Ecologia do Desejo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.

WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. **Sequência** – Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 03, n. 05, p. 48-57, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>. Acesso em: 14 maio 2023.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 14/07/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/07/2023
- Avaliação 1: 24/07/2023
- Avaliação 2: 22/12/2023
- Decisão editorial preliminar: 22/12/2023
- Retorno rodada de correções: 22/12/2023
- Decisão editorial/aprovado: 22/12/2023

Equipe editorial envolvida

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

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS POR AGENTES DE PEQUENO PORTE: A GOVERNANÇA E AS BOAS PRÁTICAS COMO ESTRATÉGIAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD

THE PROTECTION OF PERSONAL DATA BY SMALL AGENTS: GOVERNANCE AND GOOD PRACTICES AS STRATEGIES FOR IMPLEMENTATION OF LGPD

ROSANE LEAL DA SILVA¹
RAONNY CANABARRO COSTA DA SILVA²
KATIELE DAIANA DA SILVA REHBEIN³

RESUMO

Este artigo aborda a proteção de dados pessoais, partindo de sua evolução histórica até a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira (LGPD). Neste ponto, concentra-se nos desafios para a sua implementação, sobretudo no que se refere à segurança da informação a ser promovida por agentes de tratamento de pequeno porte. A investigação tem como objetivo identificar e compreender o estado atual da proteção de dados no Brasil, para responder ao seguinte problema de pesquisa: quais os desafios para a efetivação da segurança dos dados pessoais processados por agentes de tratamento de pequeno porte? Para tanto, com apoio no método dedutivo realizou-se abordagem normativa e doutrinária do tema a partir de sua evolução em âmbito europeu, fonte de inspiração para a legislação brasileira. Foram identificados e discutidos os

- 1 Graduação em Direito pela Universidade da Região da Campanha (1994), mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2000) e doutorado pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração Direito, Estado e Sociedade, com pesquisa sobre criança e adolescente na sociedade informacional (2009). É professora associada da Universidade Federal de Santa Maria, nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito. Atua no Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, atual Universidade Franciscana (UFN). É docente pesquisadora na Faculdade Antonio Meneghetti. Atualmente é líder do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio (UFN) e do Grupo de Pesquisa Núcleo de Direito Informacional (UFSM), ambos inscritos no CNPq. Integra, na condição de pesquisadora, o Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente, da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordena o Núcleo de Direito Informacional, na Universidade Federal de Santa Maria. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/1218962383221912>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9636-2705>.
- 2 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Especialista em Direito Médico e da Saúde pela ULBRA. Advogado e Diretor Executivo na Siqueira Cordeiro Advogados. Consultor Sênior de Privacidade na oPrivacy, empresa localizada no estado de Santa Catarina. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0143203009573511>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7336-7661>.
- 3 Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Mestra em Ciências Ambientais pela Universidade de Passo Fundo (UPF) - Bolsista Capes Prosuc - I; Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional; Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale; Bacharela em Direito pela Faculdade Antonio Meneghetti; Técnica em Meio Ambiente pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense (IFSul); Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Democracia e Constituição - GPDECON e do Grupo de Pesquisa em Direitos Animais - GPDA, ambos coordenados pela Prof. Dr Nina Trícia Disconzi Rodrigues Pigato, vinculados ao Curso e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/7362064577211371>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4224-8090>.

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

SILVA, Rosane Leal da; SILVA, Raonny Canabarro Costa da; REHBEIN, Katiele Daiana da Silva. A proteção de dados pessoais por agentes de pequeno porte: a governança e as boas práticas como estratégias de implementação da LGPD. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 35-54, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9249>.

principais aspectos que devem ser contemplados em programa de governança e boas práticas com vistas à efetividade segurança dos dados, concluindo-se que a edição da legislação é um passo importante e que coloca o Brasil em nível de adequação se comparado a outros países. No entanto, não é suficiente, pois sua implementação prática depende de variáveis tecnológicas e humanas, mostrando-se essencial a existência de programa de governança que observe boas práticas tanto no uso das tecnologias, quanto nas rotinas diárias sob responsabilidade direta dos colaboradores.

Palavras-chave: dados pessoais; Lei Geral de Proteção de Dados; Marco Civil da *Internet*; segurança.

ABSTRACT

This article addresses the protection of personal data from its historical evolution to the enactment of the Brazilian General Data Protection Law (LGPD). At this point, it focuses on the challenges for its implementation, especially with regard to information security to be promoted by small-scale processing agents. The investigation aims to identify and understand the current state of data protection in Brazil in order to answer the following research question: What are the challenges for the effectiveness of personal data security processed by small-scale processing agents? Therefore, based on the deductive method, a normative and doctrinal approach to the theme was carried out from its evolution in the European scope, which is a source of inspiration for the Brazilian legislation. The main aspects that must be considered in a program of governance and good practices were identified and discussed with a view to the effectiveness of personal data security. It was concluded that the enactment of the legislation is an important step in this scenario, and that it places Brazil at a level of adequacy when compared to other countries. However, this is not enough because its practical implementation depends on technological and human variables, proving to be essential to have a governance program that observes good practices both in the use of technologies and in the daily routine of organizations.

Keywords: small-scale agents; good habits; personal data; General Data Protection Law; security.

1. INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais⁴ é um tema que merece atenção na atual sociedade hiperconectada, marcada pela sofisticação dos mecanismos utilizados para a coleta e tratamento de informações. Tal interesse cresce em grande escala, tanto pelo rápido desenvolvimento de novas e invisíveis tecnologias para seu recolhimento e tratamento, quanto pelo poder que o acesso aos dados pessoais confere aos agentes que realizam esse tratamento.

Nesse cenário, dados tornaram-se moeda de troca e têm a capacidade de fornecer informações diversas e sensíveis sobre os seus titulares, formando perfil a partir dos quais é possível aplicar estratégias capazes de modular seu comportamento, predizendo ou mesmo direcionando desejos e ações. Ainda que o debate sobre este tema seja relativamente novo no Brasil, há vários anos os eventuais riscos sobre os direitos fundamentais, derivados do emprego das tecnologias, já constava na pauta de interesses de outros países, como evidenciam os registros oriundos do Continente Europeu.

Desse período até o atual, a evolução tecnológica proporcionou avanços exponenciais e, com o advento da *internet* e, mais recentemente, da inteligência artificial, os dados pessoais

4 De acordo com o art. 5º, da LGPD, há previsão de duas espécies de dados pessoais, a saber: "I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural" (Brasil, 2018a).

foram alçados à condição de ativos ainda mais valiosos. Era preciso, então, avançar na regulação no Brasil, posto que a Lei nº 12.965/2014, denominado Marco Civil da *Internet*, ainda que referisse os dados pessoais ao tratar da privacidade dos registros, não teve o escopo de sistematizar essa matéria. A sistematização veio com o advento da Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Muito tem se discutido sobre o tema, desde a edição desta legislação. Não obstante, para além de conhecer seus antecedentes históricos, compreender os valores que nortearam a elaboração dessa lei e seus princípios fundantes, é essencial pensar na sua efetivação. Essa tarefa ganha maior complexidade em razão das inúmeras variáveis que envolvem o tema, desde a ausência de uma cultura de proteção de dados pessoais no Brasil, até as diferenças de porte e funcionamento das diferentes organizações sobre as quais a lei incide, o que é acrescido pela tardia organização da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Independentemente do perfil e do grau de maturidade que a organização já se encontrava, é certo que novos desafios se apresentam com a LGPD, motivo pelo qual se justifica sua abordagem nesse artigo, cujo propósito é responder ao seguinte problema de pesquisa: considerando os agentes de tratamento⁵, em especial os de pequeno porte⁶, tais quais as estratégias essenciais para um programa de boas práticas e governança de dados, que prime pela segurança da informação?

Buscando respostas ao problema, utilizou-se o método dedutivo para fins de abordagem, isso porque o estudo partiu de uma investigação mais ampla, passando pelos aspectos históricos sobre a proteção de dados em âmbito internacional, com ênfase para a União Europeia, até seu tratamento em território nacional, o que é feito tanto pelo aporte constitucional quanto infraconstitucional, com ênfase para a LGPD. Pautada nesta legislação, discutem-se os desafios para a sua implementação, com apoio no procedimento monográfico, especialmente em razão da Resolução nº 2, de 27 de janeiro de 2022 da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) sobre a “flexibilização” da Lei 13.709/18 para agentes de tratamento de pequeno porte.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: A INFLUÊNCIA EUROPEIA

A proteção de dados pessoais é um tema que se popularizou nos últimos anos, em especial após a promulgação da LGPD. No período de sua *vacatio legis* muitos cursos, treinamentos e *lives* foram realizadas, o que não só movimentou a área jurídica, como também produziu impacto sobre as organizações públicas e privadas, muitas das quais passaram a investir no tema, na tentativa de implementar um novo modelo de tratamento de dados pessoais. Em que pese o tema ter se destacado mais recentemente no Brasil, a proteção de dados pessoais não

5 Neste trabalho será aplicada a definição de termos da LGPD e por agente de tratamento entende-se, a partir do art. 5º: “VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (Brasil, 2018).

6 De acordo com o art. 2º, da Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022, consideram-se agentes de pequeno porte as microempresas, *startups*, pessoas jurídicas de direito privado, inclusive sem fins lucrativos, bem como pessoas naturais e entes privados despersonalizados que realizam o tratamento de dados (Brasil, 2022).

consiste em novidade nos Estados mais desenvolvidos tecnologicamente, o que aponta para certo atraso do Brasil quanto ao seu tratamento jurídico.

Os antecedentes históricos da proteção de dados indicam a preocupação com o tema ainda em meados da década de 1970. Usualmente há referência ao pioneirismo da República da Alemanha, mas em realidade a legislação produzida inicialmente limitava-se ao Estado de Hesse, tratando-se de lei estadual que se ocupava, em 17 artigos, dos dados processados e mantidos pelo poder público. Somente mais tarde houve a edição de lei federal, o que ocorreu no ano de 1977 (Doneda, 2006, p. 228). Esta primeira geração de leis preocupava-se basicamente com as questões referentes aos bancos de dados, espelhando o estado da tecnologia e a visão dos juristas da época (Doneda, 2011).

Em termos de legislação federal pode-se dizer que a Suécia se notabilizou ao se antecipar a outros países e editar sua legislação nacional em 1973, demonstrando a preocupação com o avanço tecnológico e seus reflexos sobre os direitos dos titulares. Tal preocupação era igualmente partilhada por outros Estados Europeus e, segundo análise de Doneda (2006, p. 229), naquele ano foi expedida Resolução, na qual os Estados foram incentivados a adotar princípios mínimos, em suas legislações internas, para a salvaguarda de dados pessoais.

Na França, em 1978, foi promulgada a Lei nº 78-17, a Lei *Informatique et Libertés* sobre a proteção de dados, em movimento que avançou para outros países europeus, tais como Dinamarca, Áustria, Noruega, Luxemburgo e Islândia. Este movimento igualmente atingiu Estados que recém ingressavam no bloco, tais como Portugal e Espanha (Doneda, 2006, p. 228-229). Esta Lei originou o que os doutrinadores convencionaram chamar de segunda geração das legislações de dados pessoais, leis que ultrapassavam o âmbito computacional ao apostar na privacidade e proteção de dados de maneira mais ampla.

Não tardou, no entanto, para que se percebesse que as tecnologias imprimiam um ritmo de evolução acelerado e que permitiam a rápida capilarização das informações e dos dados pessoais além das fronteiras estatais. Era necessário, então, intervir de forma mais concertada, transcendendo-se às legislações nacionais e localizadas territorialmente em direção à uniformização legislativa, constatação que norteou estudos no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Foi produzido um guia para a proteção da privacidade e dados pessoais (1980), logo substituído pela Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, conhecida como Convenção nº 108 ou *Convenção de Estrasburgo* (1981). Esses documentos contribuíram para o sistema europeu de proteção de dados pessoais, tanto por estender a participação a Estados terceiros não integrantes da União Europeia quanto por considerar os dados pessoais como direitos humanos, importante marco no reconhecimento da natureza dos direitos em questão (Oliveira; Lopes, 2019, p. 58).

A Convenção de Estrasburgo, seguida da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (ano 2000) elevou a proteção de dados ao status de direito fundamental autônomo, que deveria ser respeitado pelos Estados integrantes da União Europeia, vinculados aos documentos referidos (Sarlet, 2020, p. 183).

Neste período histórico tenta-se aprimorar a tutela dos dados pessoais, ainda centralizada nos cidadãos, reforçando a autodeterminação informativa (Doneda, 2011). Trata-se de reconhecer as assimetrias das relações estabelecidas entre as partes, notadamente do titular

dos dados frente a quem realiza o tratamento, pois sabidamente o primeiro é mais vulnerável. Deve-se, portanto, tutelar sua liberdade e seu poder decisório para eleger para quem e quais dados disponibilizar.

Como ensina Juárez (2003, p. 68-69), o direito à autodeterminação informativa é pessoal, relaciona-se com a dignidade da pessoa e ostenta as seguintes características: a) é originário, pois nasce com o sujeito de direitos; b) é personalíssimo; c) é direito subjetivo privado e relaciona-se com o gozo das faculdades do indivíduo; d) é oponível a todas as demais pessoas, tanto de direito público quanto privado; e) é variável ou contextual, pois comporta sopesamentos; f) é imprescritível.

A preocupação com a autodeterminação informativa caracterizou a denominada terceira geração de leis, que busca o fortalecimento da posição do sujeito em relação às entidades que coletam os dados, passando a existir o reconhecimento do desequilíbrio da relação e levando-se em consideração que algumas modalidades de tratamento de dados precisam de uma proteção especial, como o caso dos dados pessoais sensíveis (Doneda, 2011).

O sistema de proteção de dados pessoais foi complementado pela Diretiva nº 95/46/CE da União Europeia, a qual reconhece os distintos estágios de desenvolvimento tecnológico e níveis de proteção conferidos a cada Estado, e cujo item 2. firma a premissa básica de que as tecnologias devem estar a serviço das pessoas, com resguardo de sua vida privada. Ao longo de seus setenta e três (73) *considerandos*, os signatários explicitam os deveres dos Estados e reiteram, no Artigo 1º, a natureza de direitos fundamentais dos dados pessoais⁷, ao estabelecer que “Os Estados-Membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais” (Parlamento Europeu e Conselho, 1995). Como destaca Busatta (2020, p. 33), essa Diretiva, “além de regular a proteção dos dados pessoais, tratou dos elementos, das noções a respeito da livre circulação de dados pessoais.”

A autodeterminação informativa também estava prestigiada, pois em diversos dispositivos havia menção aos direitos do titular, a exemplo do art. 10º, no qual se assegurava à pessoa, cujos dados eram tratados, as informações sobre a identidade do responsável pelo tratamento ou seu representante, ter conhecimento sobre a finalidade do tratamento, os eventuais destinatários para os quais os dados seriam repassados, bem como o direito de retificar os dados a seu respeito. Para tanto, revelava-se essencial que o titular tivesse direito de acesso, o que estava contemplado no artigo 12º, da referida Diretiva. Ademais, cada Estado parte União Europeia deveria ter um órgão ou profissional que fosse responsável pela implantação e adequação das leis locais, conforme previsto pela Diretiva nº 95/46/CE (Parlamento Europeu e Conselho, 1995).

A evolução do tema no âmbito europeu não parou nesta importante Diretiva, especialmente no que se refere às transferências de dados pessoais, pois nos anos 2000 originou-se o acordo intitulado de *Safe Harbor*, que se refere a um programa de proteção de dados entre os Estados Unidos da América (EUA) e a União Europeia (UE). Tal acordo foi invalidado no

7 Os dados pessoais são definidos no Artigo 2º: “a) «Dados pessoais», qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificado ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;” (Parlamento Europeu e Conselho, 1995).

ano de 2015 pela Corte de Justiça da União Europeia, isso porque a UE não considerava que os EUA pudessem certificar a segurança de dados sem esse acordo (Weiss; Archick, 2016). Esta revogação deu-se mediante uma provocação feita por *Maximilian Schrems*, um cidadão australiano, ao órgão Irlandês que era responsável pelo Acordo de Processamento de Dados, levando o caso à Comissão de Justiça da União Europeia. *Schrems* estava aflito com o fato de que a empresa *Facebook* à época, hoje *Meta*, estaria transferindo dados dos servidores localizados na Irlanda para os Estados Unidos, o que violava o acordo firmado (Weiss; Archick, 2016).

Em 2013 já se sucediam as discussões para a remodelação do *Safe Harbor*, dando origem a formação de um novo acordo intitulado de *Privacy Shield*, como resposta às preocupações frequentes da União Europeia com os programas de vigilância da Agência de Segurança Nacional Americana (NSA), sendo oficializado no ano de 2016 (Weiss; Archick, 2016). Entretanto, *Schrems* ingressou com outra representação sobre o acordo concernente à transferência de dados entre os EUA e a União Europeia, que ficou conhecida como *Caso Schrems II*. Em 16 de julho de 2020, a Corte de Justiça Europeia invalidou novamente o acordo argumentando que ele não teria base jurídica para a transferência de dados entre cidadãos Europeus e os Estados Unidos (DW, 2020).

Em 25 de maio de 2018 houve um grande avanço na proteção de dados com a entrada em vigor da *General Data Protection Regulation* – Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), da União Europeia. Este Regulamento abarca os dados pessoais de todos os cidadãos residentes na UE, de forma independente da localização em que os dados sejam processados, primando pela transparência e prestação de contas no seu tratamento. Ademais, trata-se de um marco histórico na proteção de dados, erigidos à condição de direito humano fundamental e passará a ter reflexos em todo o mundo.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados está alicerçado em seis princípios gerais de proteção de dados (justiça e legalidade; limitação de finalidade; minimização de dados; precisão; limitação de armazenamento; integridade e confidencialidade) e tem como núcleo central a proteção de dados por *design* e padrão⁸. Isso significa dizer que o cuidado com o titular de dados deve estar presente desde a concepção do serviço ou produto, cuja arquitetura deve ser pautada na privacidade como padrão. As práticas de negócios devem primar pela lisura e transparência, o que importa que as informações sejam fornecidas aos titulares de maneira clara, compreensível e acessível. Há, também, a imposição de responsabilidade para as organizações que realizam o tratamento de dados pessoais, obrigadas à prestação de contas que permitam demonstrar como realizaram o tratamento de dados pessoais (Goddard, 2017, p. 703).

A principal mudança operada com a adoção de um Regulamento, no entanto, é quanto à uniformidade e obrigatoriedade da norma, pois enquanto as Diretivas Europeias davam margem para discussão e aplicação das legislações nacionais, o Regulamento é aplicável diretamente, uniformizando o tratamento de dados o que, segundo Goddard (2017, p. 704), deve contribuir para a redução de disputas sobre a proteção de dados. Ficava claro que a proteção de dados doravante estaria na pauta dos Estados Europeus e que sua observância era impositiva, com

8 De acordo com Busatta (2020, p. 48), o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu baseou-se no enfoque do risco e na adoção de medidas de prevenção. Para tanto, elegeu o *privacy by design* e o *privacy by default* como “princípios-chave”. Pelo primeiro entende-se que as organizações devem, desde a concepção de seus projetos, incorporar elementos que respeitem a privacidade do titular e valorizem seu poder de escolha ao longo de todo o processo. O *privacy by default* parte da ideia de que o produto ou serviço deve vir com as restrições de privacidade por padrão e o usuário é que deve liberá-las, caso assim o deseje. A proteção de dados, então, deve estar presente desde a fase inicial do projeto, ser uma conduta pró-ativa e pautada na boa-fé objetiva do agente de tratamento e não meramente reativo.

reflexo também em eventuais países terceiros com os quais as empresas europeias viessem negociar, pois seria desejável que todos desfrutassem de um nível de proteção adequado.

O panorama da evolução da proteção de dados na União Europeia revela movimentos que impactaram a forma como o tema passou a ser tratado em território brasileiro, conforme se verá na sequência.

3. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL: DA LEGISLAÇÃO ESPARSA À LGPD

Ao lançar um olhar sobre o Brasil, constata-se que a evolução do tema foi tímida, isso porque somente no ano de 2022 a proteção de dados foi incorporada aos direitos fundamentais. Mesmo que o texto da Constituição Federal de 1988 tivesse alçado o direito à vida privada e à intimidade à condição de direito fundamental, sua abordagem era mais abrangente e não mencionava especificamente os dados pessoais. Em que pese não haver menção expressa, Sarlet (2020, p. 189) sustentava sua inclusão implícita na Carta Constitucional, aduzindo que

[...] o direito à proteção de dados pode (e mesmo deve!) ser associado e reconduzido a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental (também implicitamente positivado) ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade mais relevantes no contexto, quais sejam – aqui nos termos da CF – os direitos à privacidade e à intimidade, no sentido do que alguns também chamam de uma “intimidade informática”.

Outros autores, em sentido contrário, limitavam-se a mencionar a previsão constitucional do *Habeas Data* e, no setor privado, invocar a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor. A legislação consumerista trata dos dados do consumidor em seu artigo 43, que elenca um rol de direitos e garantias frente aos bancos de dados, desde o direito a ter conhecimento sobre a eventual inscrição nos cadastros, o dever de as instituições manterem os registros de maneira clara e compreensível, com informações verdadeiras e que não excedam ao período de cinco anos. Confere o direito de o consumidor exigir a correção de dados inexatos ou incorretos no prazo de cinco dias úteis, o que é algo bastante positivo em razão dos eventuais prejuízos ao crédito que poderão ser suportados pelo titular em razão de eventual registro incorreto (Brasil, 1990).

É incontestável que a evolução tecnológica e os fluxos transnacionais de dados exigiam um passo à frente por parte do Brasil, sobretudo diante da voracidade do “capitalismo de vigilância”, expressão desenvolvida por Shoshana Zuboff (2020) e que bem descreve a forma como o mercado e os governos se aproveitam das tecnologias para recolher o maior número de dados pessoais, tratando-os de maneira a compor perfis e predizer comportamentos. Para além da preocupação com os titulares, havia também a necessidade de adequação para que o Brasil não sofresse revés no mercado global, já que países mais desenvolvidos estavam a exigir níveis adequados de proteção de dados por parte dos governos e empresas. Tal impunha atualização normativa, o que começou com a edição da Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet (MCI). Esta lei simbolizou um avanço na governança da internet no Brasil, porque deli-

mitou direitos e responsabilidades dos usuários da rede mundial de computadores, ao mesmo tempo que buscou promover a liberdade de expressão, afastando eventuais riscos de censura na *internet* (Bezerra; Waltz, 2014). Para tanto, o legislador tentou harmonizar princípios como liberdade de expressão, neutralidade da rede, inimputabilidade da rede e privacidade dos usuários.

Este último princípio se liga mais diretamente à proteção de dados pessoais. Seu desenvolvimento no MCI, no entanto, foi tímido, limitando-se a tratar do tema ao abordar os registros de acesso e aplicação, não ocupando o lugar que era reservado a uma legislação específica.

O MCI regulou o exercício do Poder Público quanto ao desenvolvimento da *internet* no Brasil, com a definição de aparatos de governança multiparticipativa que englobam o governo, empresas, comunidade acadêmica e sociedade civil, criando-se um sistema de correção para a *internet* em âmbito nacional (Tomasevicius Filho, 2016). Assim, se observa que o MCI é uma norma que criou um cenário abrangente e introdutório para a regulamentação das relações que ocorrem na *internet*, sem se deter de forma aprofundada em temas considerados mais complexos, como a proteção de dados. Restavam, portanto, importantes questões que não estavam abrangidas pelo MCI e que somente foram contempladas pela Lei nº 13.709, de 2018 (LGPD), passando a vigorar a partir de 18 de setembro de 2020.

A LGPD foi claramente inspirada nos princípios norteadores do Regulamento Europeu, ainda que numa versão mais enxuta. Seu artigo 6º concentrou esses princípios de forma mais evidenciada, com especial atenção para a finalidade da coleta de dados, que deve efetivamente corresponder ao que foi informado ao titular, cujo tratamento deve justificar-se em uma das bases legais descritas no art. 7º. Ademais, os dados pessoais que serão tratados devem atender à necessidade declarada, ou seja, não se pode recolher dados com o objetivo de ampliar o banco de dados da empresa ou órgão público.

Esse é um ponto fulcral que precisa ser devidamente compreendido pelos agentes de tratamento de dados pessoais que, independente do segmento em que atuam e do seu porte, terão que organizar seus fluxos de trabalho e treinar seus colaboradores para observar os princípios da LGPD. É preciso que todos estejam apropriados da legislação, revejam suas rotinas e competências, o que deve ser feito a partir da elaboração de um bom diagnóstico do tratamento de dados pessoais realizado naquela organização. As organizações também precisarão elaborar um cuidadoso inventário dos dados pessoais processados, com a clara do escopo do tratamento, identificação da natureza dos dados (se dados cadastrais, sensíveis, especiais por se tratar de sujeitos vulneráveis, como crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, etc), seu fluxo nos setores, níveis de segurança e proteção já existentes, assim como potenciais riscos. Essas são etapas preparatórias, sem as quais não se pode rever os padrões de segurança adotados ou, na ausência dessa sistematização, não se consegue estabelecer fluxos de trabalho que estejam conformes às boas práticas estabelecidas no art. 50, da LGPD⁹.

Esses procedimentos não devem estar circunscritos a um setor específico, de gerência ou gestão da organização, pois de nada adiantará que alguns colaboradores observem a legislação e outros, ao revés, a ignorem sob a falsa crença de que os dados pertencem à empresa.

9 Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. (Brasil, 2018a)

Ademais, o envolvimento de todos se mostra essencial para a implementação das boas práticas preconizadas na LGPD, as quais integrarão o programa de governança em privacidade¹⁰, previsto no art. 50, §2º, I, da LGPD.

A existência de um programa de governança que esteja atualizado, seja transparente e conforme à LGPD evidenciará a organização do controlador, sua boa-fé em operar no mercado, assim como facilitará o próprio exercício de direitos por parte do titular do dado pessoal, o que facilitará sua autodeterminação informativa. Isso porque o titular deve ter acesso aos seus dados, saber como estão sendo utilizados, solicitar a sua eventual correção em caso de inexatidão, bem como requerer a sua eliminação quando não houver mais razão para a sua manutenção pelo controlador. Esses princípios estão conectados pela ideia de transparência, ou seja, o direito de o titular ser informado sobre o processamento de seus dados, o que, como sustentam Oliveira e Lopes (2019, p. 76), não se limita ao momento do recolhimento dos dados, mas alcança todas as etapas de seu ciclo de vida. Ademais, a LGPD impõe que as organizações estabeleçam mecanismo para garantir que a tríade segurança, prevenção e responsabilidade seja observada, para evitar incidentes de segurança com os dados do titular. Caso as medidas de prevenção adotadas *a priori* não sejam eficazes para garantir a segurança dos dados pessoais em poder do controlador, então este terá o dever de reparar eventuais danos (Oliveira; Lopes, 2019, p. 77-78).

Ainda que de importância inquestionável, não se pode ignorar que as leis não mudam, por si só, as práticas já arraigadas nas organizações. Portanto, como ensinado por Frazão (2019, p. 176-177), não se pode imaginar que o sistema de heterorregulação, representado pela LGPD e demais leis e atos normativos emanados do Estado sejam suficientes. Como são baseados no “sistema de comando e controle”, ou seja, descrevem um comportamento e estabelecem sanções para o caso de descumprimento, deixam muitas questões sem cobertura, especialmente ante aos riscos do tratamento. Logo, a heterorregulação é insuficiente, quer porque o mercado sempre será mais rápido e em curto espaço de tempo as legislações não responderão mais aos novos problemas; quer pelas dificuldades de fiscalização e pela insuficiência da reparação. Logo, o sistema deve comportar também medidas de autorregulação e de *compliance* por parte das organizações.

A Lei 13.709 de 2018 possui o objetivo de modificar a forma de funcionamento e operação das organizações governamentais e privadas e visa a conceber um ambiente de segurança jurídica para o titular de dados. Para tanto, padroniza as regras acerca da coleta, armazenamento e tratamento dos dados pessoais, além de disciplinar como e quando acontecerá o compartilhamento desses dados, impondo uma padronização maximizada da proteção e sanções significativas para os que a infringirem (Fonseca, 2021). Destaque-se, uma vez mais, a importância da autodeterminação informativa e que a LGPD, seguindo os passos da União Europeia, alçou-a à condição de destaque, o que merece ser compreendido pelos controladores, operadores e seus empregados ou prepostos, pois como já mencionado, o dado pessoal pertence ao seu titular e não ao agente que realiza o seu tratamento. Essa compreensão impõe novas práticas ao estabelecimento ao longo de todo o ciclo das operações de tratamento, o que aponta para o necessário estabelecimento de uma governança de dados pessoais, como disposto no art. 50, da LGPD.

10 Segundo informações sistematizadas, disponíveis no site do Instituto de Pós-graduação e Graduação (IPOG, 2022), por governança de dados entenda-se um processo contínuo composto por ações e boas práticas que vão envolver todas as pessoas que atuam naquela organização, abrangendo todas as etapas do tratamento de dados pessoais. Segundo descrito, “A governança de dados pode ser realizada em empresas de qualquer porte e responde a três necessidades básicas: Ter conhecimento sólido e claro sobre as informações da empresa; Saber a origem e o ciclo de vida dos dados; Entender se os dados estão alinhados com as políticas da empresa”.

É possível afirmar que a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais compôs um sistema protetivo que tem como matriz a Constituição Federal, ao que se somam os princípios constantes no Código de Defesa do Consumidor e o aporte do Marco Civil da Internet. Esse conjunto de normas encontra-se em alinhamento e aprofunda a proteção da pessoa, aperfeiçoando os mecanismos para que possa exercer sua autonomia frente àqueles que operam no mercado, com novas regras para a concessão do consentimento, o que leva em conta a assimetria do titular.

Como sustentado por Guimarães Filho, Fereda e Ferraz (2020, p. 43), a LGPD está alinhada com as orientações da Organização das Nações Unidas (ONU), revisadas e expedidas em 2016, denominada Directrices para la Protección del Consumidor (2016). Este documento internacional orienta a elaboração das leis de proteção do consumidor e estabelece claramente que as boas práticas a serem adotadas deverão primar pela tutela da privacidade e da proteção de dados e, dentre os princípios para boas práticas comerciais, tanto para as operações realizadas no ambiente digital quanto fora dele, deve-se observar que dispõe o item “e” sobre proteção da privacidade, segundo o qual “Las empresas deben proteger la privacidad de los consumidores mediante una combinación de mecanismos adecuados de control, seguridad, transparencia y consentimiento en lo relativo a la recopilación y utilización de sus datos personales” (Naciones Unidas, 2016, p. 9). A observância dessas boas práticas deve passar por todas as atividades cotidianas e alcançar todos que realizam o processamento dos dados pessoais, independente do posto ocupado naquela organização. Ademais, condutas alinhadas com a segurança da informação e com investimentos na área de tecnologia devem integrar as bases do modelo de governança que será adotado pelo agente de tratamento.

Essas boas práticas devem ser observadas independentemente do porte da organização e sua natureza, o que se torna um desafio, sobretudo porque a LGPD não observou as especificidades de algumas organizações, como empresas de pequeno porte, *startups*, sociedades sem fins lucrativos, dentre outras, não contempladas especificamente na Lei Geral e cuja edição de orientações ficou sob responsabilidade da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Com efeito, superadas as celeumas iniciais sobre a sua constituição e, em que pese a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)¹¹ ter sido identificada num primeiro momento como órgão prevalentemente fiscalizador, sua competência ultrapassa a mera fiscalização e aplicação de sanções, pois compete a ela a atividade normativa. No exercício dessa função, edita diretrizes e orientações para os agentes de tratamento, contribuindo para a criação de um ecossistema de proteção de dados pessoais que será complementado por boas práticas e governança de dados pessoais a ser adotado pela organização, tal como preceitua o art. 50, da LGPD. Esse é o tema a ser tratado no próximo tópico.

11 A ANPD estava prevista no texto original da LGPD, mas foi vetada pelo Presidente da República, Michel Temer, sob o argumento de que haveria vício de origem, sendo que o órgão a ser concebido seria parte integrante do Poder Legislativo, e a capacidade de dispor sobre a organização do estado é prerrogativa do Poder Executivo (Borges, 2018). Posteriormente sua instituição ocorreu por meio da Medida Provisória nº 869 de 2018, reinserindo a criação da ANPD na Lei nº 13.709 de 2018 (Brasil, 2018b). A votação da Medida Provisória se deu nos dias 28 e 29 de maio do ano de 2019, para posteriormente ser sancionada pelo presidente, Jair Bolsonaro, em 08 de julho de 2019, sendo convertida na Lei nº 13.853 de 2019 (Agência Senado, 2019). A previsão inicial era de que as sanções administrativas previstas na norma seriam empregadas pela ANPD a partir de agosto de 2020. Mas, a Medida Provisória nº 959 de 2020 adiou seu início para 03 de maio de 2021 (Brasil, 2020b). Entretanto no dia 10 de julho de 2020 ocorreu a promulgação da Lei nº 14.010, que passou a prever que as sanções só seriam aplicadas pela ANPD em 1º de agosto de 2021 (Brasil, 2020a). Especulava-se, frente a isso, a possibilidade de serem postergadas para o ano de 2022, caso houvesse a aprovação do Projeto de Lei nº 500 de 2021, o que não ocorreu.

4. BOAS PRÁTICAS COMO ESTRATÉGIA PARA EFETIVAR A SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

A observância de boas práticas por parte das organizações está intimamente ligada ao respeito aos princípios que norteiam o tratamento de dados, explicitados no art. 6º, da LGPD, com destaque neste ponto para a segurança, um dos importantes vetores da LGPD. O tema da segurança dos dados usualmente é tratado pelos gestores das organizações como tarefa de responsabilidade do setor de Tecnologia da Informação (TI), pois se associa a segurança com incidentes de segurança, acesso e uso indevido de informações e dados pessoais armazenados na base de dados ou em outro dispositivo.

Todavia, este é um entendimento bastante limitado, pois a segurança relaciona-se tanto com os dados em ambiente físico quanto aqueles cujo armazenamento depende de alguma tecnologia da informação e comunicação. Tal impõe que o cuidado com procedimentos de rotina seja o mesmo, independentemente do suporte, pois por violação de segurança dos dados se compreende “como toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizado de dichos datos” (González, 2019, p. 111).

Segundo o Privacy Framework, do National Institute of Standards and Technology – NIST – (2020), é preciso ter um modelo de gestão de risco que permite o diálogo desde o nível mais alto até aquele que vai implementar as atividades e operações; possibilita a identificação das necessidades da organização, de acordo com a sua missão, o negócio que realiza e os riscos que apresenta; auxilia na criação de níveis de implementação que darão o ponto de referência sobre o estado da organização, ou seja, quais os níveis de risco envolvidos nos processos e recursos da organização (2020, p. II).

Dentre as medidas técnicas e organizacionais preliminares devidas para a segurança encontra-se a análise diagnóstica da natureza do dado pessoal tratado, pois ainda que os dados mereçam proteção, camadas mais densas devem ser conferidas aqueles que oferecem maior risco para o titular. Dentre esses destacam-se os dados sensíveis, definidos no art. 5, II, da LGPD como todo aquele que, se mal empregado ou acessado indevidamente, pode produzir alguma espécie de discriminação para o seu titular.

Portanto, pensar na segurança e na governança de dados em uma organização (seja pública ou privada) pressupõe identificar, preliminarmente, os níveis de maturidade em que ela se encontra, o que implica em conhecer os fluxos internos e externos, durante todos os ciclos de tratamento. O processo de adequação deve considerar uma série de parâmetros, como o tipo de tratamento, a natureza dos dados, o número de interessados, os diferentes agentes envolvidos no tratamento, a função em que atua, o tamanho da organização e os eventuais riscos¹² de cibersegurança e de privacidade que o processamento pode produzir. Segundo o Privacy Framework, do National Institute of Standards and Technology – NIST – (US Department of Commerce, 2020, p. 3), enquanto os primeiros estão associados à incidentes de segurança, o que pode ocasionar a perda da confiabilidade, integridade e disponibilidade dos

12 Com relação a este último parâmetro, os riscos são inúmeros e vão desde a perda do controle dos dados, por parte de seu titular, tráfico ilícito de seus dados, uso de dados para fins diversos daqueles declarados e tratamento lesivo à sua dignidade, o que se incrementa em casos de processamento de dados sensíveis (González, 2019, p. 101).

dados¹³; os riscos de privacidade, por sua vez, associam-se a eventos de privacidade ocorridos no processo de tratamento dos dados. Eles são decorrentes das operações rotineiras com os sistemas, produtos e serviços que contêm dados pessoais. Tanto em um, quanto em outro caso, os impactos negativos que podem ser produzidos no titular são os mais variados, desde constrangimento a estigmas mais sérios, caracterizados em processos discriminatórios. A organização implicada, por certo, também sofrerá efeitos negativos que, no mínimo, macularão sua imagem e credibilidade no mercado.

Como se percebe, a análise precisa ser cuidadosa, o que exige que a organização detenha uma estrutura mínima para estar em conformidade, com adoção de política de segurança que assegure a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade dos dados. Tarefas como avaliar constantemente o risco devem fazer parte da rotina das organizações, pois dessa análise poderão resultar medidas para mitigá-lo por meio de estratégias técnicas e normativas dentro da organização, sendo possível também compartilhar o risco com eventuais operadores e com os próprios titulares de dados. Em casos mais brandos é possível que a organização aceite o risco, pois sua avaliação conduziu ao entendimento de que seus benefícios superam os riscos ou, ao revés, pode-se revisar a operação e evitar o processamento do dado pessoal, caso o risco seja demasiadamente elevado (US Department of Commerce, 2020, p. 5).

O constante monitoramento das atividades se evidencia como um desafio, notadamente para aquelas de menor porte e, foi com levando em conta as assimetrias entre as organizações que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira abriu consulta pública para recolher contribuições sobre o tema. A partir desse movimento, foi editada a Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022, destinada a disciplinar o tratamento de dados por agentes de pequeno porte compreendidos, conforme disposto no art. 2º, como “microempresas, startups, pessoas jurídicas de direito privado, inclusive sem fins lucrativos, bem como pessoas naturais e entes privados despersonalizados que realizam o tratamento de dados”. Caso o tratamento de dados seja de alto risco¹⁴, as disposições da referida Resolução não se aplicam a elas (Brasil, 2022).

Diferentemente do Regulamento Europeu, no caso brasileiro a LGPD exigia que a organização tivesse um encarregado de proteção de dados (art. 41, da LGPD), o que foi flexibilizado pelo art. 11, dispensando-se também a obrigatoriedade de registro das operações de tratamento, conforme art. 9º da Resolução nº 2/2022 (Brasil, 2022).

Essas flexibilizações, no entanto, não desobrigam esses agentes de tratamento de adotarem medidas de adequação e segurança, não se olvidando que a efetividade da LGPD dependerá, em grande parte, da maneira como os dados pessoais são tratados pelos gestores e

13 A confidencialidade, a integridade e a disponibilidade são considerados os pilares da segurança das informações e dos dados pessoais nas organizações. O primeiro pilar remete aos níveis de privacidade, ou seja, a quem, dentro da organização, pode acessá-los. Refere-se ao controle do que cada um pode acessar de dados pessoais de acordo com as funções que exerce e pode ser obtido com medidas bem simples, como controle de senhas e acessos, concedidos e revisados periodicamente de acordo com a função exercida pelo colaborador. A integridade, por sua vez, liga-se à exatidão das informações dentro dos sistemas operacionais da organização, garantindo-se, pelo controle dos acessos e manutenção do sistema, que os dados pessoais não sejam adulterados, corrompidos ou destruídos, mantendo-se hígidos. Por fim, a disponibilidade refere-se à possibilidade de consulta e utilização dos dados a qualquer tempo. A organização deve garantir que os dados pessoais que processa estejam disponíveis para uso, pois a indisponibilidade dos dados poderá gerar uma série de danos patrimoniais e à reputação da organização (Telium Networks, 2018).

14 Em síntese ao disposto no Art. 4º, pode-se dizer que ocorrerá tratamento de alto risco quando houver o processamento de dados em larga escala; sejam tratados dados que possam impactar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares; o processamento empregue tecnologias emergentes ou inovadoras; ocorra vigilância ou controle de áreas acessíveis ao público; sejam tomadas decisões unicamente com base em tratamento automatizado; envolvam dados pessoais sensíveis de pessoas vulneráveis, como crianças, adolescentes e idosos.

colaboradores da organização. De nada adiantará fazer consistentes investimentos em aquisição e manutenção de *softwares* de segurança se as rotinas de trabalho não estiverem em conformidade. Esse é um ponto fulcral no plano de segurança e importará na sensibilização para uma nova cultura na organização, em que os dados são compreendidos como um bem do titular e não como um objeto de propriedade do controlador ou operador.

Para auxiliar nessa tarefa de conscientização e treino dos colaboradores, deve-se valer de técnicas de segurança de informação que, mesmo simples, são de grande eficácia para o controle de exposição de dados ou acessos não autorizados. Muitas delas, aliás, já faziam parte da rotina de organizações de maior porte ou que realizavam o tratamento de dados mais sensíveis, com previsão na ABNT ISO/IEC 27001, norma técnica usualmente utilizada pelo setor de TI de empresas, mas que pode (e até mesmo deve) ser observada por todos os setores¹⁵.

Os treinamentos e capacitações devem fazer parte da rotina da organização em todos os seus níveis, desde aquele que recebe os dados cadastrais dos titulares até quem responde pela tomada de decisão. Quanto a esses, vale lembrar que um gerente deve ser responsável por garantir que informações adequadas, conhecimento e treinamento cheguem a todos os setores. Sem um suporte de gerenciamento é possível que não existam recursos suficientes para a facilitação, compreensão e treinamento de todos (Government Communications Security Bureau, 2017).

O esforço para promover a segurança dos dados deve ser contínuo, o que exige a incorporação de boas práticas, pois estudos apontam que, sem treinamentos constantes, a atenção, consciência e o conhecimento dos colaboradores degradam-se com o passar do tempo, ampliando as chances de incidentes de segurança. Garantir de forma contínua que a segurança da informação seja de conhecimento de todos manterá os colaboradores conscientes de eventuais problemas, contribuindo para que assumam suas responsabilidades (Government Communications Security Bureau, 2017).

O investimento em *firewalls*, sistemas de antivírus e outras tecnologias de segurança fornecem proteção¹⁶, mas não impedem, de per si, que vazamentos de dados e brechas de segurança ocorram. É importante reconhecer que investir apenas na tecnologia, sem o necessário aporte em treinamento humano, simplesmente não é efetivo quando se trata de segurança. Para dar conta do desafio da segurança da informação, especialmente de dados pessoais, é preciso que se desenvolvam práticas comprometidas com essa governança, o que envolve tarefas simples cotidianas, tais como: uso adequado da internet, com acesso aos sites seguros; não abrir links que acompanham e-mail suspeitos; adotar procedimentos e cuidados com os equipamentos e locais de trabalho; não acessar sites suspeitos no trabalho e com os equipamentos destinados e este fim; reportar ao setor competente a detecção de atividades que fogem ao padrão usual; ter cuidados com o descarte de papéis, relatórios e informações, especialmente aquelas relacionadas à tecnologia da informação; eleger senhas de acesso mais complexas e não partilhá-las com terceiros; manter a tela do computador e as mesas de trabalho limpas, sem informações que configurem dados pessoais, dentre outras orientações simples, mas que precisam ser adotadas por todos os segmentos da empresa (Noticeboard, 2022).

15 De acordo com Silva (2022), essa certificação confere maior competitividade para as organizações que a usam, revelando-se um diferencial. Ademais, não vai tutelar somente os dados pessoais dos titulares, como também todo o ativo de informações da organização, com utilidade à governança organizacional.

16 E são muito importantes, ainda que não sejam suficientes. Sua relevância se justifica em razão do elevado registro de incidentes de segurança no Brasil, país que, segundo o Relatório da Multinacional Trend Micro, ocupou o segundo lugar no ranking mundial de ataques de *ransowares* (vírus maliciosos) em 2020 (Silva, 2022).

Com efeito, a adulteração de informações, sua indisponibilidade ou o acesso indevido por pessoas não autorizadas são problemas que antecedem à LGPD e podem comprometer de forma significativa a segurança da operação, ferindo não somente a imagem da organização e prejudicando seus próprios processos internos (Tribunal de Contas da União, 2012), como também (e principalmente) trazendo danos para o titular. Os riscos, portanto, se revelam tanto para instituições públicas quanto privadas, independentemente de seu porte.

Para melhorar a segurança da informação é necessário considerar que as ações humanas podem ser motivadas pelos mais diversos sentimentos e comportam vicissitudes, dentre eles desídia dos colaboradores em seguir os procedimentos, imprudência ou até sentimentos de vingança. As pessoas, junto com os equipamentos e todo o aparato tecnológico utilizado compõem o sistema de segurança das organizações. Logo, é necessário pensar de forma holística: “sistemas” não são apenas as máquinas, eles incluem os usuários, os administradores e os gerentes dos processos. Erros são causados por falhas nos sistemas, processos e condições que levam pessoas a errarem ou falharem em sua prevenção, o que indica que as ações não podem ser isoladas. (Noticebored, 2022).

Assim, com o intuito de se compensar as falhas humanas e garantir efetividade aos sistemas de segurança, o desenvolvimento de uma Política de Segurança da Informação constitui estratégia indicada não só para efetivação da LGPD, mas como salvaguarda de outros ativos, garantindo que todos tenham onde recorrer quando não estiverem convictos do que deve ser feito ou como devem agir em determinada situação.

Tal instrumento se desenvolve como um conjunto de princípios que deverão ser utilizados como norte para a gestão de segurança e de informações, devendo ser atendido por todos os usuários internos e externos, incluídos o corpo gerencial e diretor. As diretrizes que forem estabelecidas nessa política vão assegurar os recursos computacionais e as informações, devendo ter a cooperação em sua elaboração de colaboradores de áreas críticas da instituição, como a alta direção e os gerentes dos sistemas utilizados (Tribunal de Contas da União, 2012).

Os programas de conscientização e treinamento devem ser estruturados de modo a auxiliar para que os usuários dos sistemas se tornem familiarizados com suas atribuições e responsabilidades; que conheçam os requerimentos legais ou regulatórios; compreendam os mandamentos de qualquer agência regulatória e seus requerimentos; prestem apoio para o cumprimento dos requisitos de segurança; auxiliem na manutenção da confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados; dentre outras atitudes e habilidades que devem ser desenvolvidas (Government Communications Security Bureau, 2017).

Em acréscimo, salvaguardas são importantes para garantir a segurança da informação e a privacidade dos dados processados na organização, tais como a adoção de controles de acesso lógico para agentes que utilizam a informática como meio de geração, divulgação e armazenamento de informações. O objetivo dos controles é proteger os equipamentos, arquivos e os aplicativos contra a perda, modificação ou divulgação não autorizada, concedendo privilégios apenas a quem efetivamente necessita (Tribunal de Contas da União, 2012). No tocante aos recursos críticos, estes devem ser bem monitorados e restritos a poucas pessoas, bem como usuários devem ser impedidos de executar procedimentos que sejam incompatíveis com as suas funções ou estejam além de suas responsabilidades (Tribunal de Contas da União, 2012).

Um conceito essencial para compreender a importância da atenção ao usuário quando se trata de segurança de informação está atrelado ao Princípio de Pareto que, de forma singela, assevera que 80% dos resultados são consequências à 20% das ações. Ao se trazer esse princípio para as questões de segurança da informação é possível dizer que 80% dos problemas poderiam ser solucionados dando a devida atenção a 20% dos erros que levam a eles (Hoepers, 2020). Na maioria das organizações, mesmo que se dê muita atenção a ataques que exploram vulnerabilidades complexas, são os problemas mais simples e com soluções já conhecidas que causam a maior parte dos ataques bem sucedidos.

Para enfrentar esse quadro existem três medidas que têm o potencial de reduzir ao menos 80% dos incidentes de segurança reportados ao Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br), são eles: atualizar os sistemas operacionais e os aplicativos, valendo a medida para computadores, celulares, *tablets* e *internet* das coisas; b) realizar o *hardening* dos dispositivos e sistemas, ou seja, desabilitar serviços não utilizados, alterar senhas padronizadas e configurar de forma segura todos os serviços com acesso à *internet*, além de periodicamente revisão da aplicação do ponto “a”; c) melhorar processos de identificação e autenticação, o que implica na educação para a gestão de senhas, focando em não autorizar reutilização e forçar a implementação de múltiplos fatores de autenticação em todos os serviços (Hoepers, 2020).

Outro ponto de destaque quando se fala de segurança da informação refere-se ao *e-mail* institucional (*business e-mail compromise* - BEC), cujos riscos podem envolver variadas situações, desde a alteração de conteúdo até acesso a links de sites falsos¹⁷ enviados por meio de engenharia social e inadvertidamente acessados por colaboradores. Mais uma vez se sobressai a importância do componente humano, evidenciando-se a necessidade de um programa de boas práticas aplicar vários tratamentos¹⁸, de forma que cada um seja complementar ao sucesso do anterior (Leverett, 2020).

Como se vê, as boas práticas de segurança de informação são medidas necessárias para a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira.

Assim, independente de ser uma grande organização ou um agente de tratamento de pequeno porte, que pode vir a ser beneficiado pela Resolução nº 2, da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), o treinamento e a conscientização constante do seu quadro de colaboradores mostra-se medida imprescindível.

17 No caso de *sites* falsos, como por exemplo para venda de mercadorias ou eletrônicos, agentes mal-intencionados realizam a confecção de *sites* com endereço de lojas e marcas famosas, com uma mínima alteração ao final do endereço, mas se utilizam até mesmo do *layout* original. Nesses casos observar com cuidado todo o endereço eletrônico e pesquisar a reputação da empresa, bem com desconfiar de valores muito abaixo do mercado e de conexões que não sejam criptografadas (cadeado na barra de endereços) é o recomendado para evitar danos (Cartilha, 2020).

18 Um método simples para testar o nível de consciência da equipe é por meio de testes de *phishing*, o qual pode ser conduzido por uma consultoria especializada em medir as taxas de detecção. Desse modo é possível se verificar quantos funcionários da empresa seriam capazes de reportar o ataque por meio dos canais corretos e quantos seriam impactados por eles. Quantificar cada um desses passos e compreender as camadas de defesa técnica e humana são objetivos de um bom programa de BEC (Leverett, 2020).

5. CONCLUSÃO

Pelo abordado, observa-se que a proteção de dados é um tema que desperta interesse individual, coletivo, econômico e político, sobretudo ante a chamada “era do capitalismo de vigilância”. O desenvolvimento das tecnologias antecipou-se ao Direito e lhe desafiou, fenômeno usual, já que o fato precede à norma.

No caso brasileiro, a legislação específica sobre a proteção de dados pessoais tardou a ser editada se comparada aos Estados Europeus, que desde a segunda metade do Século XX já se preocupavam com a matéria, quer por suas legislações internas, quer por meio de Convenções, Diretivas e, mais recentemente, o Regulamento Europeu de Proteção de Dados. Se por um lado esse atraso impediu que se estabelecesse, no país, uma cultura de respeito aos direitos do titular dos dados pessoais, ativo ainda tratado como propriedade das empresas e organizações; por outro lado o fato de ter legislado mais tardiamente permitiu que o Brasil buscasse inspiração em fontes confiáveis, como o atual Regulamento Europeu, o que nos confere confiabilidade e um grau de adequação mínima no campo normativo. E não foi somente isso: a experiência brasileira em defesa do consumidor, assim como o caminho trilhado na regulamentação do uso da internet, por meio da Lei 12.965/2014, serviram de supedâneo e criaram as bases para um microssistema. Esse microssistema é pautado em princípios comuns, como a boa-fé objetiva, o respeito à privacidade, a menção expressa à proteção dos dados pessoais, aspectos que, se observados, ampliarão a proteção do titular.

O plano da efetividade, no entanto, não está assegurado pela simples existência da lei. Medidas são necessárias para a sua implementação, sobretudo quando se analisam riscos de privacidade e de segurança, que devem ser sopesados a partir da realidade da própria organização, sua estrutura, funções e a natureza dos dados pessoais que processa. Portanto, um modelo de governança pode servir para uma organização e não ser compatível com a realidade da outra, dada às peculiaridades que envolvem sua atuação.

Essa consideração contextual se faz muito importante no caso dos agentes de tratamento de pequeno porte, onde sabidamente é mais raro contar com programas institucionais voltados à segurança da informação e onde a cultura de proteção de dados tende a ser incipiente. Esse foi o encaminhamento conferido pela Resolução nº 2/2022, da ANPD, cujo objetivo foi flexibilizar algumas das exigências da LGPD, dentre elas a obrigatoriedade de ter um encarregado de proteção de dados indicado e a faculdade de realizar o relatório do impacto dos riscos.

Entende-se que tal flexibilização não é de todo desarrazoada para um período de transição, levando-se em conta os diferentes níveis dos agentes de tratamento. No entanto, é preciso que a mesma ANPD invista em ações de treinamento online e disponibilização de tutoriais simplificados para esses agentes, papel que seria desempenhado pelo encarregado de proteção e cuja existência foi, por ora, dispensada. Em acréscimo, seria importante abrir um canal de contato direto entre a ANPD e esses agentes, objetivando sanar dúvidas e conferir mais segurança às operações, tanto com vistas ao desenvolvimento das organizações, quanto visando à proteção de direitos dos titulares.

A confecção e disponibilização de *frameworks* online, simples e intuitivos, que possam ser adaptados e adotados pelos agentes de pequeno porte também poderiam contribuir para que a organização esteja em conformidade. Mais do que flexibilizar, a ANPD deve primar por alternativas capazes de conciliar os interesses que, se de um lado não deve obstaculizar a inovação e o desenvolvimento econômico dessas organizações; de outro deve sempre ter presente o escopo da LGPD, que é a defesa dos dados pessoais dos titulares.

Ademais, deve se ter em conta o risco de Resoluções dessa natureza passarem um recado errado ao mercado, uma mensagem de não valorização da própria LGPD. Para evitar que tal aconteça, entende-se que as flexibilizações devem ser temporárias e acompanhadas de outras medidas de formação desses agentes, com promoção de cursos, palestras ou distribuição de material informativo aos gestores, que devem, uma vez treinados, constituir evidências de capacitação contínua de seus colaboradores.

Portanto deve-se, tanto quanto possível, evitar o reducionismo de supor que a governança de dados e programas de boas práticas e segurança das informações serão resolvidas com a aquisição de *softwares* e investimento em tecnologia. Há que se ter cuidado para os agentes de pequeno porte não ficarem reféns de empresas de tecnologia da informação. Como defendido, é preciso que as ações sejam complementares, pois a adequada implementação da LGPD depende tanto ou mais da conduta das pessoas que atuam nas organizações, pois de nada adiantam as tecnologias se a cultura de proteção não constituir um valor para a organização e as pessoas que nela atuam.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Senado aprova MP que recria órgão para proteção de dados pessoais. **Senado Notícias**, 29 maio 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/29/senado-aprova-mp-que-recria-orgao-para-protexao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 29 jun. 2021.

ASSIS E MENDES ADVOGADOS. **Histórico das leis de proteção de dados e da privacidade na internet**. 2 maio 2020. Disponível em: <https://assisemendes.com.br/historico-protexao-de-dados/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, Neutralidade e Inimputabilidade da Internet no Brasil: Avanços e Deficiências no Projeto do Marco Civil. **Revista Eptic Online**, v. 16, n. 02, p. 165-175, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://ridi.ibict.br/bitstream/123456789/858/2/Arthur.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BORGES, Bruna. Marco Legal da Proteção de Dados é sancionado com veto a agência fiscalizadora: Projeto de lei sugerindo a criação do órgão será encaminhado ao Legislativo em breve. **Jota**, Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/veto-protexao-dados-temer-14082018>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Medida provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018.** Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020.** Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e prorroga a *vacatio legis* da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022.** Aprova o Regulamento de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BUSATTA, Eduardo Luiz. O dever de prevenção em matéria de proteção aos dados pessoais. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo Malheiros. **Direito Civil e Tecnologia**. Belo Horizonte: Forum, 2020. Ebook. p. 29-76. ISBN 978-65-5518-036-7.

CARTILHA: Golpe? Tô fora! Presidente Prudente, 2020. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/midia/Midia/00000349.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021.

DONEDA, Danilo. A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 02, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 28 jun. 2021.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DW. Justiça europeia dificulta transferência de dados da UE para os EUA. **DW**, 16 jul. 2020. Notícias e Economia. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/justi%C3%A7a-europeia-dificulta-transfer%C3%A7%C3%A3o-de-dados-da-ue-para-os-eua/a-54200667>. Acesso em: 29 jun. 2021.

FONSECA, Camila. **Importância e principais pontos da Lei Geral de Proteção de Dados**. Rio de Janeiro: Alright AdTech Company, 2021. Disponível em: <https://alright.com.br/lgpd/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

GODDARD, Michelle. The EU General Data Protection Regulation (GDPR): European regulation that has a global impact. **International Journal of Market Research**, v. 59, issue 6, 2017. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.2501/IJMR-2017-050?journalCode=mrea>. Acesso em: 29 jun. 2021.

GONZÁLEZ, Carlos González. **GDPR**. Guía Práctico sobre a Protección de Datos: ámbito laboral. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

GOVERNMENT COMMUNICATIONS SECURITY BUREAU. **About information Security. New Zealand Information Security Manual**. Part 1, Chapters 1-13, December 2017. Disponível em: <https://nzism.gcsb.govt.nz/ism-document/>. Acesso em: 14 fev. 2023

GUIMARÃES FILHO, Pedro Andrade; FERNEDA, Ariê Scherreier; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. Proteção de Dados e a Defesa do Consumidor: diálogos entre o CDC, o Marco Civil da Internet e a LGPD. **Revista Meritum**, v. 15, n. 02. p. 38-52, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7749>. Acesso em: 29 jun. 2021.

HOEPERS, Cristine. Onde investir para reduzir o risco: um retrato a partir dos incidentes de segurança reportados e dos dados de sensores e fontes externas agregados pelo CERT.br. In: SEGURANÇA digital: uma análise da gestão de risco em empresas brasileiras. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/7/20210514123130/estudos-setoriais-seguranca-digital.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2023.

IPOG. **Governança de Dados e LGPD**: como implementar na sua empresa. 2022. Disponível em: <https://blog.ipog.edu.br/tecnologia/governanca-de-dados/>. Acesso em: 9 fev. 2023.

JUÁREZ, Noé A. Riande. Privacidad, autodeterminación informativa y la responsabilidad de proteger los bienes de uso común. In: PALAZZI, Pablo A. (dir.). **Derechos y nuevas tecnologías**. Derechos Personalísimos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 63-70.

LEVERETT, Éireann. Gestão de riscos cibernéticos para pequenas e médias empresas. *In: SEGURANÇA Digital: uma análise da gestão de risco em empresas brasileiras*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/7/20210514123130/estudos-setoriais-seguranca-digital.pdf> Acesso em: 9 fev. 2023.

NACIONES UNIDAS. **Directrices para la protección del consumidor**. Nueva York y Ginebra, 2016.

NOTICEBORED. **Information Security 101: back to basics**. 2022. Disponível em: https://www.noticebored.com/html/infosec_101.html. Acesso em: 9 fev. 2023.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei nº 13.709/2018. *In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 53-83.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995**. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 17 jul. 2022.

SARLET, Ingo. Proteção de Dados Pessoais como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 14, n. 42, p. 179-218, ago. 2020. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18864/2/PROTEO_DE_DADOS_PESSOAIS_COMO_DIREITO_FUNDAMENTAL_NA_CONSTITUIO_FEDERAL_BRASILEIRA_DE_1988.pdf Acesso em: 9 fev. 2023.

SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS – SERPRO. O que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? Dê um “giro” pela lei e conheça desde já as principais transformações que ela traz para o país. **Gov.br**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/o-que-muda-com-a-lgpd>. Acesso em: 30 de jun. 2021.

SILVA, Cinara. A ISO 27001 e a Segurança da Informação. **Templum**, 2022. Disponível em: <https://certificacaoiso.com.br/tudo-o-que-precisa-saber-sobre-a-iso-27001-e-seguranca-da-informacao/>. Acesso em: 20 jul. 2022.

TELIUM NETWORKS. **Confidencialidade, integridade e disponibilidade**: os três pilares da segurança da informação. 2018. Disponível em: <https://www.telium.com.br/blog/confidencialidade-integridade-e-disponibilidade-os-tres-pilares-da-seguranca-da-informacao>. Acesso em: 22 jul. 2022.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v. 30, n. 86, p. 269-285, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/n87YsBGnphdHHBSPmCK7zSN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 jun. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Boas práticas em segurança da informação**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação, 2012. Disponível em: <https://www.portalgsti.com.br/2014/01/guia-de-boas-praticas-em-seguranca-da-informacao.html>. Acesso em: 9 fev. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. 2016. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/3e485e15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1/language-pt>. Acesso em: 6 maio 2018.

US DEPARTAMENTO OF COMMERCE. National Institute of Standards and Technology. **Nist Privacy Framework: a tool for improving privacy through enterprise risk management, version 1.0**. 2020. Disponível em: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/CSWP/NIST.CSWP.01162020pt.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

WEISS, Martin; ARCHICK, Kristin. U.S.-EU Data Privacy: From Safe Harborto Privacy Shield. **Congressional Research Service**, 19 maio 2016. Disponível em: https://insidecybersecurity.com/sites/insidecybersecurity.com/files/documents/may2016/cs2016_0076.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 18/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/08/2022
- Avaliação 1: 29/12/2022
- Avaliação 2: 01/02/2023
- Decisão editorial preliminar: 06/02/2023
- Retorno rodada de correções: 14/02/2023
- Decisão editorial/aprovado: 20/02/2023

Equipe editorial envolvida

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

A (IN)EFICIÊNCIA DO CONSENTIMENTO COMO BASE LEGAL DO DIREITO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA LEI 13.709/2018

THE (IN)EFFICIENCY OF CONSENT AS THE LEGAL
BASIS OF THE RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL
DATA IN THE CONTEXT OF LAW 13.709/2018

ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS¹
YASMIN LAISE PIRES PEREIRA²

RESUMO

O perigo apresentado pela coleta de dados pessoais originou, a nível nacional, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual se utiliza do consentimento, uma de suas bases legais, como principal método protetivo. Contudo, dada a hipervulnerabilidade do cidadão em relação às instituições que tratam seus dados, torna-se necessário identificar se o consentimento cumpre de fato essa agenda protetiva. Para realizar tal análise, o presente trabalho revisitou conceitos fundamentais à proteção de dados, como a privacidade e a autodeterminação informativa, e os relacionou com a base normativa da LGPD. Também se estudou as dificuldades atuais à aplicação do consentimento, relativas tanto ao despreparo do cidadão quanto a falhas redacionais da lei. A metodologia utilizada foi a bibliográfica, correlacionando a doutrina consagrada sobre o tema com o levantamento de pesquisas mais recentes, a fim de analisar com clareza o contexto social, econômico, político e cultural em que tais questões emergem.

Palavras-chave: LGPD; consentimento; autodeterminação informativa.

ABSTRACT

The danger posed by the collection of personal data gave rise, at national level, to a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), which uses the legal basis of consent as the main protective method. However, given the hyper-

- 1 Doutor em Direito do Estado pela faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor em Direitos Humanos e em Teoria Geral da Constituição (Graduação) e em Teoria da Constituição no Centro Universitário do Estado do Pará-CESUPA. Coordenador do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Procurador do Estado do Pará. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8183-5920>.
- 2 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Estagiária do escritório Bastos & Dias Advogados e Consultores. Membro da 1ª Liga Acadêmica de Direito Econômico e do Consumidor (LADEC), bem como da Liga Acadêmica de Direito Digital (LADDIGI). Membro efetivo do grupo de pesquisa Inteligência Artificial e Direitos Fundamentais e do grupo de pesquisa Análise Econômica do Direito. Monitora bolsista das matérias Teoria Geral da Constituição, Direito Constitucional I e Direito Constitucional II. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3592-4580>.

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

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; PEREIRA, Yasmin Laise Pires. A (in)eficiência do consentimento como base legal do direito à proteção dos dados pessoais no contexto da lei 13.709/2018. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 55-76, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.8986>.

vulnerability of citizens in relation to the institutions that process their data, it is necessary to identify whether consent actually fulfills this protective agenda. In order to carry out such an analysis, the present work revisited the fundamental concepts of data protection, such as privacy and informational self-determination, and related them to a normative basis of the LGPD. The current difficulties in the application of consent were also studied, related to both the citizen's unpreparedness and the law's drafting flaws. The methodology used for the bibliography, correlating the established doctrine on the subject with the survey of more recent researches, in order to clearly analyze the social, economic, political and cultural context in which such questions emerge.

Keywords: LGPD; consent; informational self-determination.

1. INTRODUÇÃO

No atual estágio vivenciado pelas transformações industriais, tornou-se coerente a famosa frase de Clive Humby, matemático londrino especializado em ciência de dados, de que “os dados são o novo petróleo” (Hirsch, 2013). Na economia da informação, nada faz mais sentido de que sejam os dados pessoais – que serão processados e tornados em informação – o preço a ser pago, tal qual foi a destruição ambiental à era da economia industrial.

É nesse contexto que surgem as leis de proteção de dados pessoais, e dentre elas, nacionalmente falando, a LGPD. Tendo em vista os prejuízos a nível social e individual que a utilização desregrada de dados pessoais poderia ocasionar – e já ocasiona – aos indivíduos e a certos grupos sociais, essa espécie de regulamentação mostrou-se necessária, buscando frear a utilização indevida dos dados pelo governo e pelo mercado.

Nesse intuito, um dos mais relevantes mecanismos utilizados foi o consentimento, uma das bases legais da LGPD. Tal vetor parte da ideia de que é necessária uma maior participação do indivíduo na destinação de seus dados para, então, ofertar a ele a possibilidade de anuir ou não com sua entrega ao operador. O consentimento funciona, nesses parâmetros, como uma espécie de instrumento de efetivação do direito à proteção de dados.

Contudo, o consentimento pode apresentar sérios problemas de eficiência. Em função da grande assimetria entre as pessoas e os detentores de poder, evidente pela conversão da sociedade da informação na chamada sociedade da vigilância, o indivíduo encontra-se em uma posição de *hipervulnerabilidade*, estando passível de manipulação.

É necessário, nesse contexto, questionar até que ponto o consentimento se configuraria como o exercício da autonomia do indivíduo e uma efetiva proteção de seus dados. Um simples “eu aceito” nas longas e cansativas políticas de privacidade diariamente assinadas de fato manifesta a vontade do usuário? Em que medida é provido a ele conhecimento o suficiente para tomar tal decisão? É possível falar em autonomia da vontade sem a possibilidade de negociar os termos do contrato ou estamos diante de um mero processo de exclusão social cujo filtro é a recusa do titular?

Pensar sobre essas e outras questões foi o que motivou o presente estudo, o qual objetiva investigar, por meio de uma análise acerca das suas dificuldades de aplicação, a eficácia da base legal do consentimento na lei 13.709/18.

Para tanto, o primeiro capítulo irá debruçar-se sobre a importância de proteger-se os dados pessoais por intermédio da explanação dos perigos destinados ao titular, especialmente na

era digital. O segundo capítulo irá destinar-se a uma breve remontagem dos conceitos e do panorama histórico que originaram as leis de proteção de dados, bem como à utilização do consentimento como vetor protetivo desses dispositivos. Já o terceiro capítulo analisará o consentimento em território nacional, ou seja, delineará o consentimento à luz da LGPD. Por fim, o quarto capítulo, central no presente trabalho, identificara os ainda existentes desafios à plena utilização da base legal do consentimento como um verdadeiro processo de tomada de decisão pelo titular dos dados.

2. A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Embora muito se fale sobre o direito à privacidade de dados, principalmente após a emergência e a consolidação do mundo tecnológico, as razões pelas quais ela se faz necessária, são, muitas vezes, pouco claras – talvez, é possível especular, pela própria vontade daqueles que lucram com a desinformação popular de que assim o seja.

A LGPD define dado pessoal como uma “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (Brasil, 2018). Isso significa, em outras palavras, que para se considerar uma informação como dado pessoal, será necessário que ela revele algo sobre o seu titular³. Mas, afinal, qual a necessidade de uma lei específica para proteger tais dados?

De fato, a ascensão das tecnologias, especialmente depois de descoberta sua capacidade funcional ao Capitalismo da Informação, suscita a urgência de medidas que protejam a pessoa humana e seus dados das grandes instituições, sejam elas públicas ou privadas, que as desejem obter a ponto de estarem dispostas a causar graves danos ao bem-estar social em prol de sua colheita.

Pegue-se, a exemplo do setor privado, a utilização da publicidade direcionada como uma das principais estratégias de marketing da contemporaneidade. Possibilitado pela ascensão digital-informacional, tal mecanismo consiste na utilização de aparatos tecnológicos para inferir os gostos, as características e as preferências de determinada pessoa para, posteriormente, propor a ela anúncios personalizados de acordo com o seu perfil.

O problema desse modelo, no entanto, decorre dos meios operacionais que utiliza para fomentar o consumo. No que pese certa crença de que a publicidade personalizada seria uma ferramenta proveitosa, baseado no argumento de que a utilidade dos anúncios personalizados poderia gerar comodidade ao consumidor, é preciso sempre considerar o objetivo final do mercado: o lucro. É com base nele que as empresas agem ou deixam de agir, sendo razoável concluir que nem sempre seus interesses se encontrarão alinhados com os anseios populares.

Tal fato pode ensejar, como já o faz, a implantação de mecanismos cruéis para a geração de lucro, tão vorazes e exploratórios quanto à época em que a economia se voltava ao acúmulo de metais preciosos; no entanto, atualmente, sendo as informações sobre a pessoa o bem a

3 No que pese o presente trabalho utilizar ambas as expressões como sinônimos, há uma diferença semântica marcante entre os vocábulos “dado” e “informação”. Segundo Doneda (2011), o dado é uma espécie de pré-informação, pois é o conteúdo em sua forma bruta que, após ser tratado – por interpretação, catalogação, dentre outros – passará a ser uma informação. Dito de outra forma, informação é o dado sob o filtro do tratamento que lhe foi concedido.

ser versado pela atual fase capitalista, a tentativa incansável do mercado de apropriar-se delas demonstra-se extremamente perigosa.

As afirmações aqui veiculadas podem ser ilustradas pela utilização de anúncios predatórios, como apontou Cathy O’Neil (2016). Nesse sistema, quanto mais vulnerabilidade o dado coletado puder demonstrar sobre o seu titular, melhor será às empresas. Elas utilizam-se, precisamente, da fragilidade e do desconhecimento dos consumidores para recrutá-los a aderir determinado produto ou serviço, comumente vendendo falsos dados acerca das taxas de sucesso do que se está tentando vender ou das chances de ascensão social. Na tentativa de persuadir a pessoa a aceitar o que está sendo ali proposto, quanto maior a ignorância do recrutado sobre o tema e seu desespero para adquirir algum resultado, maior é a probabilidade do mercado de atingir seus objetivos.

Um grande exemplo dado por O’Neil (2016) desse tipo de publicidade nociva é o do Vatterott College, um instituto estadunidense de treinamento profissionalizante cujas atividades encontram-se, correnta e atualmente, encerradas. Em um relatório do comitê do Senado dos Estados Unidos de 2012 sobre universidades com fins lucrativos⁴, expôs-se o, para dizer o mínimo, insensível manual de recrutamento que é concedido aos funcionários responsáveis pelas vendas: “Mãe no seguro-desemprego com filhos. Moças grávidas. Recém-divorciadas. Baixa autoestima. Emprego de baixa renda. Passou por perda recente na família. Tenha sofrido maus-tratos físicos ou psicológicos. Prisão recente. Em recuperação por uso de drogas. Trabalho sem perspectiva – sem futuro”.

Esse documento deixa claro o objetivo dessas empresas: utilizar-se da vulnerabilidade para atrair possíveis consumidores aos seus negócios, mais suscetíveis a aceitá-los à medida em que o recrutador maliciosamente se utiliza de suas fraquezas como forma de persuadi-los. Essa estratégia é chamada de “ponto de dor” (O’Neil, 2016). Nela, visa localizar-se o ponto da fraqueza individual para, em prol dos interesses mercadológicos aos quais se busca servir, identificar e recrutar as pessoas mais predispostas a adquirirem determinado produto ou serviço.

Há, nesse cerne, uma demonstração prática do que postulou Stéfano Rodotà ao afirmar que “atualmente, podemos sustentar com segurança que a privacidade mental, a mais íntima esfera, está sob ameaça, violando a dimensão mais reclusa de uma pessoa” (2008). Com a verificação da tentativa mercadológica de invadir a mente das pessoas como forma de alavancar seus lucros, tal qual exposto por O’Neil, a vulnerabilidade de dados pessoais revela-se como um problema gravíssimo à própria dignidade humana.

E engana-se quem acredita tratar-se de um fenômeno exclusivo do setor privado. No famoso caso da Cambridge Analytica, empresa parceira do Facebook (atual Meta Platforms, Inc) à época das eleições presidenciais estadunidenses, os efeitos da utilização de dados demonstraram-se politicamente enviesados (Cadwalladr; Graham-Harrison, 2018). Em meados de 2014, a referida empresa, que trabalhava em conjunto com o time responsável pela campanha política de Donald Trump, utilizou-se da rede social para aplicar, em seus usuários, um teste de personalidade com fins supostamente acadêmicos.

4 Segundo O’Neil (2016), as universidades com fins lucrativos são “fábricas de diploma”, geralmente pagas por empréstimos financiados pelo governo, cujas formações dela oriundas não possuem muito valor no mercado de trabalho. Entretanto, seu sucesso se dá exatamente pela utilização da publicidade predatória para captar estudantes, os quais são, majoritariamente, pessoas de classes baixas que aceitam realizar empréstimos para entrar na universidade com a esperança de ascender socialmente.

A real motivação do quiz, no entanto, era bem diferente. Utilizando-se de brechas na política de dados até então utilizada pelo Facebook e desrespeitando os fins aos quais a pesquisa poderia ser aplicada, a Cambridge Analytica coletou dados não só dos usuários que participaram do teste, mas também de todas as pessoas presentes na sua lista de amigos, para direcionar a elas propaganda política personalizada.

Por meio da identificação das inclinações políticas do usuário, já de possível alcance pelo sistema implementado pela empresa para a realização do questionário, direcionava-se a ele conteúdo positivo acerca de um candidato e negativo em relação ao outro, com o objetivo de persuadir o eleitor acerca de seu voto. Estima-se, segundo Christopher Wylie (Cadwalladr; Graham-Harrison, 2018), ex-funcionário da Cambridge Analytica e delator do caso, que 270 mil pessoas realizaram o teste. Isso significa que cerca de 50 milhões de pessoas tiveram seus dados coletados sem autorização, com seus titulares expostos a propaganda política enviesada.

Nesse contexto, para além da necessidade de se proteger os dados pessoais em razão da dignidade humana, salvaguardá-los demonstra-se essencial à própria manutenção das instituições democráticas. À medida em que podem ser utilizadas como artifícios para manipular campanhas políticas e influenciar pessoas a tomar determinadas decisões, tais informações se tornam uma arma social extremamente perigosa.

É exatamente por tais razões, reitera-se, que a urgência de se proteger os dados pessoais se torna evidente e dá luz às leis de proteção de dados. Ao passo em que as vulnerabilidades pessoais são capazes de catalogar as pessoas como se fossem produtos a serem utilizados de acordo com a preferência do cliente – compreendidos como os agentes econômicos ou as classes políticas – e de gerar ao indivíduo danos gravíssimos à sua vontade, personalidade e dignidade, o entendimento não pode ser outro a fim de que necessita haver uma legislação capaz de coibir tais práticas, visando a proteção dos direitos acima elencados.

É nesse sentido que se deu, a nível nacional, a criação da Lei Geral de Proteção de Dados, a qual, como será visto, utiliza-se do consentimento como um dos seus principais vetores normativos. Entretanto, é necessário pensar, dadas as próprias situações aqui retratadas, especialmente ao evidenciar-se a fragilidade do usuário, se essa seria uma forma legítima de proteger os dados do cidadão ou se funciona apenas como uma falsa crença de que se tem poder sobre eles.

3. PRIVACIDADE, CONSENTIMENTO, AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O PERCURSO GERACIONAL DAS LEIS DE PROTEÇÃO DE DADOS: BREVES CONSIDERAÇÕES

É inegável a relação que o direito à proteção dos dados pessoais tem com o direito à privacidade. Mesmo que se configurem como direitos da personalidade distintos entre si – já que ambos têm enfoque no livre desenvolvimento pessoal do indivíduo –, a privacidade desenvolveu um papel fundamental para que esse outro, mais recente, fosse plenamente concebido.

Contudo, é necessário entender que a privacidade pode assumir múltiplos significados a depender, por exemplo, do contexto social ou temporal em que é tratada (Doneda, 2006). Não à toa, ela pode servir de base jurídica para a validação dos mais variados direitos, desde a proteção de dados pessoais, aqui retratada, até a inviolabilidade do domicílio, por exemplo.

Note-se que tais direitos têm propósitos diferentes, mesmo que advindos da mesma acepção fundadora. A inviolabilidade do domicílio possui como pressuposto uma modalidade do direito à privacidade cuja relevância foi acentuada a partir da publicação do artigo *The Right to Privacy* (Warren; Brandeis, 1890).

Os então advogados e autores do estudo reivindicavam a privacidade como forma de condenar a prática de exposição de suas vidas pela imprensa, que, à época, não necessitava de permissão ou não se preocupava em calcular os danos que a veiculação de informações pessoais poderia causar aos envolvidos (Warren; Brandeis, 1890). Dá-se origem, desse modo, ao importante “direito de ser deixado em paz”, como âmbito normativo mais relevante da privacidade.

Não é, todavia, sobre essa concepção de privacidade, baseada em uma forte dicotomia entre o público e privado, de que se trata o direito à proteção de dados. Um dentre os vários possíveis entendimentos extraídos da terminologia da palavra é sua importância à formação personalíssima do indivíduo, e, conseqüentemente, à democracia.

Tal percepção aduz aos requisitos necessários à manutenção de um Estado democrático, pois só é possível haver democracia enquanto houver o pensamento autônomo do indivíduo. Os pensamentos massificados e reproduzidos sem criticidade não revelam, propriamente, ações protetivas à democracia, já que não é possível afirmar que refletem a vontade do povo.

É nesse sentido que a privacidade é necessária, e dá luz ao direito de proteção dos dados pessoais. Em vista da imprescindibilidade de preservar-se a autonomia de pensamento individual para que o sujeito desenvolva suas ideias e as utilize, caso assim deseje, como motor da democracia, deve ser resguardado seu espaço particular. É nele que o indivíduo poderá pensar, desenvolver sua personalidade e suas ideias, para, então, caso queira, levá-las a público.

Altera-se, desse modo, a concepção de privacidade numa esfera binomial de contraposição do público com o privado, à medida em que os interesses aparentemente individuais encontram relevância, também, na vida coletiva. Foi nesse sentido que postulou Stéfano Rodotà:

“Sob o impulso dado por Louis Brandeis, emergiu uma visão na qual a privacidade foi vista também como uma ferramenta de proteção a minorias e opiniões dissonantes e, portanto, à livre manifestação e ao direito de livremente desenvolver a personalidade. Aqui surge um aparente paradoxo: a forte proteção da esfera privada em última instância não resguarda a privacidade nem a mantém protegida do olhar indesejável; na verdade, permite que crenças e opiniões individuais sejam tornadas públicas livremente. Isto abriu o caminho para aproximar ainda mais a associação entre privacidade e liberdade” (Rodotà, 2008, p. 16).

Passa a ser possível, com base nessas ideias, a superação de um entendimento limitado do direito à privacidade e a reivindicação, em contrapartida, de sua importância para o fortalecimento da democracia, ao passo em que concede o direito à personalidade de forma livre e indiscriminada.

Essa mesma acepção reverbera nas noções de Hannah Arendt (1994), quando afirma que todo pensamento, mesmo em se tratando da esfera pública, necessita de solidão. Para

ser possível desenvolver ideias autônomas e que visem os interesses pessoais e populares – dissociados do que almeja os detentores de poder – é necessário que a esfera privativa se preserve. Afinal, uma ideologia propagada sem a oportunidade de refletir-se sobre ela privativamente é nada mais do que manipulação de massas, como visto em diversos governos autocráticos ao longo do século XX.

Não coincidentemente, foi na segunda metade do referido século que essa noção da privacidade, enquanto um direito da personalidade, ganhou força e embasou a necessidade de proteger-se os dados pessoais. Posto que esses últimos são importantes para a plena construção da personalidade humana, resta evidente que são essenciais à própria manutenção das instituições democráticas, devendo, destarte, ser tutelados. Essa urgência é fortificada, ainda, pelo avanço crescente das novas tecnologias da informação e comunicação (NTIC)⁵ e de sua consequente capacidade de gerar poder e capital, tanto aos governos quanto aos setores privados.

No novo panorama econômico emergido no mundo pós-industrial, fortemente marcado pela comercialização utilitarista da informação – vide o capítulo anterior – o direito à privacidade precisou superar seus contornos clássicos para conseguir abarcar todos os perigos apresentados à invasão do espaço pessoal, dando origem, com isso, ao direito à proteção de dados pessoais. À luz das NTIC, esse bem jurídico visa resguardar de que forma as informações pessoais são tratadas e utilizadas na contemporaneidade, haja vista sua capacidade de dano ao titular.

Exatamente nesse momento, em que se buscou formas de normatizar tal direito, é que ocorreu a ascensão do consentimento, entendido como uma manifestação da vontade de seu titular capaz de produzir a proteção de seus dados. Segundo Viktor Mayer-Scönberger (1997), cujo pensamento ressoa na doutrina, existem quatro gerações de leis acerca da proteção de dados pessoais que, de acordo com Doneda (2011, p. 96), são “leis que partem de um cerne mais técnico e restrito para, por fim, ampliar as disposições e as técnicas referentes às tecnologias modernas”.

O consentimento, dentre as referidas gerações, possui um destaque bastante aparente. Excluindo-se a primeira delas, em que a regulação era realizada por meio de autorizações destinadas à própria tecnologia – a exemplo a lei estadunidense denominada *Privacy Act*, de 1978, que regulava a coleta e a operabilidade dos bancos de dados nacionais –, o consentimento sempre foi, senão seu elemento central, um dos mais relevantes (Bioni, 2019).

Já na segunda geração de leis – que, diferentemente da primeira, regulava não só a coleta de dados pelo Estado, mas também pelo setor privado – verifica-se uma tentativa de transferência da responsabilidade de proteção de dados ao próprio titular, utilizando-se, para isso, do seu consentimento (Bioni, 2019).

A explicação desse fato dá-se, segundo Bioni (2019), pela percepção de que a visão Orwelliana do “Grande Irmão”, enquanto um vigilante único e supremo, já se encontrava superada. Na realidade da época, tal qual na corrente, o que há são “pequenos irmãos”, diluídos de tal forma

5 As Novas Tecnologias da Informação e Comunicação podem ser entendidas como o conjunto total de tecnologias que permite o tratamento das informações – seja em forma de produção, de acesso ou de sua propagação – bem como as tecnologias que permitem a comunicação entre as pessoas (Rodrigues *et al.*, 2014).

pelos governos e pelo setor privado que a normativa anterior, focada na regulamentação rígida acerca da utilização de cada banco de dados, não é mais viável.

No plano teórico, a solução de conceder ao indivíduo a autonomia de gerir as informações ao seu respeito condiz com a compreensão de Allan Westin (1970) acerca da privacidade, que seria uma “reivindicação dos indivíduos, grupos e instituições de determinar, por eles mesmos, quando, como e em qual extensão suas informações pessoais seriam comunicadas aos outros”.

Um importante julgado acerca do tema tratou da Lei do Censo alemã (*Volkzählungsgesetz*), de 1983. Em seu dispositivo original, previa-se que os indivíduos deviam conceder seus dados para fins estatísticos de distribuição espacial e geográfica da população. Entretanto, ao mesmo tempo, a lei também permitia que tais dados fossem cruzados com outros que já se encontravam em domínio estatal, para fins genericamente determinados de “atividades administrativas” (Bioni, 2019).

Essa obscuridade no destino das informações coletadas gerou grande comoção perante o Tribunal Constitucional Alemão, que, ao declarar a inconstitucionalidade parcial da referida norma – ficou decidido que os dados armazenados pelo censo se deveriam ater unicamente a fins estatísticos –, construiu uma tese fundamental à matéria: o indivíduo necessita ter controle sobre seus dados, a fim de ser capaz de *autodeterminar suas informações pessoais*. Nasce, dessa maneira, o conceito do direito à autodeterminação informativa.

Vale reiterar que, apesar de possuir forte correlação com a privacidade, o direito à proteção de dados, bem como à autodeterminação informativa, são direitos distintos entre si. Enquanto a privacidade pode assumir uma multiplicidade de significados, como já evidenciado, a autodeterminação informativa é o direito autônomo de autoquerência de dados pessoais, a fim de garantir a pleno desenvolvimento personalíssimo.

Sob tais ideias, segundo Malheiro (2017), é possível afirmar que o consentimento é o mecanismo pelo qual se confere efetividade ao direito da autodeterminação informativa, pois, ao ofertar ao indivíduo a possibilidade de participação no tratamento de seus dados, o desenvolvimento de sua personalidade é, neste aspecto, salvaguardado. O direito à autodeterminação informativa, desse modo, funcionaria como uma “mola propulsora” da estrutura de proteção de dados.

Importante salientar, todavia, que esse direito não possui o consentimento como vetor único de efetivação. O julgado alemão supra mencionado, ao vetar a utilização dos dados para fins além do recenseamento, também foi um marco na argumentação de que é necessário limitar a atividade de processamento de dados em vista da preservação e do combate a violações do direito à personalidade.

Entende-se, desta feita, que o consentimento não esgota a responsabilidade estatal em orientar e limitar o manejo de dados. Levando-se em conta a grande assimetria de poder entre o Estado e o cidadão – o que caracteriza esse último como frágil e passível de manipulação – caso o consentimento fosse o único critério de proteção de dados, o sujeito tornar-se-ia um “objeto a ser ilimitadamente explorado” (Bioni, 2019).

Ao contrário disso, o direito à autodeterminação informativa foge da dicotomia entre o público e privado – tal como ocorria com o entendimento da privacidade como o *right to be alone* – para transfigurar-se em uma fusão de ambas as forças. De um lado, i) a pessoa possui efetiva

participação na tutela de seus dados, permitindo ou não a sua concessão ou uso; de outro, ii) os indivíduos responsáveis pelo controle dos dados devem, mesmo sob a égide do consentimento, orientar seu tratamento e destinação de forma a não ofender a personalidade humana.

A referida decisão da Corte Constitucional alemã foi emblemática para a terceira geração de leis, que expande ainda mais o protagonismo do portador dos dados. Se a segunda possibilita ao titular a participação em algumas etapas da movimentação de dados, a terceira abrange todas elas, desde a coleta ao compartilhamento. Seu intuito nada mais é do que alcançar o “êxtase da própria terminologia da ‘autodeterminação informacional’, pois, com tal participação, possibilitar-se-ia que o sujeito tivesse um controle mais extensivo sobre as suas informações pessoais” (Bioni, 2019).

Note-se que essa geração de leis foi simplista em seu entendimento do que seria a autodeterminação informativa, sendo incapaz de compreendê-la para além do consentimento do titular. Para suprir suas lacunas, bem como também em virtude de tais dispositivos só conseguirem abarcar um pequeno número de pessoas, a terceira foi superada e substituída pela quarta geração de leis.

Nessa quarta e última geração, vivenciada até a atualidade, alivia-se o peso atribuído ao titular dos dados na sua gestão por meio do enriquecimento de mecanismos e de proposições normativas que salvaguardem o usuário e suas informações da manipulação de terceiros. Conforme as palavras de Doneda:

Nestas leis procura-se enfocar o problema integral da informação, pois elas presumem que não se pode basear a tutela dos dados pessoais simplesmente na escolha individual – são necessários instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção (Doneda, 2011, p. 98).

No entanto, mesmo que o consentimento perca a autonomia outrora prevalente, ele não perde sua centralidade nas leis de proteções de dados. Na realidade, segundo Bioni (2019), o que há é uma maior regulamentação em seu entorno, evidente, por exemplo, pelo processo de adjetivação sofrido pelo consentimento. Ele deverá ser, portanto, para ter validade, livre, informado, inequívoco, explícito e/ou específico – dependendo, este último, do ordenamento a aplicá-lo.

Urge, assim, que se investigue o tratamento que a LGPD oferta ao consentimento, de modo a compreender como tal mecanismo opera na realidade nacional vigente.

4. A BASE PRINCIPOLÓGICA DO CONSENTIMENTO NAS NORMAS NACIONAIS SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS

4.1 A ANTESSALA DA LGPD: AS LEIS SETORIAIS DE PROTEÇÃO DE DADOS

Antes da LGPD, o Brasil dispunha de pouquíssimos dispositivos legais que se debruçassem sobre a proteção de dados. Tem-se como exemplo o Código do Consumidor, o qual disciplinou os bancos de dados e os cadastros dos consumidores, e a Lei do Cadastro Positivo,

que também versou sobre os bancos de dados, mas àqueles relativos a transações financeiras e de adimplemento para fins de concessão de crédito. O consentimento foi, em ambas as legislações, o instrumento utilizado para garantir a proteção de dados.

O mesmo ocorre no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), o qual, dentre a série de normativas por ele instauradas para regular o uso da internet, previa a proteção da privacidade e dos dados pessoais do usuário. Grande parte da preocupação com a proteção desses direitos virtuais deu-SE na era pós-Snowden⁶, de forma que coube ao referido dispositivo conceber a eles maior amparo na esfera digital.

Entretanto, mesmo com o avanço apresentado pelo Marco Civil da Internet na proteção de dados, quando comparado às demais leis setoriais brasileiras, também se encarrega ao usuário o dever de executar essa tarefa. Em diferentes momentos, a lei retratada menciona o consentimento – na qualidade de “livre, expresso e informado” (Brasil, 2014) – como requisito necessário para operacionalização dos dados, desde a coleta até o seu compartilhamento, bem como prevê a possibilidade de o usuário revogar seu consentimento.

Para Bioni (2019), o princípio utilizado pela lei indicada foi o da autodeterminação informativa, em seu significado estrito de autonomia particular do titular dos dados. A LGPD buscou, como será demonstrado, superar tal visão simplista, indicando maneiras afins do consentimento para embasar a proteção de dados, apesar de sua relevância ainda ser evidente.

É acerca dessa importância ainda atribuída ao consentimento que se voltará o presente estudo, buscando aferir sua eficácia, identificar as lacunas deixadas e as possíveis formas de superá-las.

4.2 O CONSENTIMENTO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados foi promulgada em 2018 após quase uma década de discussões acerca de suas pautas, iniciadas em 2010. Bem como as demais legislações de proteção de dados já citada, ela dá grande valor ao consentimento, embora não o utilize, e não devesse mesmo utilizar, como seu único vetor de efetivação, tal qual se visualizava nas primeiras gerações de leis. Ao invés disso, o dispositivo prevê ao controlador⁷ o dever de “enquadrar cada atividade de tratamento em uma base legal específica⁸, conforme a finalidade desse tratamento” (Leonardi, 2019, p. 71).

Note-se, no entanto, que não há nenhuma disposição preferencial acerca da base legal a ser utilizada, desde que esteja adequada ao fim a que se destina o tratamento. É possível

6 É o movimento internacional de preocupação com a privacidade e com a proteção de dados pessoais, especialmente no meio virtual, em resposta ao esquema de espionagem realizado pelo governo norte-americano e delatado por Edward Snowden, ex-técnico da CIA. Como reação a tais denúncias, os países passaram a buscar medidas que protegessem seus cidadãos e sua própria soberania, a exemplo, no Brasil, da Lei do Marco Civil da Internet (Donahoe; Canineu, 2014).

7 Segundo a LGPD, é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” (Brasil, 2018). Em outras palavras, o controlador é quem definirá as finalidades do tratamento e os métodos pelo qual ele será operacionalizado. É o caso, por exemplo, de grandes empresas on-line como o Facebook, tal como pode ser visto a partir de sua política de privacidade.

8 As hipóteses em que o tratamento de dados poderá ser efetuado estão listadas nos incisos do art. 7º da LGPD, ofertando um total de dez bases legais possíveis sob as quais o tratamento será válido. São elas: consentimento do titular; legítimo interesse; cumprimento de obrigação legal ou regulatória; tratamento pela administração pública; realização de estudos e de pesquisa; execução ou preparação contratual; exercício regular de direitos; proteção da vida e da incolumidade física; tutela de saúde do titular; proteção de crédito.

afirmar, com isso, que há paridade entre o consentimento e as demais bases legais elencadas na LGPD, superando-se uma estrutura protetiva unicamente focada na anuência do titular.

Tal evolução deu-se após uma série de consultas públicas realizadas anteriormente ao envio do projeto ao Congresso Nacional, já que, nas primeiras versões do anteprojeto, o consentimento não era só central para o tratamento de dados pessoais, mas também a única base legal que o autorizava. Não obstante, a redação que foi de fato remetida ao Congresso, e posteriormente aprovada e sancionada, dizia respeito à configuração atual da LGPD, com dez bases legais hierarquicamente equivalentes (Leonardi, 2019).

Todavia, apesar da citada equidade entre as bases legais, é impossível negar o destaque central que o consentimento ainda possui no texto da lei, seja qualitativa ou quantitativamente. A comprovação dessa última modalidade resta comprovada em virtude de o vocábulo “consentimento” ser utilizado trinta e sete vezes durante a redação da lei 13.709/18, o que já demonstra sua forte influência.

Além disso, mesmo quando não há a sua presença expressa, o consentimento parece nortear diversos aspectos do dispositivo, tal qual se tentará demonstrar por meio de uma explicação acerca do tratamento dado pela lei a esse vetor.

Conceitualmente, em seu art. 5º, a LGPD prevê que se deve compreender tal base legal como uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (Brasil, 2018). Tal redação demonstra-se em consonância com demais legislações internacionais que também se utilizam do consentimento para autorizar o tratamento de dados, em especial a GDPR⁹.

Assim, para Leonardi (2019), de forma individualizada, é possível afirmar que a validade do consentimento importa que ele seja: (a) livre, isto é, deve de fato refletir o desejo do titular, não sendo admitidos vícios de qualquer natureza; (b) informado, o que significa que a anuência do titular só poderá ocorrer após a sua cientificação acerca das finalidades do tratamento; (c) inequívoco, ou seja, para ser legítimo, o consentimento não pode ser passivo, necessitando de uma ação manifestadamente positiva do seu titular; (d) direcionado a uma finalidade determinada, de forma que só será válido enquanto atender ao fim previamente estabelecido e informado ao indivíduo.

Vale salientar que, em alguns casos previstos na lei, o consentimento deve ser, para além dos adjetivos supracitados, específico: o titular dos dados deve consentir individualmente com cada uma das finalidades destacadas pelo controlador. Essa quinta qualificação do consentimento é necessária, por exemplo, nos casos de tratamento de dados sensíveis ou cujos titulares sejam crianças e adolescentes.

Também estão previstas, na redação da lei 13.709/18, os casos em que o consentimento será considerado nulo, vide o artigo 8º, §3º e §4º, e artigo 9º, §1º, da LGPD. Tais dispositivos referem-se, respectivamente: à vedação dos tratamentos de dados realizados com consentimento viciado¹⁰; à nulidade de autorizações, por meio do consentimento, que não se destinarem a finalidades determinadas; à nulidade do consentimento quando as informações repassadas

9 Sigla para General Data Protection Regulation – livremente traduzido para Regulamento Geral de Proteção de Dados – legislação que trata da proteção de dados no território europeu.

10 As hipóteses de vício do consentimento se encontram listadas no Código Civil de 2002. São elas: o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão (Brasil, 2002).

ao titular contenham “conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca” (Brasil, 2018).

Outra observação relevante, que se manteve desde a legislação referente à proteção de dados presente na Lei do Marco Civil, é que o titular detém o poder de revogar seu consentimento a qualquer momento, para fins de controle do fluxo de suas informações, conforme pode ser constatado da leitura do art. 8º, § 5º da referida lei.

Essa caracterização extensiva do consentimento ao longo da lei, segundo Bioni (2019), é um dos primeiros sinais de que sua importância pilar não foi abandonada, mesmo que ao seu lado estejam outras bases legais de hierarquia verticalizada.

Soma-se a isso a verificação de que muitos dos princípios que regem a LGPD parecem construir seus limites em volta da figura do titular dos dados. Como postulado pelo autor:

[...] grande parte dos princípios tem todo o seu centro gravitacional no indivíduo: a) de um lado, princípios clássicos, como a transparência, a especificação de propósitos, de acesso e qualidade de dados por meio do quais o titular do dado deve ser munido com informações claras e completas sobre o tratamento de seus dados e, ainda, ter acesso a eles para, eventualmente, corrigi-los; b) de outro lado, princípios mais “modernos”, como adequação e necessidade, em que o tratamento dos dados deve corresponder às legítimas expectativas do seu titular. Isso deve ser perquirido de acordo com a finalidade especificada para o tratamento dos dados, assegurando-se que os dados sejam pertinentes, proporcionais e não excessivos (minimização dos dados) (Bioni, 2019).

Dessa forma, para além da compreensão do consentimento como base legal, parece haver uma carga principiológica ao longo de toda a redação do dispositivo, o qual busca incutir no indivíduo o poder de controle sobre o fluxo de seus dados, utilizando-se, para tanto, da autonomia da vontade. Tal abordagem não só é extraída do direito à autodeterminação informativa – novamente reduzida à mera manifestação do querer do indivíduo – como também demonstra sua consagração como um dos pontos cardeais da LGPD.

Não há dúvidas, com isso, de que o consentimento ainda ocupa privilegiada posição na efetivação do direito à proteção de dados no Brasil, evidente por seu papel de destaque na LGPD, demonstrada, senão explícita, de forma substancial.

Cabe pontuar, mediante todas as informações já indicadas, que a simples possibilidade de autogerência do fluxo informacional sobre os próprios dados, concedida ao indivíduo pelo legislador, não é suficiente, por si só, para que seus direitos se efetivem. Isso se deve ao fato de não ser possível encarregar à vontade do sujeito a plena tutela de seus direitos, sejam eles a privacidade, a personalidade ou a proteção de seus dados.

É nesse sentido que a utilização do consentimento como pilar de proteção de direitos fundamentais é problemática, haja vista que nem sempre ela será efetiva ou refletirá de fato a escolha do titular, tanto em virtude dos artifícios mercadológicos para manipular o usuário quanto da escassez de conhecimento que é ofertada a ele para que seja plenamente capaz de realizar a tutela que a lei lhe incumbe.

O próximo tópico buscará destrinchar tais dificuldades, com o intuito de demonstrar a insuficiência da base legal do consentimento para a devida tutela de direitos.

5. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À UTILIZAÇÃO DO CONSENTIMENTO COMO VETOR PROTETIVO DA LGPD

A larga utilização do consentimento como um dos mecanismos propulsores do direito à proteção dos dados do indivíduo na LGPD suscita uma óbvia questão a ser debatida: o titular dos dados está preparado para autodeterminar suas informações?

Há muitos desdobramentos a partir dessa indagação. Poderiam ser realizados desde debates mais amplos acerca da atual relação humana com a privacidade até discussões mais específicas acerca entendimentos extraídos da lei 13.709/18.

Nesse ínterim, para os fins pretendidos no presente trabalho, o qual não busca – e nem conseguiria – esgotar o tema, far-se-á a análise de dois principais eixos problemáticos à plena utilização do consentimento na LGPD: os seus entraves subjetivos e objetivos.

5.1 DIFICULDADES SUBJETIVAS

5.1.1 A COMPLEXIDADE DO FLUXO INFORMATIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS POLÍTICAS DE PRIVACIDADE NO AMBIENTE VIRTUAL

A qualificação do consentimento como uma manifestação livre, informada, inequívoca e determinada exige de seu titular uma quantidade considerável de conhecimento sobre tais assuntos, a fim de não se recair nas hipóteses de nulidade do consentimento, anteriormente mencionadas.

Isso porque, para atender às especificações incutidas a essa base legal, pressupõe-se que o titular anuente com determinada política de tratamento tem ciência de todo o processo que será interposto aos seus dados – como o seu controlador, as formas de tratamento, as finalidades, os outros controladores que porventura também terão acesso a esses dados, entre outros – sob pena de tal aceite não representar um processo legítimo de tomada de decisão.

Como se pode imaginar, isso raramente será compatível com a realidade. A ascensão das Novas Tecnologias acarretou uma dispersão informacional a níveis extremos, o que, dentro do escopo do tema aqui versado, significa que os dados são micropartículas de um complexo agrupamento informacional, cunhado de *Big Data*¹¹. Esse sistema é tão vasto que, com a inserção massiva de dados, as informações nele presentes se tornam fluidas e interconectadas, de maneira a dificultar a compreensão completa, ou até mesmo parcial, desse processamento.

Um exemplo dessa fluidez pode ser identificado pela política de *cookies*¹² utilizada no *Facebook*, site responsável por ocupar o 3º lugar no ranking dos mais acessados no Brasil¹³. Segundo a referenciada política, uma das finalidades da utilização de *cookies* é informar outras empresas das preferências dos usuários do *Facebook* por meio de sua atividade na plataforma, com o intuito de direcionar a eles o conteúdo – isto é, a propaganda – mais adequada ao seu perfil (Facebook, 2022).

11 Tecnologia que permite o avolumamento e processamento de grandes quantidades de dados.

12 Pequeno arquivo de texto capaz de registrar a identidade do usuário para o navegador utilizado, de forma a armazenar dados de navegação como preferências, localização e frequência de cliques.

13 Pesquisa feita pela *SimilarWeb* em maio de 2021, a qual constatou os dez sites mais acessados no Brasil.

Tal operação, veiculada pelo *Facebook* e por inúmeras outras empresas *on-line* como uma maneira de “aprimorar a experiência do cliente” – a qual esconde o objetivo finalístico de monetizar suas informações – culmina no envolvimento de diversos outros agentes de controle além da plataforma original a quem o usuário concedeu seus dados. Isso significa, em outras palavras, que o consentimento adjetivado, da forma como prevê a redação da LGPD, exige que o usuário do *Facebook* conheça a totalidade das empresas que terão acesso aos seus dados por intermédio dos cookies, já que eles também serão controladores.

Dada a vasta quantidade de empresas parceiras de grandes corporações como o *Facebook*, bem como a sua própria política de cookies – a qual, excetuando-se breves explicações acerca dos cookies e tecnologias mais utilizados pelas empresas parceiras, não dispõe de nenhuma outra informação acerca desses controladores – é muito improvável que isso aconteça. Prevalece, em verdade, um generalizado desconhecimento sobre os indivíduos que terão acesso a tais dados, sendo possível afirmar que a qualificação do consentimento como “informado” não se caracteriza.

Outro importante fator para que se ateste a complexidade do fluxo informacional, ainda dentro do escopo das políticas de privacidade, é o custo temporal demandado pela leitura de tais documentos. Em 2008, um estudo realizado por pesquisadores da *Carnegie Mellon University*, nos Estados Unidos, buscou aferir o tempo anual que seria necessário para que o usuário lesse as políticas de privacidade dos serviços que usa.

O resultado demonstrou a inviabilidade dessa operação: de acordo com a pesquisa, a qual considerou que uma pessoa lê, em média, 250 palavras por minuto, e que o comprimento dessas políticas costuma ser de 144 a 7.669 palavras, constatou-se que o processo de leitura requeria do usuário 250 horas por ano do seu tempo, o que representa cerca de 30 dias de trabalho. Além disso, apesar do número expressivo, a referida pesquisa sequer levou em consideração a leitura de outros documentos que se baseiam na concordância do usuário – a exemplo dos termos de uso (McDonald, 2008) – os quais demandariam ainda mais tempo para que tais dispositivos sejam devidamente conhecidos.

Ao falar-se em fluxo informacional complexo, também é necessário conceber a forma dificultosa que tais políticas, mesmo quando de clara redação, são interpostas ao usuário para posterior anuência, pois é irrazoável, ou ingênuo, esperar que uma pessoa despenda tanto tempo da sua vida com uma leitura rigorosa desses dispositivos.

Dessa arte, estando ausente a anuência racional do titular, resta evidente que o consentimento não atingiu seus objetivos, falhando como base legal capaz de salvaguardar os direitos do titular.

5.1.2 MITO DA AUTODETERMINAÇÃO RACIONAL EM NÚMEROS: O DESPREPARO HUMANO PARA GERIR OS PRÓPRIOS DADOS

Vale salientar que as observações feitas acerca da complexidade do fluxo informacional se valem de uma visão notadamente otimista dos fatos. Para que o titular descubra que não possui total acesso à identidade dos controladores de seus dados, bem como às suas finalidades específicas, parte-se do pressuposto de que ele estará plenamente disposto e preparado a buscar tais informações acerca dos sites, das plataformas e dos serviços dos quais faz uso

cotidianamente, visando averiguar se determinada política se encontra de acordo com sua vontade de compartilhar dados.

Essa visão também soa fantasiosa.

No que pese, como anteriormente tratado, o entendimento da privacidade como o *right to be alone* já ter sido – ao menos teoricamente – superado, ainda é possível, na atualidade, identificar alguns efeitos decorrentes dessa percepção.

As acepções fundadoras da noção de privacidade – em especial a Democracia Liberal e o Contratualismo Social – culminaram na visão do homem como um ser atomístico, dissociado da sociedade, cuja autorreflexão sem intervenções externas seria suficiente para revesti-lo de autonomia (Debrabander, 2020).

Com efeito, não se discute aqui a importância da privacidade para a autorreflexão – vide o próprio entendimento deste como um direito da personalidade – mas sim se os indivíduos são plenamente capazes de utilizá-la como método de desenvolver sua autonomia, tal como poderia ser preconizado a partir de uma rasa compreensão sobre esses conceitos.

Segundo Debrabander (2020), o entendimento de que o desenvolvimento da autonomia humana se daria no momento em que seu direito à vida privada fosse resguardado é falho. Apesar do espaço particular ter sua importância à formação do indivíduo, não se pode imaginar que o mero ato de deixá-lo só iria, de forma independente, revesti-lo de autonomia, dada a própria concepção da palavra¹⁴.

Dessa forma, ao lado do resguardo da privacidade – inicialmente necessária para o desenvolvimento embrionário de ideias, como postulou Arendt – a autonomia também necessita que o Estado propicie à população uma educação que possibilite a sua difusão. Além do pensamento crítico, a autonomia implica que o ser pensante tenha os conhecimentos necessários para realizar tais reflexões, as quais não poderão, pelo menos não em sua totalidade, ser efetuadas em solidão.

O mesmo, de forma análoga, parece acontecer com o uso do consentimento na LGPD. No que pese a previsão legislativa de outras possíveis bases legais de hierarquia equiparada, a vigência contemporânea do consentimento, bem como seu notório caráter central na lei 13.709/18, evidenciam que se transfere ao titular a responsabilidade principal de gestão dos próprios dados sem ofertar a ele, em contrapartida, suporte técnico para tanto.

Essa negligência educacional pode ser aferida pelo desconhecimento popular acerca da LGPD. Uma pesquisa realizada pelo Núcleo de Inteligência e Pesquisas do Procon-SP entrevistou 7.408 pessoas com o intuito de desvendar a percepção do consumidor sobre a proteção de seus dados, sobre a própria lei 13.709 e temas afins. Os resultados refletem os argumentos supramencionados: a esmagadora maioria da população não detém educação o suficiente sobre tais assuntos.

A primeira pauta da entrevista questiona aos participantes se eles sabem o que é dado pessoal. Apesar 89,52% dos entrevistados afirmarem que sim, quando questionados acerca

14 Segundo Debrabander (2020), a autonomia, enquanto manifestação da individualidade racional de seu portador, só poderá ser identificada no domínio público, quando levada a confronto com outras de iguais qualidades. Ter autonomia importa que, mesmo mediante divergentes ideologias, se permaneça arguindo suas próprias, caso mais robustas, ou as substitua por outras, caso não se demonstrem tão eficazes quanto se imaginava de início. Não é possível, portanto, desenvolver autonomia plena em solidão.

de qual conceito mediante três apresentados definiria corretamente o dado pessoal, apenas 45,33% deles responderam segundo os parâmetros fixados na LGPD. Tal situação se agrava ao somar-se os indivíduos que erraram o conceito certo com aqueles que afirmaram não saber o que é dado pessoal, pois, contabilizados em relação à totalidade dos entrevistados, representariam 59,42% dos participantes (Escola de Proteção e Defesa do Consumidor, 2021).

Essa constatação, por si só, já demonstraria a desinformação generalizada sobre a pauta. Sendo o dado pessoal um conceito não só primordial, mas também um dos mais básicos trazidos pela LGPD, como é possível afirmar que, ao anuir com determinada política de tratamento, tal ação representará de fato um processo de tomada de decisão racional do titular dos dados?

Não obstante, a referida pesquisa intentou resultados ainda mais evidentes. Questionou-se, após isso, se os entrevistados tinham conhecimento da Lei Geral de Proteção de Dados. Nessa seara, os resultados foram ainda mais preocupantes, com 65,04% dos participantes afirmando desconhecimento do dispositivo. Novamente, aqueles que afirmaram saber do que se tratava – 34,96% dos entrevistados – foram apresentados a três afirmativas sobre a LGPD, com somente uma delas sendo verdadeira. Nessa apuração, apontou-se que apenas 19,73% das respostas não possuía nenhuma incorreção (Escola de Proteção e Defesa do Consumidor, 2021).

Esses resultados demonstram o obscurantismo social acerca da pauta. O fato de que, em meio as 7.408 pessoas entrevistadas, somente 511 saberem de fato do que se trata a LGPD representa uma grave falha de efetividade do próprio dispositivo, haja vista que esse se utiliza fundamentalmente do consentimento como base legal garantidora da proteção de dados.

Há, a partir da relação desse obscurantismo social com a argumentação desenvolvida por Debrabander (2020), o que se pode chamar de mito da autodeterminação racional. Espera-se, nessa mentalidade, que o indivíduo desenvolva por si só – quase que “magicamente”, nas palavras do autor – o conhecimento técnico necessário para ser capaz de autodeterminar seus dados, pois não se oferta a ele os mecanismos para tanto, tal como foi bem evidenciado na referenciada pesquisa.

Assim como a autonomia não será alcançada pela mera reserva do direito à privacidade, não se pode esperar que a mera previsão de que o consentimento seja legítimo, sem atribuir-lhe os meios de execução devidos, irá refletir a vontade racional do titular. Dessa forma, a qualificação do consentimento enquanto manifestação livre, informada, inequívoca e determinada se demonstra sumariamente falha, pois não é possível falar em anuência legítima do cidadão sem instruí-lo do que seria a LGPD, a proteção de dados ou qualquer outra pauta fundamental ao resguardo da formação da sua personalidade em âmbito nacional.

5.1.3 O PAPEL DA PRIVACIDADE NA ERA DO COMPARTILHAMENTO

Para além das dificuldades enfrentadas por quem possui interesse em resguardar seus dados pessoais e não o consegue, ou por aqueles que não recebem as ferramentas necessárias para tanto – vide os dois subtópicos anteriores – tem-se um problema de viés subjetivo muito mais amplo e complexo à utilização do consentimento como vetor protetivo da LGPD: a contemporânea desvalorização cultural da privacidade.

Debrabander (2020) afirmou, acertadamente, que “os cidadãos democráticos do século XXI têm uma paradoxal, crescente e contraditória relação com a privacidade” (tradução nossa).

Isso se dá porque, em que pese as pessoas afirmarem se preocupar com a sua privacidade e com o destino que seus dados pessoais terão quando recaídos nas mãos de instituições poderosas e mal-intencionadas, não se pode negar que se vive, atualmente, na era em que a exposição da vida pessoal é mais aceita e normalizada socialmente.

Impulsionados pela economia digital, na qual a não-inserção do indivíduo implica quase na sua não-existência perante a sociedade, as pessoas encontram-se levadas a utilizar suas redes sociais como um álbum de memórias ou um diário pessoal – não à toa a fama de plataformas como *Instagram* e *Twitter*, baseadas, respectivamente, na oferta dessas funcionalidades –, com a divergência de que esses, em lugar de estar alocados no espaço pessoal de seu dono, encontram-se acessíveis por todos, a qualquer momento e lugar.

Esse processo é denominado de cultura confessional (Debrabander, 2020). Nele, o intermediário da coleta de dados pessoais torna-se o próprio titular, que divulga suas informações, a despeito do quão pessoais, íntimas ou embaraçosas elas possam ser, no meio digital. É o próprio titular dos dados que fotografa sua rotina, inclui sua localização e publica-a nas redes sociais à vista de todos. É o próprio titular que expõe detalhes possivelmente comprometedores de sua vida pessoal, mesmo sabendo que seus chefes ou futuros empregadores estarão acompanhando-o atentamente on-line. É o próprio titular que faz desabafo acerca de sua vida íntima no *Twitter*, sem se importar com o alcance dessas revelações e quais impactos ela poderá acarretar a sua vida – muito pelo contrário disso, faz-se publicações esdrúxulas exatamente com o objetivo de ser notado publicamente!

Não importa, nesse dado sistema – ao menos não o suficiente para impedir o sujeito – o destino que essa superexposição acarretará, mesmo a par dos perigos enfrentados pela privacidade frente à ascensão do mundo on-line e da Economia Digital¹⁵.

Não compete, importa ressaltar, ao presente trabalho, debruçar-se excessivamente sobre o tema da pós-privacidade, haja vista ser tão vasto e delicado que poderia ensejar a produção de estudos completamente autônomos. Entretanto, relevante ao escopo do presente estudo é pontuar como o atual cenário sociocultural pode impactar o processo racional de tomada de decisão que é exigido pela LGPD com a previsão da base legal do consentimento.

Tratando-se de uma sociedade que, apesar de afirmar preocupar-se com a privacidade de seus dados, revela espontaneamente suas informações no ambiente virtual, a utilização do consentimento torna-se uma ferramenta duvidosa à efetiva proteção dos dados do titular. Como se poderia incumbir ao indivíduo o poder de autodeterminar suas informações se ele não se preocupa, na prática, com tal exercício?

Tem-se, na atualidade, como bem afirmado por Holland (2011), o diagnóstico do chamado *paradoxo da privacidade*: mesmo que haja uma preocupação do cidadão com a proteção de suas informações que, tal receio não excederá o cunho teórico, haja vista a coleta de dados pessoais também ser, em última instância, um fenômeno não só consentido, mas efetuado por nós. Nessa exata medida, em que o titular afirma que se preocupa com suas informações sem, em contrapartida, agir segundo tal filosofia, é que é possível sugerir a questionabilidade do consentimento como método viável de proteção de dados.

15 Embora cada vez mais entrelaçada com a economia tradicional, o que dificulta seu delineamento objetivo – a exemplo das lojas que são, ao mesmo tempo, físicas e virtuais – a Economia Digital pode ser entendida pela incorporação mercadológica da internet, das tecnologias digitais e de suas ferramentas nas mais variadas etapas necessárias à comercialização.

Dessa maneira, no que consta à LGPD, mais uma vez, torna-se necessário avaliar até que ponto a anuência do titular refletiria a sua autonomia da vontade à luz da nova configuração cultural de compartilhamento voluntário da vida pessoal – padrão originado e incentivado pelo capitalismo informacional.

5.2 DIFICULDADES OBJETIVAS

5.2.1 A LACUNA LEGAL DA EFETIVIDADE DO CONSENTIMENTO E SEU CUSTO SOCIAL

Em virtude da argumentação previamente realizada neste trabalho, não resta dúvidas de que, apesar da forte preocupação da LGPD em qualificar o consentimento para conceder-lhe validade – bem como realizado por outras leis de proteção de dados internacionais que seguem o mesmo raciocínio, a exemplo da GDPR – há um grande vazio legislativo a respeito de como se daria essa operacionalização.

Em outras palavras, mesmo que fortemente presente na redação da lei 13.709/18 – seja por sua adjetivação, por sua reiterada incidência ou pela centralidade substancial que ocupa – não se conferiu ao consentimento a efetividade necessária para concretizá-lo de fato. Há, em verdade, a exemplo dos desafios subjetivos enfrentados pela população, uma extensa gama de lacunas à utilização adequada de tal base legal, o que pode ensejar sua aplicação inadequada.

Nessas ideias, outro produto nocivo da falta de efetividade do referido dispositivo, capaz de elucidar as afirmações aqui veiculadas, é a concepção das políticas de privacidade.

Em meio a esse panorama de incompletudes das leis de proteção de dados ao longo da história, o mercado necessitou se autorregular para conceber mecanismos que ventissem a proteção dos dados do titular. Foram sob esses parâmetros que se originaram, como umas das principais ferramentas de legitimação da vontade do titular, as políticas de privacidade. Tais recursos, em seu intento fundador, aspiram captar a anuência do titular necessária à plena adequação dos sites às legislações de proteção de dados pessoais (Bioni, 2019).

É mediante esses ideais que se torna possível tratar de um desafio objetivo à plena utilização do consentimento como vetor protetivo. No que pese a porventura bem-intencionada tentativa mercadológica de se tentar adequar a tal panorama, verifica-se que as políticas de privacidade são, em verdade, genuínos contratos de adesão (Bioni, 2019) pautados no aceite do seu titular.

Isso porque, como cabe a ele meramente anuir ou rejeitar determinada política de privacidade – os famosos “li e concordo” ou “não concordo”, que irão permitir ou negar o acesso do usuário – sem que haja, em contrapartida, qualquer possibilidade de barganhar os termos ali dispostos, verifica-se a vigência de uma política de “tudo” ou “nada”. Nesse sistema, não existe meio-termo. Ou o usuário/consumidor concede seu aceite integral às plataformas, recebendo em troca o mero acesso a elas, ou as rejeitará completamente – não importando se ele discorda apenas parcialmente de seus termos – sendo, então, deliberadamente excluído desse acesso (Bioni, 2019).

No que tange à LGPD, apesar das mudanças por ela implementadas às políticas de privacidade, ainda há uma carência de superação desses problemas. As alterações a que se referem a redação da lei 13.709/18 objetivaram, sinteticamente, clarear o tratamento de dados realizado pelas plataformas ao seu titular, bem como ofertar a ele alguns direitos – e a informação sobre a previsão legal deles – acerca dessa autogestão, a exemplo da possibilidade de saber quais dados seus o controlador detém.

Percebe-se, com isso, que o poder decisório do usuário ainda é limitado. Ao passo em que seu controle é delimitado pelo mero aceite ou recusa integral do tratamento a ser realizado, mesmo que informado, a escassez de opções das quais dispõe aduzem à ideia de que não se pode afirmar, de fato, que a atual configuração da base legal do consentimento representa a sua vontade explícita. Sem que o titular possa fazer uma contraproposta, um processo pleno de tomada de decisão não é de alcance possível.

O direito à autodeterminação informativa, nesses termos, soa extremamente falacioso. A previsão legal do direito à proteção de dados – cujo mecanismo principal na lei 13.709/18 é a anuência do usuário – demonstra-se falha num dos seus objetivos mais primordiais: garantir a legitimidade desse instrumento. À medida em que a autoridade do usuário sobre seus próprios dados se encontra limitada a ações que não interferem praticamente na forma como o tratamento é realizado, a base legal do consentimento demonstra-se, novamente, duvidosa.

Tais operações, nesses termos, põem em xeque a real eficácia da anuência do usuário como fruto legítimo de decisão racionalizada. Em decorrência da impossibilidade de negociar-se tais termos, há meramente uma exclusão digital – que, em tempos de economia digital, equivale a exclusão social em si – cujo filtro é o aceite ou a recusa do titular da concessão de seus dados. Esse indivíduo, impulsionado pela necessidade sociocultural de inserir-se na nova realidade digital, tenderá a ceder a tais políticas, mesmo que essas não reflitam a autonomia de sua vontade (Bioni, 2019).

Esse é o custo social gerado por tais políticas. É possível afirmar, a partir dessas ideias, que o consentimento não é uma possibilidade tangível à medida em que não se oferta ao usuário uma decisão razoável acerca da disposição de seus dados. Não se pode esperar, quando é a própria inserção social da pessoa que está em xeque, que ela priorizará a privacidade de dados que ela nem mesmo compreende ao certo quais suas funções e relevância. Tal visão seria, além de completamente desconectada com a realidade, uma maneira de legitimar o controle social daqueles que detém o poder.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo analisar a viabilidade da base legal do consentimento como mecanismo de proteção dos dados pessoais do titular. Para tanto, realizou-se estudos acerca do próprio portador dos dados – já que ele é a figura central dessa sistemática – bem como acerca dos métodos de aplicação da lei 13.709/18, a fim de aferir se haveria, ou não, real efetividade na tutela de direitos pretendida pela LGPD.

Os resultados obtidos no que consta à figura do titular, aqui chamados de desafios subjetivos, explicitam que ele não é munido de capacidade, conhecimento ou até mesmo de vontade o suficiente – vide a influência das forças de mercado atuais, em especial o Capitalismo Informativo – para conseguir manejar seus dados acertadamente.

Com a percepção de que é interposto a ele um complexo fluxo informacional, uma baixíssima ou nula instrução acerca de como gerir seus dados e uma noção de privacidade socialmente defasada, conclui-se que o titular não é apto a exercer o papel de gerência que a redação da LGPD lhe atribui. Desta feita, estando ele desqualificado para gerir seus dados, também se desqualifica o próprio direito à proteção de dados, já que, embora previsto em lei, ele não é dotado de efetividade.

A mesma falha pode ser identificada a partir da verificação de lacunas na aplicabilidade da lei, aqui cunhada de desafios objetivos à efetivação da base legal do consentimento. No citado exemplo das políticas de privacidade, que mais se comportam como contratos de adesão entre o titular e a empresa a quem se consente a coleta dos dados, percebe-se que não há a possibilidade de barganha entre as partes, cabendo meramente o aceite ou a recusa da parte mais fraca da relação – o portador dos dados.

Em verdade, essa dinâmica funciona como um método de exclusão social cujo filtro é a anuência do usuário/consumidor, já que sua não-adesão aos termos dispostos implicará meramente no seu afastamento da plataforma, caso o indivíduo permaneça com a recusa, e sua adesão incorrerá no aceite integral dos termos dispostos pelos controladores.

Percebe-se, em ambos os casos, uma grave falta de legitimidade nas condutas adotadas pelos titulares dos dados, seja por falta de meios que os tornem de fato indivíduos capazes de autodeterminar suas informações, ou pela presença de lacunas legislativas na LGPD que dificultam sua efetividade. Como o processo de tomada de decisão não se baseia na vontade genuína do portador, o consentimento demonstra-se uma base legal ineficiente, ao menos nos termos atuais, para salvaguardar os direitos de seu titular mediante as poderosas instituições que almejam obter lucro e poder mediante suas informações.

Tais fragilidades, destarte, deixam evidente que o status de hipervulnerabilidade do titular não é plenamente solvido com o sancionamento da LGPD, haja vista que a base legal do consentimento, central no dispositivo, desconsidera a sua delicada posição em meio as forças que incidem sobre ele.

Uma proteção de dados eficiente e resolutive, capaz de tutelar plenamente os direitos pretendidos, precisa considerar essas vulnerabilidades e dispor ao titular todos os aparatos necessários para lidar com elas. Sem tais esforços, a previsão legal do consentimento permanecerá inefetiva em seu escopo normativo.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Cia das Letras, São Paulo, 1991.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. **The right to privacy**. Harvard law review, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 3 out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 3 de out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico crédito. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 3 de out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 3 out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 3 out. 2021.
- CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. **Revealed**: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach, 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. Acesso em: 7 out. 2021.
- DEBRABANDER, Firmin. **Life after Privacy**: Reclaiming Democracy in a Surveillance Society. Maryland Institute College of Art. Sept. 2020.
- DONAHOE, Eileen; CANINEU, Maria Laura. A internet pós-Snowden: EUA trilharam o caminho da vigilância em massa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 6 jun. 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opinia0/a-internet-pos-snowden-12736908>. Acesso em: 7 out. 2021.
- DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 3 out. 2021.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ESCOLA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. **Pesquisa comportamental**: percepção do consumidor quanto à proteção dos seus dados e a LGPD. São Paulo: Procon-SP, 2021. Disponível em: https://www.procon.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/Relatorio_LGPD.pdf. Acesso em: 7 out. 2021.
- HIRSCH, Dennis D. The glass house effect: Big Data, the new oil, and the power of analogy. **Me. L. Rev.**, v. 66, p. 373, 2013.
- HOLLAND, H. Brian. **Privacy Paradox 2.0**. 4 Apr., 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1584443>. Acesso em: 8 out. 2021.
- KARINA, Souza. Quais são os 10 sites mais acessados no Brasil? Veja ranking. **Exame**, Rio de Janeiro, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/ranking-mostra-os-10-sites-mais-acessados-no-brasil-e-no-mundo/>. Acesso em: 7 out. 2021.
- LEONARDI, Marcel. Principais bases legais de tratamento de dados pessoais no setor privado. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla (coord.). **Caderno Especial**: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 71-85.

MALHEIRO, Luíza Fernandes. **O consentimento na proteção de dados pessoais na Internet**: uma análise comparada do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2017. Disponível em: bdm.unb.br/handle/10483/18883. Acesso em: 3 out. 2021.

MAYER-SCÖNBERGER. General development of data protection in Europe. *In*: AGRE, Phillip; ROTENBERG, Marc (org.). **Technology and privacy**: The new landscape. Cambridge: MIT Press, 1997.

MCDONALD, Aleecia M; CRANOR, Lorrie Faith. The Cost of Reading Privacy Policies. **Journal of Law and Policy for Information Society**, v. 4, p. 543-570, 2008.

META. **Facebook**, c2004. Política de cookies. Disponível em: <https://www.facebook.com/policies/cookies>. Acesso em: 12 out. 2021.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction**: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy. New York: Crown, 2016. ISBN 9780553418811.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida nas Sociedades da Vigilância**: A Privacidade hoje. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: São Paulo: Recife, Renovar, 2008.

RODRIGUES, Ricardo B. *et al.* A cloud-based recommendation model. *In*: EURO AMERICAN CONFERENCE ON TELEMATICS AND INFORMATION SYSTEMS, 7., 2014. **Proceedings** [...]. 2014.

WESTIN, Alan F. **Pivacy and Freedom**. New York: Atheneum, 1970.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 21/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/03/2022
- Avaliação 1: 30/08/2022
- Avaliação 2: 18/04/2023
- Decisão editorial preliminar: 18/04/2023
- Retorno rodada de correções: 01/05/2023
- Decisão editorial/aprovado: 01/05/2023

Equipe editorial envolvida

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

A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO E OS HIPERVULNERÁVEIS IDOSOS: O CAMINHO DA REEDUCAÇÃO DA SOCIEDADE DO HIPERCONSUMISMO E O COMBATE À EXCLUSÃO DO CONSUMIDOR IDOSO SUPERENDIVIDADO

THE OVER-INDEBTEDNESS LAW AND THE ELDERLY
HYPERVULNERABLE PEOPLE: THE PATH OF RE-EDUCATION
OF THE HYPER-CONSUMERISM SOCIETY AND THE FIGHT AGAINST
THE EXCLUSION OF OVER-INDEBTED ELDERLY CONSUMERS

LUCIANA DE CARVALHO TAJRA¹
FÁBIO CAMPELO CONRADO DE HOLANDA²

RESUMO

O crescimento da publicidade apontada aos idosos diante do aumento significativo desta população no Brasil, da debilidade fisiológica decorrente do avanço da idade, da reduzida educação financeira, da hipervulnerabilidade técnica excessiva em relação às novas tecnologias, exige que o Estado intervenha nas regras do mercado de consumo para que danos não ocorram a estes usuários considerados hipervulneráveis. A Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181/2021) alterou o CDC e o Estatuto do Idoso, com o objetivo de regulamentar a prevenção e o tratamento das dívidas dos consumidores, evitando assim a exclusão social e preservação do mínimo existencial, com foco no fornecimento de crédito responsável e educação financeira dos consumidores. O objetivo dessa pesquisa, portanto, é investigar as inovações legislativas da Lei nº 14.181/2021 (Lei do Superendividamento) com foco nos consumidores hipervulneráveis idosos. Frente a isto, o presente trabalho busca responder a seguinte pergunta de partida: como e em que medida a Lei 14.181/2021 (Lei do Superendividamento) pode ser aplicada no combate ao superendividamento e prevenção da exclusão dos

1 Advogada. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito pela Faculdade 7 de Setembro. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8907-3430>.

2 Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC; Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Pós-graduando em Metodologias Ativas para a Educação pela PUC-MG; e Graduado em Direito pela UFC. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5125-5933>.

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

TAJRA, Luciana de Carvalho; HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. A lei do superendividamento e os hipervulneráveis idosos: o caminho da reeducação da sociedade do hiperconsumismo e o combate à exclusão do consumidor idoso superendividado. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 77-91, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9035>.

consumidores hipervulneráveis idosos? A metodologia utilizada será a dedutiva, partindo do geral para o específico, por meio da pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica de doutrinadores da área do Direito do Consumidor, bem como de artigos específicos nos temas: consumidores idosos, hipervulneráveis, relação de consumo e superendividamento. O presente trabalho chegou à conclusão de que a Lei do Superendividamento concretizou alterações há muito tempo necessárias para a implementação da prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores brasileiros, em especial, do hipervulnerável idoso.

Palavras-chave: lei do superendividamento; hipervulnerável; idoso; hiperconsumismo; combate à exclusão do consumidor.

ABSTRACT

The growth of advertising aimed at the elderly in face of the significant increase of this population in Brazil, the physiological weakness due to advancing age, the reduced financial education, the excessive technical hypervulnerability in relation to new technologies, requires the State to intervene in the rules of the consumer market so that damage does not occur to these users considered hypervulnerable. The Law of Overindebtedness (Law No. 14,181/2021) amended the CDC and the Statute of the Elderly, with the aim of regulating the prevention and treatment of consumer debts, thus avoiding social exclusion and preserving the existential minimum, with a focus on responsible credit supply and financial education of consumers. The objective of this research, therefore, is to investigate the legislative innovations of Law No. 14,181/2021 (Superindebtedness Law) with a focus on elderly hypervulnerable consumers. In light of this, the present work seeks to answer the following starting question: how and to what extent can Law 14,181/2021 (Superindebtedness Law) be applied to combat overindebtedness and prevent the exclusion of elderly hypervulnerable consumers? The methodology used will be deductive, starting from the general to the specific, through qualitative, exploratory and bibliographic research of doctrine of the Consumer Law area, as well as specific articles on the topics: elderly consumers, hypervulnerable consumers, consumption relation and overindebtedness. The present work reached the conclusion that the Law of Overindebtedness has materialized changes that have long been necessary for the implementation of the prevention and treatment of Brazilian consumers' over-indebtedness, especially that of the hypervulnerable elderly.

Keywords: superindebtedness law; hypervulnerable; elderly; hyperconsumerism; combating consumer exclusion.

1. INTRODUÇÃO

Na atual fase consumerista vivenciamos a pós-modernidade caracterizada por relações sociais complexas, multifacetadas, pelo hiperconsumismo e prevalência do individualismo.

O ser humano é um ser vulnerável e quanto mais vulnerável o indivíduo, maior deve ser o cuidado e atenção que o Estado deve implementar através de suas legislações direcionadas a essa população. O crescimento da publicidade apontada aos idosos diante do aumento significativo desta população no Brasil, da debilidade fisiológica decorrente do avanço da idade, da reduzida educação financeira, da hipervulnerabilidade técnica excessiva em relação às novas tecnologias, exige que o Estado intervenha nas regras do mercado de consumo para que danos não ocorram a estes usuários considerados hipervulneráveis.

É a indústria farmacêutica aquela que mais atrai os consumidores idosos, pois se tornaram os responsáveis por boa parte dos lucros dos laboratórios. Além do consumo de medicamentos, os planos de saúde e a indústria alimentícia também veem nos idosos um importante mercado. O mercado bancário e financeiro está de olho no mercado maduro, especialmente,

no tocante aos empréstimos consignados. É sabido que as financeiras concedem empréstimos consignados aos idosos a baixo custo, cujas prestações são debitadas diretamente nos benefícios recebidos da Previdência Social pelos idosos.

A Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181/2021) alterou o CDC e o Estatuto do Idoso, com o objetivo de regulamentar a prevenção e o tratamento das dívidas dos consumidores, evitando assim a exclusão social e preservação do mínimo existencial, com foco no fornecimento de crédito responsável e educação financeira dos consumidores (Brasil, 2021).

Para garantir a aplicabilidade da referida Lei, foi publicado o Decreto nº 11.150/2022 que regulamentou a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, de que trata o Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo o valor do mínimo existencial.

O presente trabalho é de extrema importância pela contemporaneidade da Lei nº 14.181/2021 e as necessárias adaptações para a implantação do novo procedimento de combate ao superendividamento, especialmente quanto aos consumidores hipervulneráveis. O objetivo dessa pesquisa, portanto, é investigar as inovações legislativas da Lei nº 14.181/2021 (Lei do Superendividamento) com foco nos consumidores hipervulneráveis idosos (Brasil, 2021).

Frente a isto, o presente trabalho busca responder a seguinte pergunta de partida: Como e em que medida a Lei 14.181/2021 (Lei do Superendividamento) pode ser aplicada no combate ao superendividamento e prevenção da exclusão dos consumidores hipervulneráveis idosos?

A metodologia utilizada será a dedutiva, partindo do geral para o específico, por meio da pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica de doutrinadores da área do Direito do Consumidor, bem como de artigos específicos nos temas: consumidores idosos, hipervulneráveis, relação de consumo e superendividamento.

A pesquisa qualitativa vai ser utilizada no estudo dos aspectos subjetivos de fenômenos sociais e do comportamento humano na sociedade de consumo, levando em consideração o ordenamento jurídico brasileiro e a Lei do Superendividamento, estabelecendo o idoso como foco do presente estudo.

A pesquisa bibliográfica será utilizada na investigação de materiais de doutrinadores jurídicos sobre o conceito de consumidor hipervulnerável e superendividamento. Será utilizado também a pesquisa exploratória, de modo a fornecer informações para uma investigação mais precisa sobre o objetivo geral do presente trabalho.

Portanto, para se alcançar as hipóteses previstas neste projeto, a pesquisa jurídica será desenvolvida através de pesquisa teórica, doutrinária e legal, com utilização da investigação dogmática, que tem como base de investigação a legislação e a jurisprudência, por meio do estudo bibliográfico – doutrinas, artigos científicos – e dogmático – legislação nacional.

Inicialmente será abordado quem é o consumidor hipervulnerável idoso e suas características dentro da relação de consumo com ênfase no dever de cuidado estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro. Em sequência, será relatado as inovações legislativas promulgadas com o objetivo de garantir a proteção aos consumidores, especialmente quanto aos superendividados idosos.

2. O CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL IDOSO E O DEVER DE CUIDADO CONSTITUCIONAL

O Estado brasileiro em harmonia com a tendência mundial de proteção dos consumidores, pela primeira vez em seus textos constitucionais, resolveu adotar a defesa do consumidor, tanto como direito quanto como garantia fundamental.

A Constituição da República de 1988 (CR/88), conhecida como Constituição Cidadã, estabeleceu em seu artigo 5º, os Direitos Fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro focado em garantir a preservação da dignidade da pessoa humana. O inciso XXXII do referido artigo estabelece que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, enquadrando assim o direito do consumidor como uma garantia fundamental do ordenamento brasileiro (Brasil, 1988, p. 03).

De acordo com o artigo 170 da CR/88, a ordem econômica brasileira será construída com fundamento na harmonia entre: a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa, de modo a assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social; entre a propriedade privada e a sua função social; e entre a livre concorrência e a defesa do consumidor (Brasil, 1988, p. 112). Portanto, o legislador constituinte, no artigo 170, estabeleceu que a ordem econômica obedece aos princípios da livre concorrência, da livre-iniciativa e da defesa do consumidor, sem hierarquia entre eles, cabendo ao intérprete da norma combiná-los de forma que funcionem de modo harmônico.

O artigo 48 da CR/88 estabeleceu que o Congresso Nacional deveria elaborar o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim, no dia 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.078, um microsistema criado para instrumentalizar os direitos fundamentais do consumidor previstos em sede constitucional. Esse diálogo direto que existe entre a Constituição e os microsistemas conduz à necessidade de equilíbrio nas relações, fazendo do CDC um instrumento para melhor atenção do consumidor e da manutenção da dignidade da pessoa humana.

Segundo o artigo 2º do CDC, consumidor é aquele que adquire ou utiliza o produto ou o serviço como destinatário final. O consumidor não pode utilizar o produto ou o serviço como insumo para a sua atividade lucrativa, pois assim seria uma relação civil, regida pelo Código Civil (Brasil, 1990, p. 01).

O CDC elegeu a vulnerabilidade como princípio fundante de tal microsistema, a partir da compreensão de que o consumidor é o elo fraco da relação, estando em desequilíbrio negocial frente aos fornecedores de produtos e de serviços, que se apresenta como fim para a cadeia de produção e de lucro do produto ou do serviço (CAS, 2018, p. 21). Essa vulnerabilidade do consumidor é reconhecida pela própria Lei nº 8.078/1990, em seu artigo 4º, inciso I, quando estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo deve atender alguns princípios, dentre eles, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (Brasil, 1990, p. 01).

A partir desse aspecto foram insculpidas, por meio da doutrina, diversas formas de vulnerabilidade, tais como, informacional, técnica, jurídica e fática. A vulnerabilidade técnica ocorre quando o comprador não possui conhecimentos específicos acerca do objeto que está adquirindo; a vulnerabilidade jurídica ou científica, ocorre quando houver desconhecimento de temas jurídicos específicos, de contabilidade, economia etc.; a vulnerabilidade fática ou socioeconômica

mica acontece quando o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor, que em sua posição de nítida vantagem contratual, impõe sua superioridade a todos os que com ele contratam; a vulnerabilidade informacional alude ao fornecedor que, na relação jurídica de consumo, é quem detém a informação (Afonso, 2013, p. 75).

Entretanto, com o avanço das relações de consumo, a doutrina e a jurisprudência passaram a observar que alguns grupos de indivíduos, como, por exemplo, os idosos necessitavam de uma maior proteção uma vez que possuíam uma vulnerabilidade potencializada denominada de hipervulnerabilidade (Nascimento, 2019, p. 31). Tal expressão foi utilizada pela primeira vez na jurisdição brasileira no Recurso Especial 586.316-MG julgado no STJ pelo Ministro Relator Herman Benjamin. A vulnerabilidade agravada de grupos de consumidores era mencionada no CDC, nos artigos 37, § 2º, crianças, e 39, inciso IV, idosos, mas não sob a definição de “hipervulnerabilidade” (Coelho; Ayala, 2019, p. 07).

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 230, estabelece que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (Brasil, 1988, p. 141).

O fato é que quanto mais vulnerável o indivíduo, maior deve ser o cuidado. Nessa trilha, estabelecer que o Estado deve interferir nas regras do mercado de consumo para que danos não ocorram, significa agir com o cuidado que seres vulneráveis como são os consumidores exigem.

Para efetivar essa proteção o legislador infraconstitucional promulgou o Estatuto do Idoso, a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que surge como um instrumento jurídico necessário para reafirmação da dignidade da pessoa humana com idade igual ou superior a 60 anos (Brasil, 2003, p. 01).

O Estatuto do Idoso estabeleceu, em seus artigos 2º e 3º, que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, em razão da proteção integral de que trata a referida lei. Dispõe ainda que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Estado assegurar aos idosos os seus direitos com absoluta prioridade (Brasil, 2003, p. 01).

Quanto ao idoso consumidor, o artigo 39 do CDC considera como prática abusiva o fornecedor de produtos ou serviços prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (Brasil, 2003, p. 08).

Até a década de 80, o Brasil era um país com a população predominantemente jovem. No século XXI, temos o crescimento da população idosa, principalmente, com a diminuição das taxas de mortalidade diante do avanço da medicina que garantiu assim o aumento considerável da expectativa de vida da população brasileira. Há poucas décadas, havia uma grande exclusão dos idosos como consumidores, porém esse cenário não permanece atualmente. A população idosa está integrada ao mercado de consumo, sendo destinatária de uma grande variedade de produtos e serviços exclusivos para esse nicho de consumidores (Chaves; Pagliusi; Santos, 2020, p. 44).

Além dos fatores de vulnerabilidade inerentes a todo consumidor, o idoso possui outros fatores que o transformam em alvo fácil para o consumo desenfreado, especialmente no segmento dos medicamentos, dos planos de saúde, de bancos, de agências de turismo e da indústria da alimentação, gerando o superendividamento. A debilidade fisiológica decorrente

do avanço da idade, a reduzida educação financeira, a hipervulnerabilidade técnica excessiva em relação às novas tecnologias exige que o Estado intervenha nas regras do mercado de consumo para que danos não ocorram a estes usuários considerados hipervulneráveis.

Diante do aumento do superendividamento da população brasileira, em especial a dos hipervulneráveis, foi promulgada a Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, que alterou o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso com o objetivo de aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, sendo esse o assunto que vai ser abordado no próximo item, voltado para as alterações legislativas destinadas ao hipervulnerável idoso.

3. AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS NO COMBATE AO SUPERENDIVIDAMENTO DO HIPERVULNERÁVEL IDOSO

O assédio ao consumo em excesso, a oferta irresponsável do crédito, a omissão do Estado quanto à educação financeira do consumidor e à hipervulnerabilidade do consumidor idoso interferem no comportamento do consumidor e no consumo compulsivo (Verbicaro; Nunes, 2019, p. 528-529).

A Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181/2021) alterou o CDC e o Estatuto do Idoso com o objetivo de regulamentar a prevenção e o tratamento das dívidas dos consumidores evitando assim a exclusão social e preservação do mínimo existencial, com foco no fornecimento de crédito responsável e educação financeira dos consumidores (Brasil, 2021).

No Senado o projeto que originou a lei (PL 1.805/2021, aprovado na forma de substitutivo da Câmara dos Deputados) foi relatado por Rodrigo Cunha (PSDB-AL). A matéria tramitou no Congresso por quase 10 anos, sendo o texto original da proposta de 2012 (PLS 283/2012), resultado do trabalho de uma comissão temporária que propôs alterações no CDC (Brasil, 2021, p. 01).

Considerando que a pessoa superendividada precisa de proteção especial, a Lei buscou garantir ao consumidor mecanismos para repactuar as suas dívidas por meio da formação de um plano de pagamento com foco na satisfação dos credores sem levar o devedor à humilhação e indignidade com a utilização da conciliação entre as partes na negociação de dívidas.

A preocupação com o superendividamento do idoso já vem ocorrendo desde o início do século XXI quando esse tipo de categoria de consumidores passou a ter a atenção dos fornecedores de produtos e serviços diante das possibilidades facilitadas de conseguir crédito nas instituições bancárias através de empréstimos consignados.

Segundo Verbicaro e Nunes (2019, p. 552), o superendividamento é caracterizado pela “incapacidade do consumidor de quitar dívidas atuais e futuras sem o comprometimento do seu mínimo existencial – excluídas dívidas fiscais – frente a desigualdade social no Brasil”.

Cláudia Lima Marques e Cavalazzi (2006, p. 256) o define como “a impossibilidade total de o consumidor, pessoa física, devedor, leigo e de boa-fé, pagar suas dívidas atuais e futuras decorrentes do consumo, excluídas as dívidas com o Fisco, oriundo de delitos e de alimentos”.

O superendividamento pode ser ativo ou passivo. É ativo quando se dá em virtude de condutas espontâneas do indivíduo que pode ter ou não consciência do seu limite orçamentário. Já quando o superendividamento é algo que ocorre por circunstâncias alheias a sua vontade, é chamado de passivo (Efing; Pinto, 2022, p. 06).

Dentre as alterações da Lei do Superendividamento houve o acréscimo do artigo 54-A ao CDC, que em seu §1º conceituou superendividamento como “a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.” (Brasil, 2021, p. 02)

As dívidas que podem ser beneficiadas pela lei incluem compromissos financeiros de relação de consumo, incluídas as operações de crédito, as compras a prazo e os serviços de prestação continuada (Brasil, 2021, p. 02).

A Lei nº 14.181/2021 alterou apenas um dispositivo do Estatuto do Idoso que foi a inclusão do § 3º ao artigo 96, artigo este que se refere a um dos crimes em espécies previstos no referido Estatuto. Segundo esse artigo é crime “discriminar a pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade” (Brasil, 2003, p. 23).

Tal crime tem como objetivo garantir a defesa da dignidade da pessoa idosa, de modo a repudiar condutas embaraçosas que se utilizam de mecanismos de constrangimento exclusivamente calcadas na idade avançada do consumidor. O § 3º que foi incluído pela Lei do Superendividamento estabelece que não será considerado crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso. A inclusão desse §3º foi uma consequência do entendimento jurisprudencial dominante firmado no REsp 1.783.731-PR, de Relatório do Ministro Nancy Andrighi. Segundo esse entendimento é possível negar crédito consignado a idoso se a soma da idade do cliente com o prazo do contrato for superior a 80 anos, pois essa é uma cautela que visam a evitar o superendividamento dos consumidores (Brasil, 2019, p. 01).

Fato é que em decorrência do grande aumento da população idosa nos últimos anos, os olhares das empresas, especialmente as do ramo das ofertas de crédito consignado, mas também as de vendas de produtos em geral, se voltaram para uma nova gama de clientes, que, por muitas vezes serem aposentados ou pensionistas, possuem a certeza de um crédito mensal (Holanda, 2019).

Esse critério de liberação de crédito consignado não se configura discriminação negativa que coloque em desvantagem exagerada a população idosa pois esse consumidor pode se socorrer de outras modalidades de acesso ao crédito bancário. A adoção de critério etário para distinguir o tratamento da população em geral é válida quando adequadamente justificada e fundamentada no ordenamento jurídico, sempre atentando-se para a sua razoabilidade diante dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Aliás, o próprio Código Civil se utiliza de critério positivo de discriminação ao instituir no artigo 1.641, inciso II, que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos (Brasil, 2002, p. 153).

As outras alterações normativas concretizadas pela Lei do Superendividamento foram no Código de Defesa do Consumidor. Tais modificações são de extrema importância para o consumidor hipervulnerável idoso sendo de grande valia para o desenvolvimento desta pesquisa. Abordaremos as que mais se destacam considerando essa categoria de consumidor.

Os idosos brasileiros têm uma reduzida educação financeira já que até recentemente essa não era uma das disciplinas das instituições de ensino do Brasil. Isso tem reflexo direto em suas habilidades financeiras e econômicas, gerando um aspecto prejudicial ao exercício do consumo consciente desse grupo de consumidores pela dificuldade que eles apresentam em compreender os termos de um contrato de crédito consignado ou o entendimento reduzido sobre a composição de juros e do funcionamento dos cartões de crédito, por exemplo. Tais fatos os colocam no mercado de consumo com grande tendência ao superendividamento (Coelho; Ayala, 2019, p. 11).

A proteção do consumidor no Brasil é também uma tarefa a ser concretizada por meio de uma estrutura normativa principiológica. O artigo 4º do CDC elenca os princípios que regem a Política Nacional das Relações de Consumo. Como um dos objetivos da Lei nº 14.181/2021 é garantir a educação financeira dos consumidores, foi incluído o inciso IX ao referido artigo o fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores. Tal inclusão é uma tentativa de modificar a cultura do desconhecimento sobre a responsabilização financeira que permeia os brasileiros atualmente.

Além dessa inclusão, no artigo 4º foi incluído o inciso X que estabeleceu como princípio das relações de consumo a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor. A inclusão desse inciso tem como preocupação um viés psicológico que o superendividamento pode gerar no consumidor, sobretudo no idoso.

O superendividamento pode ter como resultado o sentimento de frustração já que a busca pela saciedade das necessidades por meio do consumo pode gerar mais dívidas tornando o ciclo de consumo um caminho sem volta. Nessa busca incansável de felicidade efêmera, o consumidor idoso pode se encontrar sem meios de quitar as suas dívidas, abalando o seu psicológico e de todos que dependem dele financeiramente, gerando um estado de insegurança econômica e de baixo autoestima. Assim, diante de suas dívidas e da infelicidade de não pertencer mais a uma sociedade de hiperconsumismo, justamente por causa do seu superendividamento, o consumidor idoso se vê excluído da sociedade (Efig; Mendes; Meirelles, 2019, p. 94).

Para a implementação do combate ao superendividamento foi necessário também garantir ao poder público novos instrumentos para que fosse possível a negociação das dívidas dos consumidores superendividados. Assim, no artigo 5º do CDC foram incluídos os incisos VI e VII prevendo novos instrumentos para execução da Política Nacional das Relações de Consumo com a previsão de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento para a proteção do consumidor pessoa natural e a criação de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento. O instrumento do inciso

VI foi regulamentado pelo artigo 54-A até o 54-G e o inciso VII está contido no artigo 104-A até o 104-C.

Continuando com as alterações do CDC de relevância quanto aos idosos, foi incluído no artigo 6º, que trata dos direitos básicos do consumidor, os incisos XI, XII e XIII. O inciso XI estabeleceu que os consumidores têm direito a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial por meio da revisão e da repactuação da dívida. O inciso XII reafirmou a preservação do mínimo existencial na repactuação de dívidas e na concessão de crédito. E por fim, o inciso XIII estabeleceu como direito básico a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso.

Os incisos XII e XIII tem como destinatários as instituições de crédito quando se refere a garantia de crédito responsável e preservação do mínimo existencial na repactuação de dívidas e na concessão de crédito. Para que seja possível tratar e prevenir o superendividamento é necessário a cooperação de todos os sujeitos que intervêm no mercado de consumo para buscar o equilíbrio econômico e jurídico que favoreça a balança econômica do país. A concessão de crédito consciente deve ser uma prática buscada por toda instituição de concessão de crédito aos consumidores, em especial, aos idosos que são o público-alvo dos empréstimos consignados.

Já no artigo 51 do CDC que estabelece as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que são nulas de pleno direito, foram incluídos os incisos XVII e XVIII, que regulam a nulidade das cláusulas contratuais que condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário e que estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores.

A inclusão desses incisos tem grande utilidade para a defesa dos consumidores hipervulneráveis idosos que, diante da reduzida educação financeira e da dificuldade de compreender as cláusulas contratuais, podem ser levados a assinar contratos abusivos, retirando o seu direito de acesso aos órgãos do Judiciário e impedindo de ter seus direitos restabelecidos.

A Lei do Superendividamento incluí no Código de Defesa do Consumidor um novo capítulo, a saber, o VI-A, intitulado “Da prevenção e do tratamento do superendividamento”. Tal capítulo se refere ao instrumento criado para execução da Política Nacional das Relações de Consumo que foi a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento para a proteção do consumidor pessoa natural, do inciso VI, artigo 5º já comentado.

Tal capítulo conceituou o que é o superendividamento e estabeleceu quais tipos de compromissos financeiros o consumidor negociar as dívidas. É importante ressaltar que a Lei não se aplica ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

O artigo 54-B tem como objetivo garantir que os fornecedores esclareçam de forma completa, prévia e adequada no momento da oferta, sobre o custo efetivo total e descrição de seus

elementos; a taxa efetiva mensal de juros, de mora e total de encargos diante do atraso no pagamento; o montante das prestações e o prazo de validade da oferta que deve ser de pelo menos 2 dias; o nome e endereço do fornecedor; e direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito. O custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor.

Pode-se dizer que o artigo 54-C teve como principal motivo de sua existência as publicidades destinadas ao consumidor hipervulnerável, em especial, ao idoso, que facilmente é atraído pelas facilidades expostas nas propagandas de oferta de crédito. Segundo esse artigo é vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: indicar que a operação de crédito ocorrerá sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo; assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio; e condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais.

No artigo 54-D foi enumerado as condutas que o fornecedor ou intermediário deve efetuar previamente a contratação de oferta de crédito. Assim, o consumidor deve ser esclarecido sobre as condições do contrato sendo considerada a sua idade, a natureza e modalidade do crédito que vai ser contratado e os custos incidentes do inadimplemento. Deve ainda o prestador de serviços avaliar de forma responsável o crédito que o consumidor tem disponível em bancos de dados de proteção de crédito diante da obrigação de concessão de crédito responsável. Por fim, deve ser informado ao consumidor a identidade do agente financiador e entregue ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.

Como consequência do descumprimento dessas obrigações pelo prestador de serviços poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, sem prejuízo de outras sanções e de indenizações por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

O artigo 54-G estabelece a vedação ao fornecedor de produto ou serviço que envolva crédito, impedir ou dificultar que o consumidor peça e obtenha a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento, ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos, se houver uso fraudulento do cartão de crédito. Regula ainda o §1º desse artigo que no empréstimo cuja liquidação seja feita mediante consignação em folha de pagamento, a formalização e a entrega da cópia do contrato ou do instrumento de contratação ocorrerão após o fornecedor do crédito obter da fonte pagadora a indicação sobre a existência de margem consignável, obedecendo assim o dever de fornecimento de crédito responsável.

Quanto a utilização da conciliação como meio de resolução do problema do superendividamento do consumidor, alteração contida entre os artigos 104-A a 104-C do CDC, não vamos abordar nesse trabalho pois seria impossível esgotar esse estudo em um artigo científico.

Assim, em breves apontamentos sobre a conciliação, o consumidor superendividado pode requerer instauração de processo de repactuação de dívidas, por meio de audiência conciliatória, na presença de todos os credores de dívidas, na qual o consumidor apresentará proposta de

plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

Quanto a garantia de preservação do mínimo existencial, existia jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é que para que seja respeitada a dignidade do consumidor, os descontos decorrentes de concessão de crédito por instituições bancárias devem ser limitados a 30% dos rendimentos líquidos do consumidor, após deduzidos os descontos obrigatórios de imposto de renda e previdência social (Brito; Costa, 2020, p. 07).

A primeira base para formação da ideia do mínimo existencial se formou na Revolução Francesa, com a tríade Liberdade, Igualdade e Fraternidade, além previsão na Constituição Francesa do direito aos necessitados aos socorros públicos (Efing; Pinto, 2022, p. 02).

Já a sua concepção tem origem na Constituição de 1949 da Alemanha que apesar de não prever um rol de direitos sociais, tinha como base a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e o Estado Social, diante da necessidade de garantir direitos básicos que foram tirados com a Segunda Guerra Mundial (Efing; Pinto, 2022, p. 02).

A importância da definição do mínimo existencial está ligado a necessidade de proteger a vida econômica do consumidor, pois a concessão desenfreada de créditos pode colocar em risco as condições de existência digna do consumidor, bem como tornar inexecutável o plano de recuperação do superendividado.

A proteção do mínimo existencial e a proteção das condições mínimas de sobrevivência do consumidor pessoa natural respeita o princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção especial e ativa do consumidor e concretiza o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, assim como realiza a finalidade da ordem constitucional econômica de assegurar a todos existência digna (Marques, 2021, p. 02).

Com a promulgação da Lei do Superendividamento, questionou-se se ela poderia ser aplicada de imediato ou seria necessário uma regulamentação para a efetividade dos direitos ali previstos fossem concretizados.

Assim, em 26 de julho de 2022, foi publicado o Decreto nº 11.150 que regulamentou a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo e determinou será considerado como mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a 25% do salário mínimo vigente na data de publicação do decreto, competindo ao Conselho Monetário Nacional atualizar o referido valor.

Exemplificando, o decreto estabelece que qualquer família, independentemente do número de pessoas e, portanto, da sua renda, seria capaz de usufruir de serviços considerados essenciais para a manutenção de uma vida digna com o equivalente a R\$ 10,10 por dia, ou R\$ 303,00 por mês, de modo que esse é o parâmetro financeiro na concessão de crédito no momento da elaboração do plano de recuperação da pessoa física superendividada, para a efetivação da proteção da dignidade humana.

O salário mínimo foi escolhido como parâmetro para apuração referencial da fixação do mínimo existencial. Considerando que uma das fontes de renda do trabalhador é o seu trabalho, sendo o parâmetro de remuneração o salário mínimo, e que a própria Constituição

Da República de 1988 prevê que o salário mínimo deve ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do indivíduo e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, não poderia ter sido uma escolha diferente.

Ocorre que o Decreto determinou que o valor do mínimo existencial equivalente a 25% do salário mínimo vigente na data de publicação do decreto, ou seja, o valor de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais).

Assim, o reajustamento anual do salário mínimo não implicará a atualização do valor que deve ser feito o cálculo dos 25%, devendo a atualização ocorrer por ato do Conselho Monetário Nacional. Mais ajustado seria se a atualização desse valor se desse com o reajuste do salário mínimo, de forma automática, sem a necessidade de ato de terceiros para a sua efetivação. O valor do mínimo existencial deve ter uma variável histórica e geográfica, pois é eivado de dinamismo e deve sempre evoluir de acordo com a evolução das condições socioeconômicas do Estado e dos indivíduos.

A promulgação de uma legislação destinada a prevenir e tratar o superendividamento dos consumidores há muito tempo se mostrava necessária. Sobre o tema, o CDC previa apenas, em seu art. 52, a necessidade de informações obrigatórias ao consumidor de crédito, tendo regulado a matéria de forma simplificada.

Assim, diante da categoria de indivíduos, dentre eles, os idosos que necessitavam de uma maior proteção, uma vez que possuem uma vulnerabilidade potencializada, as alterações normativas foram substanciais com a Lei do Superendividamento no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso com o objetivo regulamentar a prevenção e o tratamento das dívidas dos consumidores, evitando assim a exclusão social e preservação do mínimo existencial, com foco no fornecimento de crédito responsável e educação financeira dos consumidores.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 5, inciso XXXII estabeleceu que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, enquadrando assim o direito do consumidor como um direito e uma garantia fundamental do ordenamento brasileiro.

O legislador constituinte, no artigo 170, estabeleceu ainda que a ordem econômica obedece aos princípios da livre concorrência, da livre-iniciativa e da defesa do consumidor, sem hierarquia entre eles, cabendo ao intérprete da norma combiná-los de forma que funcionem de modo harmônico.

A Lei nº 8.078 foi promulgada no dia 11 de setembro de 1990, sendo um microsistema criado para instrumentalizar os direitos fundamentais do consumidor previstos em sede constitucional. O CDC elegeu a vulnerabilidade como princípio fundante de tal microsistema, a partir da compreensão de que o consumidor é o elo fraco da relação, estando em desequilíbrio negocial frente aos fornecedores de produtos e de serviços.

Com o avanço das relações de consumo, a doutrina e a jurisprudência passaram a observar que alguns grupos de indivíduos, dentre eles, os idosos necessitavam de uma maior proteção, uma vez que possuíam uma vulnerabilidade potencializada, denominada de hipervulnerabilidade.

Além dos fatores de vulnerabilidade inerentes a todo consumidor, o idoso possui outros fatores que o transformam em alvo fácil para o consumo desenfreado, especialmente no segmento dos medicamentos, dos planos de saúde, de bancos, de agências de turismo e da indústria da alimentação, gerando o superendividamento.

A debilidade fisiológica decorrente do avanço da idade, a reduzida educação financeira, a hipervulnerabilidade técnica excessiva em relação às novas tecnologias exigem que o Estado intervenha nas regras do mercado de consumo para que danos não ocorram a estes usuários considerados hipervulneráveis.

Diante do aumento do superendividamento da população brasileira, em especial a dos hipervulneráveis, foi promulgada a Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, que alterou o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso com o objetivo de aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

O presente trabalho teve como objetivo explorar as alterações legislativas ocorridas com a promulgação da Lei do Superendividamento, em especial, as que tiveram como destinatários os consumidores hipervulneráveis idosos.

Considerando que a pessoa superendividada precisa de proteção especial, a Lei buscou garantir ao consumidor mecanismos para repactuar as suas dívidas por meio da formação de um plano de pagamento com foco na satisfação dos credores sem levar o devedor à humilhação e indignidade com a utilização da conciliação entre as partes na negociação de dívidas.

A Lei do Superendividamento alterou apenas um dispositivo do Estatuto do Idoso, incluindo no artigo 96 o § 3º que estabelece que não será considerado crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso. Tal posicionamento jurisprudencial foi adicionado ao referido estatuto porque a adoção de critério etário para distinguir o tratamento da população em geral é válida quando adequadamente justificada e fundamentada no ordenamento jurídico, sempre atentando-se para a sua razoabilidade diante dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Já o Código de Defesa do Consumidor passou por um número maior de alterações, como, por exemplo, a inclusão nos princípios que regem a Política Nacional das Relações de Consumo, o fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores e a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor; a previsão de novos instrumentos para execução da Política Nacional das Relações de Consumo com a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento para a proteção do consumidor pessoa natural e a criação de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento; e a inclusão como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial por meio da revisão e da repactuação da dívida.

Já com o Decreto nº 11.150/2022, ficou definido que o mínimo existencial é a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a 25% do salário mínimo vigente na data de publicação do decreto, competindo ao Conselho Monetário Nacional atualizar o referido valor, ou seja, a manutenção de uma vida digna é o equivalente a R\$ 10,10 por dia, ou R\$ 303,00 por mês, podendo o restante da renda ser comprometido por dívidas.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luiz Fernando. **Publicidade abusiva e a proteção do consumidor idoso**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. E-Book.

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: 6 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 2 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1805, de 2021**. (substitutivo da Câmara dos Deputados ao projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012). Altera as Leis nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, e a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8969033&ts=1631653737432&disposition=inline>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022**. **Regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11150.htm. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp: 1783731 PR 2018/0319905-5**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 26 de abril de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713191646/recurso-especial-resp-1783731-pr-2018-0319905-5/relatorio-e-voto-713191669>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRITO, Dante Ponte de; COSTA, Pedrita Dias. Consumo pós-moderno, redes sociais e Superendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 130, p. 79 – 97, jul./ago, 2020.

CAS, Thiago Schlottfeldt Nascimento da. Da vulnerabilidade a hipervulnerabilidade: o idoso frente ao mercado de consumo. **Rev. de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 19 – 32, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/4705>. Acesso em: 2 set. 2021.

CHAVES, Carlos Gustavo Chada; PAGLIUSI, Ivy Helene Lima; SANTOS, Kátia Borges dos. A indústria cultural e a aquisição do crédito pelo idoso: uma razão para o superendividamento. **Rev. de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v. 6, n. 1, p. 43-60, jan./jun., 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/6474/pdf>. Acesso em: 3 nov. 2021.

COELHO, Mariana Carvalho Victor; AYALA, Patryck de Araujo. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso e sua tendência ao superendividamento no contexto de uma sociedade do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 121, p. 247 - 275, jan./fev., 2019. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1131>. Acesso em: 2 set. 2021.

EFING, Antonio Carlos; MENDES, Caroline Janaina; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Uma análise do superendividamento a partir de uma perspectiva socioambiental e do direito ao meio ambiente equilibrado. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 88-103, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/880>. Acesso em: 2 set. 2021.

EFING, A. C.; PINTO, N. D. F. O salário mínimo como critério para assegurar o mínimo existencial no tratamento do consumidor superendividado. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 140, p. 71-86, 2022.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. O Consumidor Idoso e a Questão do Superendividamento Frente ao Crédito Consignado. **Revista da AGU**, v. 18, n. 04, out. 2019.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do Consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Notas sobre a Lei 14.181/2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 137, p. 387-405, set./out. 2021.

NASCIMENTO, Sibhelle Katherine. A proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil RBDCivil 1**, Belo Horizonte, v. 22, p. 17-32, out./dez. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/500>. Acesso em: 2 set. 2021.

VERBICARO, Dennis; NUNES, Luiza Correa Colares. O fenômeno do superendividamento do consumidor no contexto de desigualdade social no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 2, p. 521-555, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7076>. Acesso em: 2 set. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 25/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/05/2022
- Avaliação 1: 09/08/2022
- Avaliação 2: 18/04/2023
- Decisão editorial preliminar: 18/04/2023
- Retorno rodada de correções: 01/05/2023
- Decisão editorial/aprovado: 01/05/2023

Equipe editorial envolvida

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

A MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS E O ACORDO DE ESCAZÚ: A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES AMBIENTAIS DEMOCRÁTICAS SOB O PRISMA DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

MINING IN INDIGENOUS LAND AND THE ESCAZÚ AGREEMENT: THE CONSTRUCTION OF DEMOCRATIC ENVIRONMENTAL DECISIONS THROUGH THE PRISM OF THE TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

MARCOS PAULO ANDRADE BIANCHINI¹

GISELLE MARQUES DE ARAÚJO²

ADEMIR KLEBER MORBECK DE OLIVEIRA³

RESUMO

A pesquisa analisou a proposta de mineração em terras indígenas que é o objeto do Projeto de Lei n. 191/2020 e a imposição constitucional de oitiva das comunidades tradicionais afetadas. Tal iniciativa legislativa aconteceu em meio aos debates para a implementação dos meios para cumprir os compromissos assumidos no Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambien-

- 1 Doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da Universidade Anhanguera - UNIDERP, Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. Advogado militante. Especialista em Direito Penal. Especialista em Direito Processual Penal. Coordenador e professor do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras - Unidade Antônio Carlos em Belo Horizonte, Minas Gerais. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/4196274767642580>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4040-1146>.
- 2 Advogada. Pós-Doutora em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional pela UNIDERP-Anhanguera (2020). Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - Rio de Janeiro/RJ (2015). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - Rio de Janeiro/RJ (2004). Professora de Legislação Ambiental na Pós-Graduação Stricto Sensu (Conceito CAPES 4). Conselheira do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação - CONSINTER desde 2015. É membro permanente do Conselho Editorial da Editora Juruá. Avaliadora de Artigos Científicos da Revista Thesis Juris e da Revista de Direito da UERJ. Avaliadora "ad hoc" de projetos de pesquisa no âmbito da FUNDECT. Foi Bolsista Nota 10 da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio de Janeiro - FAPERJ (2013/2014). Integrou a equipe de Professores Orientadores do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Educação em Direitos Humanos (Turma 2015/2016) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul na função de Orientadora de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). É Consultora Jurídica Ambiental da Águas Guariroba, Concessionária da Rede Pública de Água e Esgoto da Cidade de Campo Grande-MS. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7499143357798035>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7083-1411>.
- 3 Possui graduação em Ciências Biológicas (Licenciatura Plena) pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (1989), mestrado em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos (1993) e doutorado em Ciências, área de concentração em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos (1996). Atualmente é professor da Universidade Anhanguera-Uniderp, Curso de Ciências Biológicas e do Programa em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional, área de Ciências Ambientais, na linha de pesquisa Sociedade, Ambiente e Desenvolvimento Regional Sustentável. Tem experiência na área de Ecologia, com ênfase em Ecologia de Ecossistemas, atuando principalmente nos seguintes temas: ecologia de ecossistemas, Pantanal, etnobiologia, sementes e análise de crescimento de espécies nativas. Bolsista de Produtividade em Pesquisa 1C do CNPq. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/9681273613446080>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9373-9573>.

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

BIANCHINI, Marcos Paulo Andrade; ARAÚJO, Giselle Marques de; OLIVEIRA, Ademir Kleber Morbeck de. A mineração em terras indígenas e o acordo de Escazú: a construção de decisões ambientais democráticas sob o prisma da Teoria Neoinstitucionalista do Processo. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 92-108, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9060>.

tais na América Latina e no Caribe que foi celebrado na cidade de Escazú, Costa Rica. O direito à informação sobre matéria ambiental traz consigo o direito à participação popular democrática na construção de normas ambientais. O estudo teve como objeto entender se a Teoria Neoinstitucionalista do Processo é apta para criar um ambiente e viabilizar meios para a participação do povo, como comunidade jurídica legitimada, na construção de decisões e de normas que regem as atividades mineradoras em áreas indígenas e que visem a sustentabilidade e a promoção do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado. Conclui-se que somente no processo, segundo a Teoria Neoinstitucionalista, é possível a manifestação de um espaço de decisibilidade que propicie participação popular e democrática desde a criação de direitos, por meio de normas e leis, até a sua incidência na aplicação, extinção ou transformação de direitos que versem sobre o Meio Ambiente, em especial, a normatização que diz respeito à exploração da mineração em terras indígenas bem como o desenvolvimento sustentável dentre outras atividades potencialmente poluidoras. O estudo foi desenvolvido pelo método dialético e os dados recolhidos e reconstruídos foram analisados na perspectiva do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: mineração; teoria da decisão; processo; meio ambiente; informação; democracia constitucional.

ABSTRACT

The research analyzed the proposal for mining in indigenous lands that is the object Project of Bill n. 191/2020 and the constitutional imposition of hearing from the affected traditional communities. This legislative initiative took place in the midst of debates on the implementation of the means to fulfill the commitments assumed in the Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Affairs in Latin America and the Caribbean, which was signed in the city of Escazú, Costa Rica. The right to information on environmental matters, as well as the resulting right, which is democratic popular participation in the construction of environmental norms. The study aimed to understand whether the Teoria Neoinstitucionalista do Processo is able to create an environment and enable means for the participation of the people, as a legitimate legal community, in the construction of decisions and norms that govern mining activities in indigenous areas and that aim to sustainability and the promotion of an ecologically balanced environment. It is concluded that only in the process, according to the Teoria Neoinstitucionalista, is it possible to manifest a space of decisibility that provides popular and democratic participation from the creation of rights, through norms and laws, to their incidence in the application, extinction or transformation of rights that deal with the Environment, in particular, the regulation regarding the exploitation of mining in indigenous lands as well as the sustainable development of other potentially polluting activities. The study was developed by the dialectical method and the collected and reconstructed data were analyzed in the perspective of the paradigm of the Democratic State of Law.

Keywords: mining; decision theory; process; environment. information; constitutional democracy.

1. INTRODUÇÃO

A exploração da mineração em terras indígenas são objeto do Projeto de Lei (PL) n. 191/2020 de iniciativa do Governo Federal que tramita sob o regime de urgência na Câmara dos Deputados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) determina que o desenvolvimento de atividades mineradoras em terras indígenas só pode acontecer mediante autorização do Congresso Nacional, garantindo a oitiva das comunidades afetadas e lhes assegurar a participação nos resultados da lavra. Com isso, o texto constitucional garante a participação dos afetados na construção das normas que versem sobre o uso das terras que ocupam tradicionalmente.

O Brasil assinou no dia 04 de março de 2018 o Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe que foi celebrado na cidade de Escazú, Costa Rica (ONU, 2018).

O Acordo de Escazú inova na ordem jurídica internacional ao promover o direito de informação e de viabilizar a participação popular na tomada de decisão em matéria ambiental. Daí a linguagem no discurso como elemento constitutivo de mundo nas múltiplas cosmovisões dos afetados e possibilita a busca de consenso nas decisões para defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como respeito a esse Direito Humano, nos termos do art. 225, *caput*, da CRFB/1988.

O grande desafio para implementar os princípios inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito é a forma procedimental que possibilite a abertura dos canais dialógicos pelo Estado para que as comunidades indígenas, a sociedade, os pesquisadores, os ambientalistas e os demais atores sociais tenham acesso às informações ambientais e lhes sejam garantida a participação pública na tomada de decisões a fim de conferir legitimidade na construção da norma oriunda do PL n. 191/2020.

Nessa esteira a pesquisa procura responder a seguinte pergunta: a Teoria Neoinstitucionalista do Processo é apta para criar um ambiente e viabilizar meios para a participação do povo, como comunidade jurídica legitimada, na construção de decisões e de normas que regem as atividades mineradoras em áreas indígenas e que visem a sustentabilidade e a promoção do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado?

A pesquisa parte da hipótese que por meio do processo, segundo as conjecturas da Teoria Neoinstitucionalista do Processo e seus princípios institutivos, são criadas condições para que o cidadão participe ativamente na construção de provimentos (sejam leis, atos administrativos ou decisões judiciais) que defendam e preservem as comunidades tradicionais e promova Meio Ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Com isso, o objetivo geral da pesquisa é verificar se a Teoria Neoinstitucionalista do Processo possibilita a participação popular na tomada de decisões que se referem às atividades mineradoras em áreas indígenas e que visem a sustentabilidade e a preservação do Meio Ambiente.

Para se alcançar o objetivo geral o estudo tem como objetivos específicos: apreender o PL. 191/2020 e o Acordo de Escazú com sua proposta de criação de norma vinculante que garanta o direito à informação e à participação popular das decisões afetas ao Meio Ambiente; pesquisar a teoria de Wittgenstein e a teoria do agir comunicativo de Habermas a fim de compreender o papel da linguagem na construção de consenso para construção de normas com a efetiva participação democrática dos afetados e, por fim, estudar a Teoria Neoinstitucionalista do processo e as conjecturas do processo como meio para se produzir provimentos, provimentos esses entendidos por leis, atos administrativos e decisões judiciais, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

O estudo foi desenvolvido pelo método dialético, possibilitando o questionamento sobre as certezas até então estabelecidas, propiciando negá-las e, desse exercício intelectual, extrair um conhecimento seguro. Quanto à natureza dos dados são primários a CRFB/1988, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo e o PL n. 191/2020. São dados secundários da pesquisa a

opinião dos pesquisadores a respeito do Direito Constitucional, do Direito Ambiental e do Direito Processual Constitucional e suas interpretações. Os dados recolhidos e reconstruídos foram analisados na perspectiva do paradigma do Estado Democrático de Direito.

2. O PROJETO DE LEI N. 191/2020 E O ACORDO DE ESCAZÚ: A NECESSIDADE DE INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DAS DECISÕES AFETAS AO MEIO AMBIENTE

A exploração da mineração em terras indígenas e outras atividades, dentre elas o uso de recursos hídricos, a pecuária, o turismo e a extração de hidrocarbonetos como o petróleo e o gás natural, são objeto do Projeto de Lei (PL) n. 191/2020 de iniciativa do Governo Federal que em março de 2022 obteve o deferimento de tramitação sob o regime de urgência na Câmara dos Deputados.

O PL n. 191/2020 visa regulamentar o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), uma vez que o texto constitucional determina que o desenvolvimento de atividades mineradoras em terras indígenas só pode acontecer mediante autorização do Congresso Nacional, garantindo a oitiva das comunidades afetadas e lhes assegurar a participação nos resultados da lavra.

O Brasil, no espiral histórico de aquisição de direitos de participação democrática das decisões que vinculam a todos, assinou no dia 04 de março de 2018 o Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe que foi celebrado na cidade de Escazú, Costa Rica (ONU, 2018).

O Acordo de Escazú inova na ordem jurídica internacional ao promover o direito de informação e de viabilizar a participação popular na tomada de decisão em matéria ambiental. Daí a linguagem no discurso como elemento constitutivo de mundo nas múltiplas cosmovisões dos afetados e possibilita a busca de consenso nas decisões para defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como respeito a esse Direito Humano, nos termos do art. 225, *caput*, da CRFB/1988.

O evento foi promovido pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) oriundo do Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e desenvolvimento sustentável de 1992 (ONU, 1992b), que dispõe:

Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes (ONU, 1992).

O Acordo de Escazú foi celebrado 26 anos após a Conferência sobre o Meio Ambiente e desenvolvimento sustentável, também conhecida como a Cúpula da Terra ou ECO-92 (ONU, 1992a) e se manifestou como resposta da demanda e pressão da sociedade civil sobre a ausência de uma implementação efetiva, adequada e homogênea do direito ao acesso às informações sobre os empreendimentos potencialmente poluidores,

Com a informação se torna possível estabelecer mecanismos de monitoramento que reflita o impacto das atividades industriais e econômicas sobre o meio ambiente e possibilita que os dados recolhidos sejam difundidos às populações afetadas, considerando suas especificidades culturais e territoriais (Barragán; Torres; Miguel, 2022, p. 8).

A partir do acesso à informação se possibilita o exercício de outros direitos como o direito à participação democrática e pública da tomada de decisões o que inclui o plano da elaboração das normas afetas ao meio ambiente como também o direito ao acesso à justiça. Assim, o direito à informação e à participação pública na tomada de decisões se mostram instrumentos importantes para a proteção do ambiente bem como previne problemas relacionados aos direitos humanos em matéria ambiental. Com isso:

O acesso à informação ambiental constitui componente essencial do exercício pleno da democracia participativa ecológica e, portanto, além de um dos pilares do princípio da participação pública, assume também a condição de direito fundamental, que, além de assegurado em caráter geral pelo art. 5º, XIV, da CF/1988, apresenta uma dimensão particularmente relevante na esfera da proteção ambiental. Somente o cidadão devidamente informado e consciente da realidade e da problemática ambiental é capaz de atuar de forma qualificada no processo político, ensejando a autonomia e a autodeterminação da sua condição político-participativa (Sarlet; Fensterseifer, 2021, p. 613).

Dessa forma, o Acordo de Escazú se torna um instrumento importante, pois:

reconhece princípios democráticos fundamentais e procura abordar um dos desafios mais importantes da região: o flagelo da desigualdade e uma cultura do privilégio profundamente arraigada. Através da transparência, abertura e participação, o Acordo Regional contribui para a transição rumo a um novo modelo de desenvolvimento e confronta a ineficiente e insustentável cultura de interesses limitados e fragmentados que impera na região. Nesse sentido, o Acordo assume o compromisso de incluir aqueles que tradicionalmente foram excluídos ou marginalizados ou estiveram insuficientemente representados e dar voz a quem não a tem, sem deixar ninguém para trás (ONU, 2018, p. 8).

Verifica-se, também, que a garantia ao acesso à informação ambiental e à participação democrática das decisões relacionadas ao desenvolvimento sustentável atende os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) n. 16 e 17 da Agenda 2030 (ONU, 2015), como se vê:

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável

Nos dias 20 a 22 de abril de 2022 aconteceu a reunião da Conferência das Partes (COP1) do Acordo de Escazú na sede da CEPAL em Santiago, Chile, a fim de debater estratégias e deliberar sobre a criação das regras de implementação e cumprimento do Acordo a fim de potencializar a informação e a participação na tomada de decisão de matéria ambiental.

Da COP1, a fim de dar consecução e exequibilidade aos compromissos estampados do Acordo de Escazú, foram produzidos três documentos, a saber: Projeto de decisão sobre os defensores dos direitos humanos em matéria de ambiente (ONU, 2022b), Projeto de Declaração Política (ONU, 2022c), Projeto de decisão sobre acordos financeiros (ONU, 2022d).

Portanto, o Acordo de Escazú se torna um marco importante para a formação de procedimentos pautados em informação de forma aberta, inclusiva e participativa que se fundamenta na cooperação e fortalece a capacidade dos Estados e da sociedade civil a fim de enfrentar os problemas ambientais e alcançar um desenvolvimento sustentável.

O grande desafio se revela na eleição a forma procedimental por meio de uma Teoria de Decisão que torna possível a efetiva participação na tomada de decisão pública e democrática na construção de normas ambientais que viabilizem o desenvolvimento sustentável.

A partir desse desafio a pesquisa passa a estudar a filosofia da linguagem de Wittgenstein e a Teoria Neoinstitucionalista do processo para se buscar uma teoria de decisão que concretize a construção democrática de provimentos (leis, atos administrativos ou decisões judiciais) que sejam consentâneos ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

3. A FILOSOFIA DA LINGUAGEM DE WITTGENSTEIN E A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO DE HABERMAS NA TOMADA DE DECISÕES AMBIENTAIS

Para que seja possível a construção de uma norma ambiental que vincule a todos é necessário haver um consenso na comunidade política afetada que se torna possível por meio da linguagem.

Com isso, tem que ser respeitada a tradição que uma comunidade de falantes dá as coisas do mundo que os rodeia a fim de que a designação utilizada faça a ligação de um ato espiritual a um som físico com o propósito de individualizar ou conceituar um objeto no mundo (Wittgenstein, 1999, p. 42).

Os indivíduos, como membros de uma comunidade, são impingidas e devem ter capacidade de interagir em uma comunidade de falantes. Wittgenstein chama isso de ostensividade, que não é a construção de um indivíduo, mas sim um produto social imanente a qualquer linguagem (Cruz, 2011, p. 89).

Assim, Wittgenstein explica o que é ostensividade:

As crianças são educadas para executar essas atividades, para usar essas palavras ao executá-las, e para reagir assim às palavras dos outros.

Uma parte importante desse treinamento consistirá no fato de que quem ensina mostra os objetos, chama a atenção da criança para eles, pronunciando então uma palavra, por exemplo, “lajota”, exibindo essa forma. (Não quero chamar isto de “elucidação ostensiva” ou “definição”, pois na verdade a criança ainda não pode perguntar sobre a denominação. Quero chamar de “ensino ostensivo das palavras”. – Digo que formará uma parte importante do treinamento, porque isso ocorre entre os homens e não porque se poderia

representar de outro modo). Esse ensino ostensivo das palavras, pode-se dizer, estabelece uma ligação associativa entre a palavra e a coisa (Wittgenstein, 1999, p. 29).

É na fase de aprendizado da linguagem que o homem dá nome aos objetos como se etiquetasse as coisas como se a definição e os conceitos se tornassem verdadeiros rótulos (Wittgenstein, 1999, p. 36).

Nessa construção de significados os falantes estão inseridos em uma comunidade e só podem ser compreendidos pelo outro num contexto denominado nas Investigações Filosóficas de Wittgenstein como “jogos de linguagem” (Wittgenstein, 1999, p. 30).

Assim, “tantas são as formas de vida existentes, tantos são os contextos praxeológicos, tantos são os modos de uso da linguagem, ou, como Wittgenstein se expressa, tantos são os jogos de linguagem” (Oliveira, 2006, p. 138).

Por exemplo, a palavra “lajota”, considerando inúmeros jogos de linguagem, pode ser um objeto de argila para os estudantes de engenharia civil, pode ser uma coisa do mundo que inicia com a letra “l” para aqueles que estão no procedimento de alfabetização, ou, expressaria uma ordem do pedreiro para o seu ajudante: “me traga uma lajota” (Wittgenstein, 1999, p. 32-33).

Num jogo de linguagem o homem nunca joga sozinho como se fosse único. Só existe no jogo com outros jogadores que atuem de acordo com regras previamente estabelecidas de forma intersubjetiva.

O jogo não é uma fatalidade natural, nem mesmo uma imposição de forças supra individuais, coletivas, sociais anônimas, pois a comunidade em questão só surge no próprio ato de jogar por meio do reconhecimento de regras de aceitação de papéis que dirigem a ação global. A comunidade constitui-se, enquanto comunidade, na base do reconhecimento, ou seja, por meio de atos de liberdade. O fato de as regras serem reconhecidas não significa, porém, que sua aplicação decorra de modo mecânico, uma vez que implica reflexão e decisão no assumir no caso concreto uso comum. O aprendizado de uma regra, portanto, por supor um ato livre de pessoa, de modo algum pode ser comparado a um processo de condicionamento causal [...] Só aprendemos a significação das palavras quando sabemos operar com elas, isto é, quando internalizamos as regras de seu uso nos diversos jogos de linguagem. É jogando o jogo que aprendemos, de fato, suas regras. Daí a necessidade de um adestramento: no caso da linguagem comum, trata-se de aprender um processo de comunicação normado (Oliveira, 2006, p. 145).

É no jogo de linguagem que se cria, renova e diversifica o sentido das palavras e institutos ao ponto que cada palavra tenha um sentido em cada situação e contexto específico, até mesmo dentro de uma mesma comunidade cultural. Por isso, o significado as palavras não são definitivas ou pré-definidas (Wittgenstein, 1999, p. 57), pois “a possibilidade do aparecimento de casos não previstos está sempre aberta: daí o termo ‘abertura dos conceitos’. Nossos conceitos são essencialmente abertos por admitirem a possibilidade de aplicação a casos não previstos” (Oliveira, 2006, p. 131).

Os membros de uma comunidade política, como “jogadores”, devem saber como jogar num contexto cultural específico da comunidade de falantes para não se mostrar inadequado e incompatível no meio social que vive. Por isso, que “quando não sabemos o significado de uma palavra ou expressão, cotidianamente procuramos o dicionário para ‘descobrir’ seu significado dentro do ‘jogo’ de que o falante vai participar” (Cruz, 2011, p. 94).

Nos jogos de linguagem, nas práxis do uso da linguagem, um parceiro enuncia as palavras e o outro age estritamente de acordo com estas, tudo como se percebe também no processo do uso das palavras naqueles jogos por meio dos quais as crianças aprendem sua língua materna. Com isso, os jogos de linguagem seriam “o conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada” (Wittgenstein, 1999, p. 30).

Habermas também considerou a linguagem como uma forma de ação e de entendimento intersubjetivo e propôs a teoria da ação comunicativa, pois a linguagem seria como um médium na busca de normas e ajustes que “possam valer obrigatoriamente e que preencham legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas por no mínimo dois interlocutores” (Cruz, 2011, p. 107). Dessa forma:

[...] os atos do entendimento mútuo, que vinculam os planos de ação dos diferentes participantes e reúnem as ações dirigidas para objetivos num conexão interativa, não precisam de sua parte ser reduzidos ao agir teleológico. Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto a outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestadamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo. Este se assenta sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nela contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validade em princípio criticável (Habermas, 2013, p. 165).

A fim de delinear o agir comunicativo Habermas defende que:

Falo em ações comunicativas quando os planos de ação dos atores implicados não se coordenam através de um cálculo egocêntrico de resultados, mas mediante atos de entendimento. Na ação comunicativa os participantes não se orientam primariamente ao próprio êxito; antes, perseguem seus fins individuais baixo a condições de que seus respectivos planos de ação possam harmonizar-se entre si sobre a base de uma definição compartilhada da situação (Habermas, 1999, p. 367).

Com isso, a manifestação da comunidade de falantes no agir comunicativo pode se manifestar numa ação estratégica ou instrumental.

O agir racional seria

O modelo de ação racional com respeito a fins parte do fato de o ator orientar-se primariamente à consecução de uma meta suficientemente estabelecida em referência a fins concretos, de que ele elege meios que lhe pareçam mais adequados naquela situação dada e que considera outras consequências previsíveis da ação como condições colaterais do êxito (Habermas, 1999, p. 366).

Já na ação estratégica, considerando sua finalidade de exercer influência sobre outro interlocutor, o caráter social se torna determinante. Na ação estratégica são observadas regras de eleição racional e o seu êxito será avaliado em razão do grau de influência sobre as decisões de um oponente racional (Habermas, 2004, p. 123).

Com isso, considerando o princípio da democracia, a normatização discursiva e a validade que legitimam as normas jurídicas só acontece por meio de um procedimento que viabilize o consenso dos jogadores numa comunidade de falantes a fim de que os destinatários das

normas produzidas também sejam os autores das referidas normas. É o que Habermas chama de cooriginariedade (Habermas, 1997, p. 145).

Assim, a divulgação ampla e irrestrita de informações ambientais é importantíssima para que a comunidade de falantes, atingidas por empreendimentos de mineração e outros que são potencialmente poluidores, tenham condições de se apropriar de meios para a construção e elaboração de normas que garantam e promovam o meio ecologicamente equilibrado, como dispõe o mandamento constitucional.

4. A TEORIA DA DECISÃO DEMOCRÁTICA EM MATÉRIA AMBIENTAL PROPOSTA PELA A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

O Professor Rosemiro Pereira Leal, da escola mineira de processo, elaborou a Teoria Neoinstitucionalista do processo com espeque no conhecimento objetivo de Karl Popper que considera o conhecimento objetivo como único a fim de justificar um enunciado científico. Com isso, afasta o solipsismo (conhecimento subjetivo) apregoado por Descartes e característico da modernidade. Apenas com a experiência empírica se torna possível decidir sobre a falsidade ou verdade de enunciados propostos.

A partir das conjecturas do conhecimento objetivo de Popper e da proposta da Teoria Neoinstitucionalista do processo se encontra viabilidade para que o direito à informação ambiental dê concretude ao direito de participação na elaboração de normas que promovam o desenvolvimento sustentável.

Considerando a participação da comunidade de falantes nas deliberações da conduta na preservação ambiental e das hipóteses levantadas nos jogos de fala deve ser utilizado um método de experiências e eliminação de erros, na medida em que seja possível propor teorias e submetê-las aos mais severos testes, que se pode projetar o conhecimento científico. Não que o conhecimento científico avance em direção a teorias melhores, mas a teorias mais resistentes aos testes de eliminação de erro a fim de tutelar o meio ambiente equilibrado (Popper, 1975, p. 27).

Tem-se que a regularidade e a “fé” em expectativas imutáveis trazem certo conforto aos homens. Entretanto, quando há o desencantamento das crenças e regularidades os homens se veem decepcionados e são lançados à procura de novas teorias que lhe deem suporte momentaneamente. São nesses períodos que se percebe o que Popper chama de lógica do descobrimento o que oportuniza a racionalidade (Popper, 1975, p. 34).

A racionalidade se manifesta por meio do conhecimento objetivo que é possível ser testado e experimentado a fim de que sejam verificadas as vulnerabilidades das teorias antes de serem adotadas. Nesse sentido Popper leciona que:

[...] a principal diferença entre Einstein e uma ameba [...] é que Einstein busca conscientemente a eliminação do erro. Ele procura matar suas teorias: é conscientemente crítico de suas teorias, as quais, por isto, procura formular nitidamente e não vagamente. Mas a ameba não pode ser crítica *vis-à-vis* de

suas expectativas ou hipóteses; estas fazem parte dela. (Só o conhecimento objetivo é criticável: o conhecimento subjetivo só se torna criticável quando se torna objetivo. E torna-se objetivo quando dizemos o que pensamos; e mais ainda quando o escrevemos, ou imprimimos) (Popper, 1975, p. 35).

Já o conhecimento subjetivo é formado pelos sentimentos de convicção, crenças oriundas das experiências dedutivas advindas das repetições do passado e das manutenções históricas de determinadas ideais que formam o senso comum, o que Popper chamou de “teoria do balde mental” (Popper, 1975, p. 14-15).

Isto é, o conhecimento subjetivo só existe num lugar: na mente do sujeito e, por isso, não pode ser experimentado, testado nem visto pelos demais membros da comunidade de falantes. Por isso, “[...] uma experiência subjetiva, ou um sentimento de convicção, jamais pode justificar um enunciado científico e de que, dentro dos quadros da ciência, ele não desempenha papel algum” (Popper, 1975, p. 43).

Por outro lado, o conhecimento objetivo se mostra falseável, suscetível de ser submetido à prova e a testes que sejam possíveis eliminar os erros das teorias e conjecturas propostas. Assim, “[...] a objetividade dos enunciados científicos reside na circunstância de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a teste” independentemente dos caprichos pessoais e valores de quem quer que seja (Popper, 2013, p. 41).

O perigo de uma teoria de decisão baseada no conhecimento subjetivo é denunciado por Popper por meio de um episódio ocorrido numa comunidade Indiana que concebia os tigres como animais sagrados. O resultado da adoção dessa teoria por aquela comunidade foi a causa do seu aniquilamento e desaparecimento. Por isso, a vantagem e importância do conhecimento objetivo se dá que “[...] em vez de nós, podemos deixar morrer as nossas teorias objetivas. Na verdade, fazemos o possível por matá-las, experimentando-as com rigor antes de as pormos em prática” (Popper, 2004, p. 28).

Popper leciona que o progresso do conhecimento acontece com a submissão do conhecimento acumulado e suas teorias à testes de falseamentos fazendo com que somente as teorias mais resistentes a tais testes sobrevivam e permaneçam.

Então, o

[...] falibilismo opera com a idéia de um conhecimento que, se é minimamente capaz de fundamento, é maximamente capaz de progresso. A inexistência de critério ou garantia de verdade não torna menos atraente ou inútil sua busca, nem reduz as chances de alcançá-la; a postura crítica, o método falsificacionista, tende a potencializar as oportunidades de acesso a teorias eventualmente mais próximas da verdade. O falibilismo incita-nos a desconfiar de construções que parecem evidentes e seguras; solapa em nós a crença de termos alcançado a verdade. Ensina-nos que é preciso desconfiar sempre para evitar sucumbirmos à ilusão de termos acessado uma verdade imperfectível. Longe de desencorajar sua busca, o falibilismo contém um alerta contra o perigo da estagnação e da intronização de dogmas, o que estimula a procura por um conhecimento menos eivado de erros (Carvalho, 1995, p. 65).

O teste de falseabilidade, consistente pela refutação das teorias, entroniza testes críticos na tomada de decisão das assembleias de falantes de forma que prevalecerá a teoria que se mostrar mais fecunda e mais resistente frente as teorias concorrentes “[...] certas teorias, em

certos momentos do tempo, sejam preferidas a outras, à luz de nossa discussão crítica, que consiste de refutações tentadas, inclusive testes empíricos” (Popper, 1975, p. 75).

Assim ocorre a superação da filosofia da consciência fundada no conhecimento subjetivo que pertence pertencente ao sujeito conhecedor e solipsista em detrimento de toda uma comunidade de atores sociais.

Uma teoria que viabilize a tomada de decisão pública e democrática em matéria ambiental deve considerar o conhecimento objetivo e o teste de falseabilidade no Estado Democrático de Direito. O conhecimento subjetivo, a crença cega nas regularidades e a manutenção histórica da “fé” existente e posta no mundo só faz o homem viver enclausurado e sem visão ecológica de sua posição no planeta e no ambiente.

A Teoria Neoinstitucionalista do processo toma as conjecturas de Popper para a ciência jurídico-processual, uma vez que a sociedade na pós-modernidade é considerada “uma sociedade aberta” que busca romper com a “miséria do historicismo” e a superar o Estado dogmático. A teoria Neoinstitucionalista propõe que a criação, transformação e reconstrução do Estado e demais instituições por meio de um “método de encaminhar o conhecimento científico: o falseacionismo (falseabilidade)” (Leal, 2013, p. 1).

O processo vai muito além de um instrumento da jurisdição, como defendem os teóricos da escola instrumentalista ao conceber o processo como uma Relação Jurídica. O Processo na pós-modernidade é a conquista histórica-teórica das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados que busca a superação do indesejado desequilíbrio jurídico e econômico das camadas da sociedade (Leal, 2014, p. 21).

O processo, segundo a teoria Neoinstitucionalista, é definido com as garantias principiológicas da reserva legal consubstanciadas nos direitos da isonomia, da ampla defesa e do contraditório que antecipadamente são assegurados na Constituição (Leal, 2014, p. 22).

Nesse sentido a Constituição abandona o papel de ser um estatuto de uso exclusivo do Estado e passa ser um texto articulador e legitimante de instituições jurídicas, em que o Estado se apresenta como uma dessas instituição, não mais ocupando uma posição superior, soberana e absoluta (Leal, 2014, 29).

Com a libertação das amarras dos pressupostos históricos condicionadores, o processo se apresenta na pós-modernidade como “[...] instituição jurídica que ao lado do Estado, do povo, da cidadania, da soberania popular, contém princípios definidos pelo contraditório, da ampla defesa, da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo” (Leal, 2014, p. 30).

Uma decisão jurídica legítima que verse sobre atividades mineradoras e outras que sejam potencialmente poluidoras só podem ser produzidas por meio do processo, sendo este considerado, segundo a Teoria Neoinstitucionalista, como instituição democrática-instrumentadora e legitimadora, seja da atividade legislativa, administrativa ou da jurisdição.

O processo constitucionalizado estrutura os procedimentos (judiciais, administrativos ou legiferantes) de forma jurídico-discursiva e faz com que os provimentos produzidos, sejam as leis, atos administrativos ou decisões judiciais, decorram de um ambiente dialógico-processual advindo da atuação de uma comunidade jurídica constitucionalizada que delibera ao longo de todo o procedimento para a criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos. Assim, busca-se o rompimento das estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico de órgãos do

Estado representam e foram apropriados por uma minoria inexpressiva, mas poderosa, de uma comunidade política (Leal, 2014, p. 90).

As normas que vinculam a todos no paradigma do Estado Democrático de Direito devem ser construídos processualmente pela submissão ao princípio constitucional da cidadania. Para a afirmação da cidadania e da democracia são necessárias múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do processo, cujo exercício produz legitimidade irrestrita para a fiscalidade processual dos direitos constitucionalizados (Leal, 2014, p. 31).

Assim, o povo, como o único legitimado do processo constitucionalizado, atua de forma autônoma e livre por meio do discurso democrático num espaço processualizado.

Nessa esteira, a garantia de direitos pela instituição do processo constitucionalizado não decorre mais de uma autoridade do Estado, que esteja comprometida com uma realidade “econômica-social extraordinária, mas de um nível teórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização” dos direitos e garantias de seus direitos fundamentais que são certos, líquidos e exigíveis (Leal, 2014, p. 91).

O processo vai para além do espaço exclusivo de especialistas e detentores de uma linguagem discursiva exclusiva para acessar os espaços públicos de deliberação. O povo como ator legitimado por meio do processo faz “erigir a Constituição como *médium* institucional que, na contrafactualidade, há de tornar apto o povo, por direitos fundamentais implementados, a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática” (Leal, 2014, p. 91).

O devido processo, como garantia principiológica constitucional, é uma conquista teórica que se contrapõe à tirania e dominação. Assim, o devido processo irradia interferência relevante nas estruturas procedimentais do Estado na Administração, no Legislativo e no Judiciário (Leal, 2014, p. 88).

Importante diferenciar os institutos jurídicos do processo e do procedimento. Enzo Fazzalari lecionava que o processo é um procedimento em contraditório. Existe procedimento sem contraditório, mas não existe processo em o princípio institutivo do contraditório (Leal, 2014, p. 94).

Por outro lado, o procedimento é a construção espaço-temporal de atos previamente estabelecidos em lei que “[...] impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico jurídico do posterior e este precondição do ato sequente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (sentença, decisão, ato)” (Leal, 2014, p. 96).

A diferença do processo e do procedimento se dá pela presença dos princípios institutivos e informadores que são característicos do processo constitucionalizado.

Os princípios autocríticos da Teoria Neoinstitucionalista, que são o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, propõe um pacto de significância como teoria de constitucionalidade para procedimentalizar a construção, aplicação e extinção dos direitos aos legitimados do processo que são todos os afetados (Leal, 2013, p. 44).

O contraditório se consubstancia na “[...] dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem” (Leal, 2014, p. 99).

Já o princípio institutivo da isonomia é a qualidade de que são investidos os legitimados do processo (povo) para criação e definição do direito na criação de leis, atos administrativos ou decisões judiciais. Assim, a isonomia se caracteriza pela “igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos para interpretar a lei (isomenia) e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica)” (Leal, 2014, p. 49).

Por fim, a ampla defesa diz respeito a “garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la” (Leal, 2014, p. 100).

A adoção dos princípios autocríticos da Teoria Neoinstitucionalista afasta a manifestação da filosofia da consciência e possibilita a utilização de “estratégicos saberes deontológicos e corretivos de justificação e aplicação do Direito” (Leal, 2014, p. 104). Dessa forma:

[...] a principiologia do Processo na teoria neo-institucionalista exige o pressuposto jurídico-discursivo- autocrítico de exercício continuado de auto-ilustração e de fiscalidade incessante pelos sujeitos de direito (legitimados ao processo-POVO) sobre os fundamentos do sistema jurídico adotado como destinatários, autores e co-autores, da construção (efetivação) de uma sociedade política a partir do recinto (âmbito teórico-conjectural) de uma linguística (texto) processualmente constitucionalizada. Caracteriza-se assim um paradigma teórico-linguístico de compartilhamento na produção do sentido democratizante a normatividade expressa em possibilidades juridificantes de uma existência jurídica não posta por realidades sociais autopoieticas nas bases instituinte, constituinte e constituída (Leal, 2006, p. 14).

Assim, processo não é instrumento da jurisdição, tampouco se confunde com procedimento. O processo democrático no âmbito constitucional do paradigma do Estado de Direito é o espaço linguístico e autocrítico que se torna possível o compartilhamento intersubjetivo dos atores sociais a fim de conferir sentido da normatividade nas bases instituinte (criação), constituinte (interpretação) e constituída (aplicação) dos direitos fundamentais, em especial, considerando o objeto da pesquisa: a criação, interpretação e aplicação das normas que versem sobre a exploração mineral em áreas indígenas, bem como outras atividades econômicas potencialmente poluidoras.

Por meio do processo

uma sociedade (que é uma teoria), que se queira aberta, construir-se-á ante teorias rivais, mas, para isso, é necessário problematizá-las, o que, em direito, para uma sociedade aberta, no discurso de testificação, impõe escolher uma entre as teorias processuais do discurso como a melhor (mais resistente) a tornar constitucionalmente disponíveis, para todos, conjecturas falseabilizantes (argumentações) continuadas com o fim de instituir e constituir juridicamente (estabilizar) uma forma linguística de compartilhamento de sentidos de vida, liberdade e dignidade. Com efeito, uma Teoria da Constituição democrática, na concepção pós-moderna da falibilidade dos sistemas, há de passar pela compreensão curricular da teoria do processo como enunciativa (descritivo-argumentativa) dos direitos fundamentais (fundantes) da correlação humana contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade (Leal, 2013, p. 83).

No processo se torna viável conjecturar teorias e interpretações que sejam submetidas a testes de experiência de erro e seus possíveis resultados para a criação, interpretação e aplicação de normas ambientais a fim de que toda a comunidade jurídica legitimada, dotada de informação, participe ativamente de deliberação pública na preservação e promoção do desenvolvimento sustentável e do meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações.

Peter Häberle defende que a abertura de participantes da sociedade civil na interpretação das normas do ordenamento jurídico é imprescindível no atual paradigma do Estado de Direito, uma vez que não dá para se conceber uma “sociedade fechada” na própria burocracia do estado e seus agentes. Urge a concepção de uma “sociedade aberta” realizada pelos órgãos estatais, a sociedade civil representada nas suas múltiplas cosmovisões bem como todos os cidadãos (Häberle, 2002, p. 12).

As inúmeras possibilidades de regras dos jogos de linguagem entre os atores falantes na sociedade moderna impõe que “critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”, pois quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la (Häberle, 2002, p. 13).

Entretanto, ao contrário do que defendido por Häberle, a Teoria Neoinstitucionalista do processo não concebe uma abertura da sociedade sem um espaço crítico-deliberativo processualizado que tornaria a proposta eficiente. Falar em abertura de interpretação das normas à uma comunidade aberta traz um verniz de procedimentos legítimos, mas, na verdade, mascaram e confirmam a dominação de uma minoria poderosa. Já

[...] a teoria Neoinstitucionalista do processo, ao contrário do pensamento de Häberle, não trabalha em concepções de constituição aberta a intérpretes não juridicamente legitimados à procedimentação, sequer se oferece como instrumento de uma jurisdição constitucional jurisprudencializada por tribunais justiceiros. A instituição constitucionalizada do processo, por sua eidética principiológica, há de ser referência de decisibilidade desde a criação da lei até sua incidência, aplicação, extinção ou transformação (Leal, 2014, p. 42).

Dessa forma, somente no processo, segundo a Teoria Neoinstitucionalista, é possível a manifestação de um espaço de decisibilidade que propicie participação popular e democrática desde a criação de direitos, por meio de normas e leis, até a sua incidência na aplicação, extinção ou transformação de direitos que versem sobre o meio ambiente, em especial, a normatização que diz respeito à exploração da mineração em terras indígenas bem como o desenvolvimento de outras atividades potencialmente poluidoras.

5. CONCLUSÃO

Verificou-se na pesquisa que o PL n. 191/2020, de iniciativa do Governo Federal, visa regulamentar o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). A Constituição determina que o desenvolvimento de atividades mineradoras em terras indígenas só pode acontecer mediante autorização do Congresso Nacional, garantindo a oitiva das comunidades afetadas e lhes assegura a participação nos resultados da lavra.

O estudo apreendeu que o Brasil é signatário do o Acordo de Escazú que se revela importante aquisição histórica para a formação de procedimentos pautados em informação de forma aberta, inclusiva e participativa que se fundamenta na cooperação e fortalece a capacidade dos Estados e da sociedade civil a fim de enfrentar os problemas ambientais e alcançar um desenvolvimento sustentável.

A divulgação ampla e irrestrita de informações ambientais é importantíssima para que a comunidade de falantes atingidas por empreendimentos de mineração, e outros que são potencialmente poluidores, tenham condições de se apropriar de meios para a construção e elaboração de normas que garantam e promovam o meio ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Conclui-se que por meio do processo se torna viável conjecturar de teorias e interpretações que sejam submetidas a testes de experiência de erro e seus possíveis resultados para a criação, interpretação e aplicação de normas ambientais a fim de que toda a comunidade jurídica legitimada, dotada de informação, participe ativamente de deliberação pública na preservação e promoção do desenvolvimento sustentável e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, somente no processo, segundo a Teoria Neoinstitucionalista, é possível a manifestação de um espaço de decisibilidade que propicie participação popular e democrática desde a criação de direitos, por meio de normas e leis, até a sua incidência na aplicação, extinção ou transformação de direitos que versem sobre o meio ambiente, em especial, a normatização que diz respeito à exploração da mineração em terras indígenas bem como a proteção do meio ambiente no paradigma do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARRAGÁN, Daniel; TORRES, Vale; MIGUEL, Carlos de. **Desafíos en el marco del Acuerdo de Escazú: Gestión de la información sobre biodiversidad en países megadiversos**. Serie Seminarios y Conferencias, N° 97 (LC/TS.2022/20), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022. 48 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 191/2020, de 06 de fevereiro de 2020**. Regulamenta o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas e institui a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236765>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

CARVALHO, Maria Cecília M. de. "Não sabemos: só podemos conjecturar". In: PEREIRA, Julio César R. Pereira (org.). **Popper: as aventuras da racionalidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995. 144 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça**. Belo Horizonte: Araes, 2011. 272 p.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 278 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002. 55 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidade de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 1999. 517 p.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2004. 330 p.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, 2008. 163 p.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a. 111 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-Institucionalista. **Revista VirtuaJus**, n. 2, 2006. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf. Acesso em: 8 dez. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. 120 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos Fundamentais do processo na desnaturalização dos Direitos Humanos. **Revista VirtuaJus da PUC Minas**, 2006. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf. Acesso em: 5 nov. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. IV, ano 3, p. 111-119, jul./dez. 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. O *due process* e o dever processual democrático. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 26, jul./dez. 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Paradigma Processual ante as seqüelas míticas do Poder Constituinte Originário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 295-316, jul./dez. 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 306 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Síntese, 2011. 293p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002b. 206 p.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006. 427 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **Primera reunión de la Conferencia de las Partes del Acuerdo de Escazú – COP1**. Chile: Santiago, 2022a. Disponível em: <https://acuerdodeescazu.cepal.org/cop1/es>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Primera reunión de la Conferencia de las Partes del Acuerdo de Escazú: – COP1. **Projeto de decisão sobre os defensores dos direitos humanos em matéria de ambiente**. Chile: Santiago, 2022b. Disponível em: https://acuerdodeescazu.cepal.org/cop1/sites/acuerdodeescazucop1/files/22-00303_cop-ez.1_proyecto_de_decision_6_web.pdf. Acesso em: 30 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Primera reunión de la Conferencia de las Partes del Acuerdo de Escazú: – COP1. **Projeto de Declaração Política**. Chile: Santiago, 2022c. Disponível em: https://acuerdodeescazu.cepal.org/cop1/sites/acuerdodeescazucop1/files/declaracion_politicaweb.pdf. Acesso em: 30 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Primera reunión de la Conferencia de las Partes del Acuerdo de Escazú: – COP1. **Projeto de decisão sobre acordos financeiros**. Chile: Santiago, 2022d. Disponível em: <https://acuerdodeescazu.cepal.org/cop1/es/documentos/proyecto-decision-arreglos-financieros>. Acesso em: 30 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe**. Costa Rica: Escazú, 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf. Acesso em: 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: ONU, 1992a. Disponível em: <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>. Acesso em: 30 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: ONU, 1992b. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/CONF.151/26/Rev.1\(vol.I\)](https://undocs.org/en/A/CONF.151/26/Rev.1(vol.I)). Acesso em: 20 abr. 2022.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2013. 451 p.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1975. 394 p.

POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. 101 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 2.113 p.

WITTGENSTEIN, Ludwig Josef Johann. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Nova Cultura, 1999. 207 p.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 30/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 30/08/2022
- Avaliação 2: 18/04/2023
- Decisão editorial preliminar: 18/04/2023
- Retorno rodada de correções: 01/05/2023
- Decisão editorial/aprovado: 22/12/2023

Equipe editorial envolvida

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

O DESENVOLVIMENTO E A PRESERVAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS

THE DEVELOPMENT AND THE PRESERVATION OF MINERAL RESOURCES

CLEIDE CALGARO¹

CARINE MARINA²

KAMILLA MACHADO ERCOLANI³

RESUMO

Este artigo tem o objetivo de demonstrar que a exploração dos recursos minerais tem significado de grande dimensão para o desenvolvimento de uma sociedade e de sua economia. Contudo, a atividade extrativista pode causar danos ao meio ambiente em que é realizada e às comunidades que vivem no seu entorno. Portanto, qualquer empresa do ramo de mineração tem de seguir as normas Federais, Estaduais e Municipais que visam à preservação do meio ambiente. O método utilizado é o analítico dedutivo tendo como base o estudo de referências para análise do problema proposto. Apesar de muitos exemplos exitosos em países europeus, por exemplo, o contexto brasileiro e, quiçá, o latino-americano, ainda está longe de apresentar resultados satisfatórios acerca das questões ambientais. Criar um sistema que certifique uma empresa mineradora significa que esta é preocupada com as questões ambientais, sendo que tal sistema de certificação certamente será um divisor de águas na busca pela preservação dos recursos naturais.

Palavras-chave: meio ambiente; preservação; constitucionalismo latino-americano.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that the exploitation of mineral resources has a great significance for the development of a society and its economy. However, extractive activity can cause damage to the environment in which it is carried out and to the communities that live in its surroundings. Therefore, any company in the mining sector must follow Federal, State and Municipal regulations aimed at preserving the environment. The method used is the deductive analytic based on the study of references to analyze the proposed problem. Despite many successful examples in European countries, for example, the Brazilian context and, perhaps, the Latin American

- 1 Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul - UCS. É Líder do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica" vinculado a Universidade de Caxias do Sul-UCS. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>.
- 2 Mestra e Doutoranda Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito, pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). – CARVI. Contadora. Bacharela em Direito e Ciências Contábeis pela Universidade de Caxias do Sul.
- 3 Mestra e Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito, pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista PROSUC/CAPES, na modalidade taxa. Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Membro do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica vinculado a Área de Conhecimento das Ciências Jurídicas e Mestrado/ Doutorado em Direito da Universidade de Caxias do Sul.

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

CALGARO, Cleide; MARINA, Carine; ERCOLANI, Kamilla Machado. O desenvolvimento e a preservação dos recursos minerais. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 109-120, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9189>.

context, is still far from presenting satisfactory results on environmental issues. Creating a system that certifies a mining company means that it is concerned with environmental issues, and such a certification system will certainly be a watershed in the search for the preservation of natural resources.

Keywords: environment; preservation; latin american constitutionalism.

1. INTRODUÇÃO

Explorar os recursos minerais tem significado de grande dimensão para o desenvolvimento de uma sociedade e de sua economia. Contudo, a atividade extrativista pode causar danos ao meio ambiente em que é realizada e às comunidades que vivem no seu entorno. Por isso, qualquer empresa do ramo de mineração tem de seguir as normas Federais, Estaduais e Municipais que visam a preservação do meio ambiente. Diante disso questiona-se: de que forma as empresas do setor minerário podem desenvolver de políticas de preservação do meio ambiente explorado, de modo que os empreendimentos contribuam para a preservação do meio ambiente e dos recursos minerais explorados?

“A extração dos minérios desencadeia grande volume de problemas socioeconômicos futuros, acompanhados de danos que agredem diretamente a natureza e a qualidade de vida das pessoas” (Portella, 2015, p. 265). Assim, é necessário que os agentes públicos fiscalizadores da atividade mineradora planejem adequadamente suas ações para haja o desenvolvimento sustentável nas localidades onde ocorre a extração.

A situação que se apresenta atualmente é preocupante na medida em que os seres humanos estão colocando em perigo o futuro de toda a história na Terra. “A própria humanidade é agora afetada pelo estrago que causou. Mais da metade da superfície da Terra, que abriga duas partes da população humana, já sofreu perdas de biodiversidade que não atende mais às necessidades dos seres humanos” (Barrau, 2019, p. 25).

Quando se ultrapassa o limite de tolerância na degradação do meio ambiente é preciso encontrar formas para interromper esse ciclo de danos causados. Barrau (2019, p. 30) afirma que não são os seres humanos que sofrem com a devastação. As cidades estão tomando, há muito tempo, a morada dos animais. Tudo está se transformando em área humanizada e a tendência é que isso só aumente. É uma extrema ameaça à biodiversidade. As mudanças climáticas geram consequências avassaladoras: aumento dos oceanos, enfermidades, tempestades, ciclones, inundações, ondas de calor.

O momento é de busca pela mitigação dos impactos ambientais levando em conta a necessidade de preservação dos recursos minerais, hídricos, florestas etc, priorizando a ecologia e visando alternativas para o futuro do Planeta não seja um desastre irreversível. Muitas são as alternativas que se apresentam para que um trabalho de conscientização pela preservação seja construído e obtenha êxito. Entretanto, é preciso que todas as esferas da sociedade participem e se engajem nessa luta.

O método utilizado é o analítico dedutivo tendo como base o estudo de referências para análise do problema proposto.

Dessa forma o artigo trata, inicialmente, sobre o crescimento e a degradação que existe na nossa sociedade e quem é prejudicado pelo mesmo. Além disso, demonstra-se que existe a necessidade de mudança de paradigma do atual modelo de desenvolvimento econômico que se possui na sociedade.

Num segundo momento, é estudado as desigualdades que são geradas pela degradação ambiental e pelo crescimento das cidades. É verificado o problema do desmatamento e o problema da mineração com a utilização de substâncias nocivas ao meio ambiente. A mineração é altamente nociva e degradante ao meio ambiente, além disso traz uma série de consequências às populações envolvidas. Os danos socioambientais são devastadores, mas em nome do progresso e do crescimento econômico das cidades, a mineração é utilizada como geradora de recurso prejudicando o seu entorno, sendo que existe a necessidade de se repensar e encontrar alternativas para esse problema apresentado.

Por fim, na última seção é verificado a questão da certificação ecossistêmica e como se pode preservar os recursos minerais do planeta nas cidades que cada vez mais se desenvolvem pautadas no progresso e lucro. Existe a necessidade de avanços nos setores extrativistas que busca minimizar os problemas socioambientais e proteger a biodiversidade e as populações mais exploradas. Assim, o desenvolvimento de projetos eficientes e a análise das áreas a serem exploradas, com responsabilidade e aprimoramento tecnológico, são um dos caminhos para se obter resultados significativos dessa proteção.

2. CRESCIMENTO E DEGRADAÇÃO NA SOCIEDADE

A extração dos recursos minerais pressupõe a degradação do ambiente explorado, uma vez que não são recursos renováveis, eles não se recompõem em um determinado período de tempo. Apesar dos grandes avanços da tecnologia a sede pelo crescimento da econômico e pelo capitalismo dominam a natureza. A consequência das práticas irresponsáveis de exploração é o comprometimento da preservação e manutenção do meio ambiente para atender minimamente às necessidades das presentes e futuras gerações.

Machado (2014, p. 58) observa que “não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade”. A observação de Paulo Affonso Leme Machado demonstra que é preciso pensar no meio ambiente como um todo, o que parece não ser hábito entre os seres humanos na atualidade, garantindo a qualidade de vida das pessoas, respeitando o meio ambiente em que vivem. Todos esses direitos precisam estar em consonância, articulados, para que a vida na Terra possa perdurar.

Para Barrau (2019, p. 39) elaborar diretrizes simples e urgentes é um passo importante para serem colocadas em prática rapidamente com o objetivo de mitigar essa catástrofe e isso tem um custo. A primeira ação, mais importante, é diminuir o consumo, uma vez que os recursos são infinitos. Consumir menos é a chave para evitar um colapso do Planeta. E deve ser uma iniciativa individual. A indústria da carne é uma das que mais contamina o meio ambiente.

As autoridades públicas deveriam comprometer-se exercendo seu papel nas questões ambientais e impondo o que deve ser feito. Barrau (2019, p. 44) critica as políticas públicas, fala da poluição produzida pelos automóveis, afirma que os carros elétricos seriam uma boa solução, que o transporte público deveria suprir as necessidades de deslocamento da população, evitando a circulação dos veículos particulares, o que diminuiria a emissão de gás carbônico e outros gases na atmosfera; refere que é preciso mudar a forma como vivemos no mundo, temos que ser solidários, pois vivemos em uma realidade onde algumas poucas pessoas possuem mais que a metade da população do mundo inteiro.

Sobre o tema, Barrau (2019, p. 50) refere que em países como França, Espanha, Índia e Costa Rica, o Poder Público desenvolve projetos para regular o uso de plásticos, por exemplo, pesticidas etc. Ainda, ressalta que é imprescindível que a escola e a universidade abordem o tema da destruição ecológica. A catástrofe não pode ser deixada para que as futuras gerações tomem providências e busquem resolver o que os seres humanos destruíram até agora.

Atrelado ao tema em comentário Lander (2016, p. 217) afirma que apesar de tudo o que se fala sobre o estado do planeta, as grandes organizações empresariais continuam a defender a produção/consumo de combustíveis fósseis, assim como os posicionamentos de muitos governos pelo mundo, sobretudo Estados Unidos que defendem que os livre-mercados seriam capazes de resolver, por si só, todos os problemas que afetam uma sociedade, de modo que o capitalismo de mercado condiciona todas as decisões em relação ao meio ambiente.

Para que se comece uma mudança de paradigma, Barrau (2019, p. 57) sugere pequenos gestos cotidianos para melhorar a qualidade de vida no Planeta: menos deslocamentos com automóveis, favorecer o comércio local e optar por produtos nacionais, consumir menos carne, não utilizar produtos químicos, produzir menos resíduos, não utilizar embalagens plásticas, separar os resíduos, evitar ar condicionado, boicotar empresas que atuam com práticas violentas, respeitar os hábitos dos animais etc. Com relação às indústrias, Barrau (2019, p. 58) afirma que, do ponto de vista político, algumas medidas devem ser tomadas com urgência: fomentar a diminuição da produção industrial, mediante a fiscalização do impacto ambiental, informação à população, por meio de canais públicos, os dados globais relativos à poluição global, modificar o modelo de atuação na agricultura – não utilizando pesticidas -, luta contra a evasão fiscal e utilização do capital para investimento nos programas de proteção ao meio ambiente, frear a urbanização desenfreada, incentivo à alimentação vegetariana etc.

Lander (2016, p. 225) sustenta que tudo o que se fizer para modificar o contexto da crise mundial da civilização e para evitar a destruição do planeta, permanecendo possível a vida na Terra, deve ser feito em conjunto com a luta contra todas as formas de desigualdade, caso contrário, não haverá sucesso. Lander ainda sustenta que é preciso redistribuir e transferir os recursos e o acesso aos bens comuns, permitindo assim que se reduza a pressão humana insustentável sobre os sistemas ecológicos que mantêm a vida.

Importa dizer que apesar de muitos exemplos exitosos em países europeus, por exemplo, o contexto brasileiro e, quiçá, o latino americano, ainda está longe de apresentar resultados satisfatórios acerca das questões ambientais. Cabe aqui voltar o olhar para o constitucionalismo latino americano, no sentido de compreender como a Constituição Federal de 1988 tem contribuído para que a geração atual e as novas gerações deem um novo significado à proteção do meio ambiente, pelo menos no território do Brasil.

Wolkmer (2013, p. 20) afirma que “(...) a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”. Ou seja, o povo de um país não é heterogêneo, há uma mistura de sociedades, de comunidades, cada uma com seus costumes, sua cultura, sua história. O povo necessita utilizar dessa carga histórica que possui para defender o meio ambiente em que vive.

Nota-se que, muitas das vezes, o Estado não consegue utilizar a máquina administrativa para suprir todas as necessidades do país e muito menos dispor de todos os mecanismos legais voltados para a fiscalização, resolução e proteção no que diz respeito às questões ambientais e de preservação do ecossistema.

Nesse sentido, os países latino americanos possuem normas constitucionais que se diferenciam das normas instituídas em outros continentes justamente pelo fato de que os traços culturais e históricos são diferentes. As Constituições latinas trazem consigo as lutas sociais e os movimentos populares, que são características marcantes dessa população (Laurino; Veras Neto, 2016, p. 135).

Desse modo, nota-se que o meio ambiente é um bem jurídico de imensurável importância para a sobrevivência da espécie humana e de todas as espécies de vida do Planeta. Ele deve ser protegido e preservado para o bem da existência humana. Além disso, é necessário que aqueles que exercem atividades exploratórias no meio ambiente deem maior atenção à preservação dos recursos explorados e sigam as normas que regulamentam as atividades para a perpetuação das espécies.

3. AS DESIGUALDADES GERADAS PELA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: O CRESCIMENTO DAS CIDADES E O DESMATAMENTO

A sociedade cresce de forma a buscar o progresso e o lucro com o objetivo de evoluir e expandir, por isso é necessário que exista uma proteção ambiental como para as populações mais vulneráveis. O crescimento econômico por ele mesmo acaba gerando uma gama de problemas socioambientais que necessitam de soluções urgente, seja pela legislação vigente, seja pela mudança de paradigmas estruturais que são o arcabouço da sociedade e da legislação. Ou seja, foi, e é por meio de grandes revoluções que barreiras são quebradas, quer seja na exploração de recursos naturais, quer seja na economia, na tecnologia, na educação, na saúde, entre outros, porque colaboram para a evolução e a organização da sociedade, propiciando que novos padrões sejam criados de acordo com cada realidade. Ao se estudar especificamente o problema da mineração, se verifica que a mesma é um dos pontos estruturantes em alguns estados brasileiros, o que causa uma série de danos socioambientais que precisam ser repensados. É importante ressignificar o modo de consumo, de lucro e de crescimento em nossas cidades.

Para Lunelli e Marin (2010, p. 312) “[...] Embora exista intensa legislação sobre o tema, a proteção ambiental exige mais, na medida em que é apenas através da adoção de mecanismos de controle e aplicação da lei eficaz que se poderá alcançar a racional utilização do meio ambiente”.

Carvalho (2003, p. 445) “a área de mineração é um dos fatores mais determinantes para o desenvolvimento do país, não somente como geradora de riquezas, mas, também, como um grande mecanismo de progresso e desenvolvimento. [...]”

Machado (2015, p. 805) diz que “em geral, são obras de solo, em que as atividades estão relacionadas com as ações de escavação, desmonte, rebaixamento de lençol, transporte e bota fora de materiais, construção de drenagens, estradas e praças de trabalho”.

Neste sentido, Portella (2015, p. 269) menciona que o desenvolvimento do processo de mineração causa grandes malefícios à população local como conflito do uso do solo, porque resíduos e rejeitos de minerais são depositados ou abandonados em locais impróprios, considerando que eles poderiam servir para agricultura; depredação dos imóveis devido à proximidade das minas; geração de áreas degradadas e também transtornos do tráfego urbano, alterando a rotina do local ou mesmo da cidade, devido ao aumento do tráfego de transportes de grande porte utilizados pelas mineradoras.

Para Barrau (2019, p. 69) é preciso frear o crescimento do mercado mundial, o que não é bem visto mundialmente e afirma que isso é uma responsabilidade dos Estados, entrando em acordo pela desaceleração mundial.

Mancini e Sala (2018, p. 103) enumeram alguns grupos de impactos sociais que os empreendimentos imobiliários causam. No que diz respeito à economia, renda e segurança, podem ser positivos e negativos. Há um estímulo no mercado local, aumento de poder aquisitivo da população e a geração de oportunidades, direta e indiretamente. No que refere aos impactos negativos, há desigualdade de renda, distribuição e gestão de recursos, aumento da pobreza devido ao término das atividades de subsistência da população local e à falta de investimento das receitas da mineração, por parte do poder público. Em relação ao emprego e à educação, quanto aos impactos positivos, o mais relevante é a geração de empregos, diretos e indiretos, assim como os investimentos, por parte da empresa, em educação e o desenvolvimento de habilidades dos funcionários. Os impactos negativos se referem ao desemprego, considerando a substituição do homem pela máquina nas operações, más condições de trabalho, más condições de segurança e perigo de acidentes, baixos salários, condições precárias de moradias, trabalho infantil, trabalho forçado e trabalho compulsório. No uso da terra os impactos estão relacionados ao fato de que a instalação de um empreendimento de mineração pode trazer inúmeros benefícios ao local onde se instala, principalmente quando há um compromisso em investimentos em infraestrutura e desenvolvimento locais como acesso à energia elétrica, acesso à água e abertura e melhoria em vias de acesso. Entretanto, a implantação de projetos de mineração, pode trazer conflitos pelo uso da terra, desapropriação, deslocamento e reassentamento da população local, levando ao seu empobrecimento e causando problemas de bem-estar social. Na questão demográfica, a instalação de um empreendimento minerário atrai trabalhadores de outras regiões pela oportunidade de emprego, o que altera o fluxo de migração e a ordenação demográfica local. No meio ambiente, saúde e segurança, o uso da água e conflitos relacionados a este recurso são recorrentes nesse tipo de empreendimento. Podem ser observadas questões como escassez, esgotamento e disputa pelo uso da água

entre empresa e comunidade, além de redução do suprimento ou contaminação da água, afetando tanto a saúde como o meio de subsistência dos locais. Problemas durante as operações da mina também podem afetar a saúde e a segurança da população vizinha a ela, como danos causados por explosões e emissão de elementos tóxicos. No que concerne aos direitos humanos, há diversas as violações de direitos humanos que podem ser observadas nesses casos: desrespeito e exclusão de grupos interessados, grupos vulneráveis e populações indígenas, além de abusos aos direitos humanos e impactos sobre recursos culturais.

Como se observa, não se pode pensar no meio ambiente separando-o do ser humano e das outras espécies de seres vivos que habitam o Planeta, o que faz com que os impactos ambientais se reflitam em todos os coabitantes da Terra. Por este motivo a sociedade como um todo tem o dever de cuidar, olhar para o ecossistema como uma simples fonte de recurso é um equívoco desastroso e a destruição de plantas e animais é altamente nociva para os seres humanos.

A extração do basalto gera impactos sobre a estrutura do ecossistema, tirando a vegetação, a camada úmica, seguida de detonação, contudo, os resíduos não causam danos no sentido da periculosidade química. Ainda assim, o processo é prejudicial ao meio ambiente porque modifica a paisagem, alterando as características ambientais da região explorada. Como resultado, surgem áreas degradadas desde o início até o final da exploração.

Com o intuito de mitigar os impactos ambientais causados pela exploração mineral e visando a proteção do meio ambiente e dos recursos minerais explorados, é que se destaca a criação de um sistema de certificação ambiental para as empresas mineradoras, capaz de equilibrar a exploração mineral, acompanhando os avanços tecnológicos, associado à aplicação da legislação ambiental. A certificação ecossistêmica trará novas possibilidades para as empresas de mineração, aliando o desenvolvimento à preservação do meio ambiente e agregando valor social à atividade.

4. A CERTIFICAÇÃO ECOSSISTÊMICA E A PRESERVAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS

De acordo com as novas medidas tomadas pela Agência Nacional de Mineração – ANM, há um consenso de que as empresas mineradoras devem incluir, como uma de suas prioridades, a minimização dos efeitos negativos aos ecossistemas frágeis e a maximização dos benefícios à sociedade local. A Administração Pública, por meio das Leis do Licenciamento Ambiental e Mineral, busca exercer o controle sobre as empresas mineradoras, bem como conciliar o desenvolvimento econômico com a conservação do meio ambiente.

Quanto aos aspectos que envolvem a legislação ambiental referente ao extrativismo mineral, afirma Gehlen (2008, n.p.) que na exploração das pedreiras deve-se destacar a importância da adequação aos aspectos ambientais, levando em consideração que é possível explorar as áreas de extração enquanto se busca sua recuperação para as atuais e futuras gerações.

O processo de mineração inicia com “a procura e descoberta de ocorrências minerais com possível interesse econômico, até o reconhecimento do seu tamanho, forma e valor eco-

nômico”, sendo que “o transporte, o processamento e a concentração dos minérios e toda a infraestrutura necessária a estas operações”, também fazem parte da atividade, “dando lugar aos processos da metalurgia e da indústria transformadora” (Dutra, 2012, p. 02).

No processo de exploração é preciso seguir protocolos para não ocorrer desconformidade legal, financeira e ambiental. Segundo Miranda Júnior (2011, p. 13), a exploração de uma mina ou pedreira segue diversas etapas:

- 1) Pesquisa mineral para localização do minério; 2) Prospecção para busca de minérios metálicos, não metálicos e carvão; 3) Exploração para coleta de amostras, análises químicas, mapeamento geológico, qualificação das reservas, definição econômica, plano ambiental entre outros trabalhos; 4) Desenvolvimento: preparação da jazida mineral para a lavra; 5) Lavra: aproveitamento econômico da jazida mineral com geração de receitas; 6) Fechamento de mina (Desativação de Mina): estágio final das operações mineiras, no qual são executados os trabalhos de fechamento (clousure) de uma mina (Miranda Júnior, 2011, p. 13).

Enríquez e Drummond (2007, p. 250) salientam que trabalhar com um empreendimento que possa ser sustentável exige que sua gestão seja proativa, adotando padrões de desempenho que vão além do que demanda a legislação. Auditorias, inspeções, monitoramento de práticas, sistemas de gestão ambiental (SGA) e sistemas de informação são instrumentos necessários para auxiliar os dirigentes das empresas a operar por longo período, sendo capazes de antecipar problemas, lidando melhor com as questões ambientais. Por este motivo, não se pode utilizar como base para a gestão ambiental de uma mina apenas na legislação ambiental vigente, que é diferente entre os países. Observa-se, na maioria dos casos, que os países subdesenvolvidos têm regras muito menos rigorosas que os países desenvolvidos.

Nesse sentido, nota-se que a legislação ambiental brasileira possui mecanismos muito eficientes para serem utilizados na prática da atividade de mineração com o objetivo de preservação dos recursos minerais e do meio ambiente explorado. Contudo, percebe-se que isso não é a realidade que se apresenta. A grande maioria dos empreendimentos de mineração não alcança êxito no cumprimento das normas exigidas para o setor minerário.

Resta evidente que as ações humanas estão destruindo a biodiversidade de várias formas: desmatamento, caça e pesca predatórias, incêndios, introdução de espécies invasoras, poluição dos geossistemas (atmosfera, hidrosfera e litosfera) e as mudanças climáticas. Com a mineração não é diferente, por isso é preciso criar mecanismos que fomentem a criação de empreendimentos cada vez mais voltados à preservação do meio ambiente e dos recursos naturais.

Oliveira (2013, p. 13) refere que “esquemas de certificação têm sido usados de forma crescente e [...] a competitividade da produção nacional em mercados internacionais, estarão condicionadas a que sustentabilidade seja uma realidade, e possa ser comprovada”.

Neste sentido, Rezende (2017, p. 37) afirma:

O aproveitamento mineral no Brasil atualmente é um negócio privado que ocorre como concessão do Estado submetida a preceitos constitucionais e infraconstitucionais, conforme estipula o art. 173 da Constituição Federal: a exploração direta ou indireta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (Rezende, 2017, p. 37).

Criar um sistema que certifique uma empresa mineradora significa que esta é preocupada com as questões ambientais, certamente será um divisor de águas na busca pela preservação dos recursos naturais. O sistema de certificação ecossistêmica visa, também, criar incentivos para os empreendimentos, como, por exemplo, avaliar a possibilidade de diminuir a carga tributária, proporcionar que as empresas tenham acesso preferencial em licitações, que a certificação possa valer em âmbito internacional.

Compreende-se que o desenvolvimento da economia recebe grande e importante contribuição por meio das atividades do setor minerário. Entretanto, a atividade de lavra está condicionada ao uso de métodos que delimitem até onde é possível explorar sem degradar completamente o meio ambiente do qual se extrai os recursos naturais. A certificação é um instrumento capaz de equilibrar a exploração mineral, utilizando-se de regras associadas à aplicação da legislação ambiental.

As empresas de mineração precisam acompanhar os avanços tecnológicos como forma de melhorar e modernizar as formas de exploração. O contexto atual proporciona ao setor de mineração a busca pelo aperfeiçoamento como forma de proteção e conservação do meio ambiente, para que não haja o esgotamento dos recursos naturais. Considerando que há reflexos positivos e negativos decorrentes dessa atividade, é importante lembrar que os infortúnios causados pela atividade mineradora podem ser mitigados e controlados, eficientemente, de forma que a mineração e o seu extrativismo continuem contribuindo para o desenvolvimento social, econômico e ambiental do Brasil.

A literatura sobre o tema aponta várias formas de emprego de estratégias de sustentabilidade para o setor de mineração, uma vez que a prática exploratória tem sido constante e crescente. A certificação ambiental trará novas possibilidades para as empresas de mineração demonstrarem que é possível aliar o desenvolvimento à preservação do meio ambiente, agregando valor social à atividade. A partir desse sistema haverá maior regularização das áreas exploradas e se poderá garantir maior grau de sustentabilidade na atividade de mineração.

Como exemplo tem-se a União Europeia, onde as empresas podem apresentar certificação/rotulagem nos processos similares ao licenciamento ambiental, projeto que faz parte do propósito de transformar a UE em economia verde (União Europeia, n.p.). Outro ponto importante a ser destacado é a perspectiva do *New Green Deal*, termo recente utilizado para descrever uma série de ações a serem implementadas de forma estrutural, a fim de combater as crises decorrentes do setor econômico relacionadas à utilização dos recursos naturais. A certificação combinada com a possibilidade de conceder redução de carga tributária no setor minerário, está dentro dos critérios que esta nova perspectiva demanda, com o objetivo de mitigar danos ambientais que provocam os efeitos do aquecimento global. São medidas que contribuem, por exemplo, com a redução da emissão de gases de efeito estufa. A mineração é atividade essencial, também, para a extração de recursos com potencial energético. O *New Green Deal* tem como uma de suas principais propostas construir um sistema energético eficiente e de baixo carbono, com incentivos financeiros e políticas que regulamentem desde os investimentos relacionados ao setor até os sistemas fiscais (Lovell, 2008).

Como já mencionado anteriormente, no que diz respeito ao Brasil, a Carta Constitucional garante direitos decorrentes de muitas lutas populares como os direitos humanos, direitos da criança e do adolescente, do idoso e do meio ambiente, fruto de ações coletivas, lutas sociais. Por esse motivo é tão importante que a sociedade seja parte do processo de luta pela

preservação do meio ambiente e de todos os recursos naturais. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado deve fazer cada vez mais parte das lutas populares para que se possa garantir o futuro da humanidade neste Planeta.

Há a necessidade de avanços em todos os níveis e setores da atividade extrativista, buscando a preservação do meio ambiente e da biodiversidade. Não se pode olvidar que o desenvolvimento de projetos eficientes e a análise das áreas a serem exploradas, com responsabilidade e aprimoramento tecnológico, são de extrema importância para a manutenção dos recursos naturais para as futuras gerações. Somente com ações coletivas e harmônicas, visando a proteção do meio ambiente e com o objetivo de promover a sua sustentabilidade, pode-se alcançar o crescimento desejado, em âmbito nacional, para o futuro da mineração e das gerações que estão por vir.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo o meio ambiente um bem comum, é imperioso que toda a população busque sua proteção, uma vez que o direito ao meio ambiente é de todos os indivíduos. A exploração dos recursos minerais significa maior desenvolvimento da sociedade e de sua economia.

Apesar de a extração dos recursos minerais provocar a degradação do ambiente explorado, é possível exercer a atividade minerária mitigando os impactos ao meio ambiente, por meio de políticas públicas de preservação dos recursos minerais, conscientização das comunidades do entorno sobre a importância de se fiscalizar as ações das empresas nos empreendimentos e participar ativamente dos grupos sociais onde residem. A preservação e manutenção do meio ambiente precisam ser fortemente discutidas para atender minimamente às necessidades das presentes e futuras gerações.

Em todos os empreendimentos de mineração há impactos positivos e negativos, seja em relação ao meio ambiente ou nas comunidades que vivem no seu entorno. É preciso uma gestão pública de qualidade e transparente para que seja possível administrar as questões de aumento de oferta de emprego e crescimento populacional com as demandas por moradia, saúde, educação, alimentação, entre outros fatores agregados à instalação de empreendimentos de mineração. Além disso é preciso gerir os impactos ambientais que são provenientes da mesma, por isso a fiscalização dos órgãos públicos é essencial.

A pesquisa demonstrou que é essencial que as empresas mineradoras adotem mecanismos sustentáveis para mitigar os impactos ao meio ambiente, buscando melhores tecnologias, fazendo estudos ambientais e compensando os impactos causados pela atividade minerária. Desenvolver projetos eficientes e analisar as áreas a serem exploradas, são ações de suma importância para a manutenção dos recursos naturais para as futuras gerações.

É essencial que se altere a forma de pensar e se ressignifique a forma de consumo, progresso e desenvolvimento das cidades. O crescimento simplesmente por ele mesmo sem uma preocupação ambiental pode levar ao esgotamento do meio ambiente, e, conseqüentemente, a situações inesperadas e devastadoras. Outro fator que deve ser levado em consideração são as pessoas mais vulneráveis que sofrem com o efeito da mineração, que também não podem

ser esquecidas. Por isso é essencial que se encontre mecanismos de buscar a sustentabilidade e estabelecer um equilíbrio entre os seus três pilares, econômico, social e ambiental.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Agência Nacional de Mineração (ANM). **Mapa da Mineração Brasileira**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br> Acesso em: 28 out. 2021.
- BARRAU, Aurélien. **!Ahora!** El desafío más grande de la historia de la humanidad. Barcelona: Espasa, 2019.
- CARVALHO, Eliane Garcia de. **O Setor de Rochas Ornamentais do Ceará: reflexões e desafios**. 2003. 445 p. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2003. Disponível em: http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/357.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.
- DUTRA, Ricardo. **Mineração: atividades e responsabilidades**. 2012. Disponível em: <http://www.apemi.eng.br/mineracao-atividades-e-responsabilidades.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.
- ENRÍQUEZ, M. A. R. S.; DRUMMOND, J. A. Mineração e desenvolvimento sustentável - dimensões, critérios e propostas de instrumentos. In: **TENDÊNCIAS tecnológicas Brasil 2015: geociências e tecnologia mineral**. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2007. p. 249-275. Disponível em: <http://mineralis.cetem.gov.br/handle/cetem/1292> Acesso em: 28 out. 2021.
- GEHLEN, Ibanor Volmir. Exploração de basalto na região das missões do estado do Rio Grande do Sul. **REM: Rev. Edu. Ambiental em Ação**, n. 23, ano VI, mar./maio 2008.
- LANDER, Edgardo. Com o tempo contado. Crise civilizatória, limites do planeta, ataques à democracia e povos em resistência. In: DILGER, Gerhard; LANG, Mirian; PEREIRA FILHO, Jorge. **Descolonizar o imaginário**. Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Tradução Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016. p. 215-253.
- LAURINO, Márcia Sequeira; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. O novo constitucionalismo latino-americano: processo de (re) descolonização? **JURIS, Rio Grande**, v. 25, p. 129-140, 2016. Disponível em: <https://periodicos.furg.br>. Acesso em: 6 jun. 2022.
- LOVELL, Jeremy. **Climate report calls for green "New Deal"**. 2008. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-climate-deal/climate-report-calls-for-green-new-deal-idUSL204610020080721>. Acesso em: 28 out. 2021.
- LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. Processo ambiental, efetividade e as tutelas de urgência. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n.13/14, p. 311-330, jan./dez. 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MANCINI Lucia; SALA Serenella. Social impact assessment in the mining sector: review and comparison of indicators frameworks. **Elsevier, Resources Policy**, v. 57, p. 98-111, 2018. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0301420717301484?token=BFB85304CEE25107997894231B976A3BDCE0EC1BBAD0C747C1ADF5B2B9164E12B1859819882DDE0ED272A9A50F143A37&originRegion=us-east-1&originCreation=20220530185251>. Acesso em: 30 maio 2022.
- MIRANDA JÚNIOR, Ivan Silva. **Diretrizes fundamentais para um estudo de avaliação econômica de empreendimentos de mineração: um estudo bibliográfico**. 2011. Dissertação (Mestrado em Engenharia Mineral) - Escola de Minas, Universidade Federal de Ouro Preto, 2011. Disponível em: <https://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/2648>. Acesso em: 28 out. 2021.

OLIVEIRA, Camila Ortolan Fernandes de. **Biodiversidade e os Esquemas de Certificação de Biocombustíveis**. Orientador: Arnaldo Walter. Coorientadora: Pita A. Verweij. 2013. Dissertação (Mestrado em Planejamento de Sistemas Energéticos) - Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013. Disponível em: <http://www.lerf.eco.br/img/publicacoes/Biodiversidade%20e%20os%20Esquemas%20de%20Certifica%C3%A7%C3%A3o%20de%20Biocombust%C3%ADveis.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

PORTELLA, Márcio Oliveira. Efeitos colaterais da mineração no meio ambiente. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 263-276, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br>. Acesso em: 30 maio 2022.

REZENDE, Márcio Marques. **Análise e Subsídio ao Ordenamento Territorial da Mineração de Agregados para a construção Civil na Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno**. Orientador Nórís Costa Diniz, Co-orientador: Edilson de Souza Bias. 2017. Tese (Doutorado em Geociências Aplicadas) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24340>. Acesso em: 28 out. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Rumo a uma Europa mais verde e mais sustentável**. Disponível em: https://europa.eu/european-union/topics/environment_pt. Acesso em: 28 out. 2021.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELLO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/06/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 25/10/2022
- Avaliação 2: 15/01/2023
- Decisão editorial preliminar: 15/01/2023
- Retorno rodada de correções: 23/02/2023
- Decisão editorial/aprovado: 23/02/2023

Equipe editorial envolvida

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

CONSTRUÇÃO DA PAZ: A MAGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA RACIONALIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PEACEBUILDING: THE MAGIC OF RESTORATIVE JUSTICE
IN THE RATIONALITY OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

LENICE KELNER¹

GIORDANI ALEXANDRE COLVARA PEREIRA²

RESUMO

A pesquisa tem como problema investigar em que medida as práticas restaurativas têm potencial para contribuir para o acesso substancial à justiça exigido pelo Estado Democrático de Direito para a proteção da dignidade humana e construção de paz, que corresponde a um dos ODS da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. Para tanto, utilizaremos o método hipotético-dedutivo, em que, partindo do problema de pesquisa, formularemos hipóteses e as submetemos a um processo de falseamento. A hipótese central deste trabalho é que os círculos restaurativos, ao permitirem, em tese, um reconhecimento mútuo, a valorização intrínseca da pessoa e garantir autonomia dos participantes envolvidos em um conflito, contribuem para aumentar os níveis de cidadania, e desenvolver uma sociedade pacífica e democrática. Para interpretar a dinâmica de um círculo de construção de paz, utilizaremos os conceitos de dom e dádiva de Marcel Mauss, trazidos Antropologia Jurídica, sob um olhar zetético, verificando seus impactos na dignidade da vida.

Palavras-chave: estado democrático; dignidade da vida; justiça restaurativa; mito e magia; antropologia jurídica.

ABSTRACT

The research aims to investigate to what extent restorative practices have the potential to contribute to the substantial access to justice required by the democratic rule of law for the protection of human dignity and construction of peace, which corresponds to one of the SDGs of the Organization's 2030 Agenda of the United Nations. To do so, we will use the hypothetical-deductive method, in which, starting from the research problem,

- 1 Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS com estágio de Pós-doutoramento em Criminologia pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Especialista em Direito Civil pela Universidade Regional de Blumenau. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da FURB. Membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB) e Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça (CNPq-FURB). Coordenadora do Projeto de Extensão da FURB - Dignidade da Pessoa Humana e Acesso à Justiça: Fundamentos à Ressocialização do Apenado no Sistema Prisional de Blumenau. Advogada. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/4001810436460227>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-7552-1514>.
- 2 Mestrando em Direito na FURB, Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização – CONSTINTER/FURB, Graduado em Ciências Sociais (UFSC) e em Direito (UNOESC), especialista em Direito Penal e facilitador restaurativo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/9025547286475396>.

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

KELNER, Lenice; PEREIRA, Giordani Alexandre Colvara. Construção da paz: a magia da justiça restaurativa na racionalidade do estado democrático de direito. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 121-135, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9632>.

we will formulate hypotheses and subject them to a falsification process. The central hypothesis of this work is that restorative circles, by allowing, in theory, mutual recognition, the intrinsic valuation of the person and guaranteeing autonomy of participants involved in a conflict, contribute to increasing levels of citizenship, and developing a peaceful and democratic. To interpret the dynamics of a peace-building circle, we will use Marcel Mauss' concepts of gift and donation, brought to Legal Anthropology, under a zetetic perspective, verifying their impact on the dignity of life.

Keywords: *democratic state; dignity of life; restorative justice; myth and magic; legal anthropology.*

1. INTRODUÇÃO

“No creo en brujas, pero que las hay, las hay” é uma frase atribuída ao escritor de origem basca Miguel Unamuno, pertencente ao movimento existencialista espanhol, que nasceu em meados do século XIX e viveu até as primeiras décadas do século XX. Embora afirmasse não acreditar em bruxas, Unamuno tinha a vaga noção de que elas estavam por aí, às soltas. Esta breve alusão às bruxas no introito deste artigo presta respeito ao seu conhecimento mágico, que, em certa medida, são vivenciados não só nos círculos restaurativos, sejam eles ancestrais ou pós-modernos, mas também nos rituais ocorridos em nosso próprio cotidiano forense, em meio às togas pretas, aos martelos, às deusas com vendas e espadas, além, claro, dos ritos processuais baseados em crenças dogmáticas, não necessariamente racionais, demonstrando que magia e racionalidade não são categorias necessariamente opostas, pois há certa racionalidade no pensamento mágico.

O presente artigo tem como problema de pesquisa responder em que medida as práticas restaurativas dos círculos de construção de paz contribuem para a construção de um novo direito de acesso substancial à justiça, compatível com o exigente modelo estabelecido pelo estado democrático de direito previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ou, sob o olhar da antropologia jurídica, refazendo a pergunta central deste artigo, desejamos perquirir o quanto as fórmulas mágicas dos círculos de construção de paz, baseados em uma sabedoria ancestral, contribuem para o reconhecimento intersubjetivo, preservação da autonomia dos sujeitos e valorização intrínseca da pessoa, pilares da dignidade humana, fundamento do neoconstitucionalismo, sobretudo aquele presente na Constituição da República Federativa do Brasil?

Para responder esta pergunta, temos, como objetivos específicos, a partir da antropologia jurídica, encontrar as relações entre mito, magia e direito, e qual a função dos ritos mágicos para a proteção da dignidade da vida, o que faremos a partir do próximo capítulo. Temos como objetivo, ainda, proceder a uma análise das peculiaridades dos ritos presentes no círculo de construção de paz, dotados de simbolismos e magia, e seu potencial para a construção de um acesso substancial à justiça e desenvolvimento de sociedades saudáveis.

A hipótese central deste trabalho é que os círculos de construção de paz em tese permitem maior reconhecimento mútuo das partes envolvidas em um conflito, valorização intrínseca da pessoa e preservação da autonomia, contribuindo para aumentar os níveis de cidadania. Contudo, a hipótese se submeterá ao processo de falseabilidade no deslinde da pesquisa, uma

vez que utilizaremos o método hipotético dedutivo de Karl-Popper (2010), buscando solucionar questões globais, como o processo de construção de paz de uma sociedade, a partir da formulação de conjecturas, verificando em que medida as práticas restaurativas contribuem para a preservação da dignidade da vida.

Para tanto, utilizaremos como fundamentação teórica as lentes da antropologia jurídica, uma ciência humanista e disciplinar, pois, analisa o círculo de construção de paz enquanto um fato social total (Mauss, 1974), sejam eles fatos jurídicos, econômicos, sociológicos, psicológicos, religiosos, místicos e artísticos, compreendendo como eles se inserem na cultura jurídica, utilizando-se, ainda, os conceitos de dom e dádiva para compreender o funcionamento do fenômeno restaurativo. Enquanto teoria de base sobre dignidade da vida, utilizaremos Sarmiento (2016).

É importante esclarecer o leitor que neste artigo nossas análises se afastam do dogmatismo, tão enaltecido por nossa cultura jurídica que deseja enxergar o direito tão somente como um sistema unitário e hierárquico de normas, provocando algumas separações inconvenientes entre direito e ação política, direito e antropologia, direito e sociologia, direito e ética, o que culmina na purificação fictícia do direito, apoiada na norma fundamental de Hans Kelsen (1976), mas por vezes descolada da realidade. Buscaremos um diálogo zetético entre as ciências humanas e ciência jurídica, que possa contribuir para uma reflexão crítica

Justifica-se a presente pesquisa, uma vez que instauração do estado democrático de direito exige maior respeito à dignidade da vida (Brasil, 1998). A Organização das Nações Unidas – ONU reconhece que o modelo burocrático, formalista, dogmático e tradicional do estado burocrático, a despeito de seus méritos, levou a uma crise de prestação jurisdicional, devido a massificação da jurisdição, típicas das sociedades pós-modernas complexas.

Portanto, instituiu na Agenda 2030, como um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS 16, a construção da Paz, da Justiça, e de Instituições Eficazes. E desmembrou tal objetivo em 12 (doze) metas menores, dentre elas a (1) promoção do estado de direito em nível nacional e internacional, e garantir acesso à justiça para todos, (2) desenvolver instituições eficazes responsáveis e transparentes e todos os níveis, (3) garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva e participativa em todos os níveis.

No Brasil, por meio da Resolução nº 225/2016 do CNJ, instituiu-se a Política Nacional de Justiça Restaurativa - JR (Brasil, 2016), cuja exposição de motivos está atrelada ao ODS-16 da ONU. A própria resolução define a JR como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias que visa à conscientização sobre fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, afirmando que os litígios a eles endereçados serão solucionados por meio de práticas restaurativas, que terão como foco a satisfação de necessidades de todos os envolvidos, responsabilização ativa daqueles que contribuíram para a ocorrência do fato danoso e empoderamento da comunidade.

Convidamos o leitor a participar deste debate que é, em certa medida, sobre o papel do direito e da antropologia jurídica a humanização das relações sociais para a construção da paz, contribuindo para a construção de instituições eficazes em cumprimento da ODS-16.

2. DIREITO, MITOS E MAGIA: OS RITUAIS COMO PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA VIDA

Os mitos e as magias, assim como as bruxas, podem estar aí, às soltas.

Os mitos são histórias fantásticas, mágicas, lendárias ou heroicas, que se contam sobre a origem de uma sociedade, e simbolizam ou uma constelação de crenças daquela civilização (Strauss, 1957). Um outro conceito atrelado às bruxas é o conceito de magia. Segundo Seymore Sjith (*apud* Elliott, 2018, p. 114) *'magia é um ritual motivado pelo desejo de obter um efeito específico; a magia é vista como uma tentativa de manipular forças espirituais ou poderes de modo ritualizado'*.

A complexa sociedade ocidental que vivemos desenvolveu civilizações inteiras com base em narrativas míticas, como o fizeram os aborígenes, os romanos, os gregos e os asiáticos. Assim como as sociedades ditas *'primitivas'* ou *'bárbaras'*, nós, os *'civilizados pós-modernos'* também escolhemos nossos mitos e acreditamos em narrativas que simplesmente não existem no plano fático, mas que exercem um forte impacto sobre o imaginário coletivo: os mitos, sejam eles religiosos, políticos ou jurídicos, moldam o mundo em que vivemos, e seu poder reside justamente na crença de que eles existem, o que obriga todos nós, humanos, a agirmos de acordo com sua existência, embora, de fato, eles não existam (Harari, 2015).

O direito, enquanto parte integrante da cultura das sociedades, portanto variável no tempo e no espaço, é um dos fenômenos mais notáveis da vida humana. Compreender as normas jurídicas enquanto parte integrante da cultura social, ou seja, a forma como o direito se estabelece como instituição, é um dos maiores desafios dos antropólogos, que investigam por que o obedecemos, por que criamos certas regras em detrimento de outras, por que as sociedades encontram diferentes soluções jurídicas para problemas idênticos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar o nome de ideias e por que, em nome de ideais, conservamos as coisas como estão.

O cotidiano forense, incrustado em nossos tribunais contemporâneos, trazem inúmeros elementos míticos e mágicos repleto de simbolismos, que nos induzem a crença no poder das autoridades em proceder a construção da justiça, indispensável para a convivência social. Nas palavras de Rawls: *"A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é a primeira virtude dos sistemas de pensamento* (1993, p. 199).

Não é à toa que boa parte dos prédios do Poder Judiciário representam verdadeiros templos romanos, ornamentados com colunas, e visual imponente, representado por outra estátua mítica – a Deusa Artémis – e seus poderes mágicos, com a força de uma espada heroica, com uma balança representando um equilíbrio perfeito, e uma providencial venda em seus olhos. O sábio magistrado, sentados ao centro de uma sala com outros homens vestidos de preto, acompanhados da bandeira da pátria amada Brasil, outro ente abstrato e heróico, abrindo um ritual solene em suas togas pretas ou *'batendo o martelo'* ao proferir sentenças, também representam essa ritualística que acreditamos nos trazer ordem social, resolução de conflitos e, sobretudo, pacificação social.

A simbologia da justiça estatal, assim como os totens e demais elementos simbólicos da justiça de povos aborígenes ou autóctones, representam a necessidade humana de conexão saudáveis uns com os outros, que só pode ser obtida através de relações justas e equilibradas,

em que há respeito à dignidade humana e seus 4 (quatro) pilares, como (a) reconhecimento intersubjetivo; (b) valorização intrínseca da pessoa, (c) respeito à autonomia, (d) mínimo existencial (Sarmiento, 2016). Para fins de nossa pesquisa, utilizaremos os conceitos dos três primeiros pilares, que, ao nosso sentir, têm relações com o potencial das práticas restaurativas, como veremos no segundo capítulo.

A valorização intrínseca da pessoa significa que os seres humanos não podem ser usados para atingir outros objetivos, mas devem ser compreendidos como um fim em si mesmo. Os seres humanos não são mercadorias, mas sim são criaturas com valor intrínseco. Segundo Sarmiento (2016, p. 128), *'a dignidade impõe que se trate cada pessoa como um fim em si mesmo, e nunca como um meio para a realização de fins alheios. Ela demanda que se conceba o Estado com um instrumento a serviço das pessoas, e não o contrário'*. Rawls (1993), por sua vez, afirmou que cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujar.

O respeito à autonomia, por sua vez, importa em reconhecer seu direito de realizar escolhas pessoais e segui-las, quando não ferir direitos alheios. Assim, o estado não deve interferir nas eleições do plano de vida e a satisfação das ideias de virtude que cada um sustente, impedindo-se, assim, interferência no curso de tal persecução. Segundo Sarmiento (2016), um dos inimigos do respeito à autonomia é o paternalismo jurídico, que *'infantiliza o indivíduo, tratando-se como se não fossem capazes de tomar decisões apropriadas sobre suas próprias vidas'* (2016, p. 169).

E, por fim, o reconhecimento intersubjetivo significa que somos constituídos, enquanto sujeitos, no contexto de nossas relações sociais. O que somos, o que fazemos, como nos sentimos, nosso bem-estar ou sofrimento, nossa autonomia ou subordinação depende da maneira como somos enxergados nas relações que travamos com os outros. Enquanto sujeitos, somos seres relacionais, e não somos átomos isolados, razão pela qual o reconhecimento intersubjetivo, e a sensação de pertencimento, é um componente da própria dignidade humana. Segundo Sarmiento (2016, p. 235).

A falta de reconhecimento oprime, instaura hierarquias, frustra a autonomia e causa sofrimento. Vícios no reconhecimento têm também reflexos diretos nas relações econômicas e de poder presentes na sociedade, pois "fecham portas", criando embaraços ao acesso a posições importantes na sociedade para as pessoas estigmatizadas. Daí porque uma dimensão importantíssima do princípio da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento intersubjetivo (2016, p. 235).

Temos a (ir-)racional crença de que os rituais simbólicos das instituições nos trarão respeito à nossa dignidade da vida, e por isso confiamos, dentro de outro mito da fundação social, ou, nas palavras dos filósofos políticos, o nosso contrato social (Rousseau, 1965), que nossas instituições nos garantirão relações justas, que respeitem nossa valorização intrínseca da pessoa, nossa autonomia, reconhecimento intersubjetivo e o mínimo existencial, sobretudo no estado democrático de direito instaurado no Brasil pela Constituição de 1988.

O jurista Eros Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), entende que a Constituição Federal, o documento jurídico que funda o Estado e dá validade a todas as outras normas jurídicas, é simplesmente um mito, o que a doutrina usualmente denomina de constituição simbólica. Para o autor, a constituição formal, em especial quando dotada de normas progra-

máticas, que não são normas jurídicas, na medida em que definem direitos não garantidos, os quais só assumem eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário e por ato executivo, consubstancia um instrumento retórico de dominação. Eros Grau (2004, p. 125) ainda afirma que:

[...] os mitos modernos são impostos à sociedade, funcionando como instrumentos linguísticos de dominação que tanto mais prosperam quanto mais sejam acreditados. As constituições modernas são, nesse sentido, exemplos de mitos modernos, porque instalam no seio da coletividade a convicção de que se vive sob a égide do Estado de Direito apenas porque o documento formal expressa a existência de um Estado de Direito. A constituição formal, assim, desnuda-se como instrumento de dominação ideológica. É mito que acalentamos, dotado de valor referencial exemplar, na medida em que contribui eficazmente para a preservação da ordem que não se pretendia instaurar, mas simplesmente manter.

Segundo Harari (2015), o potencial de agir em cooperação com entidades fictícias ou simbólicas que não existem, é uma das mais impressionantes características do *homo sapiens*, capacidade que nossas 'versões' anteriores não possuíam. Agimos em cooperação uns com os outros para realizar nossas necessidades, sejam elas individuais e sociais, cabendo às instituições estatais a tutela dos interesses coletivos e, dentre eles, a administração da justiça, que a partir dos estados modernos passou a ser quase uma exclusividade do estado burocrático, detentor do monopólio da violência (Weber, 1967).

É claro que as relações justas, harmônicas e que respeitem a dignidade humana transcendem o direito público estatal, e devem ser encontradas e tuteladas também nas relações privadas. Mas o acesso à justiça é um dos mecanismos mais importantes para o acesso a uma ordem jurídica justa e para o restabelecimento dos direitos violados (Cappelletti; Garth, 1988). Contudo, como diz o criminólogo norueguês Niels Christie (*apud* Zehr, 2018, p. 17), a justiça é um valor humano que precisa ser sentida enquanto uma experiência vivencial, para que os conflitos sejam efetivamente pacificados.

A ideia de pacificação social por meio da sentença do magistrado é também dotada de uma aura mágica, pois simboliza e reforça as crenças nas instituições humanas e, em última análise, nos valores morais que povoam a mentalidade das sociedades humanas, tais como igualdade, liberdade, solidariedade, cidadania e democracia.

Contudo, embora o processo judicial e seus ritos formalistas tenham seu lugar de excelência enquanto instituição humana, é nítido que com o passar dos anos e com o aumento da complexidade das sociedades e da massificação da judicialização dos conflitos levaram a uma crise de prestação jurisdicional, uma vez que o (a) há uma demora na prestação judicial que compromete sua eficácia e sua efetividade, (b) o recorte jurídico objetivo da lide nem sempre trabalha questões subjacentes envolvidas no processo (Fernandes, 2021), (c) os ritos formalistas, autoritários e burocratizantes da máquina judiciária afastam o direito da realidade social, (d) as partes costumam ser privadas do resultado do processo judicial, e terceirizam a resolução do conflito para os *experts*, que são os advogados e magistrados, o que lhes retira autonomia e controle do destino do próprio conflito.

A combinação de todos estes fatores faz com que o Poder Judiciário tradicional tenha grandes dificuldades de cumprir seu papel de pacificador da sociedade, razão pela qual a ONU estabeleceu o ODS – 16, que envolve precipuamente a construção da construção da Paz, da

Justiça, e de Instituições Eficazes. No Brasil, uma das linhas de atuação para o cumprimento da ODS - 16 é a implantação e difusão da Justiça Restaurativa e suas técnicas de círculos de construção de paz, constituindo-se, pois, em um novo direito chamado de acesso substancial à justiça (Fernandes, 2021), compatível com o estado democrático de direito.

O estado democrático de direito é um modelo mais exigente de participação social, diferente do estado de direito e do estado social. O legado do direito mudou, e passou a ser visto como um instrumento de transformação social e não como um obstáculo de mudanças sociais. Segundo Streck:

O estado democrático de direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do estado social. É nesse sentido que ele é um plus normativo em relação ao estado de direito promovedor intervencionista próprio do estado social de direito (1999, p. 37).

Nesse contexto de estado democrático de direito, busca-se repensar a jurisdição e redimensionar o acesso à justiça e o processo, a partir da *'inclusão da voz das partes no iter de formação da decisão judicial ou na composição do litígio e reconhecer a importância da participação democrática como fator legitimador e fortalecedor da cidadania, como garantidor do acesso adequado e substancial à justiça'*.

Ainda assim, sua racionalidade, ritualística e magia geram expectativas para a pacificação social e construção da sociedade. Acreditamos, portanto, nos mitos e nas magias para vivermos melhor. Veremos, no próximo capítulo, o quanto a magia da justiça restaurativa – e os círculos de construção de paz – podem contribuir para a construção de sociedades saudáveis e para a preservação da dignidade da vida.

3. A MAGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA CONSTRUÇÃO DE SOCIEDADES SAUDÁVEIS

A magia e a ritualística, de fato, fazem parte do cotidiano das sociedades hipermodernas 'civilizadas', o que desmistifica a ideia de que tão somente as sociedades aborígenes lastreavam suas crenças e resolviam seus problemas através de magias e rituais.

Contudo, quando, no bojo da sociedade líquida (Bauman, 2001), o estado burocrático, dogmático e formalista resgata e reinventa os círculos de construção de paz, práticas lastreadas na sabedoria ancestral, demonstra-se, de forma inequívoca, que os ritos e os procedimentos mágicos dos povos originários têm um papel fundamental na construção racional do estado democrático de direito, instituído pelo nosso constituinte originário enquanto cláusula pétreia, sob o qual se funda nossa constituição simbólica.

De acordo com Alexy (2006), para que os direitos fundamentais possam ser resguardados, é indispensável que o Estado estabeleça não só normas constitucionais, mas também procedimentos e instituições por meio das quais serão implantadas políticas públicas aptas a garantir que os direitos irradiados pelo legislador se tornem concretos e possam ser usufruídos pelos cidadãos. E a Política Nacional de Justiça Restaurativa, instituída pelo CNJ, é uma das formas de concretizar o estado democrático de direito por meio do acesso substancial à

justiça, exercido não só pelas partes envolvidas em um conflito, mas também pela presença da própria comunidade, uma das principais características da JR e que lhes difere da mediação e da conciliação.

Sabemos que apesar de todo o aparato jurídico-procedimental que busca estabelecer e garantir os direitos fundamentais, é importante ressaltar que, segundo Elliott (2018), os sistemas normativos (constituições, leis, regras, diretrizes, relatórios), se não estiverem acompanhados de ações e relacionamentos, não são nada além de meros pedaços de papel (Lasalle, 2012). Assim com as mitologias das bruxas, os totens tribais e os símbolos religiosos constituem meras narrativas e, sozinhos, também não acarretam mudanças em pessoas e comunidades, tampouco em seus relacionamentos, os verdadeiros catalisadores dos conflitos.

Superada a análise da constituição enquanto um mito e das dificuldades em concretizar os direitos fundamentais, passaremos agora, à luz das contribuições da antropologia jurídica, a analisar de que forma os círculos de construção de paz podem, em tese, contribuir para o desenvolvimento da cultura da paz, fomentar o desenvolvimento de habilidades de cidadania, restabelecer laços rompidos pela violação de direitos causada pelos atos ilícitos e aprimorar a democracia por meio da participação popular nos assuntos da comunidade. Para tanto, utilizaremos dos conceitos de 'dom', ou 'dádiva', contribuições da antropologia social, e presentes nos círculos restaurativos.

O antropólogo francês Marcell Mauss (1979), ao analisar as trocas – ou dons – entre as sociedades primitivas, analisa as 'alianças' realizadas nas sociedades, argumentando que são produzidas pelas dádivas, definidas como trocas realizadas entre pessoas. As trocas podem ser econômicas, matrimoniais ou linguísticas, em que há reciprocidade ou equilíbrio, entre os participantes. Na dádiva, ao darmos algo, também nos tornamos credores, como se houvesse uma obrigação moral, um mecanismo espiritual de retribuição, criando-se entre o doador e o recebedor um vínculo jurídico, moral, político, econômico, religioso ou espiritual, definido pelo autor como uma ligação de almas. As trocas de dádivas poderiam levar a superação de conflitos, criando novas alianças. As trocas ocorrem pela tradição, que são as 'coisas que passam', coisas que são carregadas com o espírito daquele que dá, gerando um vínculo espiritual.

A dinâmica descrita por Marcell Mauss ao analisar as trocas simbólicas de inúmeras sociedades, primitivas ou não, se encontra, também, presente nos círculos de construção de paz, que são técnicas de resolução de conflitos trabalhadas por Kay Pranis (2007, 2010). A autora, inclusive, defende que os círculos, uma das metodologias restaurativas, são espaços sagrados, intencionais, coletivos, que simbolizam a liderança compartilhada, a horizontalidade do diálogo, a igualdade, a conexão e a inclusão (Pranis, 2007).

Segundo Kay Pranis (2010), os círculos de construção de paz possuem simbologias, como bastão de fala e mesa de centro. São organizados de forma estruturalmente lógica, com uma sequência de etapas, como um verdadeiro ritual composto de (a) *abertura*, em que será explicada a finalidade do círculo, (b) *check-in*, quando o participante se apresenta e fala sobre seu estado de ânimo ao chegar; (c) *construção dos valores* do grupo, em que cada participante é instado a falar sobre algum valor que carrega consigo em sua trajetória de vida e que norteia suas condutas; (d) as *perguntas norteadoras* ou reflexivas, feita pelos facilitadores, em que todos os participantes compartilham suas narrativas com o grupo; e o (e) *encerramento*, quando são feitas as considerações finais pelos facilitadores, (f) *check-out*, quando o participante discorre sobre seu estado de ânimo ao final do círculo.

O ritual do círculo tem, como racionalidade, colocar os indivíduos no controle da resolução do seu conflito, assim como a magia proporciona a sensação de controle sobre fenômenos da natureza, fazendo com que os participantes resolvam seus próprios problemas de forma autônoma. A racionalidade do ritual do círculo é, portanto, diversa do rito processual dogmático, que tira das partes o controle do resultado, entregue a um juiz monocrático por meio de uma sentença judicial heterocompositiva.

O círculo de construção de paz permite, também, a concretização de um dos principais aspectos de uma democracia, sobretudo em sociedades que possuem desigualdades estruturais: a divisão de poder, normalmente mitigada no espaço jurídico tradicional, onde imperam formas burocráticas de dominação (Weber, 2001) que retiram a autonomia dos indivíduos.

A divisão de poder se dá a partir do seguinte ritual. No círculo, os participantes se encontram em condição de horizontalidade, e somente exercem a palavra quando estiverem com o bastão de fala, que, por sua vez, funciona como um dom, uma dádiva. O bastão passa de mão em mão, como se fosse uma tradição, ou um objeto dotado de alma, que gera um vínculo espiritual entre os participantes, em um verdadeiro sistema de prestação total (Mauss, 1974). De posse do bastão, o participante tem a oportunidade de se apresentar ao grupo, compartilhar seu estado de ânimo (*check-in*), compartilhar seus valores, adicionar novas diretrizes ao círculo, de forma democrática, além daquelas diretrizes já pré-estabelecidas (horizontalidade, empatia, escuta ativa). Após, o participante pode voluntariamente proceder à contação de histórias, que, por sua vez, são acolhidas pelos demais participantes também sob a forma de dádiva, quando, então, se sentem no dever da reciprocidade, compartilhando suas próprias histórias. As perguntas são formuladas pelos facilitadores restaurativos, com base em roteiro pré-estabelecido, construído conforme a finalidade do círculo, buscando-se acordos restaurativos, que podem ser homologados pela autoridade judicial, tornando-se títulos executivos judiciais.

Importante, também, trazer algumas contribuições de neurocientistas que pesquisam a complexidade das conexões cerebrais e a existência do campo morfogenético de Rupert Sheldrake (*apud* Oldoni; Oldoni, Lippmann, 2018), que se formam durante um círculo de construção de paz e permitem que os indivíduos se conectem com seu senso comunitário, abram mão dos seus interesses pessoais e adotem para si a ética e os anseios coletivos da comunidade, o que facilita sobremaneira a realização de acordos, a correção de erros, o restabelecimento de laços e o atendimento às necessidades de vítimas e ofensores.

Trata-se, portanto, de um efeito 'mágico', muito embora comprovado pela neurociência e pela antropologia, além de ser vivenciado empiricamente, como descreve Elliott (2018, p. 114):

A última experiência norueguesa moderna de magia dentro de um ritual de resolução de conflitos me pareceu ser, tanto como participante interna como observadora externa (vivi de fato esta experiência), um momento inesperado e inexplicável em que o desentendimento sobre o ato de malevolência foi transformado em acordo sobre atos de restauração e reconstrução de dignidade. Vi como esse procedimento de restauração continua de modo autônomo entre as partes depois que o mediador sai da sala. **No tribunal criminal o controle de ritual recai sobre as mãos dos profissionais legais. Para as partes da justiça restaurativa, as raízes da magia podem estar tanto em sua influência sobre o controle do ritual, como no fato de a resolução esperada estar totalmente em suas mãos, com a possibilidade do perdão como ação futura (grifo nosso).**

A magia do círculo restaurativos, seu bastão de fala e o campo morfogenético operam de maneira diversa do processo tradicional, com suas togas, martelos, citações, contestações, alegações finais e apelações. Cada modelo de justiça, seja ela restaurativa ou retributiva, detém suas potencialidades. Contudo, em se tratando de acesso substancial à justiça e respeito à dignidade da vida, é nítido que as práticas restaurativas possuem um caráter humanizante, holístico e ecológico, que transcende o paradigma mecanicista do modelo tradicional, razão pela qual este modelo se encontra em crise.

O círculo desenvolve a autonomia do indivíduo, pois por meio da escuta ativa de suas necessidades, encoraja-o a usar a palavra diante dos demais envolvidos no conflito e da comunidade, exercer seus interesses de forma direta e democrática e não por meio de procuração. Estimula o reconhecimento intersubjetivo, pois todos se encontram organizados em círculo em um contexto de horizontalidade, em o que se desenvolve mecanismos de cooperação, ao invés do tradicional combate por meio de construção de narrativas jurídicas estimulados pelo processo tradicional. A participação da comunidade desenvolve nos participantes a sensação de pertencimento, indispensável para o reconhecimento intersubjetivo. O círculo permite maior valorização intrínseca do ser humano, pois não há o estigma causado pelo antagonismo jurídico da lide objetiva, em que há autor/réu, apelante/apelado, vítima/denunciado. Em um círculo, todos são participantes, o que facilita o reconhecimento mútuo entre os envolvidos em um litígio, que participam pelo simples fato de serem detentores da dignidade e possuidores de direitos inerentes à pessoa humana. Por fim, as práticas restaurativas atuam nas causas sistêmicas, estruturais e interdisciplinares que deram ensejo ao conflito, o que permite acordos restaurativos que evitem a espiral conflitiva e tragam efetivamente pacificação social, e não meramente o julgamento formal da demanda, por meio da lide objetiva, o que demonstra maior preocupação com a valorização intrínseca da pessoa, e não a utilização dos envolvidos como um meio de prova para o processamento e arquivamento de um caso, tal como é o mandato da justiça tradicional.

Contudo, é importante registrar que há inúmeras críticas em relação aos limites e às potencialidades da justiça restaurativa, mapeadas inclusive por seus defensores (Zehr, 2008; Elliot, 2018; Fernandes, 2021) e também por seus críticos (Sica, 2007). Segundo o autor:

Para muitos doutrinadores e juristas, a Justiça Restaurativa nada mais é do que um retrocesso histórico, um retorno aos tempos primordiais em que a vingança privada era exercida de maneira desproporcional e desequilibrada. De acordo com essa concepção, a avocação do *jus puniendi* pelo Estado, instrumentalizada pelo processo penal, foi uma grande conquista histórica, que estaria, portanto, esvaziada, ao se permitir que as partes retomem o protagonismo na solução do conflito (Sica, 2007).

Correntes mais dogmáticas consideram seus pressupostos idealistas, pois a ideia de atuar nas causas do conflito, atuar no restabelecimento da plena ressocialização, evitar a reiteração de atos ilícitos e trazer a plena paz social é algo que, empiricamente, não é possível. Há quem afirme que as comunidades na pós-modernidade não são suficientemente engajadas para envolver-se em conflitos intersubjetivos preferindo relegar ao Poder Judiciário o monopólio da solução de conflitos (Kelner; Dias, Pereira, 2022). Outros afirmam que a burocracia e o processo tradicional é a maneira mais eficaz de processar e julgar conflitos complexos em sociedades numerosas, vastos territórios, e que a instituição de ritos formalistas e dogmáticos representa um avanço em relação aos círculos restaurativos baseados nas sabedorias ancestrais.

Este artigo não tem como finalidade refutá-las, mas sobretudo valorizá-las, pois tais críticas contribuem para o enriquecimento do debate sobre as potencialidades e limites das práticas restaurativas. Em certa medida, tais argumentos mostram a complexidade do debate sobre quais causas devem ser endereçadas à Justiça Restaurativa, para tratamento adequado do conflito. Certamente os oitenta milhões de processos que tramitam nos escaninhos do Poder Judiciário não devem ser destinados à JR, uma vez que a ritualística tradicional tem seu lugar de excelência e eficácia, sobretudo para o processamento de casos repetitivos, devido à massificação da jurisdicionalização.

À JR devem ser relegados tão somente casos em que haja questões subjacentes graves, não tratadas pelo recorte jurídico objetivo da lide, sobretudo aquelas questões em que haja necessidade de participação da comunidade ou das redes de apoio, para formulação de acordos restaurativos complexos que atendam às necessidades dos envolvidos. Estes casos, sim devem ser destinados à magia dos círculos restaurativos que, pelas razões expostas, contribuem para a consolidação do estado democrático de direito e acesso substancial à justiça para a resolução das controvérsias e construção da paz social.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os mitos, os rituais e as magias, assim como às bruxas, estão à solta na sociedade contemporânea, e têm lugar na forma como realizamos nossas trocas linguísticas, econômicas ou matrimoniais, que envolvem dons e dádivas no cotidiano de nossa socialização. A administração da justiça e a construção de paz social, seja por meio de mecanismos restaurativos ancestrais reinventados, seja por meio do processo judicial tradicional, são eivados de racionalidade, que nos trazem confiança de que o resultado final atingirá a tão desejada pacificação social, seja por meio de um acordo restaurativo, seja por meio da jurisdição.

Contudo, o estado democrático de direito deve garantir à sociedade a máxima participação dos cidadãos nos assuntos de estado, e isto inclui a administração da justiça, razão pela qual surge um novo direito de acesso substancial à justiça, em que as partes atuam diretamente na composição do litígio juntamente com a comunidade por ele afetada, e uma verdadeira esfera pública, em que há pluralidade, horizontalidade, empatia, escuta ativa e colaboração. O modelo formalista, dogmático e burocrático do Poder Judiciário, malgrado seus avanços, sofre uma crise de prestação jurisdicional, pois percebe-se que uma sentença impositiva, em certos casos, não têm a capacidade de restabelecer o tecido social rompido pelo conflito e, por tal razão, não devolve a paz social. Pelo contrário, a deflagração de um processo judicial por vezes contribui para o aumento da espiral conflitiva e da adversariedade, justamente por não tratar das questões subjacentes traumáticas, que exigem uma profundidade cognitiva interdisciplinar não abrangida pela sentença monocrática.

Atenta a esta questão, a ONU estabeleceu enquanto ODS-16 a Paz, Justiça e instituições responsáveis e eficazes, buscando promoção do estado de direito em nível nacional e internacional, e garantir acesso à justiça para todos, desenvolver instituições eficazes responsáveis e transparentes e garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva e participativa em todos os níveis. Como vimos, no Brasil, esta ideia está associada à Justiça Restaurativa, e suas

técnicas, em que se busca levantar as necessidades daqueles envolvidos nos conflitos, atuar nas causas que deram ensejo à demanda, de forma sistêmica, interdisciplinar e intersetorial.

Os elementos estruturais e simbólicos do círculo permitem um compartilhamento de narrativas entre os participantes envolvidos no conflito e a própria comunidade por ele atingida, reforçando sensações de pertencimento, reconhecimento intersubjetivo, autonomia das partes e valorização intrínseca da pessoa, que são os corolários da dignidade da vida, um dos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil. Por tal razão, é inegável que os ritos e fórmulas dos círculos de construção de paz contribuem para a construção de um Poder Judiciário mais responsável e eficaz, garantindo o acesso substancial à justiça e uma tomada de decisão responsiva, inclusiva e participativa, tal como idealizado pela ONU na Agenda 2030.

As lentes da antropologia jurídica, sobretudo os ensinamentos de Marcel Mauss acerca da dádiva e do dom, permitiram uma compreensão sobre as trocas ocorridas dentro de um círculo de construção de paz, enquanto um sistema de prestação total, em que há compartilhamento de valores, histórias e sentimentos. Assim, aprimora-se o direito, recriando-se fórmulas de resolução de conflitos extremamente humanizadas e ligadas à nossa sabedoria ancestral.

Uma das conclusões que temos, ao término deste artigo, é que o processo tradicional, formalista e dogmático também representa inúmeros avanços para a proteção da dignidade humana, mas encontra limitações em casos permeados por questões subjacentes graves, não abrangidas pelo recorte jurídico objetivo, como casos envolvendo traumas coletivos ou dramas existenciais, em que há necessidade de maior envolvimento comunitário e tratamento interdisciplinar do conflito.

Sem ter a pretensão de esgotar o tema, percebemos que e somente estes casos que devem ser endereçados à magia da justiça restaurativa, estando disponíveis, ainda, outras portas do Poder Judiciário, como mediação, conciliação e, por óbvio, a justiça tradicional. Outro objetivo que tínhamos era demonstrar ao leitor que nossa sociedade pós-moderna convive com muitos rituais, mitos e magias, inclusive dentro do nosso próprio ordenamento jurídico, razão pela qual a ressignificação sabedoria ancestral da justiça restaurativa, e suas fórmulas mágicas, devem ser incorporados em nosso cotidiano forense como relativismo cultural e com respeito a seus propósitos que, como vimos, não substituem o processo tradicional. Pelo contrário, vêm agregar um importante valor em casos específicos, em que o procedimento restaurativo corre, inclusive, em paralelo com o processo tradicional.

Assim, tenho que a hipótese central da pesquisa restou confirmada, pois, de fato, as técnicas da Justiça Restaurativa, em determinados casos, permitem maior valorização da dignidade humana, contribuindo para construção do acesso substancial à justiça e, por conseguinte, da consolidação do estado democrático de direito, em que pese seus críticos.

Em nossa sociedade, é por meio dos relacionamentos e da comunidade que o comportamento desviante, seja ele cível ou criminal, pode ser combatido, trabalhado e modificado, pois o ato ilícito é uma violação de pessoas e de relacionamentos e não uma fictícia violação da lei e do Estado. As leis são necessárias para responsabilizar as instituições, mas é pouco provável que um ser humano sinta menos conexão emocional com outro ser humano do que com uma instituição, uma vez que estas são entes fictícios e têm um mandato limitado. Além do mais, a responsabilidade intrínseca é cultivada em meio aos relacionamentos humanos, e não por comandos institucionais, decretos e estatutos governamentais.

A capacidade das práticas restaurativas em engajar os membros da comunidade por meio de tomadas de decisão significativas sobre seus próprios assuntos oferece oportunidades para a construção do espírito comunitário, enfraquecido no âmbito da pós-modernidade. Quando as partes e a própria comunidade são pessoalmente envolvidas nas tomadas de decisão, sobretudo em casos que envolvem tramas coletivos, as pessoas investem mais nos resultados, e os acordos possuem mais chance de serem cumpridos, ao contrário do que ocorre quando há soluções autoritárias e impostas, por meios formais e burocráticos.

Os processos circulares, em particular, são bem adequados a uma variedade de propósitos, que, direta ou indiretamente, constroem a comunidade. Em vista disso, podem ser usados para fins curativos, assim como para responder ao dano com o objetivo de cura e, em formas preventivas, para abordar assuntos mais gerais, por meio do diálogo democrático.

Quando se acostumam a participar de círculos, os cidadãos começam a fazer uma mudança paradigmática na sua maneira de pensar sobre o dano e tornam-se mais sintonizados com as respostas baseadas em valores. Trata-se, portanto, de uma metodologia mais humana, a qual os operadores jurídicos podem adotar em seu cotidiano, caso o objetivo de sua atividade seja, de fato, contribuir para a pacificação, como mais um poderoso recurso disponível na política constitucional de resolução dos conflitos, juntamente com outras poderosas ferramentas, tais como a conciliação e a mediação, sem prejuízo, claro, da utilização do sistema tradicional de justiça, que deve ser utilizado como *ultima ratio*, e não como forma prioritária de obter a pacificação social.

Facilitar a participação da família, da comunidade, dos movimentos sociais e das partes no processo de resolução de conflito oferece aos indivíduos algo mais, tanto por rememorar os valores da comunidade como por desenvolver habilidades pessoais que realçam a conduta civilizada, cidadã, pacífica e democrática, contribuindo assim para a construção de uma justiça comunitária em consonância com os direitos fundamentais preservados pelas constituições ocidentais.

Quanto mais pacífica for a conduta social dos indivíduos, menor será a necessidade de intervenções institucionais formais em suas vidas e, por consequência, os custos a elas inerentes. Isso é democracia como experiência vivida, ao invés de uma simples mitologia ou ideologia constitucional. É a bruxa viva, de carne e osso.

Esta pesquisa destina-se à construção de um mundo em que bons mitos, como os direitos individuais e as garantias constitucionais, não sejam caçados como as bruxas, mas, pelo contrário, tornem-se realidade no mundo concreto e contribuam para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em consonância com os princípios da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, Vitor Frederico. **Manual de Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 225, de 31/05/2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/>. Acesso em: 16 jan. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. São Paulo: Cultrix, 2004.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1974.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Abril, 1978.

ELLIOT, Elizabeth. **Segurança e Cuidado**. Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis. São Paulo: Palas Athena, 2018.

FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. **Justiça Restaurativa, narrativas traumáticas e reconhecimento mútuo**. Belo Horizonte: Editora Dialógica, 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo. Malheiros, 2004.

GIDDENS, Antony. **Sociologia**. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015.

KELNER, Lenice; DIAS, Feliciano Alcides; PEREIRA, Giordani Alexandre Colvara. Justiça restaurativa: os riscos burocráticos à concretização da democracia constitucional no sistema de justiça criminal brasileiro sob o olhar da criminologia crítica. **Revista Húmus**, v. 12, n. 37, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.18764/2236-4358v12n37.2022.47>. Acesso em:

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

LASALLE, Ferdinand. **O que é constituição?** Leme: Edijur, 2012.

MAUSS, Macell. Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: MAUSS, Macell. **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: EPU, 1974.

OLDONI, Fabiano; OLDONI, Everaldo Luiz; LIPPMANN, Márcia Sarubbi. **Justiça Restaurativa Sistêmica**. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de construção de paz**. São Paulo. Palas Athena, 2007.

PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. **No coração da esperança: guia de práticas circulares**. Centro de Justiça Restaurativa de Suffolk University, 2010. Disponível em: https://pnamirimrestaurativa.files.wordpress.com/2014/10/guia_de_praticas_circulares.pdf. Acesso em: 8 out. 2023.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. Lua Nova, v. 25. In: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Presença, 1993.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1965.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, v. 8, n. 47, p. 158-198, dez./jan. 2008.

STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos**. São Paulo: Anhembi, 1957. p. 259-337.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1967.

WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento na ciência social e na ciênciapolítica. *In*: WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. 4. ed. São Paulo:Cortez; Campinas, SP: Universidade Estadual de Campinas, 2001.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução Tônia Van Acker: São Paulo: Palas Athena, 2012.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 31/05/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 31/05/2023
- Avaliação 1: 08/06/2023
- Avaliação 2: 15/07/2023
- Decisão editorial preliminar: 15/07/2023
- Retorno rodada de correções: 16/10/2023
- Decisão editorial/aprovado: 23/12/2023

Equipe editorial envolvida

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

A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM HOLDING FAMILIARES

MEDIATION AND ARBITRATION AS RESOLUTION
MECHANISMS CONFLICTS IN FAMILY HOLDING

NATÁLIA MURAD DO PRADO SCHMIDT¹

PAULO MÁRCIO REIS SANTOS²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade dos métodos alternativos de solução de conflitos dentro das Holdings Familiares. Será utilizada, para tanto, pesquisa doutrinária a fim de uma consolidação do raciocínio. O estímulo do legislador ao uso, sempre que possível, dos métodos alternativos de solução de conflitos é importante passo para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário e a busca da satisfação dos interessados. Dentro do Direito Empresarial, tendo em vista o grande número de empresas familiares e a tendência de formação de Holding Familiares, a mediação e a arbitragem podem ser importantes aliados na continuidade das atividades empresariais. A pesquisa utilizou a abordagem baseada no método dedutivo, partindo de premissas gerais para, a partir delas, chegar a conclusões particulares. Conclui-se pela necessária propagação da importância desses equivalentes jurisdicionais para a solução de conflitos em Holdings Familiares.

Palavras-chave: arbitragem; direito empresarial; direito societário; holding familiares; mediação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the applicability of alternative methods of conflict resolution within Family Holdings. For this purpose, doctrinal research will be used in order to consolidate the reasoning. Encouraging the legislator to use, whenever possible, alternative dispute resolution methods is an important step towards improving the Judiciary and seeking to satisfy stakeholders. Within Business Law, in view of the large number of family businesses and the tendency to form Family Holdings, mediation and arbitration can be important allies in the continuity of business activities. The research used the approach based on the deductive method, starting from general premises to, from them, reach particular conclusions. It concludes by the necessary propagation of the importance of these jurisdictional equivalents for the resolution of conflicts in Family Holdings.

Keywords: arbitration; business law; corporate law; family holding; mediation.

1 Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha (2006). Atualmente é Oficial de Registros Públicos - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito de Família, Notarial e Registral e Direito Civil. Mestranda pela Universidade Fernano Pessoa/PT e pela Universidade FUMEC/BR. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/61166973021244166>.

2 Doutor (2019) e Mestre (2009) pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Diplomado no Curso de Relações Internacionais do Instituto Legislativo Brasileiro (Senado Federal). Possui experiência docente e profissional em Direito Econômico, Direito da Incorporação Imobiliária, Direito Internacional Privado, Relações de Consumo, Empreendedorismo Jurídico, Educação Financeira e Marketing Jurídico Digital. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/8117691847816487>.

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

SCHMIDT, Natália Murad do Prado; SANTOS, Paulo Márcio Reis. A mediação e a arbitragem como mecanismos de solução de conflitos em holding familiares. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 136-149, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.8907>.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Empresarial abrange inúmeras matérias que são o alicerce da sociedade e seu poderio econômico. No Brasil, a legislação prevê várias espécies de sociedades com diferentes composições e normas.

Essa variedade foi fruto da evolução dos povos e de seus clamores e necessidades. Um desses anseios foi pela melhora do Poder Judiciário, o qual passou a ser utilizado indiscriminadamente na busca da solução de litígios advindo das relações humanas.

O acesso ampliado ao judiciário trouxe benefícios a muitos que não tinham condições de procurá-lo. De outro lado, trouxe consequências que afetaram a sua produtividade e a sua eficácia.

Diante disso, o legislador, preocupado em melhorar os meios de solução de conflitos e aprimorar as atividades judiciais, tem criado normas e outras formas de incentivo às formas alternativas para resolver as lides.

No que concerne ao Direito Empresarial, a preocupação tem importância destacada. Os conflitos existentes nas relações dos empresários precisam de rápidas respostas para a continuidade das atividades. Os custos para essas soluções também devem ser os menores possíveis, objetivando o lucro e a produtividade.

No Brasil, a maior parte das empresas são familiares, e há uma tendência de instituição de Holdings Familiares para guardar, proteger o patrimônio e os bens dos sócios. Diante dos laços existentes, os equivalentes jurisdicionais são importantes aliados para mantê-los ou resgatar diálogos prejudicados com a relação profissional.

Diante da importância do tema, o presente estudo foi elaborado para demonstrar a eficácia da mediação e da arbitragem dentro das Holdings Familiares, com a adequação necessária para cada caso concreto na efetiva busca da pacificação social.

Para isso, foi necessária uma pesquisa doutrinária cujos marcos teóricos foram Fernanda Tartuce, Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede.

Em um primeiro momento, foram apresentadas as soluções alternativas de conflitos previstas legalmente. No segundo momento, essas soluções foram debatidas no âmbito do Direito Empresarial. Por fim, foi trazida a discussão da Holding Familiar e os métodos adequados para a solução de conflitos em sua esfera.

Foi possível verificar que existe a necessidade de verificação do caso concreto a fim de escolher o meio mais adequado para a pacificação das lides dentro das Holdings Familiares. Por serem empresas em que os sócios possuem uma relação anterior ao fato, a mediação é a primeira opção a ser analisada como método adequado.

Entretanto, para a sua efetivação, é necessário que os interessados convirjam para essa negociação. Caso contrário, a arbitragem será a segunda opção aos casos em que a sua execução seja possível.

A pesquisa utilizou a abordagem baseada no método dedutivo, partindo de premissas gerais para, a partir delas, chegar a conclusões particulares.

2. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS

As técnicas de solução de conflitos fazem parte do ordenamento jurídico há muito tempo. Entretanto, como se extrai de Rezende (2015), várias bibliografias sugerem que o Brasil veio construindo uma “cultura do litígio” através da procura imediata do Poder Judiciário para resolver os imbróglis dos interessados. Ele passou, então, a ser o detentor do monopólio judicial do Estado.

Conforme ensina Alvim (2018, p. 77), o Poder Judiciário destaca-se entre os demais poderes do Estado, “pela sua importância, de preservar a ordem jurídica e a paz social, [...] a que corresponde a função jurisdicional, através da qual se obtém a composição da lide, mediante a aplicação da lei.”

É impossível relutar quanto à importância do Poder Judiciário. A sua magnitude é fruto de lutas, processo de construção da evolução da sociedade. Não obstante, direcionar toda e qualquer demanda à sua apreciação acaba por enfraquecer o seu dinamismo, conduzindo a uma instituição com deficiência física, técnica e de pessoal.

Como dito, a ampla procura pelo sistema judiciário fez com que o mesmo passasse a sofrer com os problemas decorrentes de seu abarrotamento, podendo ser destacados, também a morosidade processual, a falta de servidores, altos custos processuais e estruturas prediais deficitárias. Sobre a cultura demandista, Alvim leciona:

Abstratamente considerado, o processo aparece como o melhor método para se resolver litígios, pela nota de imparcialidade que o caracteriza e pela força que se empresta às decisões nele proferidas, respaldadas pelo mecanismo coativo do Estado; mas o seu funcionamento, em concreto, na maioria dos países, é objeto de severas críticas.

[...]

O processo é o instrumento de que se serve o Estado para, no exercício da função jurisdicional, resolver os conflitos de interesses, solucionando-os; ou seja, o instrumento previsto como normal pelo Estado para a solução de toda classe de conflitos jurídicos. (Alvim, 2018, p. 34-35, grifos do autor).

O Código de Processo Civil (CPC), com vistas a melhorar a eficiência processual e observar o Estado Democrático de Direito, dando voz aos cidadãos ao respeitar a vontade das partes em relação aos processos judiciais, inovou ao prever expressamente que todos devem contribuir para a solução consensual dos conflitos.

Desta forma, o que era mera faculdade das partes no que diz respeito ao acesso à justiça de maneira extrajudicial ou consensual, passou a ser uma questão de estímulo pelo próprio Poder Judiciário, observando a vontade dos jurisdicionados.

O legislador, então, determinou aos envolvidos que deve haver o incentivo aos métodos alternativos de solução de conflitos, seja por parte dos juízes, dos representantes do Ministério Público, defensores públicos ou advogados (Brasil, 2015, art.3º e 165º). Sobre a inovação do processo civil, Neves disserta:

O Código de Processo Civil, entretanto, não trouxe apenas disposições principiológicas no que se refere às formas consensuais de solução de conflitos. Há uma seção inteira de um capítulo destinada a regulamentar a atividade dos

conciliadores e dos mediadores judiciais (arts. 165-175), inclusive fazendo expressamente a distinção entre conciliação (melhor teria sido usar autocomposição) e mediação. (Neves, 2019, p. 62).

Vale comentar a crítica externada por Neves (2019) quanto à autocomposição na passagem acima. Como se verá em momento oportuno, a mediação e a conciliação são duas técnicas diferentes, que se assemelham por serem espécie de heterocomposição (um terceiro interferindo na busca da solução).

Na mediação, um terceiro imparcial ajudará as partes a encontrar uma forma de solucionar o conflito, levando-as a entender as causas daquele imbróglio. Na conciliação, o terceiro imparcial apresenta opções para a resolução do problema, interferindo no conflito de forma direta (Brasil, 2015, art. 165).

Inclusive, mediação e conciliação não se confundem, sendo que suas diferenças marcantes se encontram no fato de que a mediação é indicada em casos de existência de vínculo anterior entre as partes, como direitos envolvendo família e vizinhança, por exemplo.

Já na conciliação, a indicação é para os casos em que esse vínculo anterior não se estabeleceu, como são exemplos os casos que envolvem direito do consumidor.

Antes de falar destes métodos, é importante conceituar conflitos. Para Tartuce (2018, p. 21), “conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocabulário jurídico, prevalece o sentido de entrelaçamento de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas”.

Não é possível conceber a ideia de uma sociedade sem conflitos. As necessidades dos homens se ajustam aos seus interesses. E esses interesses vão de acordo com o que cada um precisa para se satisfazer. Assim, diante da amplitude de sociedades, costumes, interesses e necessidades, os conflitos são inevitáveis. Sobre as causas dos conflitos, Tartuce complementa:

Para bem abordar os conflitos, é importante entender o que os causa. Muitos fatores podem originá-los, merecendo destaque a limitação de recursos, a ocorrência de mudanças, a resistência a aceitar posições alheias, a existência de interesses contrapostos, o desrespeito à diversidade e a insatisfação pessoal. (Tartuce, 2018, p. 22).

A existência dos conflitos faz com que as partes busquem uma solução. E esta solução nem sempre pode ser obtida através de uma autocomposição. Nestes casos, é necessário que um terceiro participe das negociações, ajudando as partes a encontrar um recurso para colocar fim à lide ou influenciando em como deverão pôr fim ao litígio. É como Alvim ensina:

Surgindo um conflito entre dois interesses *contrapostos*, pode acontecer que seja resolvido por obra dos próprios litigantes ou mediante a decisão imperativa de um terceiro, tendo-se, no primeiro caso, uma *solução parcial do conflito*, por obra *das próprias partes*, e, no segundo, uma *solução imparcial do conflito*, por ato de um terceiro, que não é parte. (Alvim, 2018, p. 30).

Não se olvida que o conflito solucionado através de um terceiro, como é o caso do ordenamento jurídico, acaba por gerar certa tensão. A resposta do judiciário nem sempre é satisfatória. Neste sentido, Tartuce assevera:

[...] mesmo que a controvérsia seja julgada por um juiz estatal, o conflito pode não ser eliminado plenamente. Dificuldades de implementação do comando da decisão ou mesmo o fomento de outras lides são realidades que poderão

se verificar adiante. Assim, a preferência pura e simples por uma ou outra tentativa de solução, sem atentar para detalhes sobre as condições das controvérsias e as características de seus sujeitos, não é uma atitude recomendável *a priori*. (Tartuce, 2018, p. 38).

Como dito, foi pensando nisso que o legislador se preocupou em estimular as práticas alternativas de solução do conflito, através de métodos que busquem o retorno do diálogo entre as partes, com técnicas legalmente previstas, exercidas por profissionais capacitados para tanto.

Esses equivalentes jurisdicionais devem estar com consonância com o sistema judicial. Isso é necessário para o aprimoramento dos sistemas e o fortalecimento dos meios de pacificação social.

A maneira de integração do Poder Judiciário com outros setores é uma forma de se chegar a um sistema multiportas, o que para Tartuce (2018), é essencial para renovar o sistema, com mais recursos para tratar casos complexos e resolver impasses de maneira ampla, com interdisciplinaridade. E conclui:

A presente sociedade, tão hiperdinâmica, requer, imperiosamente, a existência de um sistema jurídico e de métodos de resolver controvérsias que sejam igualmente ágeis, atualizados e idôneos para pacificar uma sociedade convulsionada. Sendo cada vez maior o número de transações efetuadas, têm sido potenciados os conflitos que delas emergem, bem como as formas de sua solução.

As técnicas para a solução consensual de conflitos na esfera judicial compreendem a conciliação e a mediação, além de haver a previsão legal também da arbitragem. Ambas também podem ocorrer extrajudicialmente. Já a arbitragem, embora não compreenda exatamente uma técnica de solução consensual, está no rol de métodos de equivalentes jurisdicionais.

A mediação e a conciliação, como mencionado, possuem capítulo no CPC para discipliná-las. Houve regulamentação também através da lei conhecida como “Lei da Mediação”, nº. 13.140, de 26 de junho de 2015.

Já a arbitragem foi regulamentada através da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Trata-se de procedimento totalmente autônomo em relação ao Poder Judiciário, cujas sentenças independem de homologação para sua validade. Não obstante, necessita de um trabalho em forma colaborativa junto ao judiciário para que alcance a finalidade precípua: a pacificação social.

3. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO EMPRESARIAL

Consoante o primeiro capítulo, as formas alternativas de solução de conflitos são conhecidas aliadas na busca da pacificação. Já no período colonial, era possível perceber a utilização de técnicas, ainda sem muitos critérios ou positividade, fundadas no costume, mas com um objetivo bem delimitado.

Pode ser citado, inclusive, que a Constituição de 1824 tinha a previsão legal para a arbitragem. A arbitragem, vista pela doutrina majoritária como um método alternativo de solução de conflito, era o procedimento mais utilizado nas relações mercantilistas. Desde então, existiu um longo caminho de evolução e embates normativos quanto ao uso dos métodos equivalentes jurisdicionais.

Essas práticas mais antigas eram voltadas às relações comerciais, como mencionado, tendo influência no Direito Privado, conforme assevera Tartuce (2018). Posteriormente, ante a ineficiência do Estado, buscou-se formas de resolução de conflitos que fossem rápidas, autônomas e efetivas, tendo se estendido para áreas mais amplas e complexas envolvendo patrimônio e transações.

Nas palavras de Dias e Oliveira:

No decorrer dos anos, devido a diversos motivos, a chamada “cultura do litígio” acabou por implementada no Brasil. Em efeito, a principal linha de acomodação dos conflitos de interesse traduz-se na utilização das vias judiciais; o que fez com que a maioria das pessoas perdesse a capacidade de superar seus dissabores, tampouco de buscar uma forma de solução amigável ou negociada. (Dias; Oliveira, 2019, p. 171).

Em resumo, o Poder Judiciário já não se mostrava tão eficiente quanto deveria. O alto número de demandas em face de poucos servidores, com sistemas defasados, estruturas prediais deficitárias e custos elevados. O monopólio estatal e a cultura do litígio começaram a decair. Foram necessários outros meios para adequação de questões que não necessitavam da tutela jurisdicional. Um meio célere, eficiente, técnico, seguro e com preços acessíveis.

Neste ponto, Silva (2019) disserta que o Direito veio deixando de ser visto como uma ordem, e passou ser sentido como um meio de solução de conflitos através de orientações, sem a rigidez de um sistema impositivo. No âmbito empresarial, essa tem também passado a ser a realidade. O juiz deixa de ser o mero aplicador do direito para ser um solucionador de conflitos através do sistema legal.

Com isso, os equivalentes jurisdicionais de solução de conflitos passam a ser valorizados, integrando o sistema com normas autorreguladoras, em um processo colaborativo e de cognição aberta, como ensinou Parente (2010).

No que diz respeito ao Direito Empresarial, ensina Silva (2019, p. 34) que, em análise ao Poder Judiciário, “[...] denota-se que [...] fora utilizado como um dos principais meios para a gestão dos conflitos no meio empresarial, utilizando-se, para tanto, de normas de direito positivo como os principais critérios para tal tratamento.”

É importante, para tanto, trazer um breve conceito sobre empresa.

A empresa representa, juridicamente, uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. Ela representa a maior parte das atividades que fazem parte da economia moderna e delimita o âmbito de atuação do direito empresarial. Este, ao disciplinar a atividade empresarial e os diversos atos nos quais ela se concretiza, disciplina também a empresa em crise. (Tomazette, 2017, p. 35)

Pelo conceito trazido por Tomazette (2017), depreende-se que a atividade empresarial compreende relações sociais, passíveis de geração de conflitos. Quando o assunto é circulação de bens ou serviços, integrantes da economia, é certo que a solução dos impasses deve ser feita de forma célere e efetiva.

As atividades empresariais envolvem vários setores da sociedade, desde famílias trabalhadoras a provimento de bens de consumo. Sem mencionar a afetação da economia do país.

Tomazette aborda sobre o tema:

A atividade empresarial, como um todo, gera uma série de dificuldades para quem a exerce, seja na busca de novos mercados, seja na manutenção da clientela, em suma, nas exigências que a atividade impõe no dia a dia. Essas dificuldades, naturais no exercício da empresa, podem acabar culminando em crises dos mais diversos tipos, que podem advir de fatores alheios ao empresário (sujeito que exerce a empresa), mas também podem advir de características intrínsecas a sua atuação. Elas podem significar uma deterioração das condições econômicas da atividade, bem como uma dificuldade de ordem financeira para o seu prosseguimento. (Tomazette, 2017, p. 35).

Os conflitos empresariais, portanto, são inevitáveis. Tomazette (2017) cita, dentre as espécies de crises no meio empresário, a de rigidez, eficiência, econômica, financeira e patrimonial. Em suas palavras:

Essas dificuldades, naturais no exercício da empresa, podem acabar culminando em crises dos mais diversos tipos, que podem advir de fatores alheios ao empresário (sujeito que exerce a empresa), mas também podem advir de características intrínsecas a sua atuação. Elas podem significar uma deterioração das condições econômicas da atividade, bem como uma dificuldade de ordem financeira para o seu prosseguimento. (Tomazette, 2017, p. 35).

Mas, as soluções não precisam ser encontradas apenas judicialmente. É dever dos operadores do direito, como dispôs o CPC, buscar a realização de um trabalho para a construção de soluções efetivas na busca da justiça.

O conflito não pode ser banalizado como simplesmente algo ruim. Na procura da desejada pacificação social, o sistema multiportas (dito anteriormente) é um meio eficaz que leva à percepção de diferentes realidades e dessa maneira, capaz de alcançar resultados satisfatório a um maior número de interessados.

Todo o exposto leva à percepção de que os conflitos são inevitáveis. A busca de soluções adequadas faz parte da evolução humana. As lides inacabáveis perante o sistema judiciário são mais agressivas que o resgate de um diálogo, quando isso é possível.

Sobre os meios alternativos para a solução de conflitos, percebemos que as espécies trazidas pelo legislador têm cabimento a cada tipo de situação conflituosa. Dentro do Direito Empresarial, é possível falar da pertinência de utilização da mediação, conciliação e arbitragem, exatamente pela imensidão de espécies societárias legalmente previstas.

Ainda, as relações comerciais também trazem situações que demandam a busca de mecanismos para solucionar impasses ocasionados. A exemplo disso, deve ser mencionado que o Código do Consumidor (CDC), instituído pela Lei 8.078, 11 de setembro de 1990, determinou em seu artigo 4º, V, que o fornecedor de produtos e serviços deve disponibilizar mecanismos alternativos de solução de conflitos (Brasil, 1990, art. 4º).

De igual forma, visando a adequação dos métodos de conflitos, o CDC estabeleceu em seu artigo 51, inciso VII, a determinação em contratos de adesão que prevejam utilização compulsória da arbitragem.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; (Brasil, 1990).

Não se pode afirmar que a arbitragem não seja um instituto adequado aos conflitos consumeristas. Não obstante, é sabido que a maior parte dos consumidores são hipossuficientes. Diante da qualidade técnica da arbitragem, seria inviável que todos fossem submetidos ao procedimento sem um conhecimento prévio do sistema. Assim, o equivalente jurisdicional estaria desvirtualizado.

Por outro lado, a conciliação é o método alternativo ao judiciário mais indicado, dada a inexistência de uma relação anterior que demande o restabelecimento de um diálogo. Em verdade, o papel do conciliador, um terceiro imparcial que oferece meios de solucionar o imbróglio, constitui a técnica mais indicada para essas situações.

Deste modo, verifica-se a necessidade de buscar o melhor mecanismo para solucionar o conflito e, desta forma, alcançar o fim primordial do procedimento submetido: a pacificação.

Visualizando o direito societário, foi dito aqui que é amplo o rol de espécies de sociedades que são legalmente previstas no Brasil. Mas o panorama nacional demonstra que 90% das empresas brasileiras são familiares, conforme divulgou o SEBRAE em 2015.

Com o envolvimento de aspectos familiares e sucessórios e, por isso, evitado de relações anteriores, a mediação se mostra o procedimento apto a solução de conflitos. Isso porque esse tipo de sociedade traz disputas financeiras ou por poder, o que afeta diretamente o relacionamento dos membros da família.

Essa ligação entre os membros familiares e sócios empresariais é o que se denomina *affectio societatis*. Conforme Negrão (2019, p. 44) “denomina-se *affectio societatis* ou *animus contrahendi societatis* a disposição de o contraente participar de sociedade, contribuindo ativamente à consecução de objeto comum, com vistas à partilha de lucros”.

É esse o ponto central que determina, então, que a mediação é o meio mais eficaz para os conflitos societários em empresas familiares. Entretanto, como ficariam as *Holdings* Familiares? Esta é a questão que será debatida no próximo tópico.

4. A HOLDING FAMILIAR E AS TÉCNICAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

Inicialmente, é necessário entender o que são as Holdings Familiares. A expressão *Holding*, da língua inglesa, é proveniente do verbo *to hold*, que significa guardar, controlar, manter.

Nas palavras de Roesel:

As ferramentas mais utilizadas para criar impactos inovadores na estruturação jurídica de organizações produtivas e/ou de patrimônios mais vastos são as chamadas Holdings, nessas destacamos as Holdings Familiares. Importante

frisar ainda que a Holding, por definição, deverá possuir em seu contrato/ estatuto social o objeto de participar do capital social de outra sociedade. (Roesel, 2019, p. 35).

Para Farias e Rosenvald:

Trata-se de uma pessoa jurídica constituída para exercer o controle dos bens de determinadas pessoas físicas, exercendo um papel visivelmente controlador da administração e gestão daquele patrimônio. Ou seja, forma-se uma empresa de participação e de administração do patrimônio comum aos herdeiros, para gerir os bens, maximizando eficiência e resultados, evitando má gestão e perdas. Importante notar que, criada a holding familiar, o patrimônio lhe será transferido, não mais pertencendo às pessoas físicas que lhe compõem. Sem dúvida, pode se apresentar como um elemento contundente no planejamento sucessório. (Farias; Rosenvald, 2015, p. 40).

Verifica-se dos conceitos acima que a Holding Familiar constitui uma forma de se planejar sucessoriamente ou controlar o patrimônio de pessoas físicas. É criada uma empresa, e esta será a responsável por controlar o patrimônio daquelas pessoas integrantes de uma família.

A este respeito, Mamede e Mamede asseveram:

A chamada holding familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma holding pura ou mista, de administração, de organização ou patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se enquadrar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária etc. (Mamede; Mamede, 2018, p. 30-31).

O que se depreende é que as Holdings Familiares serão constituídas conforme a necessidade de cada grupo. Entretanto, o ponto em comum é que todas visam evitar conflitos de ordem sucessória, patrimonial ou econômica no seio familiar. Então, existe um laço que sucede a relação empresarial, ensejando que os conflitos sejam, nos casos possíveis, resolvidos através da mediação.

Esses laços existentes nas relações empresariais familiares, como dito anteriormente, são denominadas *affectio societatis*. Mamede ensina sobre essa relação:

A constituição de uma sociedade pode ter como principal referência o mútuo reconhecimento entre seus sócios. São sócios porque se identificam e se aceitam reciprocamente. São sociedades *intuitu personae*, isto é, sociedades contratadas em função das pessoas. É o caso, por exemplo, das chamadas *empresas familiares*, ou seja, da sociedade *intuitu familiae*, em que a constituição da pessoa jurídica tem por objetivo abrigar pessoas de uma mesma família para a condução de suas atividades econômicas; é o que se passa com a *holding familiar*, por exemplo. (Mamede, 2018, p. 55).

Diante disso, não se exclui, aqui, que haja conflitos também com as Holdings Familiares. Por serem responsáveis por administrar patrimônios de pessoas afetivamente conectadas (na maioria dos casos), as relações estabelecidas também estão suscetíveis a impasses.

A utilização de métodos alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, tem se mostrado cada vez mais relevante no contexto dos Holdings Familiares. Como descrito acima, estes são modelos de empresas que reúnem diversos membros de uma mesma

família em sua estrutura societária, o que pode gerar conflitos em relação à gestão do negócio e ao uso dos recursos financeiros.

Com o surgimento das Holdings Familiares, o Direito Empresarial inovou ao retirar do Direito de Família o dever de criar regras para definir o relacionamento que deve haver entre familiares em suas relações empresariais e patrimoniais. Mamede e Mamede (2018) ressaltam que, assim, retira-se o aspecto emotivo das decisões empresariais e cria-se um ambiente mais profissional, criando normas mínimas de convivência entre os sócios em aspectos patrimoniais e negociais.

Essa situação verificada nas empresas familiares, as quais convergem para o favorecimento de criação de uma Holding Familiar é explicada por Tartuce:

A situação das empresas familiares pode se complicar por envolver aspectos não apenas estritamente profissionais, mas também subjetivos; o processo sucessório em empresas familiares é um assunto relevante e delicado que não pode ser tratado apenas sob os aspectos puramente lógicos da administração – por envolver pontos efetivos e emocionais relacionados à estrutura familiar, sua abordagem deve ser diferenciada. (Tartuce, 2018, p. 368).

Mamede e Mamede (2018) ressaltam, ainda, que a *affectio societatis* passa a ser de observância obrigatória visando o interesse da sociedade. A instituição da Holding Familiar poderá, ainda, definir qual será o instrumento que melhor apresentará uma solução nas disputas, inclusive com previsão de cláusula compromissária.

Não obstante seja a arbitragem um sistema autorregulado, com segurança jurídica, destacando-se pelo diferencial de poder ser o árbitro escolhido pelas partes por sua capacidade técnica, o que se verifica é que as relações traduzidas pelas Holdings Familiares demandam a utilização da técnica da mediação.

A mediação e a arbitragem são alternativas ao processo judicial tradicional, oferecendo uma série de vantagens para as partes envolvidas. A mediação consiste em uma negociação assistida por um mediador imparcial, que busca ajudar as partes a chegarem a um acordo consensual. Já a arbitragem é um processo no qual as partes escolhem um árbitro para resolver a disputa, que emite uma decisão vinculante para ambas as partes.

Não se pode excluir a faculdade que as partes têm para a escolha do meio mais adequado para a solução do caso concreto. Entretanto, o que se verifica é que as Holdings Familiares têm em sua essência, em grande parte dos casos, a afetividade que é inerente aos parentes.

Uma das principais vantagens desses métodos alternativos é a rapidez e a economicidade na solução de conflitos. Em contraste com o processo judicial, que pode levar anos para ser concluído, a mediação e a arbitragem são geralmente mais eficientes e menos burocráticas. Além disso, proporcionam maior flexibilidade em relação ao processo judicial, permitindo que as partes escolham o mediador ou árbitro mais adequado para a disputa em questão.

Em âmbito de Holdings Familiares, a mediação e a arbitragem também podem ser uma forma de preservar as relações familiares. Conflitos envolvendo negócios familiares podem ser especialmente delicados, já que envolvem não apenas interesses financeiros, mas também laços afetivos. A mediação e a arbitragem podem ajudar a reduzir o impacto emocional desses conflitos, permitindo que as partes cheguem a um acordo de forma mais harmoniosa.

Diante disso, o resgate da comunicação entre os pertencentes à Holding Familiar é essencial para o bom desenvolvimento da atividade empresarial e sua continuidade. Conforme dispõe Tartuce:

O mediador não induz propriamente as pessoas a um acordo: ele contribui para o restabelecimento da comunicação de modo que elas gerem novas formas de relacionamento e equacionamento de controvérsias. Sua atuação ocorre no sentido de gerar oportunidades de reflexão e encaminhamentos de modo que os próprios indivíduos protagonizem a elaboração de propostas.

A diferenciação vem refletida no texto do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual o mediador “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios.” (Tartuce, 2018, p. 53).

Por óbvio, não se atribui exclusivamente à mediação o sucesso nas negociações. Existe a necessidade de interesse das partes na composição do conflito. Por isso, quando a mediação não se afigura a melhor maneira de solução, a arbitragem pode aparecer como uma boa opção aos interesses, dada as suas peculiaridades que a fazem diferenciar positivamente do Poder Judiciário.

É como Vilela assegura:

A arbitragem, com as modernizações introduzidas pela Lei n. 9.307/96, ressurge como um importante instrumento para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Não apenas como um “remédio passageiro” para desafogar a emperrada máquina judiciária estatal, mas como um instrumento perene, especialmente adequado aos conflitos empresariais, sobretudo no âmbito societário. (Vilela, 2004, p. 21).

Por todas essas razões, a mediação e a arbitragem são alternativas cada vez mais importantes e relevantes para a solução de conflitos em holdings familiares. Esses métodos podem oferecer maior rapidez, eficiência e flexibilidade em relação ao processo judicial, além de preservar as relações familiares e reduzir os custos envolvidos em disputas judiciais. Dessa forma, a utilização desses métodos pode ser uma forma de promover uma gestão mais eficiente e harmoniosa de empresas familiares.

5. CONCLUSÃO

Verificou-se através do presente estudo que o ordenamento jurídico brasileiro passou por grandes transformações ao longo dos anos. O aquecimento das atividades empresariais foi acompanhando a evolução da sociedade.

De outro lado, os conflitos também foram se diversificando. Antes mesmo da onda do positivismo e do ativismo judicial, o país já contava com métodos de solução alternativa de conflitos, por vezes totalmente sem previsão normativa, fundados nos costumes dos povos.

Com o crescimento do acesso ao Poder Judiciário, verificou-se o monopólio estatal na solução dos conflitos, causando nas pessoas a cultura demandista e, conseqüentemente, afogando o sistema que contém estrutura física e pessoal totalmente precária. Os custos elevados de acesso também acabaram por prejudicar várias pessoas.

A consequência deste abaloamento jurídico foi o clamor da sociedade de formas alternativas para solucionar as suas lides, de maneira eficaz, adequada e que contivesse segurança jurídica. O legislador, assim, criou leis que facilitaram as soluções de litígios através de serviços extrajudiciais, além de normatizar os equivalentes jurisdicionais, como a mediação e a conciliação, bem como a arbitragem.

Atualmente, o CPC influi os atores judiciais a buscar a solução dos conflitos, sempre que possível através destes meios alternativos. Visando uma eficácia dos procedimentos, previu as técnicas de maneira adequada a cada tipo de relação entre os litigantes.

É válido ressaltar que esses métodos não visam a diminuição da importância do Poder Judiciário, o que pode se declarar impossível. O que se visa, com isso, é o aperfeiçoamento o sistema judicial e sua resposta de maneira célere e segura aos jurisdicionados. Também, visa o respeito à autonomia das partes e à sua vontade, corolários do Estado Democrático de Direito.

Dentro do Direito Empresarial, as leis que regem as relações previstas na matéria já vêm se adequando para possibilitar o desvio do Poder Judiciário sempre que possível. É o caso do Código de Defesa do Consumidor que estimula aos fornecedores a prática das técnicas alternativas de solução de conflitos, bem como protege os consumidores de possíveis abusos com a instituição arbitrária da cláusula compromissária.

Uma novidade que vem ganhando destaque dentro do Direito Societário é a formação de Holdings Familiares. São empresas que visam a administração de bens e patrimônios de sócios familiares. Nestes casos, os conflitos tendem a ser inegáveis, tendo em vista o laço de afeto que os conecta.

Diante disso, verificou-se que a melhor técnica na solução dos conflitos das Holdings Familiares são as de mediação, diante da existência de relação havida entre as partes antes do fato que deu ensejo ao impasse.

Essa possibilidade tem previsão legal, tendo em vista que a própria Lei de Mediação e o CPC dispõem que o método é o mais indicado nestes casos. Ainda, o restabelecimento do diálogo entre os interessados vai além de um vínculo profissional. Para isso, é necessário haver disposição das partes para o êxito das negociações. Caso contrário, para uma solução célere que não interfira nas atividades empresariais, a arbitragem seria o meio mais adequado para a composição.

Conclui-se, portanto, da importância dos métodos de solução de conflitos alheios ao Poder Judiciário, com relevância dentro do Direito Empresarial, onde as decisões devem ser céleres e dotadas de segurança jurídica, com o fito de não prejudicar a continuidade da empresa, não gerar custos desnecessários e com técnica suficiente para dar a resposta mais cabível à questão debatida.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor (CDC). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 9 fev. 2022.
- BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.
- BRASIL. **Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.
- DIAS, Feliciano Alcides; OLIVEIRA, Alice Brites Osório de. Evolução dos meios adequados de solução dos conflitos aos serviços notariais e de registro. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 10, n. 1, p. 169-183, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/issue/view/47>. Acesso em: 9 fev. 2022.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015. v. 7.
- MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil: volume único**. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- Disponível em: 10.11606/T.2.2010.tde-02042013-165242. Acesso em: 6 ago. 2020.
- REZENDE, Renato Horta. A necessidade da harmonização e cooperação das justiças Estadual e arbitral: novos tempos. In: MAILLART, Adriana Silva; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; GAGLIETTI, Mauro José (org.). **Justiça mediática e preventiva**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://renatohorta.files.wordpress.com/2017/01/12015.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.
- ROESEL, Claudiane Aquino. **Desmitificando a holding familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.
- SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. **Pais e filhos: os desafios e valores entre gerações de empreendedores**. Brasília, DF: Sebrae, 27 set. 2021. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ms/artigos/pais-e-filhos-os-desafios-e-valores-entre-geracoes-de-empreendedores,f646cf80c782c710VgnVCM100000d701210aRCRD>. Acesso em: 9 fev. 2022.
- SILVA, Nathalia Maria de Araújo. **O uso da mediação na resolução adequada de disputas empresariais: possibilidades e desafios**. 2019. 137 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/23530>. Acesso em: 26 jul. 2020.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.
- VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 14/02/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 21/04/2022
- Avaliação 2: 27/04/2022
- Decisão editorial preliminar: 23/02/2023
- Retorno rodada de correções: 25/03/2023
- Decisão editorial/aprovado: 25/03/2023

Equipe editorial envolvida

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

PODEMOS FALAR EM “CRISE DA DEMOCRACIA BRASILEIRA”? DAS POSSÍVEIS CAUSAS E PROPOSTAS PARA O FORTALECIMENTO DEMOCRÁTICO

CAN WE TALK ABOUT A “BRAZILIAN DEMOCRACY CRISIS”? POSSIBLE CAUSES AND PROPOSALS FOR DEMOCRATIC STRENGTHENING

GABRIELA MÖLLER¹
CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO²

RESUMO

O tema do presente artigo é a democracia brasileira e os problemas que vem enfrentando no cenário político atual sob os auspícios de uma “crise da democracia liberal”. O trabalho objetiva aprofundar no panorama atual da democracia brasileira, o que será feito por pesquisa bibliográfica e documental. Propõe alguns questionamentos: quão grave e o que significa viver uma crise democrática? quais as razões? quais possíveis soluções para reversão do quadro? quais os principais inimigos da democracia brasileira, na atualidade? Concluiu-se que a crise da democracia é uma crise que pode ser associada a um movimento de autocratização e subversão sub-reptícia da democracia, praticados notadamente por governos populistas, que em um cenário de insucesso econômico, corrupção, desconfiança generalizada, ganha apoio e força. O ambiente institucional vivenciado ainda aspira valores democráticos, mas há uma forte tendência que isso seja afetado negativamente no futuro.

Palavras-chave: democracia brasileira; populismo; autocratização; subversão sub-reptícia.

ABSTRACT

The theme of this article is Brazilian democracy and the problems it has been facing in the current political scenario under the auspices of a “crisis of liberal democracy”. The work aims to deepen the current panorama of Brazilian democracy, which will be done through bibliographical and documentary research. It proposes some questions: how serious and what does it mean to live a democratic crisis? what are the reasons? what possible

- 1 Doutoranda (2021) com Bolsa PROSUC/CAPES e Mestra (2021) em Direito pelo PPGD/Unoesc. Professora no Curso de Direito da Unoesc - Joaçaba. Bolsista de iniciação científica durante a Graduação em grupo voltado ao estudo do Processo Civil e da Teoria do Direito. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7378-3235>.
- 2 Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, mestrado e doutorado. Áreas de interesse: Teoria dos Direitos Fundamentais; Direito à Moradia; Desenvolvimento Sustentável; Cidades Sustentáveis. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4528-6690>.

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

MÖLLER, Gabriela; MARCO, Cristhian Magnus de. Podemos falar em “crise da democracia brasileira”? das possíveis causas e propostas para o fortalecimento democrático. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 150-169, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9231>.

solutions to revert the frame? what are the main enemies of Brazilian democracy today? It was concluded that the crisis of democracy is a crisis that can be associated with a movement of autocratization and surreptitious subversion of democracy, practiced notably by populist governments, which in a scenario of economic failure, corruption, widespread mistrust, gain support and force. The institutional environment experienced still aspires to democratic values, but there is a strong tendency for this to be negatively affected in the future.

Keywords: *brazilian democracy; populism; autocratization; surreptitious subversion.*

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é a democracia brasileira e os problemas que vem enfrentando no cenário político atual em razão de uma possível “crise democrática”. “Possível” porque é necessário entender melhor uma série de conceitos e números antes de se afirmar esse cenário (nada otimista, diga-se).

A crise das democracias liberais é temática discutida nas várias democracias ocidentais, já tendo sido produzidos interessantes estudos no ponto, que guiarão a compreensão de uma série de conceitos que o presente estudo busca enfrentar, como populismo, autocracia, subversão sub-reptícia e o próprio conceito de democracia, que pode ser abordado de diferentes formas. O trabalho também realiza uma análise dos atuais índices de pesquisa sobre a (in) satisfação democrática brasileira, para se entender a percepção social.

O problema de pesquisa proposto se desdobra em alguns questionamentos: Qual a percepção do brasileiro quanto à democracia? O que significa viver uma “crise democrática” e quais as razões? Vivemos, no Brasil, uma crise democrática? Como enfrentar os maiores “inimigos” da democracia? O trabalho objetiva se aprofundar no panorama atual da democracia brasileira e entender que males afetam nossa democracia.

Para tanto, o trabalho se desdobrará em três momentos. No primeiro, apresentar-se-á os dados dos principais índices que medem a qualidade da democracia de um país. Após a apresentação dos índices, serão trabalhados conceitos importantes para a crítica que se seguirá, como conceitos de “Estado”, “Estado de direito”, “regime” e “democracia”. Na terceira seção, se analisarão os conceitos a partir de estudos desenvolvidos por proeminentes autores na temática.

A técnica de pesquisa é bibliográfica e documental. Quanto à pesquisa bibliográfica, levando em consideração a vasta literatura sobre o tema, foram selecionados alguns livros, cujo critério de seleção foi a *expertise* e recorte da temática dos Autores: Adam Przeworski, Guillermo O’donnell, Anne Applebaum, Yascha Mounk e David Runciman. Quanto à pesquisa documental, foram analisados os seguintes índices sobre democracia: LAPOP, Latinobarómetro, V-DEM e *Democracy Index 2020*.³

3 A pesquisa no LAPOP foi diretamente aos dados primários. No *Latinobarómetro*, a pesquisa foi feita no relatório emitido pela instituição e, também, nos dados primários, disponibilizados pelo site. No *democracy index* e no V-DEM foram consultados os relatórios emitidos pelas instituições. Todos os dados e relatórios são atuais, reportando-se ao ano de 2021 (V-DEM Institute), 2020 (*Democracy index* e, ao final de 2020, *Latinobarómetro*) ou 2019 (LAPPOP).

2. INDICADORES: O QUE PENSAM HOJE OS BRASILEIROS SOBRE A DEMOCRACIA?

Foram analisados quatro indicadores, dois deles voltados precipuamente à realidade latino-americana, o LAPOP e o *Latinobarómetro*. Outros dois indicadores são globais, o V-dem e o *Democracy Index*.

Nessa seção, serão expostos os resultados de pesquisas, que mais à frente serão analisados. Buscou-se centrar principalmente no Brasil, mas foram realizados comparativos com outros países, principalmente da América Latina, a fim de comparar e evidenciar o resultado de alguns índices.

2.1 LAPOP E LATINOBARÓMETRO

Somente 6% dos latinos acreditam que no seu país há uma “democracia plena”. No Brasil, 54% apontam que há “grandes problemas” na democracia (média entre 2017 a 2020) e, para 15%, uma democracia com “pequenos problemas”. Para 11% dos latino-americanos, não há democracia em seu país (*Latinobarómetro*, 2021, p. 30).

Os níveis de insatisfação com a democracia brasileira são preocupantes: 2,8% estão “muito satisfeitos”, 19% estão “satisfeitos”, 50% “não estão satisfeitos” e 28% “nada satisfeitos”. Na série histórica desde 1995, o segundo índice (satisfação) diminuiu e o terceiro (insatisfação) aumentou, ou seja, houve piora (*Latinobarómetro*, 2021).

Entre 2010 e 2020, o apoio à democracia caiu de 63% para 49%. Ainda, tem aumentado o número de pessoas que, além de insatisfeitos com a democracia, não a apoiam. Atualmente, 70% dos latinos estão insatisfeitos com a democracia, mas 49% a apoia (democratas), o que coloca em 23% o patamar de latinos insatisfeitos com a democracia e que não a apoiam (não-democratas) (*Latinobarómetro*, 2021, p. 38-40).

No Brasil, 45% apoiam a democracia e acreditam que a democracia é preferível a outra forma de governo, mas o número mais interessante é para aqueles que “tanto faz” a democracia ou outra forma: era de 20% em 1995 e atualmente é de 41%. No Brasil, assim, 55% não apoiam a democracia (não-democratas) (*Latinobarómetro*, 2021, p. 38-40).⁴

Para o *Latinobarómetro* (2021, p. 40) o que qualifica uma democracia como “vulnerável” não é nem o índice de apoio aos golpes, que, conforme veremos, é baixo, mas é o índice de não-democratas. Pelo alto índice brasileiro, o relatório insere o país dentre os países com democracias mais “vulnerável”, cujo topo é ocupado por Honduras, com 70% de não-democratas.

O melhor momento de apoio e satisfação com a democracia brasileira ocorreu durante o governo de Luís Inácio Lula da Silva (55%). O Brasil, hoje, registra um apoio fraco à democracia, não alcançando índices de 60% de apoio, como outros países (*Latinobarómetro*, 2021, p. 23).

4 Há pequena variação quanto aos dados do LAPOP (LAPOP, 2019, p. 13-15). Segundo a pesquisa, quanto à insatisfação com a democracia, 78% se declaravam insatisfeitos em 2017, mas esse número reduziu para 58% em 2019. Quanto à satisfação, de 22% em 2017, aumentou para 42% em 2019. Entretanto, deve ser levado em consideração que os dados do *Latinobarómetro* foram colhidos no final de 2020 e a própria pesquisa reconhece que no intervalo entre 2018 à 2020, em alguns países se registrou aumento de apoio à democracia, como foi o caso do Brasil (de 34% em 2018 passou para 40% em 2020), mas quase metade dos 18 países latinos pesquisados demonstraram diminuição, sendo em alguns, aguda, como é o caso do Equador, Colômbia, Panamá, Venezuela e Honduras (*Latinobarómetro*, 2021, p. 18-21).

Ainda, 69% dos brasileiros pensam que a democracia tem problemas, mas é o melhor sistema (“Democracia Churchilliana”). A média latina é de 63% e o número apresenta redução desde 2013, quando alcançava 79% (caída de 16 pontos percentuais em menos de uma década) (Latinobarómetro, 2021, p. 31).⁵

Paralelamente, a discordância quanto a frase “a democracia é o melhor sistema” tem aumentado: teve a menor série em 2010, 26%, atingiu 48% em 2017, porém, em 2019 a discordância reduziu para 40%. Se analisarmos os dados de 2017, houve uma melhora quanto à percepção da democracia, mas não é a mesma percepção que havia em 2010. Dentre os países da América Latina, o Brasil ocupa a quinta posição quanto à concordância com a frase supramencionada.⁶

Quanto ao perfil do cidadão democrata ou não-democrata, na medida que aumenta a idade, aumenta o apoio à democracia. Entre os maiores de 60 anos, 65% apoiam a democracia, enquanto os que tem menos de 25 o apoio é de 50% (quinze pontos de diferença). A indiferença ao tipo de governo também acompanha esse padrão: é de 31% nos menores de 25 e 23% dos maiores de 60 anos. Mais jovens também apoiam mais os governos autoritários: 18%, em comparação aos 12% maiores de 60 anos. O sexo não influencia significativamente nos resultados (Latinobarómetro, 2021, p. 28).

Dados apontam que quanto maior o grau de instrução educacional, maior o apoio à democracia. Os que tem educação básica representam cerca de 54% dos apoiadores, enquanto dentre os que tem superior, 66%. Quanto à classe social, 43% dos que estão na classe alta apoiam a democracia, enquanto 58% são os que estão na classe média baixa e 53% na classe baixa (dez pontos de diferença). O autoritarismo e a indiferença ao tipo de regime também aumentam na medida que diminui a classe social (Latinobarómetro, 2021, p. 28-29).

No que toca à posição política, vem ocorrendo um aumento de pessoas que se identificam como de direita. Verifica-se um aumento de 28%, em 2017, para 39%, em 2019, daqueles que se declaram de direita. Quanto à esquerda, houve um decréscimo, reduzindo de 39%, em 2017, para 28% em 2019. Quanto às pessoas que se diziam ao “centro”, somam 39% em 2019, número que vem reduzindo desde 2010, o que denota também a polarização política. A direita (50%) é a parcela mais satisfeita com a democracia, seguido do centro (39%) e da esquerda (35%) (LAPOP, 2019, p.11-15).

Para 59% dos brasileiros, em nenhuma circunstância se admitiria um governo militar (Latinobarómetro, 2021, p. 33). Dos que acreditam que se justificaria, 43% são de direita, 31% de esquerda e 30% do centro (LAPOP, 2019, p. 19-23).

Entretanto, cerca de 53% dos brasileiros apoiam outras soluções não-democráticas que não o golpe militar (fechamento do Congresso pelo presidente, dissolução do STF pelo Presidente, etc.). Na América Latina, o índice é de 51%. Esses dados indicam, conforme veremos abaixo, a tendência de aumento do apoio ao populismo e à autocracia. Inclusive, o informe aponta que no Brasil é factível a existência de uma autocracia eleitoral e menos de uma ditadura militar (Latinobarómetro, 2021, p. 34-35). Em todos os casos, o apoio da direita aos golpes é até 20 percentuais mais alto do que do centro e da esquerda.⁷

5 Para o *Latinobarómetro*, a média brasileira de concordância com a frase é de 69%, enquanto segundo o Lapop é de 60%.

6 Está atrás de Costa Rica (72%), Chile (64%), Mexico (63%) e empata com Colômbia em 60%. (LAPOP, 2019, p.16-18).

7 Atualmente, 62% não concorda quanto à dissolução do STF. O questionamento envolvendo a dissolução do STF era de 87% de discordância de 2008-2012, depois o número começou a decrescer, ou seja, aumentou a concordância (LAPOP, 2019, p. 24-30).

Entretanto, os latinos não acreditam que o autoritarismo⁸ seja uma opção de governo, pois 77% demonstram a vontade de votar nos seus governantes. No ponto o informe destaca “[...] por eso Ortega en Nicaragua, Maduro en Venezuela se ven obligados a hacerlas [eleições], aunque sean una farsa.” (Latinobarómetro, 2021, p. 90).

Quanto ao poder das instituições, 57% dos latinos acreditam que o governo tem mais poder, 37% acreditam que são os empresários, 33% acreditam que são os partidos políticos e 28% no parlamento. No Brasil, para 50% são os governos e para 38% as empresas (Latinobarómetro, 2021, p. 49-51).

Quanto à confiança, a América Latina é a região mais desconfiada do mundo frente as instituições eleitas por voto popular, em comparação com as demais regiões: está a vinte pontos percentuais atrás da Ásia, África, Países Árabes e Eurasia (Latinobarómetro, 2021, p. 62).

Quanto à confiança nas instituições democráticas e na igreja, segundo dados da América Latina, segue que: 61% confiam na igreja, 44% nas forças armadas, 36% na polícia, 32% no Presidente, 31% na instituição eleitoral, 27% no governo, 25% no poder judicial, 20% no Congresso e 13% nos partidos políticos. No Brasil: 67% na igreja, 57% nas forças armadas, 48% na polícia, 30% no presidente, 30% na instituição eleitoral, 27% no governo, 36% no poder judicial, 23% no congresso, 13% nos partidos políticos. Verifica-se o baixo grau de confiança no congresso e nos partidos políticos, o que se confirma pelo dado que desde 2010 diminuiu de 40% para 29% o número de cidadãos que se sentem próximos a um partido político (Latinobarómetro, 2021, p. 64-71 e 89).

Essa “desconfiança” fica nítida também pela percepção de uma “corrupção generalizada” nas instituições democráticas pelos latino-americanos: 58% acreditam que o presidente seja, 55% o parlamento, 50% a polícia, 47% juízes e magistrados, 24% líderes religiosos e 16% algumas famílias. Quanto aos números, há similaridades com o Brasil, mas há que se destacar uma maior desconfiança frente aos parlamentares, que chega a 71% no país, e uma confiança maior quanto aos juízes, que é de dez pontos percentuais menores que a média geral da América Latina. É possível afirmar, assim, que há, no mínimo, 47% de desconfiança frente às instituições públicas, o que afeta profundamente a consolidação da democracia (Latinobarómetro, 2021, p. 83-84).

Para 52% dos brasileiros a corrupção aumentou, enquanto para 23% houve um progresso na luta contra corrupção (o mesmo índice, na América Latina, é de 29%) (Latinobarómetro, 2021, p. 74-82).

Quanto à confiança interpessoal, ou seja, “o outro”, o vizinho não conhecido, os demais cidadãos, há índices baixos: o Uruguai é o mais alto, com 21%, o Brasil o mais baixo, com 5%. Isso é o reflexo de uma sociedade anômica e fechada (Latinobarómetro, 2021, p. 62-63). O reflexo da desconfiança é o aumento da insegurança, de modo que aumentou o índice de pessoas que desejam ter arma de fogo: de 21% em 2012 para 43% hoje (LAPOP, 2019, p. 40).

Alguns outros dados sobre o Brasil: 32,5% acreditam que os tribunais garantem julgamentos justos (terceira melhor classificação na América Latina); 51,1% apontam que os direitos dos cidadãos estão bem protegidos (nono lugar na América Latina); 30,9% acreditam que o Congresso Nacional é confiável (quinto lugar na América Latina); 13,4% apontam que tem

8 Não confundir “autocracia” com “autoritarismo”. A diferença será melhor delineada à frente.

confiança nos partidos políticos (décimo lugar na América Latina), sendo que 89,8% pensam que todos os partidos tem envolvimento com corrupção (segundo lugar na América Latina); 44,9% apontam ter confiança no STF (terceiro lugar na América Latina) (LAPOP, 2019, p. 55-64).

Quanto à proteção da liberdade de expressão, participação política e eleição de profissão e religião. Nos índices gerais, 68% acreditam ter garantia de eleger sua religião, 57% a liberdade de eleger a profissão, 46% a liberdade de expressão, 45% a liberdade de participar em política. É de se destacar que os números foram afetados pela pandemia, pois não caíam há 15 anos, a não se pela liberdade de participar da política, que caiu vinte pontos percentuais desde 2011. Quanto à liberdade de expressão, o Brasil tem a pior taxa da América Latina, 30%. É também o pior quanto à liberdade de eleger profissão, 38%. A percepção de perda de liberdades civis é profundamente preocupante para a democracia (Latinobarómetro, 2021, p. 54-57).

Quanto às garantias econômicas e sociais, como nas garantias civis, sofreram grande queda em 2020. Brasil tem o pior índice na percepção da igualdade de gênero (22%), de igualdade de oportunidades (20%), proteção do meio ambiente (20%) e terceiro pior quanto à segurança social (23%). No geral, 43% afirmavam haver proteção da propriedade privada, 42% liberdade entre homens e mulheres, 38% proteção do meio ambiente, 37% solidariedade com pobres e necessitados, 35% segurança social, 34% igualdade de oportunidades, 28% proteção conta o crime, 27% oportunidade de conseguir trabalho e 20% distribuição de riqueza (Latinobarómetro, 2021, p. 58-61).

Quanto à percepção de discriminação, 21% dos latinos se sentem parte de um grupo discriminado (pobres, indígenas, afrodescendentes, homossexuais e imigrantes). No Brasil, esse número chega a 39%, cujo maior índice, dentre os grupos discriminados, é a discriminação racial (Latinobarómetro, 2021, p. 86-87).

2.2 DEMOCRACY INDEX E V-DEM

O *Democracy Index 2020* (The Economist Intelligence Unit, 2020, p. 10 e 37-38) classifica os países em: “democracias plenas”, “democracias imperfeitas”, “regimes híbridos” (todos considerados democracias) e “regimes autoritários” (considerados ditatoriais). Em 2020 o Brasil foi classificado como uma “democracia imperfeita”, ocupando o 49º lugar no Ranking de avaliação das democracias, com a pontuação de 6,92, de 10.⁹ A América Latina vem decrescendo na sua pontuação geral (atualmente 6.09), principalmente em pontos como processo

9 **Democracias Plenas:** Países nos quais não apenas as liberdades políticas básicas e as liberdades civis são respeitadas, mas também tendem a ser sustentadas por uma cultura política conducente ao florescimento da democracia. O funcionamento do governo é satisfatório. A mídia é independente e diversificada. Existe um sistema eficaz de freios e contrapesos. O judiciário é independente e as decisões judiciais são aplicadas. Existem apenas problemas limitados no funcionamento das democracias. **Democracias Imperfeitas:** Esses países também têm eleições livres e justas e, mesmo que haja problemas (como violações da liberdade de imprensa), as liberdades civis básicas são respeitadas. No entanto, existem deficiências significativas em outros aspectos da democracia, incluindo problemas de governança, uma cultura política subdesenvolvida e baixos níveis de participação política. **Regimes Híbridos:** As eleições têm irregularidades substanciais que muitas vezes as impedem de serem livres e justas. A pressão do governo sobre os partidos e candidatos da oposição pode ser comum. Fraquezas sérias são mais prevalentes do que em democracias imperfeitas – na cultura política, no funcionamento do governo e na participação política. A corrupção tende a ser generalizada e o estado de direito é fraco. A sociedade civil é fraca. Normalmente, há assédio e pressão sobre os jornalistas, e o judiciário não é independente. **Regimes Autoritários:** nesses estados, o pluralismo político estadual está ausente ou fortemente circunscrito. Muitos países nesta categoria são ditaduras absolutas. Algumas instituições formais de democracia podem existir, mas têm pouca substância. As eleições, se ocorrerem, não são livres e justas. Há desrespeito pelos abusos e violações das liberdades civis. A mídia é tipicamente estatal ou controlada por grupos ligados ao regime governante. Há repressão às críticas ao governo e censura generalizada. Não há judiciário independente (The Economist Intelligence Unit, 2020, p. 57, tradução nossa).

eleitoral e liberdades civis. Os piores índices do Brasil são relacionados à participação política, ao funcionamento de governo e à cultura política; o melhor, relativo ao processo eleitoral.

Diferente do *Democracy Index*, o V-DEM (2021, p. 18) classifica as democracias da seguinte forma: autocracia fechada, autocracias eleitoral, democracia eleitoral e democracia liberal. As autocracias eleitorais e as fechadas abrigam 68% da população mundial, enquanto o número de pessoas que vive em democracias liberais no mundo é de 14%, e 29% vivem em democracias eleitorais. O Brasil é classificado como uma “democracia eleitoral”.¹⁰

O relatório anual do V-DEM (2021, p. 9 e 13) foi denominado em 2021 “*Autocratization turns viral*”. Em 2020, foi “*Year of lockdown*” e 2019 “*Year of protest*”. A razão para o nome é que os dados do relatório apontam que mesmo que haja mais democracia liberal que nos anos 70 e 80, há um declínio global da democracia liberal, pois os níveis atuais de democracia são menores do que nos anos 90. O declínio é sentido principalmente na região da Ásia-Pacífico, Europa Oriental e Ásia Central e América Latina.

O Brasil está incluído dentre os 10 países cuja democracia liberal mais reduziu nos últimos 10 anos e mais a autocracia aumentou, estando em quarto lugar quanto à “autocratização”. Apesar disso, ainda se mantém como uma democracia, porém uma democracia eleitoral, que não é uma democracia liberal (V-DEM Institute, 2021, p. 18-19).

2.3 ALGUMAS PERCEPÇÕES PRELIMINARES SOBRE A DEMOCRACIA BRASILEIRA

Dos dados acima trazidos pelos índices, passa-se a uma breve sistematização, cujas conclusões serão melhor analisadas na próxima seção.

Quadro 1 – Conclusões sobre a democracia brasileira a partir dos indicadores

Há uma parcela expressiva da população que identifica “grandes problemas” na democracia brasileira (44%).
O apoio à democracia brasileira caiu cerca de 10 pontos nos últimos 6 anos (45%). 55% não apoiam a democracia.
% dos brasileiros estão pouco ou nada satisfeitos com a democracia.
Os mais jovens apoiam menos a democracia, bem como são mais indiferentes ao tipo de regime e governo, e apoiam mais os regimes autoritários do que os mais velhos. Quanto maior o grau de instrução educacional, maior o apoio à democracia. Quanto mais baixa a classe, menor o apoio.
Há um aumento de pessoas que se identificam com a posição política de direita e um decréscimo, na mesma proporção do aumento da direita, para a esquerda.

10 Abaixo segue a classificação realizada pelo V-DEM. A democracia eleitoral abrange menos aspectos democráticos que a democracia liberal: “O **Índice de Democracia Liberal**: O Índice de Democracia Liberal V-Dem (LDI) captura os aspectos liberais e eleitorais da democracia com base nos 71 indicadores incluídos no Índice de Componente Liberal (LCI) e no Índice de Democracia Eleitoral (EDI). O EDI reflete uma ideia relativamente ambiciosa de democracia eleitoral, onde uma série de características institucionais garantem eleições livres e justas, como liberdade de associação e liberdade de expressão. O LCI vai ainda mais longe e captura os limites impostos aos governos em termos de dois aspectos principais: a proteção das liberdades individuais e os pesos e contrapesos entre as instituições. O **Índice de Democracia Eleitoral**: O V-Dem Electoral Democracy Index (EDI) captura não apenas a medida em que os regimes realizam eleições limpas, livres e justas, mas também sua real liberdade de expressão, fontes alternativas de informação e associação, bem como o sufrágio masculino e feminino e o grau em que a política do governo é investida em funcionários políticos eleitos” (V-DEM, 2021, p. 42-45, tradução nossa)

Para 59% dos brasileiros, em nenhuma circunstância um golpe militar se justificaria. Entretanto, 53% dos brasileiros apoiam outras soluções não-democráticas.
O apoio da direita a golpes é 20 percentuais maior dos que se declaram de centro ou esquerda.
% dos latino-americanos demonstram vontade de votar e participar de eleições, ou seja, preferem o voto à opressão política autoritária.
Há um alto índice de desconfiança frente as instituições públicas, principalmente quanto ao Congresso e aos partidos políticos. Isso se traduz nos altos índices de percepção da corrupção.
Desde 2010 diminui 10 percentuais quanto à proximidade dos cidadãos com algum partido político.
Desde 2012 dobrou o percentual de pessoas que gostariam de ter arma de fogo.
O Brasil tem dois direitos civis profundamente afetados: liberdade de expressão e de eleger profissão. Quanto aos direitos sociais, o Brasil tem o pior índice da América Latina quanto à igualdade de gênero, igualdade de oportunidades e proteção do meio ambiente.
O Brasil tem um alto índice de discriminação, principalmente no que toca à discriminação racial.
Para os índices globais, o Brasil é classificado como “democracia imperfeita” e como “democracia eleitoral”. Isso espelha que não somos uma democracia liberal.
O Brasil está dentre os 10 países com maiores índices de “autocratização”.

Fonte: Autoria própria, 2023.

3. UM PRIMEIRO PASSO: COMPREENDENDO GOVERNO, REGIME, NAÇÃO E DEMOCRACIA LIBERAL

Na presente seção, para que seja possível analisar criticamente os dados, pergunta-se: O que é o Estado? O que é o Estado de direito? O que é uma nação? O conceito de nação é relevante, hoje? O que é a democracia liberal? A democracia é um regime ou é uma forma do Estado?

O Estado é um fenômeno recente, que ganha forma na medida em que toma o controle dos meios de coerção sobre determinado território e a população daquele território (nação) e cria burocracias hierarquicamente subordinadas ao poder central. O Estado “de direito”, por sua vez, nasce na medida em que os vários “tipos de direito”¹¹ foram absorvidos pela legislação, produzida desde o centro do poder (O’Donnel, 2004, p. 16-18).

A partir do que foi delineado, identifica-se que o Estado possui três dimensões. As burocracias e o sistema legal pretendem gerar a ordem e previsão das relações sociais - primeira e segunda dimensão do Estado - e, ao fazer isso, o Estado garante a continuidade histórica da nação, ou seja, busca ser um foco de identidade coletiva para os habitantes do território, com o fim de superar conflitos sociais, em nome de um sentimento de união maior - terceira dimensão do Estado (O’Donnel, 2004, p. 22).

O “regime”, por sua vez, é o padrão que determina o canal de acesso às principais posições do governo, o perfil dos atores admitidos, os recursos e estratégias utilizadas para ganhar o acesso, instituições pela qual o acesso é processado. Logo, o acesso às posições de governo se dá pelo regime, que permite que o representante governe, tome decisões (O’Donnel, 2004, p. 13-14).

11 Consuetudinário, urbano, feudal, religioso.

Quanto à democracia, muitos são os que já a conceituaram. Há visões maximalistas¹² e minimalistas. Przeworski (2020, p. 12-13), enquadra-se no segundo grupo. O autor adota uma análise minimalista e eleitoral da democracia, assim conceituada: “[...] arranjo político no qual as pessoas escolhem governos por meio de eleições e têm uma razoável possibilidade de remover governos de que não gostem [...]”. É essa abordagem que o estudo seguirá.

Przeworski (2020, p. 83) aponta que o milagre de uma democracia é que forças políticas aceitem o resultado da votação, pois os resultados de uma eleição significarão que uma parcela da população deverá se submeter a uma opinião diferente ou contrária a seus interesses. As eleições substituem a violência, pois revelam os limites temporais do governo e promovem a paz.

A autorização para governar concedida pelo voto, porém, deve ser capaz de fazer com que aquele representante queira respeitar as regras, seja para ser reeleito, seja para não ser retirado do cargo (Przeworski, 2020, p. 84-85; Mounk, 2019, p. 138-139).

O’Donnel (2004, p. 36-39) aponta que as características de democracia são quatro. A primeira característica são eleições limpas, institucionalizadas, e a segunda são eleições inclusivas e universalistas. Sobre o ponto, o cidadão, aquele que cumpre o requisito de nacionalidade, é a unidade individual do regime democrático e tem direito de votar e de ser eleito, bem como de ocupar cargos no aparato estatal (O’Donnel, 2004, p. 22-28). Trata-se de características do regime.

A terceira característica é a existência de um sistema legal que sanciona direitos e liberdades incluídas na definição do regime democrático e a quarta é um sistema legal que previna que o governante usurpe o poder. Trata-se de características do Estado. No ponto, significa que a estabilidade democrática deve ser mantida também durante o período do governo eleito.

Durante o governo, uma democracia busca processar conflitos de forma ordeira dentro do âmbito institucional, com o fim de evitar ameaças à ordem pública, para que as forças políticas que acessaram ao poder consigam se envolver nas atividades políticas. Para tanto, as organizações de oposição¹³ envolvidas nos conflitos também devem ter incentivos para buscar seus interesses nos canais institucionais e aceitar eventuais resultados desfavoráveis, o que demanda que os interesses sejam balanceados (Przeworski, 2020, p. 13).

Ainda, há que se falar sobre “democracia liberal”, o que se enquadra precipuamente na terceira característica trazida por O’Donnel. A definição de “liberal” aqui adotada será a de que “[...] liberal é alguém comprometido com valores básicos como a liberdade de expressão, a separação de poderes ou a proteção dos direitos individuais.” (Mounk, 2019, p. 38). Basicamente, é a união entre a vontade do povo (democracia) e os direitos individuais (liberalismo).

No ponto, O’Donnel (2004, p. 54-56) destaca a importância de abordarmos com maior cuidado a percepção de democracia liberal nos países latinos. Em países desenvolvidos, os direitos civis foram efetivados antes da adoção da inclusão e universalização dos direitos políticos. Também, nas teorias há uma pressuposição de que a legalidade do Estado se estende de forma homogênea no território. Essas teorias não se adaptam à realidade Latina. O padrão

12 A visão interessante de Jacques Rancière (1996, p. 23-34) merece destaque. Para o autor, a democracia é o modo de subjetivação da política, e não um regime, um conjunto de instituições. Pela democracia, a política questiona a ordem da distribuição dos corpos (igualdade). Recomenda-se a leitura das obras do Autor: “Ódio à democracia” e “O desentendimento político e a filosofia”.

13 É de suma importância, em uma democracia, que a oposição tenha parte no governo e consista em voz importante, pois caso não tenha voz, é possível que revoltas violentas eclodam, constituindo perda da manutenção da ordem pública (Przeworski, 2020, p. 85-87).

modal Latino (de base nacional-populista), foi: primeiro foram reconhecidos alguns direitos sociais, mais tarde, houve a aquisição de direitos políticos através de processos de democratização, depois, direitos civis foram implantados de forma intermitente¹⁴. Esse cenário é importante para entendermos os problemas de efetividade dos direitos fundamentais e cidadania em nosso território.

Pontuados alguns conceitos, passa-se à análise de fenômenos recentes vivenciados na democracia brasileira (também vivenciados à nível global), conceituando-os e os analisando a partir dos dados, a fim de se verificar as características atuais da democracia brasileira.

4. FIM DA DEMOCRACIA LIBERAL? POPULISMO? AUTOCRATIZAÇÃO? OS CAMINHOS DO BRASIL

Paira no ar, hoje, um medo de uma queda brusca da democracia liberal. Esse mesmo medo já foi sentido em outras ocasiões, mas hoje alguns fenômenos novos e complexos assustam as pessoas e as fazem temer mais profundamente. Ao mesmo tempo, há ainda pouca compreensão sobre o que significam e qual a ameaça real que apresentam à democracia.

A proposta é investigar as diversas ameaças ao processo eleitoral, no sentido de não seguirem o *script* acima delineado, ou seja, que acabem incidindo em violações das garantias civis e políticas, desgaste na confiança das instituições e redução do apoio ao sistema democrático e suas instituições (Przeworski, 2020, p. 12).

Existem algumas razões pelas quais as democracias fracassam (Przeworski, 2020, p. 88; Mounk, 2019, p. 39-40):

- a) Quando as democracias seguem um caminho que restrinja direitos (e isso mesmo que tenha eleições livres e competitivas);
- b) Quando o governo abusa das vantagens e torna a eleição não-competitiva;
- c) Quando eleições raramente denotam a opinião popular (ocorre normalmente quando a política é comandada pela elite) e não tem consequência na vida das pessoas;
- d) Quando o conflito é intenso e há muita polarização;
- e) Quando o governo interpreta a oposição como subversiva e é empurrada para fora do quadro institucional.

Para Mounk, a “cola” entre democracia e liberalismo vem perdendo a aderência. Dois caminhos poderão seguir: um sistema sem direitos individuais, que pode se voltar contra o povo (iliberal); um sistema que prescinde da vontade popular, recorrendo-se à repressão para dar fim aos dissidentes (antidemocrático) (Mounk, 2019, p. 119-120).

A partir de um recorte na América Latina, O’Donnel (2004, p. 12-13 e 40) aponta que há um severo déficit de credibilidade, causado pela ineficácia das instituições e/ou da colonização delas por interesses privados. Seguem algumas deficiências:

14 Sugere-se a leitura das p. 20-35 do texto do autor.

- a) Governos eleitos são vistos como incapazes ou não dispostos a encarar questões relacionadas a desigualdade social;
- b) Estado está debilitado enormemente pela corrupção e clientelismo;
- c) A legalidade não se estende a todo o território. Há vastas áreas sem alcance do direito;
- d) O direito é aplicado não poucas vezes de forma discriminatória contra minorias.
- e) Cidadania de baixa intensidade, pois, via de regra, todos tem alcance aos direitos políticos, mas para muitos são negados direitos sociais básicos e direitos civis básicos (por exemplo, proteção contra violência policial). São os materialmente e legalmente pobres. (O'Donnel, 2004, p. 48-49).¹⁵

O Estado não consegue cumprir a dimensão de legalidade e é incapaz de atuar para a redução das desigualdades sociais. O Estado acaba reproduzindo as desigualdades e facilitando-as (O'Donnel, 2004, p. 49-51).

4.1 FENÔMENOS RELACIONADOS À CRISE DA DEMOCRACIA

Segundo Przeworski (2020, p. 14-16), “crise” significa que algo tem que mudar, que não é possível continuar do modo que está. A crise não significa “morte da democracia”, pois a resolução do problema pode advir de reformas parciais sem que a democracia seja dissolvida. Até porque, conforme ficará claro, será identificado que fatores econômicos, sociais, tecnológicos e políticos, juntos, e não isolados, ocasionam a crise democrática, conforme opinião de Przeworski (2020, p. 69-70), Applebaum (2021, p. 63) e Mounk (2019, p. 214-215).

O sinal mais iminente se está vivenciado uma crise da democracia é quando já se observam os seguintes fenômenos: violência substitui o voto ou quando ocupantes tornam impossível para a oposição tirá-los do cargo. Nesses casos, a ordem pública entra em colapso (Przeworski, 2020, p. 23-27).

A presente seção buscará entender o que pode vir a acarretar ou contribuir para a crise da democracia. Przeworski (2020, p. 23-27) aponta que alguns pontos como maior desenvolvimento econômico, menor índice de desigualdade social reduzem a possibilidade de crise, assim como aumentam a existência do regime presidencialista. Mas a discussão vai além.

Abaixo seguem alguns fenômenos que são apontados como causa do enfraquecimento do apoio à democracia segundo pesquisas, esquematizados em um quadro, para melhor análise.

15 Segundo o *Latinobarómetro* (2021, p. 23-24), três democracias estão profundamente afetadas: El Salvador, Honduras e Guatemala. No caso, segundo o informe, não seria a democracia em si que apresentaria problemas, mas a ausência de Estado. Inclusive, muitas das debilidades latinas se devem às debilidades do Estado, pois sem ele não pode haver república ou democracia.

Quadro 1 – Fenômenos relacionados ao enfraquecimento do apoio à democracia

Fenômeno e conceito	Causa	Efeito
<p>Fim da crença no progresso material</p> <p>A democracia existe de forma “desconfortável” com o capitalismo. Funciona na medida em que a coexistência proporciona uma melhora na condição de vida das pessoas (Przeworski, 2020, p. 16-17).</p>	<p>A convivência, na atualidade, não é mais pacífica. Associa-se esse fenômeno ao ciclo neoliberal iniciado nos anos 80 (Przeworski, 2020, p. 16-17, 57-61; Mounk, 2019, p. 191).</p>	<p>Aprofunda-se a desigualdade e paralisa-se a perspectiva de mobilização social (Mounk, 2019, p. 187-190; Castells, 2018, p. 36-37). Emerge uma percepção que empresas exercem um alto poder nas relações, o que distorce o papel do Estado (Latinobarómetro, 2021, p. 49-51). No Brasil, mesmo com a redução do PIB o apoio à democracia não caiu vertiginosamente, mas é possível afirmar que o fator econômico pode influenciar no apoio de ações anti-institucionais, levando ao enfraquecimento democrático.</p> <p>Os índices históricos de aprovação do governo refletem que a aprovação diminui na medida em que problemas que sustentam desigualdades não são solucionados e que resultados tateáveis não são apresentados (Latinobarómetro, 2021, p. 47 e 23).</p>
<p>Novas tecnologias e informação</p> <p>Com a democratização da internet, reduziu-se a diferença entre <i>insiders</i> e <i>outsiders</i> políticos, ampliando a participação para além das elites políticas (Mounk, 2019, p. 28-29). Com as tecnologias, aumentou também a possibilidade de vigiar e acompanhar a atuação dos políticos (Runciman, 2018, p. 127-128).</p>	<p>A revolução da comunicação foi muito rápida e distante da regulação estatal. Fenômenos como algoritmos que incrementam falsas percepções, bem como as <i>fake News</i>, criam um âmbito informativo extenso e dificultam diferenciar o verdadeiro e o falso (Applebaum, 2021, p. 66-68).</p>	<p>É positivo, no sentido de que o discurso político não é mais o oligopólio do governo, e nem por ele pode ser controlado, mas, por conta disso, há também mais facilidade para derrubar democracias liberais (Mounk, 2019, p. 176). Outro ponto extremamente negativo é o aprofundamento da polarização política e social, potencializada pelo uso de algoritmos, por exemplo, levando aos extremos da intolerância.</p>
<p>Sociedade polarizada</p> <p>A ideia democrática de que oponentes políticos não são inimigos e devem ser respeitados não é uma criação simples, mas extremamente sofisticada. Se os rivais forem encarados como ameaças há muito o que temer se forem eleitos, o que abre espaço para reações não-democráticas a eleições (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 81-84). Ademais, quando uma sociedade não é altamente polarizada, é possível unir as pessoas em torno de um conceito de nação, que cria um ambiente de tolerância da diferença e respeito.</p>	<p>Cada vez mais as eleições denotam um cenário de alta polarização política da sociedade. Os resultados cada vez mais “apertados” revelam isso. No mesmo sentido, socialmente, cada vez mais as relações sociais têm se desgastado e têm sido interrompidas fundadas na posição política das pessoas.</p>	<p>Mais do que simplesmente visões de mundo opostas, as pessoas tendem a ter visões excludentes e intolerantes. O índice baixíssimo, quase nulo, sobre a confiança no próximo deixa muito claro o quanto à noção de “nação” está mal configurada na democracia brasileira. O grande problema da polarização política é que mesmo o mais bem-intencionado político democrata encontrará dificuldade em regular conflitos de uma sociedade altamente polarizada (Przeworski, 2020, p. 14). Uma democracia não existe se não consegue regular os conflitos que se lhe apresentam.</p>

Fenômeno e conceito	Causa	Efeito
Corrupção e desconfiança: o distanciamento dos partidos políticos	Há um distanciamento entre partidos e pessoas, fundado uma ausência de identificação. Trata-se de um sinal da fraqueza organizacional ou insatisfação com a classe política (Przeworski, 2020, p. 74).	Isso ocasiona um descolamento e defesa de propostas políticas. Busca-se “salvadores”, que venha com “respostas prontas”, e não com um projeto e com um posicionamento político (Applebaum, 2021, p. 68). Nesse sentido, não se elege um político pela proposta traçada e pelo plano do partido ¹⁶ . Esses atores articulam discursos xenofóbico, racistas, patriarcais e propõe a reconstrução pela visão de um líder ou em uma causa e o discurso rejeita o estado geral das coisas (Castells, 2018, p. 29-30). Os dados (Latinobarómetro, 2021, p. 74-89) revelam que as pessoas não votam, hoje, no partido político: 52% declaravam que não votavam em partido em 2005 e em 2020 esse percentual aumentou para 63%. No Brasil, para 71% os parlamentares são corruptos, para 52% houve um aumento da corrupção.
A aproximação entre pessoas e partido é muito importante, na medida que as pessoas passam a se sentir parte de um projeto político e social. O distanciamento é notadamente causado pela corrupção e pela percepção de que a política é “profissional” despreocupada com a vida das pessoas.	Quanto à insatisfação, observa-se, na democracia, um aumento da corrupção – ocasionada principalmente pelo financiamento de partidos e o custo da política profissional – de modo que a política passa a ser vista como um negócio despreocupado com pessoas (Castells, 2018, p. 14-19; Mounk, 2019, p. 102-112).	

Fonte: Elaboração própria, 2023.

Como reflexo da análise acima feita, Przeworski aponta que o que mais o “assusta” quanto ao futuro da democracia não é a questão sobre a sobrevivência ou não da democracia, pois acredita que não está em jogo na maioria dos países, mas por se tratar de uma crise que não é só política, mas tem raízes profundas na economia e na sociedade (Przeworski, 2020, p. 101-102).

Desse modo, atribuir à democracia a culpa pelos problemas gerados é algo extremamente simplista.

Na sequência, o estudo se debruçará sobre os efeitos desses fenômenos, que darão cor e forma à crise: o populismo, a autocracia e a subversão sub-reptícia, que juntos, são uma coisa só. No ponto, se localizam os fenômenos que degradam as democracias liberais.

4.2 POPULISMO, AUTOCRACIA E SUBVERSÃO SUB-REPTÍCIA: DA CRISE DEMOCRÁTICA ATUAL

A desilusão quanto à política e quanto aos resultados da democracia ganha uma nova dimensão na atualidade, pois, conforme aponta Runciman (2018, p. 61-62), antigamente a desilusão ligava-se a um ou outro partido, mas hoje liga-se a própria democracia liberal. Anali-

¹⁶ A concretização dessa realidade no Brasil se dá pelo fato de o presidente Bolsonaro ter ficado, durante a presidência, sem partido político por dois anos. Para seus eleitores, pouco importava o partido ao qual ele estava filiado ou se filiaria. No final de novembro de 2021, filiou-se ao PL para concorrer à reeleição, uma vez que é pressuposto da candidatura estar filiado. É a nona legenda política que o presidente possui, em sua trajetória política (Gomes; Borges; Oliveira, 2021).

sados alguns fenômenos que enfraquecem a democracia, passa-se a uma análise dos efeitos desses sintomas, que são sentidos na configuração do campo político.

Emerge uma série de políticos hoje com as seguintes características:

- a) Defendem que a política é comandada por uma elite corrupta e se apresentam como antissistema, *antiestablishment* (Przeworski, 2020, p. 49-50);
- b) Diferente do líder autoritário, pretende a eleição segundo o jogo democrático – logo, não são antidemocráticos, mas apresentam elementos anti-institucionais, na medida em que não acreditam que as instituições funcionem no modelo “tradicional” (Przeworski, 2020, p. 49-50);
- c) Colocam a culpa pelos problemas democráticos em determinados grupos (os “chineses”, os “comunistas”, os “imigrantes”...) (Mounk, 2019, p. 19-20);
- d) Defendem que resolver os problemas profundos do nosso tempo é simples: escutar o povo, pois o povo sabe instintivamente o que fazer. A vontade popular pode, inclusive, “atropelar” direitos individuais (Mounk, 2019, p. 19-20; Przeworski, 2020, p. 50);
- e) Defendem que existe uma “conspiração” quanto à formatação do tradicional sistema político e criam um sentimento de acesso especial à verdade (Applebaum, 2021, p. 29; Runciman, 2018, p. 56).

Essas são todas características de um governo de cunho populista. A maior consequência do governo populista é que, em que pese alçar o poder de forma democrática, o governo acaba tomando atitudes iliberais, como consequência das críticas abertas e ataques às instituições “tradicionais” (Mounk, 2019, p. 46-48). Assim, a maior consequência que decorre da chegada de um populista ao poder é o fato de investir contra a democracia.

Por isso, é tradicional que um governo populista acabe tomando atitudes chamadas “autocráticas”.¹⁷ A autocratização de um país segue o seguinte padrão: governos atacam a mídia e a sociedade civil, polarizam a sociedade, desrespeitam oponentes através de informações falsas e depois miram uma eleição/reeleição. O panorama autocrático é confirmado pela piora dos níveis relacionados a garantias civis e política (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 66-76).

“Autocracia” refere-se ao modo como o poder estatal é distribuído, ou seja, não se relaciona com a legitimidade democrática (é possível um populismo autocrático em um regime democrático). Inclusive, há uma dificuldade imensa de se combater o populismo autocrático, pelo fato de ter sido legitimado por um processo eleitoral democrático.

O movimento autocrático de tomada de decisões antidemocráticas com aparência de legitimidade, e muitas vezes legitimada pela Constituição, é o principal desafio da democracia. Esse fenômeno se chama “subversão sub-reptícia” (Przeworski, 2020, p. 16). E esse fenômeno é o que mais assombra as democracias liberais hoje.

Existem diferentes tipos de golpe. O golpe à maneira clássica deixa claro que a democracia não mais vigora. Outro, porém, “faz de conta” que a democracia está intacta, mantendo o processo eleitoral. Nesse tipo de golpe, a democracia não é o inimigo a se destruir, mas é um disfarce para a subversão (Latinobarómetro, 2021, p. 74-82).

17 Levitsky e Ziblatt (2018, p. 23-34) apontam que foi isso que ocorreu na América Latina com Fujimori, Chávez, Evo Morales, Gutiérrez e Rafael Correa. Todos eram *outsiders* e enfraqueceram instituições democráticas. Nesses casos, passou-se de um populismo para um movimento de autocratização que, em alguns casos, culminou no autoritarismo.

O golpe perpetrado pela subversão sub-reptícia funciona do seguinte modo: o político faz uso dos mecanismos legais e institucionais para fins de retrocesso e desconstrução das instituições democráticas. Não há uma quebra manifesta da democracia, pois o golpe é legitimado pelas ferramentas institucionais e não são “bruscas”, mas sim tomadas dentro do quadro legal. Entretanto, da análise das medidas tomadas por um governo é possível verificar um quadro antidemocrático, mas até que os pontos sejam ligados os danos à democracia já foram causados (Przeworski, 2020, p. 16 e 89-93).

Qual o objetivo? O objetivo é se perpetuar no poder, através de um enfraquecimento paulatino da oposição e pelo desrespeito do jogo eleitoral.

A principal ferramenta contra a subversão é a voz da oposição política. Entretanto, vimos que hoje os discursos de partido têm baixa adesão e baixa capacidade de influenciar (Przeworski, 2020, p. 93).

É importante destacar que o efeito mais nocivo de um ciclo de poder populista é que os políticos não conseguem, a despeito de suas promessas, proporcionar uma melhoria na vida das pessoas – vimos que o problema é muito mais complexo, há uma gama de fenômenos – dado que suas propostas são tendenciosas, paliativas, xenofóbicas, simplistas e apelativas, de modo que isso amplia o descontentamento do eleitor. A consequência pode ser: repetição do quadro populista, aprofundamento da oposição política, e até, eventualmente, quebra do sistema democrático.

Conforme os índices trazidos pela V-DEM, o Brasil vem sofrendo um movimento de autocratização, estando, a nível mundial, incluído dentre os 10 países que apresentaram os maiores índices de autocratização:

Figura 1 – Como a autocratização afeta o país – Brasil entre 2010-2020

FIGURE 11: HOW AUTOCRATIZATION UNFOLDS – COUNTRY EXAMPLES, 2010–2020



Fonte: V-Dem Institute, 2021, p. 22.

Da análise dos dados, há uma percepção geral contrária ao golpe militar e ao golpe, no geral. Isso se deve, segundo ao *Latinobarómetro*, pelo seguinte fato: “¿Para qué tener gobiernos militares cuando se puede ser dictador sin usarlos? Los autócratas han aumentado em el mundo desde que pueden ser electos.” (Latinobarómetro, 2021, p. 32).

Nesse sentido, é na indiferença frente à democracia, e não no autoritarismo, que se refugiam os decepcionados com a democracia (Latinobarómetro, 2021, p. 25-26), que votam em populistas, os quais, por sua vez, tem grande chance de iniciar um processo de autocratização.

Conforme anteriormente visto sobre o perfil do eleitor, quanto menos educação, mais jovem e de classe mais alta, maior o apoio a opções não democráticas. Uma explicação possível para o desencanto dos jovens, segundo Mounk (2019, p. 49), é que os jovens não têm noção de como seria viver em um sistema político diferente, pois não vivenciaram as formas de autoritarismo do século passado, mas estão somente acostumados com as injustiças e hipocrisias do sistema em que vivem.

4.3 FUTURO DA DEMOCRACIA

Przeworski (2020, p. 98) é pessimista quanto ao futuro. Acredita que haverá o crescimento da desigualdade, desqualificação do trabalho, redução salarial e surgimento de partidos populistas de esquerda e de direita, seguidos de um partidarismo intenso com partidos fracos.

Para o autor, o quadro se deve às limitações naturais que a democracia representativa possui¹⁸ e quanto a “pretensas” patologias presentes no sistema de representação, como a ideia de que as eleições não são realmente uma escolha, ou que o voto é algo inútil.¹⁹

Quanto ao combate de ameaça populista, Mounk (2019, p. 28-30) destaca que algumas propostas: reformar a política econômica para reduzir a desigualdade, redescoberta do sentido de nação, reação e resistência ao impacto transformativo da internet e mídias sociais (Mounk, 2019, p. 28-30).

Para Levitsky e Ziblatt (2018, p. 174-175) políticas de redução de desigualdade social são um importante caminho para que a democracia seja novamente vista como um canal de mudanças positivas. Para os autores, a assistência social foi por muito tempo estigmatizada, então encontrar políticas de base universalista pode ter efeito moderador. Do mesmo modo, políticas mais abrangentes do mercado de trabalho também precisam ser adotadas.

Um ponto difícil e que deve ser trabalhado é saber como se opor aos golpes graduais (subversão sub-reptícia). Mesmo que a resistência seja incômoda e difícil, é necessária para, ao menos, atrapalhar a vida de governos populistas. Deve a oposição chamar atenção para as medidas autocráticas e antidemocráticas tomadas, bem como forçar as instituições a agirem. Na maior parte dos casos de eleição de populistas, havia profundas divisões na oposição (Mounk, 2019, p. 220-225).

Os autores (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 23), ainda, delineiam um conjunto de quatro sinais de alerta que podem auxiliar a reconhecer um autocrata e reagir em tempo hábil: quando o político rejeita ou ignora as regras democráticas do jogo, quando nega a legitimidade de oponentes, quando encoraja violência, quando apresenta tendência de restringir a liberdade civil dos oponentes.

18 Conforme visto, os fenômenos são de ordem econômica, social e tecnológica. Não se pode atribuir a culpa ao “sistema democrático”.

19 Przeworski (2020, p. 99) defende que as eleições são sim um mecanismo de escolha, e sua complexa importância é muito maior do que simplesmente não se satisfazer com “a” ou “b”. Quanto à insatisfação, o autor aponta que em sociedades altamente heterogêneas, torna-se cada vez mais difícil que a política agrade a todos. A insatisfação é natural e também é natural que a democracia não consiga dar as pessoas o resultado que consideram mais importante, até porque a democracia não é um ideal ou sistema perfeito, tendo suas próprias limitações, razão pela qual se enfrentam crises, mas ainda é a democracia, nas palavras do autor “[...] a maneira menos pior [sic] de organizarmos nossa vida como coletividade [...]”.

Outras lições para o futuro são a importância de se conectar novamente com as preocupações dos eleitores; passar uma mensagem positiva, em vez de criticar demasiadamente os defeitos dos populistas; unir cidadãos em torno de uma visão comum de suas nações; dar esperanças quanto ao futuro econômico; torná-los mais resistentes quando às mentiras e ódios propagados em mídias sociais (Mounk, 2019, p. 223-228).

Conforme visto, para que uma democracia funcione bem, o sistema eleitoral deve funcionar bem. Nem sempre esse mecanismo funciona: se não houver nada em questão, se mesmo com o voto, a vida das pessoas continuar a mesma, ou, de outro lado, muito em questão, ou seja, que estar do lado perdedor for penoso demais. Nesses casos, se perde o incentivo de participar e, inclusive, a oposição poderá não aceitar o resultado da eleição (Przeworski, 2020, p. 85)

O motivo pelo qual as democracias ainda persistem é a capacidade de manter suas potencialidades negativas: podem substituir um político e governo, quando fartos. O problema das democracias atuais é que as virtudes positivas estão se esgotando: a democracia não deve somente evitar o desastre, mas precisa preservar a capacidade de combinar resultados benéficos, o que não está mais acontecendo. Os partidos foram o instrumento primário para combinar as virtudes positivas na democracia. Os políticos ainda acabam fazendo promessas, que acabam não sendo cumpridas. Os “grandes solucionadores” que surgem hoje, os mais grandiloquentes, afirmam ter as respostas verdadeiras (Runciman, 2018, p. 179).

Quanto às virtudes positivas, como a de melhorar a vida das pessoas, foi visto que na América Latina há um *déficit* muito amplo no que toca à cidadania civil, que se deve à má-prestação de direitos civis e sociais, que por sua vez decorre de um cenário de profundas desigualdades e de uma visão ainda muito prematura sobre cidadania civil, em comparação com países de democracia avançada.

Levando em consideração a profunda desigualdade, O’Donnel (2004, p. 58-62) destaca que América Latina, os *déficits* em direito não atingem a todos. Membros da classe média e alta estão melhores em uma democracia política do que no autoritarismo, porém, vários países pioraram estando sob a democracia. Uma estratégia, segundo o autor, seria utilizar os direitos políticos existentes para se reivindicar os direitos faltantes, à semelhança do que alguns movimentos, como o movimento feminista, fizeram. O autor destaca a necessidade de se colocar, na América Latina, ênfase nos direitos civis, para que sejam o caminho para conquistas políticas e sociais. Esse caminho só é possível trilhar com a democracia. A conquista de direitos, sejam eles civis, políticos ou sociais auxilia na conquista de outros, ou cria condições para a conquista e para localizar e definir condições de privação aguda de direitos civis e sociais (O’Donnel, 2004, p. 58-62).

No que toca a escolha do direito, ou seja, seu conteúdo, especificidade, alcance, prioridade, trata-se de temática marcada por variados pontos de vista e preferências, sejam de ordem teóricas, sejam de ordem ideológica. Como resolver, então? A resposta é a democracia, a deliberação democrática, que é realizada pelas instituições, através da representação.

Nesse sentido, para se recuperar a desconfiança existente, se requer lideranças, mudanças culturais e socioeconômicas, assim como garantias civis e sociais (Latinobarómetro, 2021, p. 72).

5. CONCLUSÃO

Para o *Latinobarómetro* (2021, p. 35), à luz das três crises existentes hoje, política, sanitária e econômica, a manutenção do apoio à democracia mostra sua resiliência e demanda. Não parece que os latinos irão culpar a democracia pelos desastres e consequências da democracia.

Segundo Przeworski (2020, p. 55), pesquisa com dados que denotam desconfiança são informativas, mas não proféticas. Para o autor, saber o que significa “democracia” é difícil para as pessoas e varia. Várias pesquisas, inclusive, indicam que o público em geral enxerga a democracia como “igualdade social e econômica”, e não em termos institucionais. Ainda, mesmo que as pessoas queiram ser governadas por líderes fortes, isso não significa que queiram abdicar o direito de escolha.

Adotou-se no trabalho um conceito minimalista, associado às eleições e ao direito de votar, mas, conforme visto, não significa que esse seja o termo adotado por todos.

Levando em consideração essa proposta, vimos que 77% dos latino-americanos querem votar e escolher seus governantes, mas paralelo a isso, no Brasil 55% se declaram não-democratas e 80% estão insatisfeitos com a democracia, sendo que temos um dos melhores índices do mundo quanto ao nosso processo eleitoral, como atesta o *Democracy Index*.

O cenário é preocupante quanto à juventude, visto que não foi consolidado um senso educacional sobre o significado e importância da democracia liberal. Há uma tendência a escolha de opções não-democráticas, uma vez que, de fato, vivenciamos uma realidade na qual se aumenta as problemáticas associadas à desigualdade e corrupção, mas o caminho, entretanto não pode ser o fim da democracia ou o apoio a opções não democráticas.

Ocorre que na medida em que continuar a se apoiar soluções não-democráticas e que oposições e a própria população forem conivente com elas, há chance de regimes populistas autocráticos passarem a, cada vez mais, minar os valores democráticos. Ainda, na medida em que não houver oposição a subversão sub-reptícia, cada vez mais as liberdades individuais serão enfraquecidas, reduzindo, paralelamente, a capacidade de oposição.

A questão é que não há antídotos milagrosos. Não há solução definitiva, mas instintivamente se procura tais respostas, que hoje vêm prontas em discursos simplistas e muitas vezes violentos, xenofóbicos, racistas e misóginos. Alguém tem que ser o culpado e alguém tem que ser o responsável por uma brusca transformação, a fim de que a esperança perdida seja resgatada.

É essa a crise da democracia. Não é uma crise de autoritarismo ou fascismo, é uma crise de populismo autocrático, em um ambiente que ainda aspira os valores democráticos (apoio ao voto e eleições), mas que está perdido e sem esperança na democracia, em razão dos resultados recentes em termos de insucesso econômico, corrupção, etc.

Há diversas influências que auxiliam um cenário negativo a se formar e que estão fora do controle da democracia em si: novas tecnologias da informação, *fake news*, mídias sociais. É uma nova estrutura comunicacional, cujos limites não foram traçados, e que tem afetado profundamente o comportamento das pessoas e, conseqüentemente, o processo eleitoral e a governabilidade.

De modo a resgatar a menção à Rancière, a política é um regime do dano infligido à ordem em nome da liberdade, frente a uma pretensa realidade igualitária. A política só acontece assim e só existe porque há uma parcela das pessoas que não tem parcela, e que demandam seu reconhecimento. A democracia deve ser capaz de traduzir isso.

Por todo o exposto, fica a lição de saber diferenciar entre o que é a democracia liberal, como a desejamos, como é importante, e o que são efeitos exógenos que afetam o funcionamento e o fortalecimento democrático, que tem não somente raízes políticas, mas culturais, econômicas e sociais. Somente assim, se localizam os “culpados”, ao invés de deixar criar um ambiente antidemocrático, que tende à regressão dos direitos, repressão e, eventualmente, violência.

REFERÊNCIAS

- APPLEBAUM, Anne. **El ocaso de la democracia**. La seducción del autoritarismo. [S. l.]: Debate, 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Partidos registrados no TSE**. 2021c. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse>. Acesso em: 19 dez. 2021.
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. A crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- GOMES, Pedro Henrique; BORGES, Beatriz; OLIVEIRA, Paloma. Após dois anos sem partido, Bolsonaro se filia ao PL, nona legenda da carreira política. **G1**, 30 nov. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/11/30/apos-dois-anos-sem-partido-bolsonaro-se-filia-ao-pl-nona-legenda-da-carreira-politica.ghtml>. Acesso em: 19 dez. 2021.
- LAPOP. **Opinião pública brasileira e seu lugar no Barômetro das Américas**. 2019. Disponível em: http://www.cepesp.io/uploads/2019/06/VozesBrasil_LAPOP_DisseminationBrazil_June2019.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021.
- LATINOBARÓMETRO. **Informe 2021**. Santiago de Chile, 2021. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>. Acesso em: 19 dez. 2021.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- O'DONNELL, Guillermo. Notas sobre la democracia en América Latina. *In*: LA DEMOCRACIA em América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2004. p. 11-73.
- PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.
- RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy index 2020**. In sickness and in health. 2020. Disponível em: <http://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/democracy-index-2020.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2021.
- V-DEM INSTITUTE. Autocratization turns viral. **Democracy report 2021**. 2021. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/74/8c/748c68ad-f224-4cd7-87f9-8794add5c60f/dr_2021_updated.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 15/08/2022
- Avaliação 2: 29/12/2022
- Decisão editorial preliminar: 29/12/2022
- Retorno rodada de correções: 20/02/2023
- Decisão editorial/aprovado: 20/02/2023

Equipe editorial envolvida

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

A FINITUDE NA PERSPECTIVA DE UM NOVO CONCEITO JURÍDICO DE VIDA E SUA CONEXÃO COM A POESIA DE GÊNESIS

THE AUTONOMY OF FINITUDE WITHIN THE
PERSPECTIVE OF A NEW LEGAL CONCEPT OF LIFE AND
ITS CONNECTION WITH THE POEM OF GENESIS

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS¹
CLAUDIANO CARDOSO NOGUEIRA²

RESUMO

A partir do método hipotético-dedutivo, tendo como marco teórico o conceito de vida ativa de Hannah Arendt, esta pesquisa analisa, diante das questões que envolvem a finitude da vida, a necessidade de redefinir o conceito jurídico de vida, o que se faz, também, à luz do poema bíblico dos primeiros capítulos de Gênesis.

Palavras-chave: conceito de vida; poema de gênesis; dignidade da pessoa humana; finitude da vida; autonomia da vontade privada.

ABSTRACT

Based on the hypothetical-deductive method, having Hannah Arendt's concept of active life as a theoretical framework, this research analyzes, in the face of issues involving the finitude of life, the need to redefine the legal concept of life, what is done, also, in the light of the biblical poem of the first chapters of Genesis.

Keywords: *concept of life; genesis poem; dignity of human person; end of life; autonomy of private will.*

- 1 Pós-Doutoranda na Universidade de Bologna. Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas. Professora de Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Professora de disciplinas de Direito Processual em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Coordenadora-Adjunta e Pesquisadora do IMDP - Instituto Mineiro de Direito Processual. Editora Chefe das Revistas Cadernos Jurídicos do IMDP e Revista Jurídica IMDP. Diretora Institucional e de Comunicação do INPEJ - Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Membro da ABEP - Associação Brasileira Elas no Processo. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/4971454368506778>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5644-782X>.
- 2 Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito do Trabalho pelo IEC - Instituto de Educação Continuada - PUC/MG. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/1103629315046997>.

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

FREITAS, Gabriela Oliveira; NOGUEIRA, Claudiano Cardoso. A finitude na perspectiva de um novo conceito jurídico de vida e sua conexão com a poesia de gênesis. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 170-187, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9305>.

1. INTRODUÇÃO

Interroga-se, no presente trabalho, a partir de uma perspectiva crítica, o que define o fim da vida, buscando demonstrar que esta definição ainda sofre uma severa interferência de crenças religiosas, mesmo em um Estado laico. O tema traz à tona um debate para além do Direito, em que os posicionamentos morais e religiosos formam uma armadura poderosa, impedindo o avanço da legislação.

O Estado, caracterizado laico, ao invocar o poder de intervir em situações que deveriam ser pautadas pela autonomia do indivíduo, ao fundamento de ser arauto da vontade divina, acaba por promover um distúrbio na ordem jurídica. Quando o Estado, sob o manto de potestade, nega a voz ao indivíduo e determina o que é melhor para ele, deflagra um golpe ao alicerce que o sustenta, correndo o risco de desmoronar.

Para fins de delimitação teórica, não se pode desconsiderar que, em 1988, instituiu-se um novo paradigma de Estado, qual seja, o Estado Democrático de Direito, em que se deve garantir a consecução da autonomia da vontade, sem jamais limitá-la. Assim, questiona-se: seria possível coexistir em tal ordem, uma comunidade sem indivíduos efetivamente livres? Ao responder negativamente a essa pergunta, sobressai um elemento condicionante do próprio Estado Democrático de Direito: o indivíduo livre.

A partir disso, pretende-se demonstrar que a interferência imprópria, praticada pelo Estado, se vale de uma definição incompleta, ultrapassada e, portanto, falha, do que venha a ser o conceito jurídico de vida, especialmente na última fase da linha temporal biológica.

Já que não se nega toda a interferência religiosa na sociedade brasileira e, por consequência na ordem jurídica que a rege, o que se sugere, neste trabalho, é uma reinterpretação do texto bíblico, tendo como ponto de partida o texto de Gênesis, para que se busque um novo entendimento jurídico sobre a finitude da vida, defendendo-se, assim, que a possibilidade de reconhecimento do direito a uma morte digna.

Por ora, o desenvolvimento deste artigo levará em conta tais inquietações, sobretudo pela ótica da interferência religiosa imprópria, oferecendo uma interpretação bíblica que, talvez, possa justificar a autonomia humana no que tange a finitude da vida e o direito de morrer.

Na presente pesquisa, as cortinas se abrem para a literatura, revelando sua íntima conexão com o Direito. Importa, pois, a identificação no poema de Gênesis dos quatro elementos essenciais que compõem a autonomia, capazes de dar novos contornos ao conceito de vida, muito além da mecânica biológica: liberdade, utilidade ou propósito, responsabilidade e limite.

Como marco teórico, adota-se o conceito de vida ativa, trabalhado por Hannah Arendt, dialogando com os elementos da autonomia mencionados no texto bíblico em análise, o que possibilitará revisitar o conceito jurídico de vida. Para oferecer uma nova conceituação de vida que possibilite a solução das questões relativas aos Direitos Existenciais da atualidade, exige-se uma metodologia capaz de conciliar os contraditórios interesses. De um lado tem-se a preocupação com a banalização do corpo e a alma que ele carrega. Do outro a valorização da dignidade da pessoa humana e da autonomia que lhe é inerente, com a real possibilidade de partir sem dor e sem sofrimento.

Adota-se o método da pesquisa hipotético-dedutivo, que propõe a eleição de proposição hipotética, com certa viabilidade, para responder o problema ou lacuna do conhecimento científico, além da pesquisa bibliográfica.

2. A FINITUDE DA VIDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, consagra, em seu art. 5º, *caput*, como um direito fundamental a “inviolabilidade do direito à vida”, que somente pode ser compreendida a partir da dignidade da pessoa humana, prevista como fundamento da República, no art. 1º, IV (Brasil, 1988).

Apesar de trazer previsão do referido direito fundamental, a Constituição nada menciona acerca do fim da vida.

Dispõe o art. 6º do Código Civil que “a existência da pessoa natural termina com a morte”. No Brasil, a morte é juridicamente reconhecida como ausência de vida, levando-se em conta exclusivamente a biomecânica do corpo humano (Brasil, 2002).

A Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamentos, aponta para essa morte mecânica ao dispor sobre a possibilidade dos órgãos, tecidos e partes do corpo humano serem removidos para fins de transplante e tratamento:

Art. 3º. A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados ao transplante poderá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participante das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (Brasil, 1997).

Essa mesma morte biomecânica é reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.480, de 08 de agosto de 1997:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

(...)

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação da morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia. (Brasil, 1997)

Sobre a definição da morte, esclarecem Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves:

Desde a primeira legislação que se referiu aos transplantes de órgãos adotada no Brasil, incluindo, obviamente a legislação em questão, decidiu-se que os critérios para o estabelecimento de conceitos de morte fossem fixados por médicos. Assim, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.480/97, já se manifestou quanto aos parâmetros clínicos a serem observados para a constatação da morte encefálica: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Melhor explicando: o critério para o diagnóstico da morte encefálica é a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória. (Sá; Naves, 2011, p. 294-295).

Tem-se, portanto, que o direito brasileiro somente reconhece o fim da vida diante do encerramento da atividade encefálica.

Questiona-se, a partir de tais previsões legais, a possibilidade de uma ressignificação do que é vida e, por consequência, do que é o fim da vida. Ou seja, busca-se um novo conceito jurídico que ultrapasse e complete os apontamentos biológicos mecânicos, tais como a oxigenação e os impulsos elétricos cerebrais. Ao perder a autonomia responsável e ou a capacidade consciente e ou propósito, a vida de alguém persiste na mecânica do corpo?

De pronto se evidencia um conflito jurídico-filosófico sobre o conceito de vida, o qual reclama solução legislativa adequada, condizente com as questões de Direito extrapatrimoniais surgidas no novo milênio. Novas drogas e tecnologias cultuam a preservação do corpo, ainda que doentes. A técnica de criogenia³ é uma realidade que busca encontrar o elixir da vida eterna diante da possibilidade futura da cura de doenças hoje incuráveis.

Todavia, não se pode desconsiderar que o ser humano, na perspectiva de Heidegger, é um ser destinado à morte (Heidegger, 2005). Não se pode pensar em vida sem considerar que esta tem um fim. E, para definir o que marca o fim da vida, tem-se que pensar o que define a vida, utilizando-se, neste trabalho, a noção de vida ativa, desenvolvida por Hannah Arendt, a partir da ideia de vida autêntica de Heidegger, bem como o conceito de vida trabalhado pelo texto bíblico de Gênesis.

Para Arendt, viver na condição humana exige três requisitos: labor, trabalho e ação (Arendt, 2005). E, a partir desta condição humana arendtiana, é que se verificará as condições da vida estabelecidas no mencionado texto bíblico.

Como é impossível pensar na quebra desse paradigma sem encarar de frente a influência dos juízos morais e religiosos que obstam a ação da autonomia privada responsável, o presente artigo, se lança em uma visão transdisciplinar, debruçando sobre poema bíblico que retrata a origem da vida, inclusive como pedra angular da redefinição investigada.

3 Técnica que permite refrigerar o corpo até à temperatura de -196°C, fazendo com que o processo de deterioração e envelhecimento pare. Assim, é possível manter o corpo nas mesmas condições durante vários anos, para que, no futuro, seja reanimado.

3. A BARREIRA RELIGIOSA COMO FORÇA DE MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA DE VONTADE NAS QUESTÕES DE FINITUDE DA VIDA

As barreiras para o desenvolvimento da legislação nas questões de direitos existenciais são de natureza diversa. Talvez, a que mais exerça pressão sobre a fonte de produção de normas seja a religiosa.

De início, vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 assegurou, como direito fundamental, a liberdade religiosa (art. 5º, VI), inclusive invocando a proteção divina em seu preâmbulo, apesar de constituir um Estado laico. Um Estado laico é aquele que não se submete ao controle das religiões, inexistindo, portanto, uma religião oficial no Brasil, que seja capaz de influenciar nas instituições públicas (Brasil, 1988).

Lado outro, é indubitável que as religiões cristãs são aquelas que têm maior interferência na sociedade brasileira e, em que pese a laicidade do Estado, acabam por interferir no sentido jurídico da finitude da vida, por se basearem na crença de que a vida é um dom divino. Defendem que qualquer intervenção na linha temporal existencial da pessoa humana, especialmente na constatação da sua finitude, mesmo em casos de irreversibilidade, configura uma defraudação ao direito à vida. Para tanto, o argumento é objetivo: a vida é dada por Deus e, portanto, Ele é o único que pode tirá-la.

Não se pode afirmar que tais crenças religiosas partam do desconhecimento quanto aos motivos que podem levar um indivíduo a clamar pelo direito de morrer sem sofrimento. Mas, ainda assim, a negativa ao pedido de clemência se baseia na defesa do caráter sagrado da vida. Nesse sentido, “a igreja, apesar de estar consciente dos motivos que levam um doente a pedir para morrer, defende acima de tudo o caráter sagrado da vida” (Pinto, 2004, p.37).

Entretanto, historicamente, as crenças cristãs oscilam no trato do tema da finitude da vida humana. Ora endossam a misericórdia como possibilidade de antecipação do fim como efeito colateral decorrente da ministração de medicamentos próprios para o alívio do sofrimento, fato também conhecido como princípio do duplo efeito⁴, ora reforçam a dor e o sofrimento como uma possibilidade natural da morte natural, única aceitável.

Em 1956, a Igreja Católica se posicionou expressamente contra a eutanásia, afirmando ser uma prática contrária à lei de Deus. Todavia, ainda em 1957, o Papa Pio XII acatou a possibilidade de encurtamento da vida como efeito secundário pela utilização de medicamentos próprios de alívio de dor e sofrimento de pacientes terminais (Goldim, 2000).

Nos anos 80, o Vaticano divulgou uma declaração sobre a eutanásia, reafirmando a doutrina do Papa Pio XII, reconhecendo o princípio do duplo efeito, não como uma morte desejada e procurada, mas como algo natural:

4 Duplo efeito é um termo técnico utilizado em Ética que se refere aos dois tipos possíveis de consequências produzidas por uma ação em particular, denominadas de efeitos desejados e para efeitos indesejáveis.

Entretanto o uso intensivo de medicamentos analgésicos não está isento de dificuldades, porque o fenômeno da habituação obriga geralmente a aumentar a dose para lhes assegurar a eficácia. Convém recordar aqui uma declaração de Pio XII que conserva ainda todo o seu valor. A um grupo de médicos que lhe tinha feito a pergunta se « a supressão da dor e da consciência por meio de narcóticos (...) é permitida pela religião e pela moral ao médico e ao paciente (mesmo ao aproximar-se a morte e se se prevê que o uso dos narcóticos lhes abreviará a vida, o Papa respondeu: se não existem outros meios e se, naquelas circunstâncias, isso em nada impede o cumprimento de outros deveres religiosos e morais, sim. Neste caso, é claro que a morte não é de nenhum modo querida ou procurada, embora, por um motivo razoável, se corra o risco de morrer; a intenção é simplesmente acalmar eficazmente a dor, usando para isso os medicamentos analgésicos de que a medicina dispõe.⁵

Em recente publicação, a revista eletrônica Vatican News vinculada ao Twitter do Sumo Pontífice, confirma a posição conservadora do Papa Francisco em relação à eutanásia e ao suicídio assistido: “são graves ameaças para as famílias no mundo inteiro. Enquanto sua prática é legal em muitos Estados, a Igreja a contrasta firmemente” (*apud* Centofanti; Lima, 2019).

A barreira ora exposta mitiga a autonomia da vontade, e referenda um dogma defendido pela Igreja Católica. O pensamento religioso que exerce pressão sobre os agentes políticos, impedindo o desenvolvimento da legislação sobre a finitude humana, baseia-se em um conceito exclusivamente biológico e mecânico de vida. Ou seja, o fim da vida ocorre quando os impulsos elétricos cerebrais desaparecem, cuja tomada, somente Deus pode desligar.

Esse posicionamento é fruto de uma interpretação das Escrituras Sagradas, a Bíblia, considerada uma regra de fé e prática para os cristãos. Por outro lado, uma vez que o papado se intitula o representante da vontade de Deus na Terra, suas interpretações sobre os textos bíblicos é o mais próximo do desejo divino para a humanidade.

Porém, é possível extrair do texto bíblico uma interpretação mais ampla quanto a autonomia da vontade humana nas questões que envolvem a morte? E se a mesma Escritura Sagrada revelasse um conceito de vida além da mecânica biológica?

No paraíso original, a vida, antes da manifestação de sua plenitude, era uma mera expectativa. Essa constatação é consubstanciada pelo fôlego soprado nas narinas do homem pelo Criador: “Então, formou o Senhor Deus ao homem do pó da terra e lhe soprou nas narinas o fôlego da vida, e o homem passou a ser alma vivente.”(Gn 2,7)

A alma vivente denota uma vida preambular, porque mesmo ela sendo nutrida pelo fôlego divino, o viver ainda não estava concretizado. Faltavam ao homem, acima de tudo, as interações com o restante da criação, com o seu semelhante e com o criador. De que valeria uma alma vivente sem um propósito, sem uma autonomia responsável, consciente e inteligente?

Isso aponta para o erro de se definir o que é e o que não é vida a partir exclusivamente da mecânica biológica. Enquanto houver oxigenação, ouvir as batidas do coração ou constatar atividade cerebral, há vida?

Eis uma nova visão nesse sentido.

5 Declaração sobre a eutanásia, 1980 https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html

4. A POESIA DE GÊNESIS E OS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA AUTONOMIA DA VONTADE: O QUARTETO VITAL DA VIDA

Os primeiros capítulos da poesia de Gênesis escritos por Moisés, clarificam uma visão transdisciplinar da vida. Veja-se:

E plantou o Senhor Deus um jardim no Éden, na direção do Oriente, e pôs nele o homem que havia formado. do solo fez o Senhor Deus brotar toda sorte de árvores agradáveis à vista e boas para alimento; e também a árvore da vida no meio do jardim e a árvore do conhecimento do bem e do mal. E saía um rio do Éden para regar o jardim e dali se dividia, repartindo-se em quatro braços. O primeiro chama-se Pison; é o que rodeia a terra de Havilá, onde há ouro. O ouro dessa terra é bom; também se encontram lá o bódélio e a pedra de ônix. O segundo rio chama-se Giom; é o que circunda a terra de Cuxe. O nome do terceiro rio é Tigre; é o que corre pelo oriente da Assíria e o quarto é o Eufrates. Tomou, pois, o Senhor Deus ao homem e o colocou no jardim do Éden para o cultivar e o guardar. E o Senhor Deus lhe deu esta ordem: De toda árvore do jardim comerás livremente, mas da árvore do conhecimento do bem e do mal não comerás; porque, no dia em que dela comeres, certamente morrerás. (Bíblia, 2018, p. 4 e 5).

A subjetividade da linguagem poética contida no texto milenar permite fazer uma digressão, perscrutando uma das bases existenciais da humanidade: a autonomia da vontade.

Ao se usar uma potente lente sobre o trecho supracitado, é possível visualizar a referida base em sua formação embrionária, ou seja, os nucleotídeos da primeira cadeia do DNA, o quarteto substancial da vida: liberdade, utilidade, responsabilidade e o limite.

Estabelecida a ordem física, do pó e pelo sopro do verbo, a vida humana e tudo que a envolve são gerados. O Oleiro, ao pensar em cada detalhe dessa obra, estabelece a autonomia como base do agir, ora composta por quatro elementos essenciais (quarteto vital), congruentes e interdependentes.

Na cadência do poema sobre a criação, o tempo se sucede, do primeiro ao sétimo dia. O Eterno, que não dormita, após concluir seu trabalho, descansou. Do caos e das trevas, o universo foi transformado pelo poder do verbo. A natureza, suas forças e leis próprias, são dispostas diante do homem, sendo este considerado a obra prima da criação e mordomo responsável pela administração do paraíso.

Assim, a métrica do poema bíblico é exposta, a partir dos referidos elementos, que serão abordados a seguir, a partir de um contraponto da visão divina com a ótica jurídica.

4.1 A LIBERDADE

No Jardim do Éden, diante da afirmação que “de toda árvore do jardim comerás livremente”, o simbolismo da liberdade aponta para o livre arbítrio. Trata-se de uma liberdade com amarras, expressamente contida pelas fronteiras consequenciais.

Tudo o que se faz, toda ação ou omissão resulta em algo, que desejado ou não, reflete em um resultado, no mínimo previsível e consequencial. Talvez, por essa razão, mesmo no senso comum, seja compreensível a confusão existente entre o espectro do ideal da liberdade e sua manifestação pela ação racional.

A liberdade bíblica concedida ao homem, que pode desfrutar livremente das árvores do jardim, exige consciência de tal desfrute, de forma que o uso indevido desta liberdade pode acarretar consequências.

Buscando o entendimento filosófico do conceito de liberdade, Kant afirma que “a ideia da liberdade está inseparavelmente ligado ao conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual a ideia está na base de todas as ações dos seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenômenos” (Kant, 2007, p. 102).

Na visão kantiana, a equação lógica pressupõe o homem livre como condição natural, e, portanto, um único direito natural deve ser reconhecido: a liberdade.

Se o Direito é o meio capaz de possibilitar o convívio de vontades antagônicas, ele deve invadir a esfera da autonomia privada?

A explicação de Kant para o dilema propõe dois mundos: um sensível e outro inteligível. No sensível, cada indivíduo enxerga à sua maneira a vida natural e tudo que a envolve. No inteligível, as ações são orientadas, independentemente da natureza. Em ambos os mundos o homem é livre. Mas somente no inteligível que a autonomia se manifesta, uma vez que a razão pode controlá-la (Nodari, 2009).

Todavia, quando ocorre o choque das vontades antagônicas no mundo inteligível, isto é, no âmbito da autonomia privada, essa deve prevalecer. A realidade jurídica onde se assenta tal autonomia está assentada na consciência moral do indivíduo, com repercussão privativa e exclusiva.

Ainda vale mencionar o entendimento de Hannah Arendt, que afirma ser a liberdade como um dom, que só se efetiva no agir. Segundo a autora, “os homens são livres - diferentemente de possuírem o dom da liberdade - enquanto agem, nem antes, nem depois; pois ser livre e agir são a mesma coisa.” (Arendt, 1992, p. 199). Em outras palavras, de que valeria a liberdade não sendo possível ser livre para agir?

Porém, quando se observa uma sociedade organizada, a liberdade - um dom do homem livre que se concretiza no livre arbítrio - se torna um problema político. Nessa sociedade, a vontade e o agir recebem o tempero da soberania, “o ideal de um livre arbítrio, independentemente dos outros e eventualmente prevalecendo sobre os outros.” (Arendt, 1992, p. 211).

A visão de uma liberdade sem o embate com a soberania é míope e improdutora. É possível exercer o livre arbítrio negando-se o poder da última palavra? Aparentemente não. Assim:

Onde os homens aspiram a ser soberanos, como indivíduos ou como grupos organizados, devem submeter-se à opressão da vontade, seja esta a vontade individual com a qual me obrigo a mim mesmo, seja a vontade geral de um grupo organizado. Se os homens desejam ser livres, é precisamente à soberania que devem renunciar. (Arendt, 1992, p. 213).

Se por um lado, a soberania geral de um grupo organizado deve ser considerada, especialmente para concretização de balizas normativas no direito público, essa mesma soberania deve ser mitigada nas relações privadas, sob pena de abafamento da autonomia responsável. Daí a importância dos espaços públicos de criação e reconhecimento de direitos. Quando não há espaço para se criar direitos tampouco reconhecê-los, o exercício da liberdade não é efetivo, pois a preservação da prática da liberdade é fundamental para consecução da autonomia.

A garantia da liberdade percorre o caminho tortuoso da aceitabilidade. É difícil aceitar sem concordar. Mas é imperioso. No debate construtivo e respeitoso, a pluralidade dos projetos de vida fomentados pela autonomia privada ganha fôlego.

Nesse aspecto, as duas manifestações básicas da liberdade, tanto a natural, desenvolvida no campo dos instintos e sentimentos, quanto a social, desenvolvida por uma lógica do pensamento, moldam o comportamento humano. Aqui, reside um desafio ao Direito: oferecer limites à manifestação da conduta pré-existente dentro do indivíduo, que permita o convívio social pacífico e harmonioso e, na outra balança, interferir o mínimo possível ou nada na autonomia privada.

Transpondo a discussão para a filosofia contemporânea, Dworkin expõe que, quando uma questão moral diverge opiniões no âmbito da autonomia privada, a solução para controvérsia seria “aceitar com dignidade as diferentes facções” (Dworkin, 2019).

No Jardim do Éden, valendo-se da sua onisciência, o Criador disponibiliza o dom da liberdade, indicando os benefícios e os riscos do livre arbítrio a partir de uma autonomia responsável. No espaço público, julgando-se mais onisciente que Deus, não raras vezes, até mesmo em um regime dito democrático, há quem reprima o exercício do livre arbítrio para fazer prevalecer sua vontade soberana, intervindo indevidamente na autonomia privada.

A ideia de liberdade é fundamental, remete à visão original da existência humana. O exercício do autogoverno é, pois, um elemento constitutivo do que de fato se considera vida, seja por uma visão religiosa, filosófica ou jurídica.

Pode-se imaginar uma existência sem liberdade, mas defende-se, aqui, que, sem a liberdade, não há que se falar em vida.

4.2 A UTILIDADE E O PROPÓSITO

A poesia bíblica indica um segundo elemento essencial da autonomia: a utilidade ou o propósito.

Após ser criado, ao homem foi apresentado um lindo e vasto jardim. Esse era circundado por rios de beleza incomparável. Sua terra era exuberante e rica em minerais preciosos. Por fim, suas árvores produziam toda sorte de frutos agradáveis à vista e ao paladar.

O ambiente exibido trouxe uma proposta de interação, cuidado e respeito. A arte retratada na paisagem, prometia paz, sossego e harmonia. Havia uma garantia de prazeres eternos não apenas visuais, mas também do tato e palato. Em contrapartida, esse espaço deveria ser cultivado e guardado.

O tema da relação do homem com o meio ambiente transpassa as eras. Trata-se de um acordo de co-dependência: a natureza precisa de cuidados, enquanto o homem não pode sobreviver sem ela; se um cuida de sua integridade, o outro garante a preservação.

Evidentemente, toda beleza natural expressada naquele jardim bíblico, não é meramente contemplativa, mas também interativa e relacional. Se assim não fosse, o caos prevaleceria e a ordem sucumbiria.

O tema pode ser atraído para sentidos diversos, mas seu sentido embrionário, analisado neste artigo, é estar livre, isto é, a autodireção, onde o homem atua em um espaço compartilhado. Do destino surge a necessidade de guiar-se autônoma e propositadamente.

Sobre isso, esclarece o filósofo Daisaku Ikeda:

É verdade que nenhum humano pode viver totalmente independente. Dependemos da natureza e da sociedade para nossas necessidades básicas. Nesse sentido, nossa vida é concedida e mantida por algo além de nós próprios e devemos ser gratos a esse 'algo' que torna a vida possível. À parte, para acrescentarmos significado à nossa vida devemos gerar valores criados por nós mesmos, e para tanto devemos preservar nossa autonomia e contribuir para nosso ambiente natural e social criando valores mais nobres. (Ikeda, 2007, p. 193).

Ao homem foi dada a capacidade de se importar com o essencial, a complexidade do instinto de sobrevivência, a noção mínima do que é considerável, a inteligência de importar para dentro de si tudo aquilo que envolve o bem mais precioso: a vida.

No percurso dessa vida, o ser humano nasce, tem experiências e morre. Se o homem nasce já partindo para morte, a diferença entre um e outro são as experiências e nada mais que isso.

Daí porque a utilidade enriquece a aquarela de cores da arte de viver e oferece propósito. Sem propósito, o homem seria como um andarilho no deserto, faltaria-lhe perspectiva, restaria apenas a espera do momento de ser totalmente consumido pelo tédio.

Há quem diga e prove que o homem é relevante enquanto for útil. Há ainda quem profetiza aos quatro ventos, que, enquanto a utilidade se manifestar, a esperança será renovada.

No pacto do Jardim, a utilidade servia a um propósito. Essa finalidade é sua origem e a chave para compreensão da moralidade repercutida nas ações humanas.

David Hume explica esse conceito:

A utilidade é apenas uma tendência à obtenção de um certo fim, e é uma contradição em termos que alguma coisa agrade como meio para um certo fim se esse próprio fim não nos afeta de modo algum. Assim, se a utilidade é uma fonte do sentimento moral, e se essa utilidade não é invariavelmente considerada apenas em referência ao próprio sujeito, segue-se que tudo o que contribui para a felicidade da sociedade recomenda-se diretamente à nossa aprovação e afeto. Eis aqui um princípio que explica em grande medida a origem da moralidade. (Hume, 2013, p. 84).

Cuidar e cultivar o Éden não apenas é o certo a se fazer, como também simboliza a felicidade concretizada, ou seja, trata-se de uma visão utilitarista do paraíso. É intuitivo pensar e deliberar esforços para melhorar a vida. Ativar, fruir, realizar, dançar, cantar, escrever, salvar, amar e tantos outros verbos representam o êxito existencial.

Tim Mulgan, adotando a ideia central de John Stuart Mill, sobre o utilitarismo, afirma que “as ações são certas na proporção em que tendem a promover a felicidade, e erradas na proporção em que tendem a produzir o reverso da felicidade” (Mulgan, 2012, p. 8).

Jeremy Bentham talvez seja o maior expoente da teoria utilitarista. Influenciado pelo empirismo, transitou por vários países como a Rússia, Polônia e Alemanha. Testificou variados tipos de arranjos sociais, especialmente navios de escravos da Turquia. Talvez, a razão por ter vivido recluso em remotos chalés da Inglaterra tenha sido por ser contemporâneo de regimes absolutistas despreparados para suas ideias democráticas.

Bentham difunde o princípio da máxima felicidade, segundo o qual o legislador deve utilizar seu conhecimento da natureza humana para maximizar a felicidade do seu povo.

Assim, esclarece:

O princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes do governo. (Bentham, 1973, p. 10).

Algum crítico da teoria do utilitarismo, pode argumentar, por exemplo, a aprovação da escravidão, desde que esses fossem felizes. Exatamente nesse ponto, Bentham esclarece a utilidade como fundamento essencial da autonomia. O que informa se os seres humanos são realmente felizes, ou não, são as escolhas que fazem. Portanto, como ninguém por vontade própria opta pela escravidão, o escravo não é feliz.

Na poesia de Gênesis, Deus se faz conhecer por seu virtuoso atributo: a bondade. O utilitarismo está presente em toda a obra da criação. Se Deus é bom, deseja o melhor para os seres humanos, especialmente a felicidade.

A felicidade é o ópio da vida. Quem a experimenta não quer parar de senti-la. Ela tem a capacidade de crescer, abundar e regenerar. Mesmo que a tristeza sobrevenha, a felicidade chega, envolve a dor e cura. Então, se não restar nenhuma centelha de felicidade na alma, a vida terá partido.

A ideia de utilidade e propósito, para além da busca da maior felicidade, se refere à possibilidade de promover mudanças, o que, na ideia de vida ativa desenvolvida por Hannah Arendt é compreendida como ação.

O fato de que o homem é capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isto, por sua vez, só é possível porque cada homem é singular, de sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo. (Arendt, 2007, p. 190-191)

No texto bíblico citado, vê-se a ação arendtiana estabelecida como condição humana estabelecida por Deus, uma vez que Deus, ao colocar o homem no Jardim do Éden, atribui-lhe a missão de cultivar e guardar o jardim, frutificar, multiplicar e encher a terra. Por tal motivo, é que, não possuindo o homem a possibilidade de agir buscando a utilidade e o propósito no mundo, perde sentido o ideal de vida divina.

4.3 A RESPONSABILIDADE

A utilidade carrega consigo de forma impregnada outro nucleotídeo da autonomia: a responsabilidade, terceiro elemento vital da humanidade. Importa, por ora, tratar da responsabilidade em sua relação construtiva da autonomia, especialmente no que tange aos direitos extrapatrimoniais ou existenciais.

A liberdade, guiada autônoma e propositadamente em um espaço compartilhado salgaria, como costuma salgar, a noção das fronteiras do agir humano, se não fosse um registro retentivo. Geralmente, quem, peremptoriamente, ultrapassa os limites do agir, não é temperado pelo senso de responsabilidade e, portanto, não se sente responsável pelo que faz.

Tais agressores da territorialidade compreendem e praticam uma liberdade geneticamente modificada, ou seja, com a ausência em seu tronco celular do nucleotídeo da responsabilidade.

Nesse aspecto, a responsabilidade deve ser observada sob dois prismas: de um lado, o lidar com o próximo; do outro, e o lidar consigo mesmo. Qualquer que seja a forma, no cerne da autonomia, a responsabilidade deve ser reflexo de uma vida autêntica. Assumir a condução da própria vida não comporta a simples repetição do que o outro faz ou pensa.

A autenticidade de uma vida não é sinônimo de ser diferente, praticando ações reversas. E, para Arendt (2007, p. 189), “ser diferente não equivale a ser outro”. Longe disso, a autenticidade é trazer luz à visão da própria existência e dirigir suas ações pautadas em valores que buscam um projeto de vida. Trata-se de uma orientação absolutamente necessária. Afinal, os seres humanos nascem com uma expectativa de vida e, conforme ensina Heidegger, destinados à morte (Heidegger, 2005), e somente com a conjugação de fatores controláveis e não, é que se pode avaliar a consecução desse projeto.

Quando se possui e se busca a realização de um propósito, naturalmente se revelam gostos e preferências próprias. Nessa trajetória, é possível a ocorrência de invasões ao território alheio. É aí que se manifesta a responsabilidade coletiva, ou seja, como lidar com o outro. Todavia, a clarificação sobre a existência e propósito implica, também, em uma responsabilidade pessoal, um profundo respeito consigo mesmo e com os vários aspectos da própria vida.

Nesse sentido, a responsabilidade da autonomia é invocada de forma diferente no coletivo e no pessoal. No primeiro, normas de conduta regulam os conflitos entre aqueles que compartilham o mesmo espaço, de onde se manifesta uma autonomia responsável regrada. No segundo, o espaço se abre para atuação da autonomia responsável sem controle externo, pois, neste caso, a regulação deve ser mínima ou inexistente, sob pena de configurar uma intervenção imprópria, nublando a visão distintiva da existência, maculando a autenticidade da vida para não ser o que quer, e sim o que o outro deseja que seja.

No Éden, a responsabilidade surge com o indivíduo. Esse dirige sua vontade e toma decisões de forma autônoma, cômico de seus limites e das consequências que incorreria caso ultrapasse tais limites.

Importante observar no poema aqui abordado que, muito embora o homem tenha recebido uma vida abundante, nem mesmo o Criador o obriga a viver nela, pois a morte é consignada como uma consequência da escolha voluntária e consciente, isto é, a partir do consumo do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal.

Então surge uma questão inevitável: Existe ou não uma obrigação de viver? A vida poderia ser imposta como obrigação? Por quem?

O nascer pode advir de um acidente, de um projeto de vida alheio, ou de um ato de violência, mas nunca da escolha consciente e autônoma de quem nasce.

Da existência involuntária, para aquele que nasce, surgem compensações por lhe ser exigida a responsabilidade de viver: a autonomia e a felicidade. Se lhe forem extirpadas tais compensações, toda a base que justifica a responsabilidade de viver, entra em colapso. Em outras palavras, sem autonomia e felicidade, a vida dilacera e acaba.

Jelson Oliveira, em sua obra *Compreender Hans Jonas*, explana como o famoso filósofo enfrenta o dilema ao falar sobre a responsabilidade e a dignidade na morte.

É claramente diferente obrigar a um enfermo e sem esperança, continuar a submeter-se a uma terapia de manutenção que lhe provê uma vida que ele não considera digna de ser vivida. Ou seja, ninguém teria o direito (nem sequer uma obrigação) de impedir uma autodeterminação desse tipo, reconhecida no âmbito da liberdade. Para o autor, o direito a morrer, em tais situações de exercício livre, passa a ser tão inalienável quanto o direito a viver. (Oliveira, 2014, p. 191).

Portanto, a responsabilidade é componente de base embrionária da autonomia. Não há autonomia sem a identificação do indivíduo como um ser responsável. Uma pessoa é autônoma quando é capaz de conhecer seus deveres e dirigir seu destino pela vontade livre, sendo tal conduta, motivada por objetivos definidos.

A poesia que integra o cânone bíblico, delineia a reflexão sobre a existência de nucleotídeos que formam a *bios* - enquanto modo de viver. No texto, assim que o homem recebe por inspiração divina a consciência, o ser é libertado do cativeiro da substância (Jonas, 2004, p. 42). Tal libertação é o que possibilita o exercício da liberdade responsável. A liberdade consciente como elemento ontológico do ser humano, torna-se assim, condição fundamental para a avaliação do dever de se responsabilizar pelo que faz, tão logo que reconhece os próprios limites.

Essa responsabilidade também coaduna com o conceito de ação trabalhado por Arendt, que trata não só da possibilidade de agir no sentido de buscar melhorias e mudanças, mas também de se relacionar com o outro. E afirma a filósofa: “a vida sem discurso e sem ação [...] está literalmente morta para o mundo; deixa de ser uma vida humana, uma vez que já não é vivida entre os homens” (Arendt, 2007, p. 189).

Na poesia de Gênesis, além das tarefas delegadas ao homem para cuidar de toda a criação, existe ainda uma responsabilidade especial quando se refere da própria liberdade. O ode bíblico destaca a possibilidade de comer de todo o fruto que jardim produzia, exceto da árvore do conhecimento do bem e do mal. Nesse cenário, é possível pensar no desfrute de uma liberdade plena, sem perder de vista o limite consequencial. Na simbologia bíblica, a vida original, de onde surgiram todas as outras vidas, abraça a responsabilidade em sua composição, pois lhe é cara e essencial. Como se dissesse: a vida é preciosa, cuide bem dela.

Mas, e se não fosse possível cuidar da vida com a dignidade que ela exige? Se por forças alheias à vontade consciente, fugindo da sua autonomia integral, ela se tornasse penosa, dolorosa e insuportável? Seria uma irresponsabilidade antecipar sua finitude?

A responsabilidade é normalmente encarada por um outro viés: o do mando ou da culpa. O agir nessa esteira, passa a ser conduzido mais pelo medo do erro, que pela liberdade natural de aprender com ele.

No campo da responsabilidade dos direitos extrapatrimoniais ou existenciais, recorte desse artigo, cumpre indagar sobre a imputabilidade. Quem é o titular do direito protegido? Cabe ao Estado ou terceiros sufocar a autonomia e negar a liberdade de agir quando a consequência determinada é exclusivamente pessoal?

Frise-se que não se está falando da autonomia ética sujeita a um controle e determinação externos. Essa se encontra na realidade ético-social, onde se opera a adesão a um sistema jurídico, que faz do indivíduo, sujeito de direitos e deveres com conteúdos de sentido comunitário obrigatório.

Welzel resume bem essa visão quando afirma que: "(...) enquanto a coação converte o homem em meio objeto de uma influência física, faz dele uma coisa entre as coisas, a obrigatoriedade impõe-lhe a responsabilidade por uma ordem em sua vida dotada de sentido, fazendo dele o sujeito conformador de sua vida" (Wezel, 1997, p. 251).

A responsabilidade tem a ver com as respostas dos questionamentos alhures. O desafio é dignificar sua linha existencial com a responsabilidade que ela carece. Mas quando a vida perde seu propósito de exuberância é perfeitamente possível redefini-la. Ou seja, a dignidade é o sangue que corre nas veias da vida. Se o sangue se esvai, a vida é tudo, menos aquilo que foi um dia. Nesse e em qualquer outro sentido, se não há sangue, não há mais vida.

4.4 O LIMITE

De acordo com o artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (Brasil, 1988).

Aparentemente, ao menos pela expressão da norma citada, somente a lei pode criar direitos, deveres e vedações, vinculando e disciplinando as pessoas. Portanto, nas relações privadas, a liberdade é a regra. Os indivíduos possuem liberdade para fazerem o que quiserem, contanto que suas ações não contrariem a lei.

A lei modera, indicando que as pessoas possuem ampla liberdade para dirigirem suas vidas privadas e, ao mesmo tempo, restringindo o Estado e a sociedade para que não interfiram nessa autonomia.

Na poesia de Gênesis, o limite à liberdade apresentada no texto bíblico é instrutivo, não proibitivo. A possibilidade de comer os frutos de toda a árvore do jardim é real, inclusive daquela que causaria o grande mal, simbolizado pela morte. Não se observa na narrativa, nenhum personagem, sequer um querubim, a serviço do Criador, guardando com força de armas, o acesso ao fruto maléfico. E por que o acesso se encontrava livre? Porque os limites podem coexistir com a autonomia responsável.

Os limites da autonomia exprimem seus traçados de acordo com o alcance das ações individuais geradoras de responsabilidades. Pode-se então, dividir tais limites em dois grandes grupos: os que delimitam o âmbito patrimonial e os que regulam o plano personalíssimo. A conexão estabelecida com texto bíblico, impõe por ora, cuidar apenas dos limites que se refe-

rem aos Direitos inerentes às situações existenciais, especialmente aqueles que devem ser decididos de forma livre, sem qualquer intervenção de terceiros, sobretudo o Estado.

O intervencionismo impróprio na autonomia, é aquele cuja ação limitadora, se intromete onde não transcende os interesses exclusivamente individuais. Aqui, o exercício da autonomia é de caráter existencial, cabendo apenas ao indivíduo, um senso peculiar quanto aos próprios limites, sejam de que ordem forem: físicos ou emocionais.

Portanto, as impressões do certo e do errado ditadas externamente para estabelecer um padrão de comportamento, nos casos existenciais, são em regra, descabidas e ilegítimas.

Esses consensos sociais, que negam e pressionam as escolhas de caráter exclusivamente pessoais, são, ainda, moralmente hipócritas. Eles provam a instabilidade dos limites quando considerados de menor ou maior importância, conforme a conveniência particular. Ou seja: partindo da ideia de que o ser humano é incompleto, bem como, imperfeito, tudo o que ele tem de bom e útil para completar o outro é digno e valioso. O que se tem de digno e valioso é enfatizado. Nesse palco, o discurso moral é elevado, enquanto o que se tem de indigno e miserável é reduzido e, por muitas vezes, ocultado.

Ronald Dworkin enfrenta as limitações da autonomia das questões extrapatrimoniais baseando-se na teoria da integridade. Ele leciona que:

[...] o valor da autonomia deriva da capacidade que protege: a capacidade de alguém expressar seu caráter – valores, compromissos, convicções e interesses críticos e experienciais – na vida que leva. O reconhecimento de um direito individual de autonomia torna possível a autocriação. Permite que cada um de nós seja responsável pela configuração de nossas vidas de acordo com nossa própria personalidade - coerente ou não, mas de qualquer modo distintiva. Permite que cada um conduza a própria vida, em vez de se deixar conduzir ao longo desta, de modo que cada qual possa ser, na medida em que um esquema de direitos possa tomar isso possível, aquilo que fez de si próprio. Permitimos que um indivíduo prefira a morte a uma amputação radical ou a uma transfusão de sangue, desde que tenha havido uma informação prévia de tal desejo, porque reconhecemos o direito que ele tem de estruturar sua vida de conformidade com seus próprios valores (Dworkin, 2003, p. 319).

Frise-se que a legitimidade da autonomia não é excluída com base em acertos ou erros daqueles que a detém.

Qualquer teoria plausível da autonomia centrada na integridade deve fazer uma distinção entre o objetivo geral ou o valor da autonomia, por um lado, e suas consequências para uma determinada pessoa em uma situação específica, por outro. A autonomia estimula e protege a capacidade geral das pessoas de conduzir suas vidas de acordo com uma percepção individual de seu próprio caráter, uma percepção do que é importante para elas (Dworkin, 2003, p. 319).

Como a integridade é condição para que a autonomia alcance seus efeitos jurídicos plenos, pessoas incapacitadas mentalmente, seriam objeto de uma limitação óbvia de aplicabilidade.

Dworkin contudo, admite a autonomia das decisões pretéritas nos casos de posterior incapacidade: “O direito de uma pessoa competente a autonomia exige que suas decisões passadas sobre como devem tratá-la em caso de demência sejam respeitadas mesmo quando contrariam os desejos que venha a manifestar em uma fase posterior de sua vida” (Dworkin, 2003, p. 325).

Os limites que compõem a vida são dignos de respeito. Não devem servir como instrumentos de sofrimento. Eles apontam para uma liberdade instrutiva e responsável.

Quando o Estado obriga um ser humano a persistir na dor e no sofrimento além da suportabilidade dos limites identificados, sentidos e reconhecidos, intitucionaliza a tortura. Isso é inconcebível.

Assim, quando se trata do exercício da autonomia na finitude, o limite se configura em mais um elemento constitutivo da vida, com inúmeras possibilidades de repercussão jurídica.

5. CONCLUSÃO

O conceito jurídico de vida também define o que venha a ser sua ausência. No Brasil, o reconhecimento jurídico da morte é definido com base exclusivamente nos conceitos da biomecânica do corpo. Todavia, com o desenvolvimento tecnológico, o surgimento de novos procedimentos e tratamentos que estendem o tempo existencial da vida humana, a biomecânica perdeu a condição de, por si só, responder os questionamentos oriundos dos Direitos Existenciais ou Extrapatrimoniais.

As pessoas passaram a se definir com um olhar mais profundo, muito além da máquina em processo constante de deterioração. Essa definição pode ser extraída inclusive nos primeiros capítulos da poesia de Gênesis, no ato da criação, quando deus determinou que o homem passou a ser uma alma vivente.

No paraíso simbólico, o fôlego soprado nas narinas do homem pelo Criador, revela uma vida plena, que vale a pena ser vivida, o que dialoga com a ideia de vida ativa, desenvolvida por Hannah Arendt. Essa vida é constituída por uma alma liberta, consciente, útil, responsável, que identifica e reconhece os seus limites. Ou seja: novamente resgatando os conceitos arendtianos, uma vida dotada de condição humana, em que se exerce labor, trabalho e ação.

Quando o corpo, incuravelmente doente, escraviza a alma, como em uma prisão de ossos, negando-lhe o direito de andar, correr, abraçar, beijar, amar e ser amado (fisicamente), comunicar, expressar, se alimentar; quando o corpo incuravelmente doente obriga a alma a olhar para o mesmo horizonte pelo tempo que restar; quando o corpo incuravelmente doente determina valer-se de outra vida para remover os próprios excrementos e banhar-se; quando tudo isso acontece, o mesmo Estado que deveria garantir a dignidade da pessoa humana por força constitucional, nega o pedido de clemência e o desejo de descanso, justificando que a vida se resume na mecânica biológica e que essa é a vontade de Deus.

No momento em que escapa do homem a possibilidade física de fazer o bem a si mesmo, não é crível transferir a responsabilidade para Deus, como em um caso de doença degenerativa, mortal e incurável, dando-lhe a caricatura de um ser vingativo e punitivo, que predestina suas criaturas ao sofrimento e à dor.

Aliás, é imprópria qualquer interferência religiosa na fonte produtiva de normas, ainda mais quando se trata de Direitos existenciais ou extrapatrimoniais exclusivamente afetos à autonomia privada. Mas, mesmo à margem da legalidade, em sendo necessário enfrentar tal força pela

dialeticidade, conclama-se, que nem mesmo no texto bíblico em que é narrado o surgimento da vida, a autonomia consciente é tomada de assalto. Nem mesmo pelo próprio Criador.

Se há evidências de que o conceito de vida exclusivamente biomecânico não responde mais aos problemas jurídicos relacionados ao processo de finitude do ser humano, inclusive ferindo frontalmente sua dignidade, conclui-se que a sua redefinição é absolutamente necessária, o que se propõe a partir do reconhecimento dos limites de um ser liberto, consciente, útil e responsável.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 3. ed. 1992.
- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BÍBLIA. Gênesis. **A Bíblia Sagrada**: Tradução João Ferreira de Almeida. 2. ed. Capítulo Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2018. p. 4-5.
- BECKER, Ernest. **A Negação da Morte**. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- BENTHAM, Jeremy. **Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- BONFIM, Vinícius Silva. Autonomia e Estado de Direito a partir da filosofia do direito de Hegel. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE, 22., 2013, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=560a6a01a9fce179>. Acesso em: 31 ago. 2022.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1480, de 21 de Agosto de 1997**. Conselho Federal de Medicina, 1997. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1997/1480>. Acesso em: 31 ago. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9434, de 4 de Fevereiro de 1997**. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.
- CENTOFANTI, Sergio; LIMA, Raimundo de. Papa: eutanásia e suicídio assistido são uma derrota para todos. **Vatican news**, 5 jun. 2019. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/papa/news/2019-06/papa-francisco-tuite-eutanasia-noa-pothoven-dom-vincenzo-paglia.html>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- GOLDIM, José Roberto. **Breve Histórico da Eutanásia**. 2000. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>. Acesso em: 29 set.2021.
- HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. São Paulo: Ed. Unicamp, 2013. p. 84.
- JONAS, Hans. **O Princípio vida, fundamentos para uma biologia filosófica**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2004. p. 42.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. p.102.
- MULCAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2012. p. 8.
- NODARI, Paulo César. **A Teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant**. Caxias do Sul: EDUCS, 2009.
- OLIVEIRA, Jelson. **Compreendendo Hans Jonas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2014. p. 191.
- PINTO, Susana; SILVA, Florido. **A incapacidade física**. Lisboa: Nursing, 2004.
- POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ. **Declaração sobre a eutanásia, Vaticano**. 1980. Disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: 31 ago. 2022

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Madri: Aguilar, 1997. p. 251.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 29/09/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/10/2022
- Avaliação 1: 14/11/2023
- Avaliação 2: 22/12/2023
- Decisão editorial preliminar: 22/12/2023
- Retorno rodada de correções: 22/12/2023
- Decisão editorial/aprovado: 23/12/2023

Equipe editorial envolvida

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

OS QUATRO ANOS DA VIGÊNCIA DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E OS AVANÇOS RELACIONADOS A ELABORAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS NO ÂMBITO DO BRASIL

THE FOUR YEARS OF ECONOMIC FREEDOM LAW AND ADVANCES RELATED TO THE PREPARATION OF BUSINESS CONTRACTS WITHIN BRAZIL

LUIS RICARDO BYKOWSKI DOS SANTOS¹
ROGÉRIO MOLLIKA²

RESUMO

O presente estudo examinou os contratos empresariais brasileiros e os axiomas relacionados a sua concretização após a vigência da Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019, denominada Lei da Liberdade Econômica, considerando também a doutrina pertinente ao tema, sendo essas utilizadas como referencial teórico. O objetivo geral foi o de analisar os aspectos de formação dos contratos, com o escopo específico de identificar algumas particularidades que impactaram a elaboração dos novos ajustes entre entes corporativos. Buscando uma resposta adequada, foi utilizado o método dedutivo, haja vista ser um processo lógico que parte de uma premissa geral para chegar a uma conclusão específica. Nessa perspectiva, foi identificado que a Lei da Liberdade Econômica possibilitou às pessoas e empresas agirem mais livremente no mercado, impulsionando o crescimento econômico e buscando uma harmonia entre os envolvidos. A Lei n.º 13.874/2019 valoriza a autonomia privada e busca resolver antigos problemas técnicos existentes no Código Civil, no entanto, deve ser ressaltado que a autonomia privada, a força obrigatória do contrato e a intervenção mínima, não se tornaram

- 1 Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (1996). É Capitão da reserva da Polícia Militar e Delegado de Polícia Civil aposentado pelo Estado do Rio Grande do Sul (2015). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010). Especialista em Direito Registral Imobiliário com ênfase em Direito Notarial pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2014). Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2018). Doutorando em Direito Empresarial pela Universidade de Marília (2019). Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais e Interdições da Sede de Pedregulho/SP. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7868-5738>.
- 2 Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (1997), mestrado em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2006) e doutorado em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2010). Fundador e ex-presidente do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro). Atualmente é professor visitante da Universidade de São Paulo e professor da Graduação e do programa de Pós Graduação da Universidade de Marília. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9762-532X>.

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

SANTOS, Luis Ricardo Bykowski dos; MOLLIKA, Rogério. Os quatro anos da vigência da lei da liberdade econômica e os avanços relacionados a elaboração dos contratos empresariais no âmbito do Brasil. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 188-207, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9666>.

princípios contratuais absolutos, haja vista que subsistem regramentos inafastáveis, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Assim, restou aferido que a Lei da Liberdade Econômica busca a desburocratização das avenças, permitindo mais segurança jurídica aos contratos empresariais.

Palavras-chave: contrato; empresa; liberdade econômica.

ABSTRACT

The present study examined Brazilian business contracts and the axioms related to their implementation after the entry into force of Law n.º 13.874, of September 20, 2019, the so-called Law of Economic Freedom, also considering the doctrine pertinent to the topic, these being used as a theoretical reference. The general objective was to analyze the aspects of contract formation, with the specific scope of identifying some particularities that impacted the preparation of adjustments between corporate entities. Searching for an adequate answer, the deductive method was used, as it is a logical process that starts from a general premise to reach a specific conclusion. From this perspective, it was identified that the Law of Economic Freedom enabled people and companies to act more freely in the market, boosting economic growth and seeking harmony between those involved. Law n.º 13.874/2019 values private autonomy and seeks to resolve old technical problems existing in the Civil Code, however, it must be highlighted that private autonomy, the mandatory force of the contract and minimum intervention have not become absolute contractual principles, given that there are still indispensable rules, such as the social function of the contract and objective good faith. Thus, it was determined that the Economic Freedom Law seeks to reduce the bureaucracy of agreements, allowing more legal security for business contracts.

Keywords: contract; company; economic freedom.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo examinou os contratos mercantis brasileiros e os axiomas relacionados a sua concretização, especialmente abordando os aspectos econômicos das relações jurídicas estabelecidas pelas empresas para o desenvolvimento de suas atividades comerciais, fazendo uma reflexão sobre a dinâmica mercantil ao longo dos últimos quatro anos, considerando os aspectos da normatização que estabelece os parâmetros adequados, além identificar as mudanças evolutivas sobre os aspectos de formação dos contratos empresariais na realidade nacional.

Para uma adequada investigação sobre o assunto, foi utilizado como referencial teórico a legislação nacional, especialmente a Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019, a denominada Lei da Liberdade Econômica, bem como a doutrina pertinente sobre o tema, permitindo, dessa maneira, um congruente e aprofundado diálogo entre essas com a finalidade de obter conclusão efetiva sobre a questão (Brasil, 2019).

Nessa perspectiva, o objetivo geral foi o de analisar os aspectos de formação dos contratos, com o escopo específico de identificar algumas particularidades que impactaram a elaboração dos ajustes entre entes corporativos, sendo que essa indagação se justifica em razão de que esses contratos são instrumentos jurídicos que estabelecem direitos e deveres das partes envolvidas, garantindo segurança e proteção aos negócios.

Ademais, buscando uma resposta adequada, foi utilizado o método dedutivo, haja vista ser um processo lógico que parte de uma premissa geral para chegar a uma conclusão adequada, permitindo analisar a validade dos argumentos apresentados, considerando que autoriza uma

abordagem lógica e sistemática para entender as implicações e consequências da Lei n.º 13.874/2019, levando em conta que essa estabelece princípios e diretrizes que visam promover a liberdade e a desburocratização do ambiente de negócios (Brasil, 2019).

Utilizado o método dedutivo, foi possível analisar esses princípios e aplicá-los para compreender como eles podem influenciar a formação dos contratos empresariais, permitindo identificar possíveis consequências e impactos dessa legislação no âmbito comercial, tendo também em mente que o citado permitiu uma abordagem racional e estruturada para compreender e avaliar os efeitos da Lei da Liberdade Econômica, contribuindo para um debate embasado e informado sobre a sua aplicação e eficácia.

Em tal contexto, a Lei n.º 13.874/2019, trouxe uma série de inovações relacionadas aos contratos empresariais, permitindo um funcionamento mais regular do sistema econômico, ressaltando que cada contrato tem suas próprias características e requisitos de validade, sendo essencial que sejam bem elaborados para resguardar os interesses de todos os envolvidos (Brasil, 2019).

Com a Lei da Liberdade Econômica, o empresário ganhou mais autonomia para tomar decisões, buscando não apenas o lucro, mas também a continuidade do negócio de seus parceiros comerciais. Isso envolve estabelecer parcerias baseadas em seriedade e valores compartilhados, contribuindo para a construção de uma reputação sólida e duradoura.

O estudo também identificou a importância de as empresas agirem de forma responsável, respeitando os direitos dos outros envolvidos no contrato, haja vista que empresas que não agem de forma responsável correm o risco de perder parceiros, enfrentar processos legais e ter sua reputação prejudicada.

Sendo caracterizados pela busca de lucro pelas partes, os contratos empresariais estabelecem os termos e condições para uma transação comercial específica entre dois ou mais entes empresariais, envolvendo a definição das obrigações e a responsabilidades de cada envolvido na avença. Nesse cenário, a Lei da Liberdade Econômica permite a desburocratização do ambiente de negócios, dando mais segurança jurídica aos empreendimentos e estimulando a geração de emprego e renda, sendo que esta pesquisa identificou, de maneira relevante, diversos aspectos em que a normatização indicada possibilitou o fortalecimento dos ajustes convencionados entre as partes, conforme é possível verificar na continuidade do estudo.

2. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS NA VIGÊNCIA DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA BRASILEIRA

Os contratos empresariais exibem características semelhantes e apresentam contornos comuns, haja vista que possibilitam o regular funcionamento do sistema econômico de produção de bens e serviços, sendo, portanto, importante explorar, reconhecer e qualificar as características presentes para adequadamente perceber as diferentes nuances verificadas nos negócios jurídicos estabelecidos, motivo pelo qual a investigação de possíveis ressignificações ou reinterpretações dos aspectos de formação dos contratos frente a Lei da Liberdade Econômica, se mostrar tão importante.

Isso posto, é fundamental indicar alguns conceitos básicos para o correto entendimento e compreensão do nosso estudo, recorrendo aos articulados enfoques de Ribeiro (2018):

Para o Direito, contrato é normalmente tido como um acordo entre duas ou mais pessoas, para entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial. Empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. O contrato celebrado entre empresas é chamado de contrato empresarial e por estar inserido num contexto diverso do contrato celebrado entre particulares, exige uma compreensão e um tratamento diferenciado que prestigie as suas especificidades e função.

Nesse prisma, os contratos empresariais se apresentam como acordos legais entre empresas e terceiros. Existem vários tipos, incluindo compra e venda mercantil, factoring, franquia, entre outros. Cada contrato tem suas próprias características e requisitos de validade, sendo primordial que sejam bem elaborados para proteger os interesses de todas as partes.

Assim, numa evolução normal do mundo corporativo, o empresário dos novos tempos deve ter uma postura consciente em relação aos seus negócios. Isso significa agir de forma transparente, honesta e respeitando os direitos dos outros envolvidos no contrato ajustado, sendo que com a Lei de Liberdade Econômica, o empresário obteve mais autonomia para tomada de suas decisões, não levando em consideração apenas o lucro, mas também a continuidade do negócio de seus parceiros comerciais, buscando, em tal panorama, a construção de relacionamentos de confiança, ou seja, estabelecendo parcerias baseadas em seriedade e em valores compartilhados. Isso contribui para a estruturação de uma reputação concreta e durável, o que é fundamental para o sucesso e crescimento sustentável dos negócios.

No atual cenário de maior conscientização da sociedade em geral, as boas práticas nos negócios não são apenas uma possibilidade de escolha, mas sim uma obrigação. Em tal realidade, esta indagação aponta que o empresário deve estar em constante atualização, considerando as normatizações relacionadas as suas decisões e ações, buscando sempre o equilíbrio entre o sucesso financeiro e o impacto positivo de sua interação com seus parceiros comerciais.

Nessa perspectiva, importante ressaltar que os contratos empresariais possuem uma característica específica, qual seja, são “aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro”, conforme pontifica Forgioni (2020, p. 27). Nesse quadro, um contrato entre empresários se apresenta como um acordo legalmente vinculativo que estabelece os termos e condições para uma transação comercial específica entre duas ou mais partes empresariais, podendo abranger uma ampla variedade de assuntos, com o fundamental objetivo da obtenção de lucro.

Para atingir seus objetivos, os contratos empresariais envolvem a definição das obrigações e responsabilidades de cada uma das partes envolvidas, bem como as condições de pagamento, prazos, cláusulas de rescisão e solução de conflitos. Esses contratos são essenciais para certificar a segurança e a confiabilidade das transações comerciais, estabelecendo direitos e deveres claros para todas as partes.

De outra banda, destacando definições do Código de Defesa do Consumidor, é relevante estabelecer que nem todo fornecedor é um empresário. Um empresário que celebra contrato com outro empresário não pode ser considerado consumidor se o produto ou serviço contratado não for para seu próprio consumo e sim para revenda, haja vista que segundo o Código

de Defesa do Consumidor, a relação de consumo somente estará estabelecida quando uma das partes for destinatária final dos citados.

Noutro dizer, o contrato mercantil tem como traço marcante a busca pelo lucro, em razão de que a movimentação comercial tem por objetivo angariar a vantagem econômica, sendo essa uma premissa para o estabelecimento ou desenvolvimento da própria atividade, face o ganho financeiro ser um dos principais escopos da empresa, o que não se coaduna com o conceito de consumidor previsto na Lei n.º 8.078/1990 (Brasil, 1990).

Logicamente, tal postura lucrativa não deve ser percebida como uma atividade causadora de prejuízo ao terceiro envolvido no negócio jurídico, pois as boas interações comerciais e a construção de uma reputação de bom negociante são importantes para a permanência no mercado, justificando uma postura racional e a busca em prosseguir realizando a atividade mercantil de forma duradoura.

Em que pese o contrato ser formulado com base na legislação estabelecida pela atividade legislativa de determinado ente soberano, como é o caso do Brasil, os contratantes não realizam a transação comercial para mero deleite, por uma determinação estatal. A busca é sim pela realização da função econômica, de trilhar um caminho para a realização do mister mercantil, qual seja, a produção de riqueza, na forma descrita por Gubiani (2023):

Destarte, os contratos empresariais desempenham função econômica, que significa a utilização destes como veículos de circulação de riquezas, auxiliando a produção e consumo, distribuindo renda e gerando empregos. Nestes contratos específicos, considerando que ambos os polos da relação são ocupados por empresários que visam ao lucro, quem assumiu o risco ao firmar um contrato, deverá responder pelo mesmo, sendo benéfico ou maléfico, justamente porque o risco é uma característica inerente a própria atividade empresarial.

Portanto, laborando para otimizar os custos gerados pela atividade comercial, o ente empresarial busca a realização de um contrato que apresente mais vantagens, ou seja, que se apresente perfeito e válido, bem como que seus efeitos atendam às necessidades do negócio, pois a parceria deve ter o propósito primeiro de potencializar a operação mercantil, possibilitando mais rendimento com menos despesas operacionais.

Nesse descortino, a empresa deve sopesar a própria subscrição do contrato com determinada parte, verificando a conveniência de ter como parceiro comercial determinado ente, ou seja, não examinando somente o incremento financeiro, mas também estimando, por exemplo, a produção por ela própria de determinado insumo necessário ao exercício mercantil. Ademais, o agente econômico deve ainda averiguar a conveniência de ter como fornecedor um parceiro cuja imagem no mercado seja negativa, haja vista as consequências prejudiciais advindas dessa associação, assim, respeitando e sendo respeitado.

Os contratos devem então ser formulados com base nas necessidades da empresa, cumprindo a legislação e examinando a contraparte com atenção, dessa maneira buscando suprir todas as exigências adequadas ao andamento da atividade comercial, portanto, não existe um contrato pronto e acabado, mas sim uma base preexistente regulada pelo direito, devendo essa ser convenientemente estudada e modificada dentro dos parâmetros legais, para, completadas as lacunas, amoldar juridicamente o ajuste aos objetivos do bom funcionamento da operação mercantil, especialmente considerando a evolução legislativa, como é o caso da Lei da Liberdade Econômica (Brasil, 2019).

A vinculação dos celebrantes ao contrato deve ser elaborada inclusive com vistas a dificultar eventual descumprimento dele, assim evitando que a parte contrária busque um novo parceiro a seu bel prazer, exatamente impedindo que caso ocorra uma ulterior parceira mais vantajosa do que a previamente estabelecida, não venha um dos contratantes a sair do pacto por mero oportunismo, impossibilitando então que a parte consorciada original sofra com eventuais prejuízos, havendo, nesse cenário diacrônico, uma postura de autonomia responsável.

Contudo, o contrato bem elaborado deve apresentar uma porta de saída para ambos os contratantes, mas de forma a causar menos danos a atividade comercial dos envolvidos, pois, em que pese a impossibilidade de possuir todas as informações sobre o futuro do mercado, além de não deter os operadores todas as dados da anterior atuação da contraparte no que diz respeito ao próprio cumprimento da avença, tal racional solução para a finalização do acordo permite a sobrevivência mercantil dos pactuantes.

De outra banda, se apresenta adequado analisar o contexto em que os contratantes também procuram distanciar-se dos pontos controvertidos que eventualmente possam prejudicar o negócio jurídico, das questões que de alguma maneira impeçam a evolução e formalização do contrato, repassando aos responsáveis pela formatação do ajuste o delineamento das providências a serem adotadas em face dos imprevistos.

Todavia, nessa realidade complexa existe uma séria dificuldade, fundamentada no problema de que os assessores jurídicos, com atribuição para formalizar o contrato, no mais das vezes não detêm todas as variáveis ou conhecimento das eventualidades da própria operacionalização do acordo, o estudo e o entendimento técnico da legislação não os prepara para conhecer o funcionamento real da empresa, de todos os aspectos afetos a condução do que foi ou será pactuado, situação que poderá causar possíveis contratempus no futuro.

Logicamente, no ajuste efetuado é impossível a previsão de todas as eventualidades futuras, as partes de boa-fé buscam um contrato que permita sua execução, mas admitir o prognóstico ou a antevisão de todos os eventuais problemas se mostra inconcebível.

Portanto, é cada vez mais adequado ter uma visão interdisciplinar de todos os aspectos relacionados ao próprio contrato, em que a formatação jurídica do ajuste seja estabelecida com base nas posições das diversas áreas técnicas da empresa, todas aquelas que de alguma forma possam aperfeiçoar o pacto mercantil, sempre com o escopo de trazer melhores efeitos ao negócio jurídico entabulado pelas partes, uma maior autonomia empresarial responsável em consonância com a Lei da Liberdade Econômica, ou seja, uma visão institucional por parte de todos os envolvidos que em certo grau possam contribuir na formatação de uma melhor avença comercial.

Com liberdade e na busca pela máxima perfeição do contrato, as partes devem examinar e considerar todos os aspectos futuros que de alguma forma possam comprometer a continuidade do acordo formalizado, tentando prever todos os pontos jurídicos importantes, desse jeito dando mais segurança ao que foi ajustado, sempre visando a continuidade e melhor desempenho da parceria mercantil.

E a empresa deve atender aquilo que foi pactuado, a seriedade como requisito básico para cumprir aquilo que foi ajustado, ou seja, observando o *pacta sunt servanda* ou o princípio da força obrigatória dos contratos, conforme explicam Rodrigues, Richardo e Dubois (2020, p. 9):

Pelo princípio da força obrigatória, o cumprimento das condições e prazos constantes nos contratos são requisitos essenciais para que a estrutura social e capitalista que funciona à base de trocas, contendo obrigações incorporadas em seus processos, funcione de forma eficaz. A força obrigatória, conceitualmente, possui dois sentidos. De um lado, indica que os pactos contêm obrigações para as partes, que devem ser cumpridas. De outro, incorpora a premissa de que a quebra das obrigações implica a possibilidade de punição pelo sistema jurídico que abriga os contratos, por suscitar eventual desordem ao sistema social vigente.

Nesse descortino, com autonomia, mas observando os limites impostos pela legislação, os contratantes formalizam seus acordos negociais buscando não somente a sobrevivência e o lucro da empresa, mas também preservando o mercado, com fluxos adequados entre os entes mercantis, focando e observando os princípios e regras estatais reguladoras da atividade mercantil, observando essa natural evolução do mundo corporativo.

Curial ainda observar que o conjunto de normas legislativas estatais deve obrigatoriamente possibilitar condições para evolução das empresas, não restringindo determinada atividade mercantil que esteja apta a trazer bons dividendos ao próprio mercado, mas também tutelando o crédito à disposição dos que pretendem otimizar suas atividades comerciais, estimulando portanto os investidores e o fluxo das relações econômicas, sem esquecer “que se de um lado, o Estado deve se preocupar em resguardar a livre iniciativa, o empreendedorismo e a propriedade privada, do outro, tem o dever de reduzir as desigualdades”, na lição de Pompeu e Carneiro Junior (2018, p. 40).

Estabelecidas nesse contexto, as empresas estão sujeitas a erros de avaliação e a possíveis mudanças no mercado que possam prejudicar a continuidade do negócio. Essa é uma realidade que faz parte do ambiente empresarial e que pode afetar qualquer empreendimento. Nesses casos, é importante que os contratantes estejam preparados para identificar e reconhecer os problemas, buscando soluções adequadas para lidar com eles. Isso pode envolver ajustes na estratégia de negócios, busca por novos mercados ou até mesmo a reestruturação da empresa.

Além disso, é fundamental que o Estado esteja aparelhado e habilitado a constatar e solucionar as questões que impactam o mercado. Isso significa que o governo deve ter mecanismos de auxílio e preservação dos agentes econômicos, como políticas públicas que incentivem a inovação, a competitividade e a capacitação empresarial, logicamente, permitindo uma ampla autonomia do exercício da atividade comercial

Observando a Lei de Liberdade Econômica, o Estado deve atuar na regulação do mercado, garantindo a aplicação de leis e regulamentos que promovam a concorrência justa e evitem práticas abusivas. Além disso, é papel do Estado fornecer informações e estudos que auxiliem os empresários na tomada de decisões, bem como oferecer programas de capacitação e apoio financeiro para empresas em dificuldades, haja vista que a salutar providência de auxílio estatal se mostra adequada quando ministrada corretamente, proporcionando uma maior confiança do empreendedor na atividade mercantil, não eliminando totalmente o risco, mas dando mais liberdade para o ente comercial ousar.

Nessa realidade, experimentando novas oportunidades, novos negócios, a empresa adquire confiança para evoluir, contexto em que o próprio mercado se mostra mais receptivo

e os custos da atividade comercial tendem a diminuir, compasso que ainda favorece o Estado em face de uma maior arrecadação e de um menor nível de desemprego, cenário em que, conforme Bonamigo e Rodrigues (2021, p. 15), a observância de “padrões éticos aos contratos e a expectativa de seu cumprimento, pautada na confiança e boa-fé das partes, é benéfica à sociedade e atende a função social da atividade”.

E o comportamento correto e sincero das partes também é axioma importante a caracterizar uma contratação adequada, haja vista que a boa-fé dos envolvidos acaba por estimular e fortalecer o próprio mercado, merecendo ser ressaltado que a confiança dos agentes econômicos depositada em seus parceiros comerciais é sempre benéfica, pois permite que as atividades mercantis sejam executadas de forma equilibrada entre os contratantes, cumprindo cada um a sua parte sabendo que não ocorreram surpresas.

Com essa compreensão, é fundamental que as partes tenham uma postura comercial proba no que se refere a contratação e a continuidade da parceria mercantil. Nesse sentido, o art. 113 do Código Civil (CC) brasileiro estabelece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, bem como, no art. 442 da citada norma, resta exposto que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, ou seja, firma a posição de que o comportamento das partes deve ser retilíneo, digno e leal (Brasil, 2002).

Destarte, a boa-fé das partes deve ser considerada como um princípio geral de interpretação dos contratos, integrando o escopo do pacto negocial com o efetivo documento formatado, ampliando a análise e integrando aspectos não escritos ao próprio exame dos objetivos do acordo formulado, motivando a apreciação das condutas mercantis, em especial, para fundamentar a investigação de eventuais práticas que possam configurar abuso de direito de algum dos envolvidos.

Ao entender como necessário que haja um padrão ético adequado por parte dos contratantes, as relações comerciais passam a ser destituídas de eventual perversidade, pois a legislação e o mercado exigem condutas honestas, íntegras e confiáveis. A empresa que labora com malícia não tem atuação longa em face de que tal inadequada postura acaba por ficar conhecida dos outros possíveis parceiros comerciais, que terminam por evitar negociar com o desleal, dessa forma inviabilizando sua sobrevivência.

Em verdade, a violação da confiança entre os contratantes, tanto em face de atividades comissivas como também de condutas omissivas em relação ao contrato, é prejudicial para as duas partes, pois em que pese um provável prejuízo financeiro para aquela que sempre laborou de forma correta, a empresa desleal acabará por receber a repulsa do mercado justamente por sua atuação dolosa, motivo pelo qual a “boa-fé é um princípio que tem força de validar negócios jurídicos” no dizer de Delgado (2004, p. 15), se impondo, nesse cenário, como importante mecanismo de diagnóstico do pacto formalizado e axioma de grande importância a ser observado pelos envolvidos no negócio, perspectiva em que Martins Costa e Branco (2002, p. 357) asseveram:

A função otimizadora do comportamento contratual é obtida por dois modos diversos: de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, deveres instrumentais de conduta, pois visam o exato processamento da relação obrigacional, a satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realização positiva do fim contratual e na pro-

teção à pessoa e aos bens da contraparte. De outro, pela utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante à função econômico-social que concretamente é chamado a realizar.

Com base no aduzido, importante considerar que a boa-fé acaba por diminuir os custos da operacionalização dos negócios jurídicos, além de também estimular o relacionamento das partes que objetivam a produção de riquezas, uma vez que o agir probo contamina o mercado de forma salutar, tornando as relações comerciais estabelecidas mais confiáveis e, como consequência, diminui o risco da ocorrência de prejuízo e possibilita um aumento dos lucros.

Nesse mesmo bordo, mas buscando referência nas legislações de outros entes soberanos, resta identificado que a boa-fé negocial faz parte da análise jurídica do contrato, nesse sentido é o parágrafo 242 do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), o Código Civil alemão, descrevendo que *"leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern"*³.

Em posicionamento semelhante, no que se refere a culpa na formação dos contratos, a configuração adotada em Portugal se dá mediante o art. 227 do Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código Civil lusitano, restando estabelecido: *"Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte"*.

Em realidade análoga, no que se relaciona as negociações e responsabilidade pré-contratual, o art. 1.175 do *"Il Codice Civile Italiano"*, o art. 1.175 do Código Civil Italiano, descreve que *"il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza"*⁴. No seguimento da mesma norma, o art. 1.367 estabelece que *"le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"*⁵. E, ao tratar da execução do contrato, o art. 1.375 da legislação italiana, esclarece que *"il contratto deve essere eseguito secondo buona fede"*⁶, situações que acabam por também demonstrar a importância da boa-fé em formato semelhante ao cenário brasileiro, sendo que no caso do país europeu, Castelvetri (2023, p. 242) esclarece:

*Il carattere oggettivo (e non psicologico) della buona fede di cui all'art. 1375 si desume dalla circostanza che la disposizione integra il rapporto contrattuale (anche per la sua collocazione tra gli effetti): essa si pone, cioè, come regola di comportamento cui devono attenersi le parti nell'esecuzione del contratto così come, a stregua dell'art. 1175, devono fare il debitore e il creditore nel rapporto obbligatorio.*⁷

Concernente a tal visão, o agente econômico logicamente persegue seus próprios interesses de forma individual, porque labora com o escopo de manter a empresa ativa. Portanto, "a preservação da empresa é um objetivo geral quando a atividade essencial correr o risco de

3 Tradução livre: § 242. Observando a boa-fé. O devedor é obrigado a portar-se com boa-fé cumprindo o contrato e respeitando o negócio.

4 Tradução livre: o devedor e o credor devem comportar-se de acordo com as regras de correção.

5 Tradução livre: as partes, na condução das negociações e na formação do contrato, devem se comportar de boafé.

6 Tradução livre: o contrato deve ser executado de boa fé.

7 Tradução livre: a natureza objetiva (e não psicológica) da boa-fé a que se refere o art. 1375 deduz-se da circunstância de que a disposição integra a relação contratual (também para a sua colocação entre os efeitos): surge, isto é, como regra de conduta que as partes devem respeitar na execução do contrato, bem como, da mesma forma art. 1175, eles devem fazer o devedor e o credor no documento obrigatório.

se comprometer a preservação da empresa”, no magistério de Didier Jr., Eid e Aragão (2022, p. 8). Nesse quadro, à preservação da atividade econômica, a consecução do objeto social e o lucro são fundamentais para a sobrevivência do ente empresarial, haja vista que durante o percurso de uma sociedade empresária ou do próprio empresário, inúmeras ocorrências são possíveis, como crises econômicas, financeiras, contábeis e políticas.

Ademais, sendo um objetivo primário, a continuidade da atividade enquanto fonte produtora de serviços ou mercadorias, reflete diretamente no objeto social e direciona a empresa na busca do lucro. Conseqüentemente, a preservação da empresa é importante para diversos interessados, como credores, trabalhadores, consumidores, Estado e sociedade, considerando que a manutenção da empresa permite que ela cumpra sua função social e beneficie a coletividade (Bushatsky, 2018).

Já no que diz respeito a rotina da prática comercial, os usos e costumes vinculam os agentes econômicos no trato mercantil, devendo esses portar-se de acordo com o modelo usual, sem trazer surpresas ao negócio jurídico entabulado, procedendo e agindo dentro dos parâmetros habituais e correntes de acordo com a práxis consagrada, sendo que os “usos e costumes complementam o regramento contratual, inclusive colmatando eventuais lacunas percebidas na avença”, na afirmação de Lupion e Beylouni (2022, p. 7).

Nesse contexto, logicamente uma postura leal e honesta é mais do que esperada, ela se apresenta como necessária para o adequado desenvolvimento da relação comercial ao longo do tempo e, apesar de não haver prévia negociação desses termos, os agentes econômicos ficam vinculados a essas formas usais, em que uma atuação confiável é esperada. Inexiste então qualquer problema relativo à segurança do contrato, porque, como premissa básica, espera-se que as partes pactuem visando a prática de atos legítimos e idôneos, sendo inadmissível supor que a transação tenha objetivado a prática de um ato ilícito ou que deliberadamente a parte tenha buscado causar ao parceiro comercial um determinado prejuízo.

Portanto, o esperado numa realidade de práticas comerciais globalizadas, em um contexto em que as fronteiras cada vez mais são ignoradas, ocorra a uniformização das boas posturas, que os contratos mercantis formulados em qualquer parte do mundo possuam cláusulas semelhantes e que os contratantes sempre tenham uma postura sincera e digna no cumprimento dos pactos mercantis.

De outro bordo, estruturando formalmente o negócio jurídico, o contrato deve ser previamente estudado para que seja apto a trazer bons dividendos para as empresas envolvidas, no sentido em que a prática da atividade econômica seja utilizada para a produção de riquezas, em um cenário em que a forma e os custos da transação sejam valorados de forma competente, objetivando não inviabilizar a própria atividade comercial. O esperado então é que as partes cumpram o acordo, que laborem sem formalismos inúteis ou que de alguma maneira acabem por inviabilizar o cumprimento da avença comercial.

Ademais, nesse cenário o contrato também encerra riscos à própria atividade mercantil, uma vez que espera-se um normal desenvolvimento desse, que as partes laborem adequadamente no cumprimento de suas atribuições, mas situações futuras podem provocar prejuízos a operação comercial, bem como deficiências do pacto formalizado poderão acarretar problemas financeiros para as partes, configurando os mencionados riscos, mas que em realidade devem ser entendidos como inerentes ao próprio exercício econômico.

Os contratos bem elaborados fomentam o fluxo de relações comerciais, devendo a empresa, antes de subscrever o pacto, obter todas as informações que sejam importantes para a formalização da avença, um agir diligente, estudando todos os aspectos e o contexto em que haverá o cumprimento do negócio jurídico, sempre sob pena de que assim não agindo, haver a suposição de que o procedimento displicente ou inadequado foi adotado de forma consciente, obrigando a suportar eventuais prejuízos.

Deve também ser ressaltado que visando dar ainda mais garantias aos contratos, o inciso VII, do art. 3º, da Lei n.º 13.874/2019, estabeleceu que “os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública” (Brasil, 2019). Nesse contexto, Lupi (2019, p. 337) descreve que “as regras pactuadas entre as partes no contrato têm primazia inclusive sobre as regras de direito empresarial”, ou seja, a normatização estatal acaba por ratificar e fortalecer a liberdade e o respeito a vontade dos contratantes no âmbito do exercício da atividade econômica, cenário que acaba consolidando os aspectos intrínsecos ajustados pelas partes no que se relaciona à sua autonomia quando da realização de suas transações comerciais.

Todavia, em razão da parceria estabelecida na formalização do contrato, resta esperado que não haja omissão de informações relevantes pelas partes, ou seja, essas não podem esconder referências ou dados que possam acarretar problemas ao cumprimento do acordo ou que eventualmente venham causar prejuízos ao consorciado, impondo-se como necessário que todos adotem posturas leais, que haja integridade na troca de todos os elementos significativos ao negócio jurídico. Concernente a isso, a diligência normal e prudente é o comportamento esperado, uma vez que ultrapassar os limites do natural cuidado exigiriam aumentar os custos do próprio contrato, inviabilizando a operação negocial como um todo.

De outro bordo, de posse das informações adequadas, a empresa labora em proveito próprio, buscando primeiramente atender seus objetivos financeiros, realidade em que no mais das vezes, os interesses das empresas não estejam alinhados ou sejam paralelos, uma vez que a busca pelo lucro é premissa inicial a ser observada por qualquer das partes.

No entanto, isso não quer dizer que seja permitido ao contraente agir com a denominada reserva mental, que se constitui em uma eventual divergência entre os que constou no contrato e a vontade interna do agente, ou seja, “na reserva mental oculta-se vontade contrária à declarada. O declarante mantém na mente o verdadeiro propósito - *propositum in mente relentum* - e o propósito oculto não deixa de ser oculto por ter sido comunicado a terceiro”, nas palavras de Orlando Gomes (2001, p. 430).

E, nesse sentido, o art. 110 do CC brasileiro descreve que “a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”, ou seja, o contrato permanece válido e subsiste quando a contraparte não tiver conhecimento da reserva mental, sendo que se dela tiver prévio conhecimento, estará configurada a nulidade do negócio jurídico (Brasil, 2002).

Como referência, o art. 244 do Código Civil lusitano também trata do instituto, descrevendo que “há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratório”, bem como, que “a reserva não prejudica a validade da declaração, exceto se for conhecida do declaratório; neste caso, a reserva tem os efeitos da simulação”.

O BBG alemão, no parágrafo 116, também trata da matéria informando que *“eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt”*⁸.

Nessa perspectiva, verificar que os agentes econômicos laboraram com reserva mental no momento da formalização do contrato, bem como levando em consideração o mercado globalizado atual, se mostra fundamental interpretar o pacto mercantil levando em consideração as posturas apresentadas pelos contraentes, conforme explicitado por Simão Filho (2023, p. 525):

Há que se levar em conta as restrições interpretativas para com os negócios jurídicos benéficos e renúncias que são interpretados restritivamente; subsistência das manifestações de vontade mesmo que o autor tenha feito reserva mental das mesmas e não queira o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento como preleciona o art. 110 do Código Civil e silencia como forma de manifestação da vontade quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem e não for necessária declaração de vontade expressa (art. 111).

Já no que diz respeito ao comportamento da parte após a assinatura do contrato, importante considerar eventual ocorrência de um certo oportunismo por parte do agente econômico, ou seja, de que esse mude sua conduta para obter maior vantagem financeira, constituindo-se em um risco moral ou *moral hazard*. Assim, o contrato deve estabelecer cláusulas adequadas para evitar a possibilidade de que uma das partes altere seu comportamento durante o cumprimento do ajustado, em razão do risco ou efetivo prejuízo a ser suportado pela outra parte, conforme descreve Nazari (2020, p. 685):

[...] é um obstáculo a ser superado, principalmente caso ocorra a perspectiva da existência da adoção de uma conduta oportunista por uma das partes ao pactuar o contrato, deste modo, quanto mais aproximada da realidade se der a previsão estabelecida contratualmente, menor a chance da concretização do risco moral.

Em contraposição, resta a confiança atribuída às partes contratuais, a crença de que não é preciso temer a adoção de atos oportunistas pelos agentes envolvidos na relação contratual, elevando a expectativa de que agirão norteados pela boa-fé contratual, perspectiva esta que pode acarretar um menor ônus de custos transacionais, pois serão alocados menos recursos para a prevenção dos riscos, aumentando o bem-estar coletivo em consonância com a melhora da confiança recíproca.

Noutro dizer, o risco moral refere-se a uma situação em que uma das partes tem maior probabilidade de suportar eventuais prejuízos, quando a outra, valendo-se das brechas do contrato, comporta-se de forma mais imprudente ou irresponsável, ou pior, age de maneira deliberada para prejudicar seus parceiros comerciais.

Posto isso, outro axioma a ser considerado é que haja um aumento no nível de dependência econômica entre os agentes econômicos, em razão de que uma das partes pode se vincular ao acordo negocial de tal forma que ocorra uma completa sujeição dessa ao efetivo cumprimento da avença na forma descrita por Paula Ramos (2019, p. 23):

8 Tradução livre: uma declaração de vontade não é nula e sem efeito porque o declarante se reserva secretamente o direito de não querer o declarado. A declaração é nula e sem efeito somente se o outro conhecia essa reserva.

“Depender” é vocábulo que possui pelo menos dois sentidos. Um deles, “ter conexão ou relação imediata; estar ligado”, refere-se a situações em que a dependência é fisiológica. Um filho que depende de um pai está por ele protegido, justamente pela parentalidade, pela relação que une. Depende dele pela relação de confiança recíproca. O outro sentido, por sua vez, revela situações em que “depende” significa “estar subordinado; estar sob o domínio, autoridade, influência ou arbítrio”. Situações, em outras palavras, em que a dependência pode, de alguma forma, tornar-se uma condição de vida ou morte, podendo facilmente descambar para o arbítrio. A dependência econômica que ganha relevo para o presente estudo, portanto, não é qualquer dependência econômica. Afinal, é claro que todas as pessoas que formam um contrato o fazem por alguma necessidade; e, nesse sentido, ao contratarem alguém que tenha condições de “saciar” tal necessidade, tornam-se delas dependentes. Precisam daquele contrato para saciar a necessidade; e é justamente mediante a formação e a execução do contrato que a necessidade será saciada. É, em outras palavras, a “conexão”, a “relação imediata”, ou a “ligação”

Por derradeiro, o último aspecto analisado diz respeito a ciência que os agentes econômicos têm sobre o demorado caminho até a obtenção de uma sentença judicial ou arbitral que solucione eventual problema relacionado ao contrato entabulado, motivo que leva os entes comerciais a preferir meios alternativos para solução de eventuais dos conflitos. Assim, usando o velho aforismo de que mais vale um mau acordo do que uma boa demanda, se torna aplicável a postura das empresas em resolver os problemas do contrato sem contar com o apoio estatal, pois a dinamicidade da atividade comercial não permite que os administradores permaneçam por longo tempo à espera de uma solução para a questão, porque, no mais das vezes, a própria sobrevivência do negócio é o escopo da ação mercantil.

Nesse prisma, aquele que eventualmente descumpriu o acordo tem ciência de que se encontra em uma situação mais confortável em relação a contraparte que eventualmente sofreu o prejuízo, bem como, essa normalmente costuma adotar uma posição mais complacente em razão da preservação do negócio jurídico, absorvendo o ônus causado em prol de continuação do acordo.

3. A IMPORTÂNCIA DA LEI N.º 13.874/2019 PARA OS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Traçadas diversas reflexões sobre o tema deste estudo, importante descrever que a evolução contratual se refere ao desenvolvimento e mudança nas relações convencionadas ao longo do tempo. Isso pode incluir alterações nas leis e regulamentações que governam os contratos, bem como mudanças nas práticas e expectativas das partes envolvidas, perspectiva que nos leva a delimitar os objetivos relacionados a “liberdade econômica”, o que fazemos buscando a concepção de Miller e Kim (2016, p. 21):

(...) the goal of economic freedom is not simply an absence of government coercion or constraint, but the creation and maintenance of a mutual sense of liberty for all. Some government action is necessary for the citizens of a nation

to defend themselves and to promote the peaceful evolution of civil society, but when government action rises beyond the minimal necessary level, it leads inevitably and quickly to the loss of freedom.⁹

Assim, a Lei da Liberdade Econômica está centrada na desburocratização do ambiente de negócios, dando mais segurança jurídica aos empreendimentos e estimulando a geração de emprego e renda, sendo que, quanto ao objeto dessa investigação, a norma legislativa veio a, realmente, proporcionar mais segurança jurídica aos contratos empresariais, possibilitando um fortalecimento dos ajustes convencionados entre as partes, dando autonomia e fôlego ao empreendedor para investir em inovação e aumentar a competitividade.

Nesse contexto verificamos a importância da Lei da Liberdade Econômica, que estipulou a possibilidade das pessoas e empresas de agir livremente no mercado, sem interferência excessiva do governo, permitindo a “aplicação e interpretação das relações jurídicas civis, empresariais, econômicas, trabalhistas e urbanísticas, inclusive para a ordenação estatuída pelo Estado inclusive sobre o exercício das profissões, comércio, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente, entre outros”, no magistério de Paiva Martins e Paiva Martins Junior (2021, p. 237), realidade que inclui a liberdade de celebrar contratos, estabelecer preços, tomar decisões de negócios e competir no mercado.

A evolução contratual e a liberdade econômica estão intimamente relacionadas, pois a liberdade econômica é fundamental para permitir a evolução e adaptação dos contratos às necessidades e circunstâncias em constante mudança. Quando há liberdade econômica, as partes têm mais flexibilidade para negociar os termos de seus contratos e adaptá-los de acordo com suas necessidades, motivo pelo qual a Lei n.º 13.874/2019 foi recepcionada de maneira bastante positiva pela doutrina (Lupi; Knoerr; Cordeiro, 2019, p. 2).

No entanto, é importante observar que a liberdade econômica não é absoluta e pode ser limitada em certas circunstâncias, haja vista as regulamentações estatais que objetivam garantir a concorrência justa no mercado, justificando as “restrições à liberdade contratual pela ampliação da esfera do interesse público”, na visão de Dantas (2023 p. 148).

Portanto, a evolução contratual e a liberdade econômica são conceitos interligados, pois a liberdade econômica permite a adaptação e evolução dos contratos, enquanto a evolução contratual é impulsionada pelas mudanças nas práticas e expectativas das partes envolvidas.

Nessa perspectiva, também devemos reafirmar que a Lei da Liberdade Econômica foi especificamente criada com o objetivo de reduzir a burocracia, mas também, buscava-se facilitar a abertura de empresas no Brasil, dessa forma trazendo mudanças significativas para o Direito Civil e, logicamente, para o Direito Contratual, haja vista estabelecer que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato, preponderando também, o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, sendo que ao analisar a citada norma, Abras e Sampaio Júnior (2022, p. 200) afirmam:

O propósito, então, é dar mais relevância ao aspecto econômico do direito, haja vista a importância dos contratos empresariais para circulação de riquezas, geração de empregos, e promoção das cadeias produtivas. Por conseguinte,

9 Tradução livre: O objetivo da liberdade econômica não é simplesmente uma ausência de coerção governamental ou restrição, mas a criação e manutenção de um sentimento mútuo de liberdade para todos. Alguma ação de governo é necessária para que os cidadãos de uma nação possam defender-se e promover a paz e a evolução da sociedade civil, mas quando as ações do governo ultrapassam o nível mínimo necessário, ocorre uma inevitável e rápida perda da liberdade.

as implicações que uma interpretação equivocada de um contrato ou a intervenção não autorizada nos seus termos pode gerar fortes impactos no âmbito empresarial, contaminando a credibilidade e a segurança das relações pela excessiva intervenção do Estado.

Assim, esmiuçando a norma de maneira específica, verificamos que a Lei n.º 13.874/2019 alterou os artigos 113 e 421 do Código Civil de 2002, bem como incluiu o novo artigo 421-A (Brasil, 2019). O artigo 421-A estabelece que a liberdade contratual deve ser exercida de forma responsável e com base na boa-fé objetiva, considerando que tal diretriz acaba dando “mais segurança ao sistema, porque não há que se adentrar em pensamentos íntimos que são impossíveis de se acompanhar, quando não imprevisíveis”, na ponderação de Venosa e Ruas (2020, p. 33), ou seja, as partes devem agir com honestidade e lealdade na negociação e execução do contrato.

A lei mencionada permite que as empresas e os empresários tenham mais autonomia para definir suas políticas internas, sem precisar seguir regras excessivamente rígidas impostas pelo Estado. Isso permite que eles possam inovar mais, criar produtos e serviços, gerar empregos e contribuir para o crescimento econômico do país. Além disso, a lei também permite que as empresas contratem com seus parceiros comerciais de maneira mais livre. Essa autonomia é importante para o desenvolvimento econômico e a criação de um ambiente de negócios favorável, onde a “liberdade de conteúdo econômico e social já consagrados na Constituição Federal de 1988, eis que propicia o surgimento de novas empresas, bem como o surgimento de novos empreendedores que pretendem ingressar no mercado”, de acordo com Souza e Rosa (2022, p. 498).

Nesse termos, a normatização promove uma profunda desburocratização, com a eliminação de licenças e autorizações desnecessárias, a simplificação do registro e abertura de empresas, a facilitação do acesso ao crédito e a flexibilização das relações de trabalho.

Todavia, em que pesem tais simplificações, os “princípios gerais da atividade econômica, elencados no Art. 170 e em seus incisos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” (Andrade *et al.*, 2020, p. 755), continuam sendo de observação obrigatória pelas partes quando da confecção dos contratos empresariais. Ademais, também com foco nos princípios de livre mercado e livre concorrência, a Lei n.º 13.874/2019 incentiva a competição saudável entre as empresas e promove um ambiente mais favorável para o empreendedorismo, permitindo mais autonomia, considerando que a liberdade de contratar é um princípio fundamental da liberdade econômica, sendo baseada na ideia de que as pessoas devem ter a liberdade de celebrar contratos voluntários e acordos comerciais sem interferência excessiva do governo, permitindo que as partes envolvidas em uma transação comercial negociem livremente os termos e condições do contrato, levando em consideração seus interesses e necessidades. Isso inclui a liberdade de estabelecer preços, definir prazos, determinar condições de pagamento e estipular cláusulas específicas que atendam às suas expectativas.

Essa liberdade de contratar é considerada essencial para promover a eficiência econômica, a inovação e o desenvolvimento de negócios, apenas recordando que o Estado poderá intervir nos contratos para proteger os direitos das partes envolvidas, garantindo o cumprimento dos termos acordados, protegendo o interesse público e promovendo uma economia justa e equilibrada, ou seja, a busca é por uma harmonia entre os envolvidos, conforme pontifica Tartuce (2020, p. 1019-1020);

(...) em matéria de contratos, a Lei da Liberdade Econômica procurou valorizar a autonomia privada e resolver antigos problemas técnicos que existiam no Código Civil, o que é louvável. Todavia, não se pode dizer que a autonomia privada, a força obrigatória do contrato e a tal intervenção mínima passaram a ser princípios contratuais inafastáveis e absolutos. Por óbvio que devem eles ser ponderados e mitigados frente a outros regramentos, caso das sempre citadas função social do contrato e boa-fé objetiva. Com isso, busca-se o eventual equilíbrio contratual perdido e a vedação dos abusos e excessos negociais, tão comuns em nosso País.

Sob o mesmo ponto de vista, a liberdade de contratar permite que as partes envolvidas em uma transação comercial negociem livremente os termos e condições do contrato. Essa liberdade é importante para promover a eficiência econômica, mas também está sujeita a regulamentações e limites legais para proteger os direitos das partes envolvidas na forma já evidenciada nesta indagação, destacando que no *Raking the Word by Economy Freedom* (Heritage Foundation, 2021, p. 2), o Brasil ocupa o 143^a (centésimo quadragésima terceira) posição, com score de 53,4 (cinquenta e três vírgula quatro) pontos, ficando bem atrás de países com grau de desenvolvimento semelhante ou menor, como por exemplo, Colômbia, Uganda e Burkina Faso, situação que evidencia que ainda temos um longo caminho a percorrer.

Em suma, a Lei da Liberdade Econômica busca proporcionar mais liberdade e flexibilidade para os empresários, reduzindo a burocracia e estimulando a atividade empreendedora no Brasil. No entanto, é necessário que os empresários atuem de acordo com as normas e regulamentações aplicáveis, respeitando os direitos de terceiros e os limites legais estabelecidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta investigação, concluímos que a Lei da Liberdade Econômica no Brasil, trouxe uma série de inovações relacionadas aos contratos empresariais, permitindo um funcionamento mais regular do sistema econômico, mas também, que existe a necessidade de explorar, reconhecer e qualificar suas características das avenças comerciais, permitindo uma evolução no que trata de seus diversos aspectos formais, bem como inerentes ao efetivo cumprimento do acordado, haja vista que cada contrato tem suas próprias características e requisitos de validade, sendo essencial que sejam bem elaborados para proteger os interesses de todas as partes.

Com a Lei da Liberdade Econômica, o empresário ganhou mais autonomia para tomar decisões, buscando não apenas o lucro, mas também a continuidade do negócio de seus parceiros comerciais. Isso envolve estabelecer parcerias baseadas em seriedade e valores compartilhados, contribuindo para a construção de uma reputação sólida e duradoura, além de evidenciar a importância de as empresas agirem de forma responsável, respeitando os direitos dos outros envolvidos no contrato. Empresas que não agem de forma responsável correm o risco de perder parceiros, enfrentar processos legais e ter sua reputação prejudicada.

Ademais, a indagação também identificou que os contratos empresariais estabelecem os exatos termos e condições para uma transação comercial específica entre duas ou mais partes empresariais, envolvendo a definição das obrigações e responsabilidades de cada uma das partes, contexto em que a Lei da Liberdade Econômica permite a desburocratização do

ambiente de negócios, dando mais segurança jurídica aos empreendimentos e estimulando a geração de emprego e renda, sendo que, quanto ao objeto dessa investigação, a norma legislativa veio a proporcionar mais segurança jurídica aos contratos empresariais, possibilitando um fortalecimento dos ajustes convencionados entre as partes, dando autonomia e fôlego ao empreendedor para investir em inovação e aumentar a competitividade.

Nesse acurado contexto, o estudo estabeleceu a importância da Lei da Liberdade Econômica, haja vista que a norma estipulou a possibilidade das pessoas e empresas de agir livremente no mercado, sem interferência excessiva do governo, promovendo a eficiência econômica, a inovação e o desenvolvimento de negócios, além de permitir que as partes encontrem soluções criativas e flexíveis para atender às suas necessidades, impulsionando o crescimento econômico e a criação de empregos.

Por outro lado, é importante ressaltar que o Estado pode intervir nos contratos para proteger os direitos das partes envolvidas, assegurando a efetivação dos termos acordados, protegendo o interesse público e promovendo uma economia justa e equilibrada. A busca é por uma harmonia entre os envolvidos.

A Lei da Liberdade Econômica valoriza a autonomia privada e busca resolver antigos problemas técnicos existentes no Código Civil. No entanto, a autonomia privada, a força obrigatória do contrato e a intervenção mínima não se tornaram princípios contratuais inafastáveis e absolutos. Eles devem ser ponderados e mitigados frente a outros regramentos, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Com isso, busca-se o equilíbrio contratual perdido e a vedação dos abusos e excessos negociais, permitindo que as partes envolvidas em uma transação comercial negociem livremente os termos e condições do contrato. Essa liberdade é importante para promover a eficiência econômica, mas também está sujeita a regulamentações e limites legais para proteger os direitos das partes envolvidas.

Em síntese, a Lei da Liberdade Econômica busca viabilizar um ambiente de negócios desburocratizado, proporcionando mais segurança jurídica para a formação dos contratos empresariais, situação que permite a implementação de estratégias de crescimento e favorece a confiança empresarial, sendo esse um fator importante para o crescimento econômico de um país, tendo em vista que quando os empresários estão confiantes, eles tendem a investir mais em seus negócios, o que pode levar a um aumento na produção e a criação de mais empregos.

REFERÊNCIAS

ABRAS, Barbara de Castro Seda; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A Lei da Liberdade Econômica e seu reflexo no Direito Contratual. **Direito e desenvolvimento**, v. 13, n. 2, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1388/801>. Acesso em: 14 set. 2023.

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**, 18 ago. 1896. (BGB). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

ALMEIDA, William. **A boa-fé contratual diante da nova codificação civil**. 11 maio 2004. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1560/A-boa-fe-contratual-diante-da-novacodificacao-civil>. Acesso em: 11 jan. 2023.

ANDRADE, Mariana Dionísio de et al. A Medida Provisória n.º 881/2019 e a insegurança jurídica em face das alterações nos arts. 50 e 421 do Código Civil de 2002. **Meritum**, v. 14, n. 2, p. 752-765, 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7156>. Acesso em: 10 set. 2023.

BITTENCOURT, Rodrigo do Prado. A boa-fé objetiva, a função social do contrato e a proteção contra os vícios redibitórios: Três elementos estruturadores dos negócios jurídicos. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 7, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1844/1505>. Acesso em: 10 set. 2023.

BONAMIGO, Heloisa Führ; RODRIGUES, Mariana Santos. Contratos empresariais e compliance: da autorregulação à credibilidade. **Revista de Doutrina Jurídica**, v. 112, 2021. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdf.tj.jus.br/index.php/rdj/article/view/718>. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2023.

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/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRUST, Taís. **Ações Revisionais – Abuso de Direito**. 2019. Trabalho de Conclusão (Bacharelado em Direito) – UNIVATES, 2019. Disponível em: <https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/de363d9c-36cf-4ffe-a196-317e3288b29b/content>. Acesso em: 10 set. 2023.

BUNAZAR, Maurício. A Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no Regime Jurídico do Contrato de Direito Comum. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 5, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1523_1547.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

BUSHATSKY, Daniel. **Princípio da preservação da empresa**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Comercial. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/220/edicao-1/principio-da-preservacao-da-empresa>. Acesso em: 16 set. 2023.

CASTELVETRI, Laura. Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza

e proposte dottrinali. Dirritto delle relazioni Industriali. **Rivista trimestrale della Associazione Lavoro e Ricerche**, anno 11, n. 2, 2001. Disponível em: https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/912mod_resource/content/0/2001_2.pdf#page=11. Acesso em: 17 jan. 2023.

COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson. **A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale)**. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do Direito Contratual. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 32, n. 1, 2023. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/952/599>. Acesso em: 17 set. 2023.

DELGADO, José Augusto. **A Ética e a boa-fé no novo Código Civil**. 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79060225.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2023.

DIDIER JR., Fredie; EID, Elie Pierre; ARAGÃO, Leandro Santos. Recuperação judicial, execução fiscal, *stay period*, cooperação judiciária e preservação da empresa: compreendendo o § 7º-B do art. 6º da Lei 11.101/2005. **Revista de Processo**, v. 323, 2022. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/197736>. Acesso em: 16 set. 2023.

FONSECA, Alfredo Gehring Cardoso Falchi. Dever de informação decorrente do princípio da boa-fé objetiva. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc17.pdf?d=636808307668908373>. Acesso em: 10 set. 2023.

FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

GUBIANI, Laís Gasparotto Jalil. **Do contrato empresarial e a mitigação dos deveres de conduta e do dirigismo contratual**. 2023. Disponível em:

<https://laisgasparottojalil.jusbrasil.com.br/artigos/390529091/do-contrato-empresarial-e-amitigacao-dos-deveres-de-conduta-e-do-dirigismo-contratual>. Acesso em: 11 jan. 2023.

HERITAGE FOUNDATION. Index of economic freedom. 2021. Disponível em: https://www.heritage.org/index/pdf/2021/book/index_2021.pdf. Acesso em: 13 set 2023.

ITÁLIA. **II Codice Civile Italiano**, de 16 de março de 1942. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/codciv.htm. Acesso em: 22 jan. 2023.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Os contratos comerciais na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica (MP 88 1/19). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9. n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/6003/pdf>. Acesso em: 14 set. 2023.

LUPI, André Lipp Pinto Basto; KNOERR, Fernando Gustavo; CORDEIRO, Jefferson Rosa. Lei da Liberdade Econômica: Uma análise sobre a eventual dispensabilidade de qualquer ato público para o desenvolvimento da atividade econômica de baixo risco e a flexibilização do horário de funcionamento do comércio. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 23, n. 24, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3907>. Acesso em: 17 set. 2023.

LUPION, Ricardo; BEYLOUNI, Elisa Sachs. Há ou não há dever de renegociar contratos? Seria apenas uma oportunidade? **Civilistica.com**, v. 11, n. 3, 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/788/655>. Acesso em: 17 set. 2023.

MILLER, Ambassador Terry; KIM, Anthony B. **Defining Economic Freedom**. 2016 index off Economic Freedom. Washington, DC: Heritage Foundation, 2016. Disponível em: https://www.heritage.org/index/pdf/2016/book/index_2016.pdf. Acesso em: 13 set. 2023.

NATALI, Lorraine Silva; OLIVEIRA, Victor Ricardo de. Comércio eletrônico: a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. **Jus.com.br**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68602/comercio-eletronico-a-aplicabilidade-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 10 set. 2023.

NAZARI, Eduardo Henrique. A distribuição do risco nos contratos de hedge agrícola. Uma perspectiva da análise econômica do direito. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 3, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0661_0709.pdf. Acesso em: 16 set. 2023.

OLIVEIRA, Natália Marques de. **A dependência econômica e as práticas contratuais abusivas**. Disponível em: <https://www.justocantins.com.br/artigos-43750-a-dependenciaeconomica-e-as-praticas-contratuais-abusivas.html>. Acesso em: 16 jan. 2023.

PAIVA MARTINS, Pedro Henrique Incerpi; PAIVA MARTINS JUNIOR, Wallace. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 8, n. 2, p. 225-250, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/184171/174823>. Acesso em: 17 set. 2023.

PAULA RAMOS, Vitor de. A dependência econômica nos contratos de longa duração. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 20, n. 2, 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/384>. Acesso em: 17 set. 2023.

POMPEU, Gina Marcilio; CARNEIRO JUNIOR, Antonio Mendes. Desenvolvimento humano e mínimo vital: uma justa tributação. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, v. 13, n. 2, 2018. Disponível em:

<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/10194/6085>. Acesso em: 16 jan. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966**. Código Civil Português, 1966. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 12 jan. 2023.

RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. A interpretação dos contratos à luz da Lei da Liberdade Econômica: por ora, Hermes nada de novo tem a dizer. **Civilistica.com**, v. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/534/523>. Acesso em: 14 set. 2023.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Contratos empresariais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Comercial. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/252/edicao-1/contratos-empresariais>. Acesso em: 17 set. 2023.

RODRIGUES, Antonio Sérgio. Assimetria de informações e o risco de captura de agência reguladora. **Revista da Agência Nacional de Transportes Terrestres**, v. 3, n. 1, 2011. Disponível em: http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed4/_asp/ed4assimetriaDelInformacoes.asp. Acesso em: 11 jan. 2023.

RODRIGUES, Leonel Cezar; RICHARDO, Rodolpho Luiz Maderic; DUBOIS, Marcio. O paradoxo nos princípios pacta sunt servanda e rebus sic stantibus em contratos de natureza empresarial. **Revista do Cejur - TJSC**, v. 8, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/347/186>. Acesso em: 17 set. 2023.

SETTI, Maria Estela Leite Gomes. O princípio da função social do contrato: Conteúdo, alcance e a análise econômica do direito. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010. **Anais [...]**. 2010. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3525.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Sistema de formação e classificação de contratos em ambiente de sociedade da informação**. 2023. Disponível em:

http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc26%20correto.pdf?d=63_6808287678624823. Acesso em: 14 jan. 2023.

SOUZA, José Fernando Vidal de; ROSA, Claudio Abrahão Rosa. Lei da Liberdade Econômica: livre iniciativa e limitações ao intervencionismo estatal. **Prisma Jurídico**, v. 21, n. 2, 2022. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/22873/9922>. Acesso em: 17 set. 2023.

TARTUCE, Flávio. A “Lei da Liberdade Econômica” (Lei n.º 13.874/2019) e as principais mudanças no âmbito do Direito Contratual. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 1, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_1005_1020.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RUAS, Luíza Wander. **Interpretação dos Negócios Jurídicos e a Liberdade Econômica**. 2020. Disponível em: <https://www.demarest.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Interpreta%C3%A7%C3%A3o-dos-Neg%C3%B3cios-Jur%C3%ADdicos-e-a-Liberdade-Econ%C3%B4mica.pdf>. Acesso em: 17 set. 2023.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 09/07/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/07/2023
- Avaliação 1: 05/08/2022
- Avaliação 2: 22/08/2023
- Decisão editorial preliminar: 08/09/2023
- Retorno rodada de correções: 25/09/2023
- Decisão editorial/aprovado: 25/09/2023

Equipe editorial envolvida

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

A CONSTRUÇÃO DAS SUBJETIVIDADES TRANS* E O DIREITO: REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE UM “DIREITO FUNDAMENTAL À HORMONIZAÇÃO”

THE CONSTRUCTION OF TRANS* SUBJECTIVITIES
AND THE LAW: REFLECTIONS ON THE POSSIBILITY OF
A “FUNDAMENTAL RIGHT TO HORMONIZATION”

CAROLINE BARBOSA CONTENTE NOGUEIRA¹
GABRIEL HENRIQUE PINHEIRO ANDION²

RESUMO

Propomos aqui uma investigação sobre as possibilidades de pleito de um “direito fundamental à hormonização” para pessoas trans*. Partimos de críticas realizadas ao modelo de atenção em saúde oferecido pelo Estado brasileiro para essa população, principalmente pelo caráter patologizante e excludente do mencionado cuidado. Tomamos como âncora uma genealogia histórica do que se concebe contemporaneamente como transgeneridades na qual demonstramos a importância que a hormonização assume em diversos desses processos. A partir de uma crítica ao Sujeito Universal de Direitos Humanos, tomamos como objetivo central analisar os significados dos “direitos fundamentais” conjugados às necessidades vivenciadas por essas pessoas para a construção de suas identidades. A metodologia partiu da abordagem qualitativa, com revisões bibliográficas e documentais. Como resultados finais, destacou-se as obrigações positivas advindas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que, conjugadas à noção de dignidade da pessoa humana e

- 1 Coordenadora do Observatório de Direito Socioambiental e Direitos Humanos na Amazônia, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Amazonas (ODSDH-Amazônia); Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em “Constitucionalismo e Direitos na Amazônia”, da Universidade Federal do Amazonas. Professora de Direitos Humanos e Antropologia Jurídica da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM), Departamento de Direito Público. Professora da Licenciatura Indígena “Políticas Educacionais e Desenvolvimento Sustentável”, Instituto de Filosofia, Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal do Amazonas Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2016), com estágio doutoral em Antropologia Jurídica (Doutorado Sanduíche/PDSE-CAPES) no Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), México, Distrito Federal. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (2012). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (2009), com habilitação em Direito Ambiental. Atua nas áreas Direito Socioambiental e Direitos Humanos, Direito dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais, Antropologia e Sociologia Jurídica, Direito do Estado, Teoria Política e Constitucional. Experiência prática de trabalhos com indígenas Avá-Guarani, Oeste do Estado do Paraná, com Guarani-Kaiowá, Dourados, Mato Grosso do Sul, com povos do Alto Rio Negro, Amazonas e com Indígenas na Cidade de Manaus e região metropolitana. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-2282-3687>.
- 2 Acadêmico de Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Pesquisador de Iniciação Científica Bolsista/CNPQ no projeto “A representação de transfeminicídios em notícias jornalísticas em Manaus-AM entre 2018 e 2021”. Já foi Bolsista/UFAM nos projetos “A construção das subjetividades trans e o Direito: reflexões sobre a possibilidade de um ‘direito fundamental à hormonização’” (2020-2021) e “Direitos humanos e prostituição na comunidade trans” (2019-2020). Pesquisador-membro no Grupo de Estudos e Pesquisa Meio Ambiente, Sociodiversidade e Direitos Humanos da Faculdade de Direito/UFAM e pesquisador voluntário na Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da ESO/UEA. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9642-3937>.

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

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. ANDION, Gabriel Henrique Pinheiro. A construção das subjetividades trans* e o direito: reflexões sobre a possibilidade de um “direito fundamental à hormonização”. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 208-229, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.8980>.

à importância das intervenções corporais para as construções múltiplas dos corpos trans*, tornam possível que se fale de um direito fundamental à hormonização, ampliando a concepção construída pela Modernidade de Sujeito Autônomo de Direitos.

Palavras-chave: direitos fundamentais; hormonização; transidentidades.

ABSTRACT

We propose an investigation into the possibilities of claiming a “fundamental right to hormonization” for trans individuals. We begin with criticisms of the healthcare model provided by the Brazilian state for this population, primarily due to its pathologizing and exclusionary nature. We anchor ourselves in a historical genealogy of what is contemporarily understood as transgender identities, in which we demonstrate the importance that hormonization assumes in many of these processes. By critiquing the Universal Subject of Human Rights, our central objective is to analyze the meanings of “fundamental rights” in relation to the needs experienced by these individuals in constructing their identities. The methodology employed a qualitative approach, including bibliographic and documentary reviews. As final results, we highlight the positive obligations arising from the objective dimension of fundamental rights, which, combined with the notion of human dignity and the importance of bodily interventions in the multiple constructions of trans* bodies, make it possible to speak of a fundamental right to hormonization, expanding the conception constructed by the Modernity of the Autonomous Subject of Rights.*

Keywords: fundamental rights; hormonization; transidentities.

1. INTRODUÇÃO

Em abril de 2020, a artista trans* não-binária Arca publicou o videoclipe da música “Non-binary” em seu canal no Youtube³. Na obra, Arca explora uma série de imagens que abordam as construções das identidades trans* e a relação desses processos com as tecnologias de modificações corporais. Simbolizando o processo de transição, Arca aparece no vídeo dando luz à si mesma, em uma notável conexão com as formulações ciborguianas de Donna Hawa-ray e em uma poderosa metáfora sobre conceber-se a si mesma, como imagem descritiva do trânsito de gênero, enquanto pessoa trans*.

O contato com o vídeo despertou uma série de inquietações que resultaram na presente pesquisa. As pessoas trans* no Brasil têm acesso livre às modificações corporais por meio do sistema público de saúde? Caso tenham, como ocorre esse processo? Caso não tenham, em qual concepção de direito à saúde se funda essa negativa? É possível se falar, para além de um direito à identidade de gênero, em um direito à livre “concepção de si mesmo(a)”, por meio, por exemplo, da hormonização? Há como se falar em um livre processo de autodeterminação dessas pessoas?

Foi assim que se delineou a pesquisa “A construção das subjetividades trans* e o Direito: reflexões sobre a possibilidade de um ‘direito fundamental à hormonização’”. O objetivo da pesquisa é delinear a relação entre certos elementos das múltiplas construções das subjetividades trans* e a sua relação com os direitos fundamentais e os direitos humanos. Notadamente, a pesquisa debruça-se sobre as concepções em torno do direito à saúde dessa população no que tange ao acesso a modificações corporais. Questiona-se, sobretudo, a possibilidade do pleito de um direito humano a essas modificações capaz de contemplar as multiplicidades de experiências vivenciadas pelas diversas transgeneridades.

3 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gfGz4MTQ28I>. Acesso em: 27 jul. 2021.

Aa modificações corporais possuem centralidade na noção de saúde assumida pela população trans* (Teixeira, 2009; Almeida, 2016; Sampaio; Germano, 2017). O trabalho toma como foco a categoria da “hormonização” enquanto uma aposta teórico-política que visa dissociar as alterações corporais postas em prática por pessoas trans* da necessidade de readequação genital, em uma visão estática e muitas vezes patologizante das transidentidades.

Embora sejam centrais para diversas pessoas trans*, a regulamentação do acesso às tecnologias de gênero sofre uma série de críticas por parte de estudiosos e ativistas dos movimentos sociais. São exemplos: o caráter excludente de pessoas travestis nas portarias reguladoras (Bagagli, 2016), a concentração desses serviços em locais específicos do país, especialmente nas grandes capitais (Loureiro; Andion, 2021), a demora do acesso aos procedimentos e a falta de preparo dos profissionais de saúde para o atendimento específico a essa população (Santos, 2010).

Dados de 2018 colhidos pelo Ministério da Saúde demonstram a escassez da realização das cirurgias mesmo após a regulamentação do processo. Segundo essa pesquisa, mais de 300 pacientes aguardam pela cirurgia de transgenitalização pelo SUS, com uma média de 47 cirurgias ao ano (Caesar, 2018). As listas de espera são longas em decorrência da falta de recursos para a realização de cirurgias na rede privada de saúde e os procedimentos mais procurados são a “redesignação sexual masculina”, a plástica mamária reconstrutiva bilateral e a retirada das mamas. A ausência de dados oficiais mais recentes indica, igualmente, o descaso do Poder Público para com as especificidades do cuidado em saúde desta população.

Nesse sentido, o trabalho busca defender a hipótese de ser possível pleitear, a partir do diálogo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à identidade de gênero, um direito fundamental à hormonização para pessoas trans*, oriundo da importância que os processos de alteração corporal assumem para a construção dessas subjetividades e firmando, ainda, um compromisso com uma pragmática despatologizante das transgeneridades.

O estudo foi guiado por meio do método qualitativo, com a combinação de diferentes técnicas de pesquisa, como a revisão bibliográfica e documental. Buscaremos demonstrar, no curso do texto, materiais voltados à descrição do “dispositivo da transexualidade”, conforme descrito por Santos (2010). Dentre os estudos relevantes para esse momento destacam-se aqueles feitos por Amaral (2011), Barbosa (2015), Coacci (2018) e Santos (2010).

A noção de “genealogia” aqui empregada parte das formulações de Foucault (2002, 2019) sobre a relevância de confrontar o conhecimento erudito – e eventualmente, acoplá-lo – às “memórias locais” para constituir um saber histórico das lutas. O aspecto da “localização” possibilita-nos compreender que não se trata de assinalar uma origem da transexualidade enquanto essência. Tal tarefa seria historicamente inviável e politicamente falha por partir de concepções de transexualidade contemporâneas e que não refletem o significado que as transições de gênero poderiam ter nestes outros contextos históricos (Coacci, 2018)⁴.

Define-se o dispositivo da transexualidade como o “conjunto de enunciados, práticas, postulados, teses científicas, instituições, entre outros elementos que perfazem um regime de enunciados e práticas que consolidaram a transexualidade enquanto um transtorno de

4 O próprio Michel Foucault (1990), no segundo volume de seu “História da Sexualidade” alerta seus leitores quanto à impossibilidade de ler as relações entre homens cultuadas na Grécia como um “homossexualidade primitiva”, uma vez que essas relações eram ordenadas por outros princípios, com uma economia dos prazeres completamente diferente e que não correspondia a uma identidade homogênea como é o caso da homossexualidade contemporânea.

identidade de gênero e/ou disforia de gênero” (Santos, 2010, p. 58). Este artigo bebe da fonte das pessoas pesquisadoras mencionadas e destaca alguns aspectos específicos trazidos em cada uma de suas obras.

As “formas de subjetivação das identidades trans*” podem, através deste primeiro momento, ser contrastadas com a temática mais ampla que serve de pano de fundo ao trabalho: a hormonização. Daí a importância metodológica de debruçar-nos sobre trabalhos que tratam das concepções de saúde adotadas por pessoas trans* ao colocarem em prática transformações corporais por meio de hormônios, via pesquisadores como Roberts (2007), Sampaio e Germano (2017), Vieira e Porto (2019), entre outros.

A partir desse panorama geral, buscaremos demonstrar como o sujeito titular de direitos humanos e fundamentais tem sido, historicamente, construído mediante uma matriz excludente, movimento que, no próprio ato da exclusão, abre brechas para possibilidades de subversão da ordem construída. Nesse momento, autores como Herrera Flores (2002), Ferraz Jr. (2015) e Almeida (2016) serão importantes para a construção do argumento. Em seguida, passaremos a uma abordagem sobre a noção de “direitos fundamentais” ancorada na defesa do ora debatido “direito fundamental à hormonização”. Construtos jurídicos relevantes, como a concepção de saúde adotada pela OMS e a discussão sobre a mudança proporcionada pela influência da Opinião Consultiva nº 24 na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 também são relevantes para esta etapa da análise.

No plano ético-político, tomamos como horizonte o compromisso com as premissas do transfeminismo, partindo de autoras como Bagagli (2016) Jesus e Alves (2010) e Nascimento (2021). Enquanto autores cisgêneros que somos, as formulações de Haraway (1995) sobre “saberes localizados” também foram fundamentais para a postura diante das informações coletadas. A autora defende uma postura ética e política na produção científica de proposição de possibilidades de contestação, desconstrução, transformação e conexão em redes, jamais direcionadas a propor um modo universal de interpretar o mundo. É o que foi pretendido aqui.

2. TRANS... CIS... PENSAR A PARTIR DO TRANSFEMINISMO

As pesquisadoras transfeministas têm destacado há um certo tempo as complexidades em torno do direito à saúde das pessoas trans*. Historicamente, a assistência médica prestada a essa população tem sido baseada em uma concepção estática da transexualidade, considerando-a como um distúrbio mental que precisa ser tratado para ser curado. Esta concepção nem sempre existiu dessa forma, e uma série de estudos têm buscado apresentar alternativas ao modelo de assistência em saúde, que centralizem a autodeterminação e a horizontalidade na relação profissional-paciente. Este trabalho se insere nesse campo de estudos.

O tema é multifacetado e se encontra, assim como os próprios discursos que constroem as transgeneridades, em um campo eminentemente político de constantes negociações em torno da vida e das formas de exercê-la. É pertinente, portanto, iniciar este debate a partir da exposição de alguns conceitos e ideias-chave trazidos pelas escritoras transfeministas, os quais balizam os discursos em prol da defesa dos direitos de pessoas trans*. Por certo, uti-

lizar-se do transfeminismo como um filtro para a interpretação dos problemas apresentados foi central para a obtenção dos resultados aqui expostos.

Conforme apresentam Almeida e Amaral (2013) a transgeneridade é fruto de um conflito com o gênero que foi imposto e com a impossibilidade de trânsito identitário. Sob essa perspectiva, as pessoas trans* não se opõem, necessariamente, às normas de gênero de forma geral (considerando também o binarismo e as hierarquias), mas observam a fixidez do gênero assingado no nascimento como uma barreira à livre expressão de suas subjetividades.

A imposição de um gênero no ato de nascimento e a crença de que este corresponda de forma mimética ao sexo “biológico” possui efeitos já apontados por feministas antes da emergência do transfeminismo. Judith Butler (2019, p. 258) nomeia como “matriz heterossexual de poder”, a grade de inteligibilidade cultural por meio do qual corpos, gênero e desejos são naturalizados. Sob a perspectiva de Butler (2019, p. 43):

a “coerência” e a “continuidade” da “pessoa” não são características lógicas ou analíticas da condição de pessoa, mas, [...] normas de inteligibilidade socialmente instituídas e mantidas. Em sendo a “identidade” assegurada por conceitos estabilizadores de sexo, gênero e sexualidade, a própria noção de “pessoa” se veria questionada pela emergência cultural daqueles seres cujo gênero é “incoerente” ou “descontínuo”, os quais parecem ser pessoas, mas não se conformam às normas de gênero da inteligibilidade cultural pelas quais as pessoas são definidas.

Foi precisamente o ato de “questionamento da própria noção de pessoa” que possibilitou às transfeministas, amplamente influenciadas pelo feminismo negro e pelo feminismo descolonial (Jesus; Alves, 2010, p. 13), questionar a alegada naturalidade existente na noção de “pessoa que se identifica com o gênero designado ao nascer”, ou seja, das pessoas não-transgêneras. Elegeu-se para essas posicionalidades, a categoria “cisgênero”, em oposição ao nome “transgênero”, em um movimento de destaque da construção social de todos os gêneros (Nascimento, 2021) capaz de expor, portanto, a não-naturalidade de quaisquer existências gendradas.

Ordenadora da noção de “cisgeneridade”, a cisnormatividade possui três características principais destacadas pela pesquisadora transfeminista Viviane Vergueiro (2015, p. 61–66): a (1) pré-discursividade, que trata da noção produzida historicamente de que existem critérios objetivos e anatômicos que possibilitam definir os sexos-gêneros dos sujeitos a despeito de sua autopercepção ou das posições socioculturais que ocupam; a (2) binariedade, que aloca os critérios objetivos dentro de duas alternativas restritivas e excludentes: macho/homem e fêmea/mulher; e a (3) permanência, que assume que os corpos “normais” mantêm uma relação de coerência fisiológica e psicológica em seu pertencimento ao sexo biológico mantida consistente no decorrer de suas vidas.

Unidos, estes três aspectos impõem uma maneira correta, moral, regular e saudável de vivenciar sexo/gênero/desejo. A cisnorma é, portanto, “definida e sustentada pelos poderes e saberes religiosos judaico-cristãos, biomédicos e jurídicos, {[...] e} atua por meio desses mesmos saberes-poderes e por meio da condição de verdade que eles assumem no imaginário social como um ideal regulatório” (Bonassi, 2017, p. 29). Através da imposição dessa matriz de inteligibilidade, as pessoas trans* são relegadas a uma “imanência patológica” (Bagagli, 2016, p. 94), em um movimento que lhes retira o poder de decidirem o que é melhor para si mesmas e as coloca sob a tutela do poder médico e judiciário. Dessa forma:

em uma relação específica entre o mesmo e o outro [...] a transgeneridade é alocada numa posição de objeto e a cisgeneridade em uma posição de transcendência em relação ao próprio gênero. Essa transcendência fornece tanto o apagamento do sujeito cisgênero enquanto sujeito de conhecimento - instado, portanto, como universal, portador de uma verdade absoluta - quanto à possibilidade de objetivar o resto excluído dessa relação em termos de patologia. Essa relação produz necessariamente o outro que é excluído da transcendência e objetivado (tornado discernível, quantificável como objeto de conhecimento) ao mesmo tempo em que estabelece as evidências que sustentam esse sujeito transcendental de conhecimento (Bagagli, 2016, p. 92).

Dito de outra maneira, enquanto a cisgeneridade é entendida como a requisito *per se* do sujeito pleno, autoconhecedor, às transgeneridades é furtado o direito de posicionar-se enquanto sujeito, tornada objeto intimamente conectado a uma noção de patologia. A este fenômeno, Fátima Santos (2010) dá o nome de “norma transexual”, um imperativo discursivo e terapêutico que toma a transexualidade como patologia e, portanto, como um obstáculo à livre autodeterminação destas pessoas. Veremos na seção 3 deste texto que esse sujeito pleno e autoconhecedor está na origem do que o Ocidente definiu como “sujeito de direito”, mediante uma série de mecanismos de exclusão dos Outros não-significantes.

A percepção patológica da transexualidade durante a segunda metade do século XX levou à exigência de um parecer médico-psiquiátrico como requisito para a obtenção de serviços de saúde, em um movimento que associou diretamente a transexualidade à cirurgia de redesignação sexual. (Amaral, 2011, p. 33). Foi assim que, em países como o Brasil, onde há um sistema público de saúde (o Sistema Único de Saúde – SUS), as políticas públicas de acesso à saúde por pessoas trans* foi construído sob bases excludentes, compromissadas com a visão patológica da transexualidade (Lima; Cruz, 2016; Coacci, 2018)⁵.

Com base nas condições apresentadas, é possível começar a entender como a construção de uma representação específica da “pessoa transexual” afetou a gama de possibilidades de existência disponíveis para as pessoas transgêneras. O impasse em torno da questão do direito à saúde de pessoas trans* orbita em torno das questões como: seria possível superar os limites da política representacional? Como construir uma política em saúde que não esteja presa a concepções patologizantes e limitadoras das potencialidades trans*?

A partir de uma leitura de Butler (2019), entendemos que o melhor caminho não é recusar a política representacional, mas possibilitar às reflexões políticas a realização, a partir das estruturas jurídicas da linguagem e da política, de uma genealogia crítica de suas próprias práticas de legitimação, de forma a demonstrar como essas estruturas contemporâneas engendram, naturalizam e imobilizam determinadas identidades. A partir dessa crítica, torna-se possível operar dentro de outros eixos de legitimidade e seleção, que não funcionem de forma a capturar quaisquer subjetividades, mas a impulsionar as suas potencialidades (Loureiro; Andion, 2021).

No próximo tópico, teremos como objetivo apresentar ao leitor/à leitora um panorama geral acerca desta genealogia crítica, debruçando-nos brevemente sobre o histórico de construção das transgeneridades enquanto experiências patológicas e buscando demonstrar o papel das alterações corporais na concepção contemporânea em torno dos trânsitos de gênero.

5 No presente trabalho, por razões de espaço, optamos por não abordar as Portarias do Ministério da Saúde de forma específica, mas essa exposição foi feita de forma mais detida em Andion e Loureiro (2021), Ventura e Schwan (2009), Teixeira (2009) e Lima e Cruz (2016).

3. O DISPOSITIVO DA TRANSEXUALIDADE: SEXOLOGIA, CORPOS E HORMÔNIOS

A descoberta da regulação das funções corporais por secreções internas, em 1895, sinalizou uma mudança nas concepções biomédicas de funcionamento do corpo. Em 1902, os cientistas William Bayliss e Ernest Starling definiram os hormônios como mensageiros químicos levados pela corrente sanguínea a determinados órgãos onde produziram efeitos. Já em 1904, estreou a crença de que a diferença sexual biológica seria hormonal, e não nervosa, como antes era concebida (Roberts, 2007, p. 35).

A acepção do corpo sexual hormonal desenvolveu-se ante à conjugação de uma série de fatores, como (1) a preocupação dos ginecologistas com os ovários, movida por interesses no controle da reprodução feminina; (2) a separação entre fisiologia e ginecologia, que permitiu a construção de tratamentos químicos para os corpos femininos e (3) a entrada dos cientistas bioquímicos nos estudos dos hormônios patrocinada pela indústria farmacêutica e pelas clínicas ginecológicas (Roberts, 2007, p. 37).

No começo, era pensado que essas substâncias tinham uma exclusividade sexual. Depois da descoberta dos cromossomos sexuais em 1902, foi sugerido que os hormônios atuavam como uma ponte entre a genética e a fisiologia sexual, preenchendo a lacuna entre elas. Acredita-se que as intenções dos genes eram transmitidas pelos hormônios (Roberts, 2007, p. 38). Operou-se, nos anos 1920, a passagem de um modelo biológico a um modelo bioquímico de compreensão do corpo humano. Enquanto cientistas buscavam, no séc. XIX, um órgão que fundamentasse a diferença sexual, no início do séc. XX eles voltaram a sua atenção às substâncias produzidas nas gônadas e o seu papel na diferenciação sexual: o paradigma bioquímico reinou na interpretação dada ao gênero e ao sexo físico-corporal (Rohden, 2008, p. 46).

Diante desse contexto, em 1930 os hormônios foram conceituados como mensageiros de feminilidade e masculinidade, com a simultânea presença de efeitos antagônicos nos corpos do “sexo oposto”. Anos depois, em 1939, a diferença sexual foi definida em termos de quantidades relativas de substâncias químicas. Nessa perspectiva, haveria um *continuum* entre o feminino e o masculino, o que não garantiu que o modelo de dois sexos fosse plenamente abandonado (Roberts, 2007, p. 39).

No curso dessas mudanças no campo científico, a transexualidade chegou, na década de 1930, a ser relacionada a disfunções hormonais e de desenvolvimento cerebral. A popularização dos estudos no campo endocrinológico e a acessibilidade destes discursos possibilitaram que inúmeros sujeitos passassem a reconhecer-se enquanto pessoas transexuais. Nesse processo, o desenvolvimento da indústria química e molecular resultou na fundamental naturalização da transexualidade e de sua condição biológica (Santos, 2010, p. 76).

Essa perspectiva patológica da transexualidade pode ser interpretada como fruto da conexão entre os planos físico e moral existente no campo da endocrinologia. Nessa conjuntura, comportamentos individuais eram reduzidos a causas de origem orgânica/bioquímica não alheias ao plano social. Ao contrário, “no discurso sobre [...] hormônios, não é somente uma descrição de sua função no corpo feminino, mas um tratado sobre como as mulheres se comportam em virtude de seus ovários e de seus hormônios” (Rohden, 2008, p. 148). Exemplo dessa conexão foi a tentativa de cientistas como Robert Lichtenstern de curar

homossexuais a partir da substituição de seus testículos pelos de homens heterossexuais saudáveis (Barbosa, 2015, p. 39).

Na acepção de Amaral (2011), dois aspectos são fundamentais para emergência da compreensão contemporânea da “transexualidade”. O primeiro é a série de desenvolvimentos tecnológicos observados no século XX, com ênfase no período posterior a Segunda Guerra, sobretudo no campo da cirurgia plástica e das descobertas da endocrinologia. O segundo é a mudança de foco do sexo biológico para o sexo psicológico (gênero) ao final dos anos 50, possibilitada sobretudo pelas pesquisas com pacientes intersexuais realizadas nos EUA.

O nome de Krafft-Ebing, psiquiatra e jurista, teve especial relevância no processo de institucionalização das categorias biomédicas e das noções de *self* no séc. XIX. O autor publicou, no período entre 1886 e 1903, diversas edições de sua obra “*Psychopathia Sexualis*”, um manual de psicopatologia destinado ao julgamento de crimes sexuais, constantemente mudado a partir do feedback contínuo existente entre médicos e pessoas classificadas. Nesse período, acreditava-se que o sexo agrupava uma quantidade enorme de fatores (práticas, anatomias, papéis sexuais, etc.) (Barbosa, 2015, p. 33).

A partir de 1910, Magnus Hirschfeld estabeleceu a distinção entre “homossexualismo” e “travestismo”. Na sua concepção, a categoria “travestismo” incluía pessoas transexuais, mas se distinguiu da primeira pelo desejo de mudar cirurgicamente os órgãos genitais (Barbosa, 2015, p. 18). Em 1919, Hirschfeld criou o Instituto de Ciências Sexuais, na República de Weimar, pioneiro nas tentativas de tratamentos cirúrgicos em travestis (Santos, 2010, p. 66). À época, ele não impunha impedimentos aos desejos de transformação corporal.

Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial é que os médicos começaram a se interessar em teorizar a questão. Em 1949, David Cauldwell utilizou, pioneiramente, o termo transexual para nomear pessoas que desejavam realizar a transformação genital. O médico, contudo, não indicava o tratamento cirúrgico, definindo-a como uma doença mental com causa na primeira infância (Barbosa, 2015, p. 44).

Foi dessa forma que, nas décadas de 40 e 50, médicos europeus começaram a demonstrar interesse em realizar cirurgias de redesignação sexual, que se popularizaram na mídia por meio de casos de celebridades, como Coccinelle e Christine Jorgensen. Essa última é frequentemente mencionada como um momento crucial na divulgação da cirurgia (Barbosa, 2015, p. 64). Essa divulgação foi essencial, pois a construção da transexualidade como “entidade nosológica psiquiátrica está relacionada à medicalização da demanda de transexuais por modificação do sexo no século XX” (Amaral, 2011, p. 19), ou seja, a evolução das tecnologias (e dos discursos) médicos possibilitou, em um primeiro momento, o autorreconhecimento dessas pessoas enquanto transexuais, contexto em que a procura pela cirurgia passou a constituir-se num componente expresso do *self*.

Certamente, esse fenômeno foi possibilitado pelo ambiente europeu do século XX, descrito em pesquisas como “progressista”, resultado de tendências como o desenvolvimento de grandes cidades, a entrada de mulheres no mercado de trabalho, a luta por reformas sexuais e o surgimento da primeira onda do movimento feminista. Emergiam, com efeito, ideias efervescentes sobre a variabilidade e a diversidade do sexo impulsionadas pelas novas tecnologias de alteração corporal (Amaral, 2011; Barbosa, 2015).

A tradição de sociologia empírica americana e sua teoria sobre a influência do ambiente, que exerceu grande influência na pesquisa de pessoas intersexuais, teve um papel fundamental nesse processo. Tanto é que o John Money ancorou suas teorias sobre identidade e papel sexual em compreensões sociais do alinhamento entre esses diferentes fatores. Ao diferenciar identidade sexual (sentimento de pertencimento ao masculino/feminino) de papel sexual (expressão pública da identidade sexual), Money abriu espaço para que o “social” passasse a influenciar o “biológico” (Santos, 2010, p. 89). Anos depois, a criação por Robert Stoller da noção de identidade de gênero confirmou a hipótese de que haveriam processos psíquicos complexos que, através de uma interação entre disposições biológicas e aprendizagem/cultura, produziram o gênero dos sujeitos (Barbosa, 2015, p. 49).

O médico Harry Benjamin é considerado o sistematizador do termo transexual. Benjamin recomendava os tratamentos cirúrgicos e hormonais, acreditando em causas somáticas relacionadas à exposição de hormônios na fase pré-natal. Em 1953, publicou um texto nomeado “Transexualismo e travestismo”, onde propôs as bases discursivas do que entendemos como sexo, gênero e sexualidade. Já ali, definia as condições em termos de patologias observáveis por meio de sintomas. Em 1960 publicou “O fenômeno transexual”, entendida como um guia de acolhimento psicológico e de tratamento, onde descreveu as características do “verdadeiro transexual” (Barbosa, 2015, p. 52), como ele definia.

Uma evidência de que o diagnóstico serve como uma forma de restringir a liberdade de transição de gênero é que, na década de 1970, houve várias críticas ao diagnóstico de “transexualismo” por ser facilmente identificável por meio de autodiagnóstico, o que o tornaria acessível para leigos e, conseqüentemente, pouco científico (Barbosa, 2015, p. 56). Esse movimento demonstra claramente quem são as pessoas habilitadas a falar as verdades sobre os corpos. Não obstante, diversos aspectos mencionados nessa breve reconstituição histórica possibilitam a compreensão da importância que as intervenções tecnológicas tiveram para as definições das transgeneridades:

A história da construção dos corpos transexuais durante o século XX e XXI só é possível de ser discutida levando em consideração a relação e a importância do uso de hormônios nas construções corporais. [...] a prescrição dos hormônios constitui uma condição relevante no processo transexualizador em que os medicamentos hormonais vão acompanhar os sujeitos, após as cirurgias de transgenitalização, até o fim, ou seja, a morte, haja vista a necessidade constante da manutenção das taxas hormonais do sexo e gênero incorporados após a cirurgia (Santos, 2010, p. 82).

Ora, se a “aquisição de um gênero” é essencial ao pleito de uma identidade e, portanto, à categoria de “pessoa” (Butler, 2019, p. 52), e se “o gênero é nada mais do que estilização repetida do corpo no interior de uma estrutura reguladora [...] a qual se cristaliza no tempo para produzir a aparência de uma substância” (Butler, 2019, p. 69), então artifícios como os hormônios exercem uma função central em processos de trânsito entre as disposições generificadas. Eles possibilitam que esses códigos se imprimam aos corpos das pessoas e viabilizam o reconhecimento social e auto reconhecimento destas.

Quando essa compreensão é estendida às tecnologias advindas do paradigma bioquímico em compasso com outras ciências médicas, sobretudo a partir do séc. XX, entende-se como o próprio gênero passa a funcionar como uma “bioficção somatopolítica produzida por um conjunto de tecnologias do corpo, técnicas, farmacológicas e audiovisuais que determinam

e definem o alcance das nossas potencialidades somáticas e funcionam como próteses de subjetivação” (Preciado, 2018, p. 83). Em outras palavras, a utilização de hormônios para a mudança de características sexuais evidencia a falácia da ideia de que o sexo é algo natural e imutável.

Nesse cenário, as modificações corporais assumem ampla centralidade na noção de saúde adotada por pessoas trans* (Sampaio; Germano, 2017), das mais diversas formas em que essas mudanças possam assumir. Na etnografia realizada por Don Kullick (2009, p. 82) com travestis na Bahia, estas destacaram a relevância dos hormônios para a construção de “travesti mesmo”, em oposição ao que chamavam de “transformistas”, diferenciados sobretudo pelo nível de pertencimento ao espectro da feminilidade e continuidade temporal dentro deste. Já entre as mulheres transexuais e travestis entrevistadas por Sampaio e Germano (2017, p. 459), “há um processo de resignificação: valer-se dessas estratégias de feminilização corporal é um modo de se produzir como um sujeito saudável”.

Ademais, na pesquisa de Vieira e Porto (2019, p. 15, 27) com homens trans, o uso da testosterona é apontado como uma das primeiras questões trazidas pelos sujeitos quando “se descobrem” transexuais. Nas falas dos entrevistados, destacou-se que o uso do hormônio traz um senso de felicidade e satisfação relacionado com a produção subjetiva do prazer em reconhecer-se enquanto pertencente ao gênero masculino. Além disso, outros entrevistados descreveram o hormônio não como um “transformador” do corpo, mas como um mecanismo de “adequação” ao externo de algo que existe internamente neles.

Retornando à noção inicialmente trabalhada neste tópico dos hormônios enquanto “mensageiros do sexo”, é interessante questionarmos de que forma ocorre a transmissão da mensagem quando observada politicamente. Isso porque:

Como mensageiros, os hormônios não carregam uma entidade independente de um lugar para outro, mas criam um tipo de relacionalidade em que suas atividades de mensagens constituem as entidades entre as quais se acredita que eles transmitam mensagens. Essa relacionalidade é sugerida pelo hífen em bio-social, que representa uma relação constituinte e ativa entre duas entidades (a biológica e a social) que não preexistem por si mesmas, mas são constituídas por meio de sua conexão (neste caso, uma conexão feita por meio de hormônios) (Roberts, 2007, p. 181–182).

Dessa forma, a análise corrobora e fortalece os pressupostos do transfeminismo mencionados anteriormente, de que tanto corpos cisgêneros quanto transgêneros são construções sociais. Pré-discursividade e permanência, dois aspectos descritos por Vergueiro (2015) para falar da cisnormatividade, só puderam ser constituídos por meio de um percurso socialmente influenciado no campo científico.

Ante às linhas de fuga oferecidas pela descoberta de um *continuum* existente o masculino e o feminino, diversas reterritorializações foram postas em prática pelo saber médico: a verdade sobre os corpos mais uma vez assumia sua função de regulação social (Bonassi, 2017). Ora, como apresentam Connel e Pearse (2015, p. 95): “quando a disciplina social não pode produzir corpos generificados, a faca pode”, com o auxílio de uma indústria coordenada pela ideologia da diferenciação natural.

Contudo, diante desse complexo histórico de construção dos corpos cisgêneros e transgêneros, a combinação entre os discursos médicos, jurídicos, psiquiátricos e de outros centros de

poder culminou na exclusão dessas pessoas do local de “sujeito pleno”, conforme expusemos na seção anterior. Como pensar essa exclusão a partir da teoria crítica dos direitos humanos? Nos debruçaremos sobre esse questionamento no próximo tópico.

4. LIBERAR FLUXOS: PENSAR OS DIREITOS DE PESSOAS TRANS* A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A subjetividade jurídica se desenha a partir da construção ideológica e epistemológica do Direito enquanto área de conhecimento e enquanto campo de disputa pela verdade e pela justiça. Definir o “Sujeito titular de direitos humanos” é simples do ponto de vista legalista, já que todas as normas pontuam quem são seus titulares, aqueles que poderão usufruir dos direitos dispostos no corpo do texto legal.

O “sujeito de direito”⁶ parte da concepção moderna iluminista sobre o indivíduo e sua autonomia e liberdade. A razão, própria da natureza humana e dom divino, torna o indivíduo livre e capaz de autodeterminar-se⁷ frente ao mundo. Tal entendimento vem da metafísica⁸ kantiana sobre a liberdade como característica inerente à condição humana⁹, manifestada pela sua vontade (Kant, 2003).

Ferraz Jr. (2015, p. 120 *apud* Purchta, 1884, p. 4) menciona que “o conceito fundamental do direito é a liberdade... o conceito abstrato de liberdade é: possibilidade de se determinar em algo... O homem é sujeito de direito, posto que aquela possibilidade de se determinar a ele se atribui, já que ele tem uma vontade”. Afirma ainda Ferraz Jr. (2015, p. 121) que a base ideológica contida nesta afirmação trata de afirmar o sujeito como titular da propriedade privada, visto que “a noção sobre propriedade privada é identificada com a de riqueza e a possibilidade de produzir bens”, isto porque, “como o homem tem em seu próprio corpo a primeira das propriedades, pois seu corpo é fonte de seu trabalho, o indivíduo humano é, por excelência, o sujeito jurídico” (Ferraz Jr., 2015, p. 121).

Locke (1998) postula que a primeira posse do indivíduo é o corpo porque todo “homem” é proprietário de si mesmo e de suas capacidades. Se o corpo é a primeira propriedade do indivíduo livre e autodeterminado, por que se nega a subjetividades específicas a mesma inter-

6 “A noção de direito concebido como atributo de um sujeito (*subjectum juris*) e que só existiria para benefício desse sujeito, remonta pelo menos ao século XIV” (Villey, 2003, p. 42).

7 Neste sentido, autodeterminação é a capacidade do sujeito em deliberar sobre seu destino na vida, levando em conta seus valores éticos, sociais e culturais.

8 Aqui se faz referência à metafísica enquanto sistema filosófico que busca a compreensão de uma realidade para além do campo sensorial corpóreo humano. Para Aristóteles, caracteriza-se pela investigação das realidades que transcendem à experiência sensível, capaz de fornecer um fundamento a todas as ciências particulares, por meio da reflexão a respeito da natureza primacial do ser, e, que para Kant, foi cunhada pelo estudo das formas ou leis constitutivas da razão, fundamento de toda especulação a respeito de realidades suprassensíveis (a totalidade cósmica, Deus ou a alma humana), e fonte de princípios gerais para o conhecimento empírico. (Dicionário Eletrônico Houaiss. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1. Acesso em: 20 abr. 2023.

9 Vale ressaltar que no trabalho “A metafísica dos Costumes”, de Immanuel Kant, não oferece a definição do que é o “sujeito de direito”, nem sequer usa o termo, porque no seu próprio tempo, tal debate não foi perfeitamente delineada, o debate que traz a teoria do direito ao patamar de classificar um portador universal de direitos é que constrói tal categoria, a partir do desenvolvimento pleno da subjetividade. Esta discussão é amadurecida em Hegel, compreendendo o sujeito de direito determinado ao desenvolvimento pleno da produção capitalista (Kashiura Junior, 2012).

pretação? Porque os processos de dominação se estabeleceram na ordem jurídica e social hegemônicas, determinando que o parâmetro de cidadania e de subjetividade jurídica era o homem, cis, hetero, branco, dono de posses e que assume as rédeas da civilização do mundo.

Para pontuar a compreensão que se quer delinear neste trabalho sobre a subjetividade jurídica da pessoa trans*, é importante questionar como as teorias sobre o sujeito de direito do liberalismo clássico¹⁰ podem ser materializadas como categorias universais outorgadas a todas as pessoas, incluindo os sujeitos específicos e diferenciados de Direitos Humanos no século XX¹¹.

O ponto de partida argumentativo é que se tais teorias se pressupõem universais, de efeito *erga omnes*, usando o pronome indefinido “todos” para atribuir liberdade e igualdade de modo formal (jurídico) aos sujeitos, devem ser ampliadas às identidades específicas, excluídas no contexto iluminista, mas agora presentes e resistentes a partir das mobilizações sociais que constroem historicamente o moderno direito constitucional e os direitos humanos no mundo ocidental. Isto porque, a categoria “sujeito de direito” se tornou a marca da exclusão na sociedade ocidental hegemônica, com apropriações nefastas das teorias políticas pelos grupos dominantes, que tinham objetivo de manter seus interesses intocáveis através da marginalização e segregação daqueles que eram diferentes do padrão heteronormativo de sua época.

No caso da subjetividade trans*, os argumentos de negação de seus direitos (com base em valores morais cristãos) consolidaram processos de violência, discriminação e criminalização de sua identidade e de seus corpos, visto que sujeitos “transgênero” foram enquadrados no campo da patologia médica e da “anormalidade” social, negando às pessoas trans* a liberdade de propriedade e o domínio sobre o próprio corpo e, conseqüentemente, o *status* de sujeito clássico de direito.

Àquela época e ainda hoje¹², poucos indivíduos podem configurar a cidadania heteronormativa e usufruir do direito à propriedade, inclusive, sobre seus próprios corpos. Lembrando que em cada contexto específico onde se localiza o sujeito, a antropologia e a sociologia oferecem ao Direito subsídios para repensar a categoria da subjetividade jurídica no sentido do direito à igualdade e do direito à diferença¹³.

As críticas sobre o conceito clássico de subjetividade jurídica subverteram a ordem de interpretação do campo genérico metafísico, para o campo material das experiências corpó-

10 O liberalismo clássico iluminista construiu os fundamentos filosóficos sobre o direito à propriedade, tendo em John Locke seu idealizador proeminente. Seu entendimento sobre a propriedade parte da concepção teológica de que a propriedade é doação divina a Adão, Noé e seus filhos, personagens da literatura bíblica. Seu objetivo era construir uma fundamentação irrefutável ao direito de propriedade, interesse da ascendente burguesia inglesa do século XVII. A partir desse entendimento, Locke pontua que propriedade é tudo que pertence ao indivíduo, a vida, a liberdade e seus bens, portanto, um direito natural, anterior à constituição da sociedade e por isso não pode ser violado pelo Estado. Destaca-se aqui o esforço filosófico do liberalismo político em libertar as nações do poder absoluto da monarquia vigente à época. Naturalizando o Direito de propriedade como a doação divina comum aos homens, agregando o trabalho humano para apropriação individual desse bem comum doado por Deus (Locke, 1998).

11 É importante salientar que as teorias iluministas sobre o sujeito de direito foram construídas com base na cidadania masculina, patriarcal, heteronormativa, cisgênero e excludente, visto que não eram ampliadas para as identidades LGBT, principalmente pessoas trans*, pelos motivos já expostos nos itens anteriores. O objetivo é uma apropriação emancipatória e crítica de fundamentações antes limitadas à mera formalidade legal, para demonstrar a importância da materialidade dos direitos específicos de pessoas trans* e refutar qualquer interpretação de má-fé que se utilize de conceitos jurídicos clássicos para perpetuar práticas excludentes e de dominação.

12 Especialmente com o avanço de grupos reacionários, conservadores, fascistas e neonazistas no campo político mundial.

13 Pontua-se que na democracia constitucional, orientada pelo papel fundamental dos movimentos sociais nas lutas por reconhecimento de direitos, o direito à diferença é parte da interpretação do princípio da liberdade e da igualdade, na medida em que, a partir do direito diferenciado, promovem-se políticas específicas para, de maneira equitativa, atingir as subjetividades reemergentes no século XX e XXI, como é caso de pessoas trans*.

reas. Isso implica dizer que a idealização de um sujeito universal não concretiza direitos de sujeitos materiais, específicos e diferenciados, exatamente porque os processos de dominação, que se apresentavam como liberação à época do iluminismo, não liberavam o sujeito dos mecanismos de repressão (Foucault, 2019).

Aqui se pode inferir que a própria manifestação do corpo e da sexualidade estavam no campo das opressões históricas, que nasce no ideário filosófico antigo como o domínio das paixões (sensações) em contraposição ao domínio da razão (autonomia e liberdade) (Kant, 2003), que se redesenha em cada contexto histórico da maneira que os sistemas de moral e ética vigentes determinem.

Em virtude dos séculos de expansão colonial do cristianismo, a moral cristã adota o binarismo de gênero, atrelado à manifestação corpórea biológica, determinada por macho ou fêmea, limitados a atuarem no campo sexual apenas para reprodução. Esta concepção é o que fundamenta a criminalização e exclusão histórica de pessoas LGBT pelas suas expressões na sexualidade e no seu corpo¹⁴.

Temos demonstrado que essa sexualidade (e também o gênero) produzida pela modernidade colonial tem como grade de inteligibilidade cultural a “matriz heterossexual de poder” (Butler, 2019, p. 258). Nesse sentido, a formação de um sistema de gênero heterossexualista foi possível por meio do próprio avanço dos projetos coloniais europeus, que constituíram os significados próprios do quem seriam “homens” e “mulheres” tendo a heterossexualidade como pedra angular do controle patriarcal e racializado sobre a produção, a construção de conhecimento e a autoridade coletiva (Lugones, 2008, p. 98).

Os processos de “institucionalização da heterossexualidade”, apoiaram-se em campos como a medicina – em especial a sexologia e a psiquiatria – e o direito para, a partir deles, definir as características básicas do que constitui a masculinidade e a feminilidade “normais” e, conseqüentemente, catalogar as variedades de práticas sexuais, formando uma hierarquia na qual o anormal e o normal podem ser distinguidos (Weeks, 2000), em termos de sexo, gênero, sexualidade e práticas sexuais.

As políticas públicas que regem o cuidado em saúde de pessoas transexuais baseiam-se em protocolos construídos a partir de documentos internacionais, como o DSM-V (publicado pela Associação Americana de Psiquiatria) e o CID-11 (publicado pela Organização Mundial da Saúde). As referências postulam a transexualidade como disforia de gênero (relacionada a desordens mentais) e incongruência de gênero (relacionada à saúde sexual) respectivamente.

Tendo o efeito de um “habeas corpus médico-psiquiátrico” (Ventura; Schramm, 2009, p. 86), o diagnóstico procede por meio da construção, onde se alega a mera representação (Butler,

14 “No âmbito mundial, a criminalização de práticas e expressões LGBTI tem diminuído, ao passo que tem aumentado a proteção contra violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, assim como reconhecimento de relações e famílias LGBTI. De acordo com dados da *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA), em maio de 2017, em 124 Estados não havia previsão de punição por práticas homossexuais consensuais entre adultos no âmbito privado, por outro lado, 72 Estados criminalizam relações homossexuais, dentre os quais 45 aplicam a lei punitiva tanto para mulheres como para homens. Foi considerado que em oito Estados aplica-se, ou permite-se, a pena de morte em caso de práticas homossexuais consensuais entre adultos, na esfera privada. Conforme levantamento da ILGA, em 72 Estados há proteção constitucional ou normativa em relação à orientação sexual; em 63 Estados há legislação ampla ou específica quanto à não-discriminação, inclusive quanto a proibição de doação de sangue, proteção contra violência doméstica entre casais do mesmo sexo, bullying associado a orientação sexual e identidade de gênero. Quanto a crimes de ódio e incitação ao ódio, 43 e 39 Estados foram identificadas legislações nesse sentido, respectivamente. Em 23 Estados no mundo foram reconhecidos ou possibilitados os casamentos homoafetivos; e 28 Estados possibilitam a adoção por casais homossexuais.” (Piovesan; Kamimura, 2017).

2019, p. 19), de sujeitos jurídicos específicos e que vivenciam a transexualidade conforme normas prescritas pelos manuais. Assim, protocolos invisíveis, como a heterossexualidade obrigatória, a interdição sexual e a vedação de exercício da prostituição como emprego legítimo (Teixeira, 2009, p. 119, 121, 128), permeiam o caminho percorrido por pessoas trans* nas instituições médicas.

Mesmo com os esforços de liberdade e autonomia do indivíduo presentes nos contextos iluministas de liberalismo filosófico, político e econômico, é latente a inconsistência das práticas de liberdade individual, visto que os sistemas de valores morais funcionam como mecanismos de opressão. Para Foucault (2019), as práticas de liberação são importantes, mas não suficientes para definir as práticas de liberdade, imprescindíveis para elaborar a existência das pessoas. O autor entende que nos estados de dominação e opressão, as práticas de liberdade são inexistentes ou muito limitadas, e, por isso, a liberação (em alguns casos) está na condição política ou histórica para uma prática de liberdade.

A constituição do sujeito, para Foucault (2019), dá-se a partir de suas inserções em práticas como jogos de verdade e de poder, assim, o autor defende que o sujeito é a constituição histórica dessas diferentes formas de sujeito na relação com a verdade. No caso da sexualidade (e, mais amplamente, para o gênero, em sua linearidade de contingência histórica), os processos de liberação não configuraram um ser feliz e pleno, no qual o sujeito constrói uma relação completa e de satisfação, mas abriu um campo para novas relações de poder que devem ser controladas pelas práticas de liberdade. Para o autor, o problema ético falta às propostas de liberação¹⁵.

Vieira (2015, p. 12) aponta que a ideia de “cuidado de si”, originada no mundo greco-romano, foi o modo pelo qual “a liberdade individual se refletiu como ética”. Contudo, “o Cristianismo deu ao termo uma carga pejorativa, mostrando como o cuidado de si era uma forma de egoísmo, e inserindo-o em técnicas que levavam não à elaboração, mas à renúncia de si”. Isso se soma à compreensão de que a liberdade (que para os gregos estava em oposição à escravidão) foi tomada como a capacidade de domínio de si, de suas paixões e desejos e foi levada ao contexto político como modelo de dominação, de poder, de cuidado e de comando.

Para Almeida (2016, p. 339–340), dentre as formas de abordagens possíveis para tratar o conceito de subjetividade jurídica está a da *crítica*, que busca “estabelecer limitações teóricas das diversas definições de subjetividade jurídica”. Pela teoria crítica, várias perspectivas de análise se estabelecem apontando a necessidade de superação do sujeito abstrato por um sujeito histórico, e que sem essa subversão do conceito, todas as filosofias do sujeito se condicionam pelo modo de produção capitalista. “Daí o intenso diálogo com o marxismo e suas tradições, por com Marx evidencia-se o parentesco entre o Estado moderno, a subjetividade jurídica e as formas de sociabilidade que constituem o capitalismo”.

A partir da teoria crítica do direito, influenciada pela Teoria Crítica da Escola de Frankfurt¹⁶, é que se pode subverter a ordem jurídica da coisa (propriedade privada) para a pessoa (sujeito

15 No campo da sexualidade, a liberação do desejo é capaz de nos conduzir eticamente nas relações de prazer com os outros. Isso aponta que a ética é a prática refletida da liberdade, pois esta é a condição ontológica da ética e a ética é a forma refletida que a liberdade assume (Vieira, 2015).

16 A Escola de Frankfurt partiu da teoria marxista tradicional para desenvolver um corpo teórico neomarxista, atualizando os conteúdos de Marx ao contexto histórico, político, social e econômico do século XX e se consolidou após o fim da segunda Guerra Mundial, na década de 40. O ideal é, a partir da perspectiva de que toda verdade tem uma contradição, construir novos modos de pensar e organizar a sociedade. Pela teoria crítica, a separação entre sujeito e realidade não é possível, visto que todo conhecimento parte da experiência prática do ser no mundo. Desta forma, a práxis, antes entendida como senso comum

e dignidade humana), em virtude da necessidade de mudar o paradigma de compreensão do mundo da suprassensorialidade, para a materialidade da vida das formas pelas quais os sujeitos se relacionam consigo e em sociedade, percebendo as relações de poder estabelecidas.

Quando se estabelece um modelo de subjetividade jurídica genérica e universal, se exclui qualquer manifestação de subjetividades específicas e diferenciadas, promovendo uma invisibilização no campo de disputa de poder dentro dos espaços públicos e um vício no processo democrático, em virtude do cerceamento do próprio direito de existir ou direito de “ser” pessoa trans*.

Esses indivíduos, portanto, não assumem um caráter *prima facie* de sujeitos autônomos de direito, mas sim de sujeitos a serem ordenados pelo direito. Em um cenário estruturado pela matriz heterossexual de poder, estabelece-se um sistema compulsório de gênero com um viés eminentemente punitivista: coação e violência marcam as experiências daqueles que não desempenham “corretamente” o seu gênero, tornando-os alvos de “constantes regulações, como a patologização desses indivíduos” (Sampaio; Germano, 2017, p. 460).

A partir desse parâmetro, a reivindicação pela despatologização da transexualidade representa a aposta por um projeto político que busca reduzir o impacto da cultura e das posições de gênero na construção do corpo e da identidade. Reconhece-se, sobretudo, a livre identidade de gênero enquanto um direito humano básico que encontra barreiras nos estigmas decorrentes dos processos de patologização. Esses processos devem ser expostos a um escrutínio crítico que estabeleça novas fórmulas que garantam às pessoas trans* não perderem o direito a atenção sanitária, mas que nos incitem a questionar os limites éticos das tecnologias de modificação corporal e de uma prática compromissada com os direitos humanos (Missé; Col-Planas, 2010, p. 51).

É notório o esforço da comunidade internacional em abraçar as demandas por reconhecimento e direitos de pessoas trans* dentro do campo dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, que parte inicialmente da elaboração de uma Declaração Universal de Direitos do Humanos (ONU, 1948), após a crise humanitária resultado dos genocídios da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de determinar, no espaço jurídico, social e político, quem é o sujeito de Direitos Humanos, mas que, por sua natureza textual e jurídica, refere-se a uma subjetividade geral, na mesma intenção constitucional de dizer “todos são iguais perante a lei” (Brasil, 1988).

O propósito inicial do reconhecimento de uma subjetividade jurídica genérica para direitos humanos abriu espaço para discussão ampla e democrática, com a participação de movimentos sociais, grupos vulneráveis e minorias étnicas, para discutir a importância do reconhecimento de subjetividades jurídicas específicas, iniciando um processo sistemático de debate nas nações unidas sobre a população trans*, que juntamente com outras subjetividades vulneráveis, começa a aparecer nas normativas internacionais.

É evidente que a construção dos direitos humanos se dá no campo de disputas por reconhecimento de direitos, obviamente iniciado pelos grupos sociais vulneráveis e minorias, e não somente pela perspectiva do jusnaturalismo, que postula pelo reconhecimento genérico de sujeitos de direitos humanos, como analisa Comparato (2011).

e não participante da construção do conhecimento científico, passa a integrar este último, propondo, desde Marx, na construção do Materialismo Histórico-Dialético, novos mecanismos de construção de conhecimento nas ciências (Nobre, 2004).

A importância de se especificar dentro da normativa internacionais quem são esses sujeitos de direitos específicos e diferenciados se dá pelo próprio objetivo da participação democrática já preconizados inúmeras vezes pelas nações unidas. Para o Direito, enquanto campo de disputa pela verdade jurídica e pela justiça social¹⁷, a especificação do titular de direitos humanos amplia o acesso à justiça e vincula os Estados a atuarem pelo princípio da dignidade humana em políticas públicas afirmativas para garantia dos direitos reconhecidos. Este reconhecimento, então, é de fundamental importância para definição de medidas garantistas de proteção do ser humano, especialmente os vulneráveis, dentro do mundo jurídico.

Elucidando a normativa internacional sobre direitos humanos de pessoas trans*, desde o primeiro documento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) observa-se a abertura do campo jurídico para inserção de tais subjetividades, que, na sequência, após amplo debate sobre questões de gênero e direitos de mulheres frente à ONU, passaram a delinear uma proteção especial, em face do direito à diferença¹⁸ (Piovesan, 2012).¹⁹

A noção de direito à diferença, como pontua Bittar (2009, p. 53), decorre da ampliação, no interior da cultura jurídica, da afirmação de formas de luta por reconhecimento. E segue afirmando que “a ampliação elástica do conceito de direito, para abranger também a ideia de um direito à diferença, consolida a ambição da diferenciação, dentro de sociedades modernas que tendem a produzir homogeneização e padronização”. Podendo-se entender ainda, que é um processo de reação das subjetividades a luta pela diferença, “que se inscreve, dialeticamente, ao lado da identidade de uma luta não interrompida por igualdade²⁰”.

Dentro da compreensão do direito à diferença e do princípio da dignidade humana, os processos de reconhecimento de direitos são sistematicamente ampliados, de acordo com as reemergências dos sujeitos diante da invisibilização que a igualdade meramente formal pode permitir. É o que a teoria crítica dos direitos humanos preconiza como foco de análise dos direitos humanos e dos sujeitos desses direitos, pontuando os processos de resistência como mecanismos de abertura e consolidação de espaços de luta pela dignidade humana (Piovesan; Kamimura, 2017).

17 Para aprofundar no tema do campo jurídico enquanto espaço de disputas de poder, ver o trabalho de Pierre Bourdieu (1989) sobre a força do Direito.

18 Para Bittar (2009, p. 551), o debate sobre direito à diferença se origina dos efeitos das mobilizações sociais de Maio de 1968, com diversos protestos por estudantes de Paris que abalaram a Quinta República Francesa (iniciada em 1958). Este movimento está contextualizado historicamente no período da Guerra do Vietnã, da Primavera de Praga (luta para romper com o autoritarismo soviético), das lutas revolucionárias armadas na América do Sul contra as ditaduras militares e das lutas do Continente Africano pela descolonização. Estes processos sociais e políticos promoveram reflexões importantes no campo das categorias filosóficas, “e de sua absorção pela vida político-jurídica”, que destacam “a importância da esfera pública para a construção de novas identidades sociais, afinal a luta por direitos é uma luta histórica”.

19 Destes debates sobre gênero perante a ONU se conquistou a Convenção Internacional sobre os Direitos Políticos da Mulher (ONU, 1953), a Convenção Internacional sobre a Nacionalidade da Mulher casada (ONU, 1957), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher (ONU, 1979), a Declaração sobre eliminação da violência contra as mulheres (ONU, 1993), a Declaração Programa de Ação de Viena (ONU, 1993), a Declaração de Pequim (ONU, 1994) e a Declaração Conjunta da ONU pelo fim da violência e discriminação contra pessoas LGBT (ONU, 2015). A Organização dos Estados Americanos – OEA – também tratou de se manifestar sobre o tema, encontram-se nas normativas da OEA para proteção de direitos de gênero a Convenção Interamericana sobre a Nacionalidade da Mulher (OEA, 1933), a Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos à Mulher (OEA, 1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, OEA, 1994), a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013), a Opinião Consultiva n. 24/ 2017: identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo (OEA, 2017).

20 Neste contexto, a igualdade tratada é a formal, preconizada em dispositivos genéricos de direito, que, para sua efetivação material, necessita de reconhecimento específicos de direitos e de sujeitos de direito. Daí parte a discussão jurídica do direito à diferença.

Segundo Piovesan e Kamimura (2017), o tema à diferença atinge a primeira fase de proteção aos direitos humanos, a universalista, com base na igualdade formal e abstrata, para evitar que políticas de extermínio, pautadas pela superioridade de um grupo sobre os demais, estabeleçam-se e promovam mais extermínios. Contudo, a insuficiência dessa racionalidade para lidar com contexto de grupos vulneráveis foi evidente, vide os índices de violências contra pessoas trans* (mulheres, crianças, idosos e demais sujeitos vulneráveis).

Para Herrera Flores (2002), os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, visto que comportam a tradução de processos históricos e políticos que consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Desta forma, observa-se a centralidade dos direitos humanos na vítima, buscando melhores e mais eficazes mecanismos de proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos (Piovesan; Kamimura, 2017).

Fraser (2002) introduz a necessidade de olhar para o campo do reconhecimento das identidades a partir do direito à redistribuição de medidas em prol da justiça econômica, da diminuição da exclusão e da marginalização de sujeitos e da desigualdade econômica, contudo, para isso, é necessária uma transformação nas estruturas sociais e econômicas por meio da política da redistribuição.

Assim, pode-se compreender dentro das especificidades da subjetividade jurídica de pessoas trans*, pelo reconhecimento dos direitos humanos na vertente que os alinha às discussões de gênero e sexualidade, que não há possibilidades de não reconhecimento da subjetividade jurídica de pessoas trans*, seja como titular de direitos e deveres perante à sociedade, seja como sujeito histórico e social que, por meio da resistência, impulsiona os sistemas de justiça social para mudança de paradigmas quanto às exclusões históricas. Um campo central de disputas quanto a essa questão é o dos “direitos fundamentais”, conforme exposto na seção seguinte.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POTENCIALIDADES TRANS

Os direitos fundamentais não são verdades morais dadas previamente, mas elementos mutáveis e em constante processo de reconstrução, em que sua justificação e normatividade decorrerem de uma Constituição positiva e mutável (Fernandes, 2016). Cabe destacar, dentro da atual argumentação, quais são os pressupostos que possibilitam que se fale de um “direito fundamental à harmonização”.

Se é possível se falar em um direito fundamental à identidade de gênero (no Direito Internacional reconhecido pela Opinião Consultiva nº 24 e no plano interno afirmada na ADI 4275), também deve ser possível se falar da oferta das possibilidades para que essa identidade de gênero seja plenamente exercida. Conforme expõe Fernandes (2016, p. 319):

[...] os direitos fundamentais seriam vistos não só como direitos de defesa (garantias negativas), ligados a um dever de omissão, (um não fazer ou não interferir do Estado no universo privado dos cidadãos), e direitos de prestações (garantias positivas) para o exercício das liberdades (e, aqui, entendidos como

obrigações de fazer ou de realizar) por parte do Estado, mas além disso, nos termos objetivos, eles, como a base do ordenamento, seriam um “vetor” a ser seguido (pelos Poderes Públicos e particulares) para interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. Daí que, a dimensão objetiva [...] se apresentaria como um verdadeiro “reforço de juridicidade” das normas de direitos fundamentais, bem como da “sistemática” de concretização e densificação das mesmas.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu “saúde” não mais como simples “ausência de doença”. O paradigma fomentado pelo órgão da ONU foi o de um estado de completo bem-estar físico, mental e social (OMS, 1946). Igualmente, a Carta de Ottawa, produto da Primeira Conferência Internacional de Promoção da Saúde, postula que a “saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver”, sendo um “conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. Assim, a promoção da saúde não é responsabilidade exclusiva do setor saúde, e vai além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global”²¹.

Por esse ângulo, as políticas de saúde para pessoas trans* encontram justificativas que extrapolam a necessidade da existência de patologia: tanto pelas dificuldades vivenciadas pelo meio social, quanto pelos eventuais flagelos biopsíquicos que esse ambiente pode oferecer, é possível constatar que não há espaço para o pleno desenvolvimento de suas capacidades.

Ao recorrermos à dignidade da pessoa humana, entendemos que ela “abrange (embora a isso não se restrinja) a vedação da coisificação. Sendo que, em uma dupla perspectiva ontológica e instrumental, compreende a dimensão negativa (defensiva) e a positiva (prestacional)” (Mendes, 2017, p. 191). Consequentemente, a desconsideração das subjetividades das transidentidades (tornadas objetos de tutela do poder médico-jurídico na busca por atendimento médico especializado) encontra barreira intransponível nesse princípio.

Não somente isso: além de abster-se de afetar, “de modo desproporcional e desarrazoado, a esfera patrimonial das pessoas sob sua autoridade. São exigíveis do Estado, também, ações positivas no sentido de assegurar a dignidade humana” (Mendes, 2017, p. 204). É nesse diapasão que se destaca a importância de um “modelo de tomada de decisão informada”, conforme defendido pela retórica despatologizante, ideal para adequar o cuidado de pessoas trans* ao atual entendimento dado à dignidade humana no âmbito da saúde.

No atual cenário jurídico nacional, a centralidade dada à noção de “identidade de gênero” parece oferecer alternativas pertinentes ao se falar de autodeterminação e transgeneridades. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (4275) se viu profundamente influenciado pela publicação da Opinião Consultiva nº 24 de 2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O documento se refere à identidade de gênero como uma expressão da individualidade, da autodeterminação e da livre escolha da pessoa ante às opções que dão sentido a sua existência. Assim:

um aspecto central do reconhecimento da dignidade é a possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias escolhas e convicções. [...] o princípio da autonomia da pessoa desempenha um papel fundamental, o que veda toda ação estatal que procure a instrumentalização

21 Disponível em: <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/ottawa/en/>. Acesso em: 8 jan. 2021.

da pessoa, isto é, que o converta em um meio para fins alheios às escolhas sobre sua própria vida, seu corpo e o pleno desenvolvimento de sua personalidade, dentro dos limites impostos pela Convenção (Corteidh, 2017, parag. 88).

Notavelmente, a mudança de perspectiva resulta em impactos quanto a própria interpretação dada ao que é “ser trans*” ante ao poder estatal. Isto é: ao invés de buscar-se a definição exata do que seria a “transexualidade”, em oposição a uma “cisgeneridade natural”, perspectiva que adota um olhar patologizante sobre essas identidades, a centralidade dada pela Corte à autodeterminação e ao princípio da autonomia da pessoa possibilitam uma interpretação expansiva do direito à saúde em se tratando de pessoas trans.

Conforme assinala Tiago Coacci (2018), o impacto da Corte em sua decisão foi o de proporcionar novos encaixes entre o saber médico, judiciário e a vivência empírica das pessoas trans*. Ao centralizar a autonomia, o foco da discussão muda da construção dos requisitos criados para a identificação das pessoas transexuais (sujeitas-alvo das políticas públicas) para as próprias demandas apresentadas por estas.

Essa perspectiva ainda se alinha a um forte senso de justiça social: ao invés de pleitear o direito às modificações corporais a partir dos mecanismos dispostos pelo Estado – as políticas de representação instituídas por meio de requisitos para ser reconhecido/a enquanto trans, a centralidade dada à autodeterminação do sujeito permite que se cobre do Estado uma reparação simbólica pelo sofrimento causado pelas violências sociais vivenciadas pelos indivíduos.

6. CONCLUSÃO

A postulação de um direito fundamental à hormonização ancora-se, portanto, em uma interpretação atualizada do princípio da dignidade da pessoa humana, capaz de contemplar as especificidades vivenciadas por pessoas trans* para a construção de suas subjetividades. Há, nesta matéria, três pontos de fundamental importância para a discussão jurídica: (1) a noção mutável e evolutiva dos “direitos fundamentais”, com a consequente necessidade de revisão do “sujeito titular” a partir das teorias críticas dos direitos humanos; (2) a mudança oriunda dos efeitos da Opinião Consultiva nº 24 da Corte Interamericana e (3) a inovadora perspectiva apresentada quanto à interpretação dada ao direito à identidade de gênero e seus direitos anexos – não mais uma concessão do Estado, mas um ato de justiça social ante aos abusos que este deixou ocorrer.

Esse caminho argumentativo só foi possível a partir da exposição dos saberes médicos, jurídicos e religiosos que constituíram o que discutimos como “cisgeneridade/transgeneridade”. A “imanência patológica” a qual pessoas trans* estão submetidas desde os primórdios das noções médicas de transexualidade possuem efeitos que duram até a contemporaneidade. Efeitos perversos e imobilizadores, que não possibilitam a esses sujeitos autodeterminar-se e atingir o mais alto grau de suas potencialidades.

Os hormônios, artifícios flutuantes e condutores de uma série de símbolos de gênero, são um exemplo ideal do controle biopolítico exercido pelo Estado sobre os corpos. Cabe ainda a realização de pesquisas empíricas capazes de enriquecer ainda mais o arsenal da relação entre modificações corporais/hormonização e noções de saúde entre pessoas trans*, conforme

trabalhada no texto por meio da revisão de literatura. Igualmente, seria interessante analisar essa questão sob a ótica da biopolítica foucaultiana de forma mais detida.

Esses estudos, assim como o argumento apresentado neste artigo, buscam demonstrar a fragilidade do Sujeito Universal de Direitos Humanos, construído sobre bases excludentes e violentas, marcadas pela matriz heterossexual de poder, em que corpos e formas de vida são sufocadas em nome de um projeto de Estado pautado na propriedade.

É importante assinalar aqui, contudo, relevância prestacional do Estado em se tratando de sujeitos com vulnerabilidades sociais exacerbadas, especificamente as pessoas trans*. O exercício do seu direito à identidade de gênero não deve ser observado somente enquanto uma obrigação negativa, mas também a partir da obrigação positiva de prover os meios necessários à construção de suas subjetividades.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, G.; MURTA, D. Reflexões sobre a possibilidade da despatologização da transexualidade e a necessidade da assistência integral à saúde de transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, n. 14, p. 380–407, 2013.
- ALMEIDA, S. L. Crítica da subjetividade jurídica em Lukács, Sartre e Althusser / Criticism of legal subjectivity in Lukács, Sartre and Althusser. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 4, p. 335–364, 2016.
- AMARAL, D. M. **Os desafios da despatologização da transexualidade: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil**. 2011. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- BAGAGLI, B. P. A diferença trans no gênero para além da patologização. **Revista Periódicus**, v. 1, n. 5, p. 87–100, jul. 2016.
- BARBOSA, B. C. **Imaginando trans: saberes e ativismos em torno das regulações das transformações corporais do sexo**. 2015. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- BITTAR, E. C. B. Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos Direito Humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 551–565, jan. 2009.
- BONASSI, B. **Cisnorma: acordos societários sobre o sexo binário e cisgênero**. 2017. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- BOURDIEU, P. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. *In: O PODER Simbólico*. Rio de Janeiro: Difel: Lisboa, 1989.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2023.
- BUTLER, J. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- CAESAR. Quase 300 transgêneros esperam cirurgia na rede pública 10 anos após portaria do SUS. **G1**. 19 ago. 2018. Ciência e Saúde. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/08/19/quase-300-transgêneros-esperam-cirurgia-na-rede-publica-10-anos-apos-portaria-do-sus.ghtml>. Acesso em: 25 maio. 2023.
- COACCI, T. **Conhecimento precário e conhecimento contra-público: A coprodução dos conhecimentos e dos movimentos sociais de pessoas trans no Brasil**. 2018. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

- CONNELL, R.; PEARSE, R. **Gênero: uma perspectiva global**. São Paulo: nVersos, 2015.
- CORTEIDH. Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação com a mudança de nome, a identidade de gênero, e os direitos derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, em relação com o artigo 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Parecer Consultivo OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Série C, n. 435, 2017.
- FERNANDES, B. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FERRAZ JR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2015.
- FLORES, J. H. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 9–30, jan. 2002.
- FOUCAULT, M. **História da Sexualidade 2: O uso dos prazeres**. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990.
- FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, M. **História da Sexualidade 1: A vontade do saber**. 9. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Paz & Terra, 2019.
- FRASER, N. Redistribuição ou reconhecimento? Classe e status na sociedade contemporânea. **Interseções - R. de Est. Interdisc. UERJ**, v. 1, n. 4, p. 7–32, jun. 2002.
- HARAWAY, D. Saberes Localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu**, v. 5, p. 7–41, 1995.
- JESUS, J. G. DE; ALVES, H. Feminismo transgênero e movimentos de mulheres transexuais. **Revista Cronos**, v. 11, n. 2, 2010.
- KANT, I. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- KASHIURA JUNIOR, C. **Sujeito de direito e capitalismo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- KULICK, D. **Travesti: Prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.
- LIMA, F.; CRUZ, K. T. DA. Os processos de hormonização e a produção do cuidado em saúde na transexualidade masculina. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 162–186, ago. 2016.
- LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOUREIRO, S. M. DA S.; ANDION, G. H. P. Um olhar ao cuidado em saúde para pessoas trans sob as perspectivas da ordem social constitucional e da despatologização das identidades trans. **Juris Poiesis - Qualis B1**, v. 24, n. 35, p. 310–339, set. 2021.
- LUGONES, M. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**, v. 9, p. 73–101, jul. 2008.
- MENDES, S. DA R. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MISSÉ, M.; COLL-PLANAS, G. La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas. **Norte de salud mental**, v. 38, n. VIII, p. 44–55, 2010.
- NASCIMENTO, L. **Transfeminismo**. 1. ed. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021.
- NOBRE, M. **A teoria crítica**. São Paulo: Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2004.
- OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. 1946. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf. Acesso em: 28 maio 2023.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 maio 2023.
- PIOVESAN, F. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres. **R. EMERJ**, v. 15, n. 57, p. 70–89, mar. 2012.
- PIOVESAN, F.; KAMIMURA, A. Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero. **Anuario de Derecho Público UDP**, p. 173–190, 2017.

- PRECIADO, P. B. **Testo junkie**: sexo, drogas e biopolítica na era farmacopornográfica. São Paulo: N-1 Edições, 2018.
- ROBERTS, C. **Messengers of Sex**: Hormones, Biomedicine and Feminism. England: Cambridge University Press, 2007.
- ROHDEN, F. O império dos hormônios e a construção da diferença entre os sexos. **História, Ciências, Saúde - Manuais**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 133–152, jun. 2008.
- SAMPAIO, J. V.; GERMANO, I. P. “Tudo é sempre de muito!”: produção de saúde entre travestis e transexuais. **Revista Estudos Feministas**, v. 25, n. 2, p. 453–472, maio 2017.
- SANTOS, M. DE F. L. A construção do dispositivo da transexualidade: saberes, tessituras e singularidades nas experiências trans. 2010. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.
- TEIXEIRA, F. DO B. Vidas que desafiam corpos e sonhos: uma etnografia do construir-se outro no gênero e na sexualidade. 2009. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.
- VENTURA, M.; SCHRAMM, F. R. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. **Physis** - Revista de Saúde Coletiva, v. 19, n. 1, p. 65–93, 2009.
- VERGUEIRO, V. Por inflexões decoloniais de corpos e identidades de gênero inconformes: uma análise autoetnográfica da cisgeneridade como normatividade. 2015. Dissertação (Mestrado em Cultura e Sociedade) -Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.
- VIEIRA, C.; PORTO, R. M. “Fazer emergir o masculino”: noções de “terapia” e patologização na hormonização de homens trans. **Cadernos Pagu**, n. 55, 2019.
- VIEIRA, P. P. Michel Foucault e os limites do sujeito de direito: as questões da ética e da liberdade. Lugares dos historiadores: velhos e novos desafios. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais** [...]. Florianópolis, 2015.
- VILLEY, M. **Filosofia do Direito**: Definições e Fins do Direito, os Meios do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEEKS, J. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, G. L. (ed.). **O Corpo Educado**: pedagogias da sexualidade. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 24–61.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 16/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 23/04/2022
- Avaliação 2: 18/04/2023
- Decisão editorial preliminar: 18/04/2023
- Retorno rodada de correções: 03/06/2023
- Decisão editorial/aprovado: 08/06/2023

Equipe editorial envolvida

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

A REGULAÇÃO DO TELETRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO: REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS E NECESSÁRIAS

THE REGULATION OF TELEWORK IN BRAZILIAN
LAW: CONTEMPORARY AND NECESSARY REFLECTIONS

CLÁUDIO JANNOTTI DA ROCHA¹
LUCAS MARREIRO POLTRONIERI²

RESUMO

A proposta deste artigo consiste na apresentação do tratamento jurídico do teletrabalho no Brasil, com enfoque na regulamentação promovida pela Reforma Trabalhista, instituída pela Lei nº 13.467/2017. Para tanto, são abordados o conceito e o contexto histórico que permitiu o surgimento dessa modalidade laboral, para, em seguida, proceder-se à análise individual, com críticas e observações, dos artigos que dispõem sobre o tema na Consolidação das Leis do Trabalho. A metodologia utilizada é a dedutiva na perspectiva qualitativa, consubstanciada na pesquisa bibliográfica, sobretudo de doutrinas, artigos publicados, fazendo uso do direito comparado – Portugal, França e Espanha.

Palavras-chave: direito do trabalho; teletrabalho; reforma trabalhista; direito comparado.

ABSTRACT

The purpose of this article is to present the legal treatment of telework in Brazil, focusing on the regulation promoted by the Labor Reform, established by Law nº 13.467/2017. In order to do so, the concept and the historical context that allowed the emergence of this type of work are discussed, and then proceed to an individual analysis, with criticism and observations, of the articles on the subject in the Consolidation of Labor Laws. The methodology used is deductive in a qualitative perspective, based on bibliographic research, especially of doctrines, published articles, making use of comparative law - Portugal, France and Spain.

Keywords: labour law; telework; labour reform. comparative law.

- 1 Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR). Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Líder do Grupo de Pesquisa “Trabalho, seguridade social e processo – diálogos e críticas” (UFES-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa “Relações de Trabalho na Contemporaneidade” (UFBA-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB-CNPq). Membro da Rede Nacional dos Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e Seguridade Social (RENAPEDTS) e da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. Advogado. Pesquisador. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>.
- 2 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1306-9379>.

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

ROCHA, Cláudio Jannotti da; POLTRONIERI, Lucas Marreiro. A regulação do teletrabalho no direito brasileiro: reflexões contemporâneas e necessárias. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 230-247, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.8490>.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico nas áreas de informação e comunicação, que possibilitou a redução das distâncias, afetou o modo de relacionamento entre as pessoas e a organização produtiva da sociedade, dando origem não apenas a novas ocupações profissionais, mas a modalidades diversas de trabalho. Nesse contexto, o teletrabalho aparece como um regime laboral realizado fora do estabelecimento empresarial e intimamente marcado pelo aspecto da tecnologia.

Com as promessas de redução de custos, aumento de eficiência e maior flexibilidade para o trabalhador, essa modalidade de trabalho vem sendo mais utilizada nos últimos anos, em razão da potencialização e do aperfeiçoamento das tecnologias de informação e comunicação, processo que foi acelerado em 2020, por força da pandemia da Covid-19.

Partindo dessa conjuntura, este artigo pretende apresentar a abordagem legislativa brasileira do teletrabalho, desde as normas trabalhistas que implicitamente reconheciam a modalidade até sua expressa regulamentação a partir da Reforma Trabalhista de 2017.

Inicialmente faz-se uma breve contextualização histórica, seguida pela elucidação do conceito de teletrabalho e de outros termos que a ele se assemelham. Logo após são expostas em tópicos apartados as interpretações, críticas e observações acerca de cada dispositivo legal que dispõe sobre o tema, fundamentando-se em pesquisa bibliográfica de doutrinas e artigos científicos, bem como em análise da legislação trabalhista.

2. UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A partir da segunda metade do século XX, mormente desde a década de 1970, uma série de inovações tecnológicas possibilitaram o aumento exponencial do fluxo de informações, representando o que seria tratado como a Revolução da Tecnologia da Informação, a qual deu origem a novos processos produtivos distintos dos que caracterizam o capitalismo industrial (Macedo; Xerez, 2016, p. 79-82).

Por sua vez, o estabelecimento de um novo paradigma informacional – a sociedade da informação – implicou também na transformação das relações de trabalho, que passaram a ser marcadas pela descentralização e pela flexibilização, bem como pela prevalência do aspecto intelectual, em detrimento do trabalho manual (Macedo; Xerez, 2016, p. 83-84).

Esse contexto histórico, impulsionado pelo uso de tecnologias de informática e telecomunicações, deu ensejo à gênese do teletrabalho, espécie de trabalho a distância (Macedo; Xerez, 2016, p. 85). Em vista disso, pode-se particularizar referida modalidade de trabalho, qualificada pelo distanciamento físico entre o local de prestação de um serviço e o estabelecimento demandante, como fruto da modernização das relações laborais (Rocha; Muniz, 2013, p. 102).

Já nos anos que inauguram o século XXI, verifica-se a intensificação da adoção do teletrabalho em razão do rápido avanço tecnológico, que permite um contato em tempo real entre empregado e empregador, viabilizando para este maior controle e fiscalização da atuação daquele. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, essa facilidade no monitoramento não garante

ao trabalhador o gozo dos mesmos benefícios destinados aos empregados comuns (Cassar; Borges, 2017, p. 35).

No bojo desse dilema, irrompe o cenário de pandemia da Covid-19³, conjuntura em que parte dos trabalhadores é empurrada forçosamente para o trabalho a distância, sobretudo em suas próprias residências – o que pode vir a se concretizar, para muitos, em uma condição permanente –, devido à necessidade de isolamento social visando à contenção da propagação do SARS-CoV-2, vírus contagioso causador da doença. Diante disso, constata-se ser ainda mais importante a interpretação adequada das normas que regulamentam o teletrabalho.

Previamente à abordagem jurídica acerca do teletrabalho e sua regulamentação na legislação brasileira, faz-se pertinente elucidar termos que comumente são aludidos como sinônimos: trabalho a distância, trabalho remoto, trabalho externo, teletrabalho, *home office* e trabalho em domicílio. Essa singela tarefa visa a demarcar desde logo o objeto específico sobre o qual o presente artigo se propõe a discorrer.

A expressão “trabalho a distância” não impõe dificuldade em ser conceituada, remetendo a qualquer labor caracterizado por um afastamento espacial entre o trabalhador e a fiscalização direta do tomador de seu serviço. Por ser um termo bastante amplo, é tratado como um gênero de trabalho, dentro do qual pode-se identificar várias espécies (Rocha; Muniz, 2013, p. 103).

Uma dessas modalidades de trabalho a distância é o trabalho em domicílio, que se adjectiva pelo desempenho do ofício na residência de seu executor, sem que este esteja sujeito a fiscalização direta ou mantenha contato contínuo com o solicitante da incumbência. Possui origem longínqua na história da humanidade, porquanto independe da informatização e do uso de tecnologias de comunicação (Barros, 2016, p. 209-212).

No que lhe diz respeito, o teletrabalho distingue-se das demais espécies de trabalho a distância pela “[...] presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho” (Fincato, 2019, p. 62). Devido a esse elemento tecnológico, trata-se de modalidade geralmente relacionada a ocupações que requerem profissionais com maior qualificação (Barros, 2016, p. 213).

Quanto ao aspecto geográfico, cumpre salientar que o teletrabalho, embora sempre prestado fora do estabelecimento do demandante, pode ser consumado em locais diversos, como centros satélites (exclusivos da empresa, mas que não sejam filiais), telecentros (espaços compartilhados com outras empresas) ou até de forma móvel, sem determinação de lugar específico. Na hipótese de ser prestado em domicílio, configura-se o assim chamado *home office*. Assim dizendo, este resulta da combinação entre o teletrabalho e o trabalho em domicílio (Fincato, 2019, p. 64-65).

Trabalho externo, a seu tempo, é aquele realizado a distância pela natureza do ofício, não por mera liberalidade. Este é precisamente o ponto de distinção em relação ao teletrabalho e às demais variantes, que se verificam no caso de ocupações que são apenas circunstancialmente exercidas fora das dependências do estabelecimento empresarial (Lopes; Santos, 2020, p. 248).

3 Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que a Covid-19, causada pelo coronavírus Sars-Cov-2, passou a caracterizar uma pandemia, conforme noticiado em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812.

Por fim, trabalho remoto corresponde a um simples sinônimo de trabalho a distância, consoante, inclusive, se extrai de umas das definições léxicas do vocábulo “remoto”, relativo ao que está “distante no espaço” (Houaiss; Villar, 2008, p. 645). Todavia, conforme será visto adiante, em razão da ausência de uniformidade terminológica, a única menção ao termo na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) consta no art. 75-D, no capítulo relativo ao teletrabalho, tratado legislativamente, portanto, como sinônimo deste.

Feitas as devidas distinções, adentra-se a seguir nas disposições normativas concernentes à temática do trabalho a distância, com especial enfoque sobre a regulamentação do regime de teletrabalho no direito brasileiro.

3. DISPOSIÇÕES NORMATIVAS SOBRE TRABALHO A DISTÂNCIA E A DEFINIÇÃO LEGAL DE TELETRABALHO.

Embora o teletrabalho, com suas especificidades – que serão tratadas adiante –, seja um conceito juridicamente novo na legislação brasileira, posto que positivado apenas a partir da Reforma Trabalhista de 2017 (instituída pela Lei nº 13.467/2017), é possível apontar outros institutos juslaborais correlatos, presentes no texto original da CLT, que precederam a regulamentação dessa modalidade de trabalho.

Trazendo uma análise crítica e necessária sobre a regulamentação brasileira do teletrabalho na Consolidação das Leis do Trabalho, destaca-se Melo (2017, p. 404) que assim leciona: o legislador não cumpriu a finalidade de proteção jurídica ao teletrabalhador, uma vez que questões essenciais da relação de trabalho em grande parte remetidas ao contrato entre as partes, o impõem à maioria dos empregados brasileiros a subsunção às ordenais empresariais, sob o receio do desemprego iminente.

Demonstra ainda: a Reforma não atinge os fundamentos da República Federativa do Brasil de preservar a dignidade da pessoa humana e atribuir valor social ao trabalho, art. 1º, incisos III e IV da CF/88 (Melo, 2017, p. 404).

E sintetiza: na regulação do teletrabalho, não se protege o trabalhador como parte hipossuficiente da relação contratual. Ao contrário, se buscou afastar-se a obrigação de o empregador observar o direito constitucional à proteção da jornada, submetendo o trabalhador à uma perigosa hiperconexão digital, sem o correspondente pagamento por parte dos donos da produção, o que não mantém compromisso com a função social da propriedade, art. 5º, inciso XXIII da CF/88 (Melo, 2017, p. 404).

Lopes e Santos (2020, p. 246) identificam o tempo de sobreaviso, previsto no art. 244, § 2º, da CLT, como precursor do trabalho a distância. Referido conceito celetista consiste no período em que o empregado permanece de plantão em sua residência, aguardando ser chamado para trabalhar, sendo remunerado por fração da hora de trabalho ordinária. Conquanto inicialmente destinado aos ferroviários, o sobreaviso passou a ser aplicável, por analogia, a outras categorias de trabalhadores, conforme Súmulas 229 e 428 do TST (Delgado, 2019, p. 1037-1039).

De todo modo, desde a sua edição pelo Decreto-Lei nº 5.452/1943, a Consolidação das Leis do Trabalho já reconhecia a figura do trabalho em domicílio, tratando-o com paridade ao

trabalho realizado no estabelecimento do empregador (conforme redação original do art. 6º da CLT). Por seu turno, o art. 83 da CLT estabelecia a garantia de salário mínimo ao empregado que realizasse trabalho em domicílio, seja em sua habitação ou em “oficina de família” (Brasil, 1943).

Ademais, o texto original consolidado também dispunha sobre “serviço externo”, consoante art. 62, a, da CLT, o qual, posteriormente reformulado e renumerado para art. 62, I, da CLT, passou a tratar de “empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”, os quais seriam excluídos dos direitos relativos à jornada de trabalho (Brasil, 1943).

Já no início da década passada, com a nova redação dada pela Lei nº 12.551/2011, o art. 6º da CLT incorporou expressamente o trabalho a distância à equiparação – acima mencionada – entre o trabalho presencial e o realizado em domicílio, estipulando serem todos passíveis de configurar vínculo empregatício. Ademais, foi incluído ao dispositivo um parágrafo único, reconhecendo a aptidão dos meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão do trabalho para a caracterização da subordinação jurídica, tal qual ocorre com os meios pessoais e diretos (Brasil, 1943).

Portanto, ainda que ausente regulação específica para o teletrabalho, pode-se afirmar que a modalidade já era implicitamente abarcada pela inserção de seu gênero – trabalho a distância – no *caput* do art. 6º da CLT, o que é reforçado pela referência do parágrafo único a “meios telemáticos e informatizados”. No mesmo sentido, Delgado (2019, p. 1068) afirma que a existência dos arts. 6º e 62, I, da CLT, por sua “imprecisão e amplitude”, já possibilitavam o enquadramento das novas relações de trabalho que são tratadas como teletrabalho.

Relevante destacar que, mesmo antes da alteração do art. 6º da CLT, a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do próprio Tribunal Superior do Trabalho já reconhecia a possibilidade de subordinação do trabalho à distância (e especificamente do teletrabalho) e, por consequência, da conformação de relação empregatícia (Rocha; Muniz, 2013, p. 103-104).

A subordinação jurídica é considerada o principal elemento caracterizador da relação de emprego, representando o polo oposto ao poder de direção empresarial e implicando em limitação à autonomia da vontade do trabalhador. Entretanto, referida restrição não retira o caráter objetivo desse fenômeno, uma vez que ele concerne não ao empregado em si, mas à forma de prestação do serviço (Delgado, 2019, p. 348-350).

A peculiaridade, no tocante ao trabalho a distância, consiste no fato de que nessa modalidade laboral a subordinação é atenuada, sendo o excesso de ordens frequentemente substituído por demandas de produtividade. Em todo caso, pode-se constatar a subordinação pela possibilidade de ordenar e de punir (Machado; Zainaghi, 2017, p. 9).

Diante disso, cumpre ainda apontar que a atual redação do art. 6º da CLT absorveu as dimensões objetiva e estrutural da subordinação, as quais foram equiparadas à subordinação clássica, manifestada comumente por ordens diretas e pessoais ao trabalhador. A primeira (objetiva) revela-se pela harmonização da atividade do obreiro aos objetivos da empresa, enquanto a segunda perspectiva diz respeito à vinculação estrutural do trabalhador à dinâmica operativa do empreendimento. É justamente a conciliação dessas três dimensões que possibilita o reconhecimento do requisito da subordinação em contextos laborais marcados

pela ausência de um controle intenso, como o que correntemente se verifica nas espécies de trabalho a distância (Delgado, 2019, p. 352-354).

Pois bem, ainda que o teletrabalho já fosse amparado jurisprudencialmente, a alteração legislativa promovida em 2017 pela reforma trabalhista não apenas inseriu na Consolidação um regramento específico para a modalidade, mas, além disso, lhe atribuiu uma definição legal. Nesse sentido, positivou os contornos – já expostos – até então identificados pela doutrina pátria, embora explicitando um aspecto normalmente não abordado. Segue o texto do art. 75-B da CLT (Brasil, 1943):

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Para além da ideia de descentralização do trabalho e do necessário uso de tecnologias de informação e comunicação, o conceito celetista de teletrabalho mitigou o critério geográfico, acolhendo a possibilidade de que o labor seja realizado parcialmente a distância, desde que esta prevaleça. Desse modo, constata-se que um modelo híbrido (semipresencial) também está contido na noção legal de teletrabalho.

Reforçando o estabelecido no *caput* do art. 75-B da CLT, o parágrafo único do dispositivo faz questão de esclarecer que a execução de tarefas presenciais pelo empregado não lhe desnatura enquanto teletrabalhador. De modo inverso, tem-se que, “[...] sendo excessivos ou preponderantes esses comparecimentos ao estabelecimento empresarial, pode se descaracterizar o regime de teletrabalho, em vista de se tornar plenamente factível o controle de jornada pelo empregador” (Delgado; Delgado, 2017, p. 138).

Ademais, insta ressaltar que a reforma trabalhista evidenciou outra característica do teletrabalhador. Embora o teletrabalho seja realizado fora do estabelecimento do empregador, a modalidade foi explicitamente distinguida do trabalho externo pela inserção de um inciso III ao art. 62 da CLT (Reis, 2018, p. 69) – dispositivo relativo ao controle de jornada e que será tratado em tópico apartado, mais adiante –, o que também se verifica da parte final do art. 75-B, *caput*, da CLT.

4. CONTRATO DE TELETRABALHO E ALTERAÇÃO DO REGIME LABORAL

Em seguida à definição legal de teletrabalho, a CLT passa à regulamentação da modalidade, iniciando com as disposições acerca do contrato e da alteração do regime de trabalho. Assim dispõe o art. 75-C da CLT (Brasil, 1943):

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

A primeira observação relevante, decorrente da interpretação do *caput* do art. 75-C da CLT, vincula-se à inexistência de teletrabalho tácito. Diversamente da regra geral do contrato de trabalho, para a avença daquela espécie de labor a distância há forma previamente estabelecida, expressa e escrita, à qual obrigatoriamente devem se atentar os contratantes (Fincato, 2019, p. 66).

Quanto à alteração do regime de trabalho, as disposições celetistas estabelecem requisitos distintos para o caso de mudança para a modalidade de teletrabalho e para a hipótese de o teletrabalhador passar a exercer suas atividades presencialmente.

Assim, no primeiro cenário a modificação deve ser consensual, exigindo-se acordo entre empregador e empregado, ao passo que a conversão para o trabalho presencial pode ser unilateral, por parte da empresa, desde que concedido prazo mínimo de quinze dias para que seja concretizada a transição de regime, segundo consta, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 75-C da CLT (Brasil, 1943).

Antes da reforma trabalhista, já se entendia que a mudança de trabalho presencial para o teletrabalho, além de depender de acordo entre as partes, não poderia acarretar prejuízo para o trabalhador, em virtude dos ditames do art. 468 da CLT⁴ (Barros, 2016, p. 217), o qual estabelece a manutenção da condição mais benéfica nas alterações de contratos individuais de trabalho.

Conforme acima exposto, atualmente o § 1º do art. 75-C da CLT exige apenas acordo mútuo e o respectivo registro para o estabelecimento da modalidade de teletrabalho. Contudo, a supracitada norma do art. 468 da CLT continua a valer, enquanto cláusula geral sobre alteração do contrato de trabalho, impedindo, portanto que a adoção do teletrabalho seja prejudicial ao empregado (Fincato, 2019, p. 66-67).

De forma distinta à regulação da reforma trabalhista brasileira, no direito português a opção pelo teletrabalho é tratada, em algumas hipóteses, como um direito do trabalhador. Diante disso, Lopes e Santos (2020, p. 248-249), com fundamento na abertura da CLT para o direito comparado (conforme art. 8º) e na função social da empresa, defendem, ainda que como medida excepcional, a possibilidade de alteração unilateral, para o regime de teletrabalho, pelo empregado que se encontre em situações análogas às versadas no direito laboral lusitano, visando a garantir-lhe a dignidade.

4 Assim dispõe o *caput* do art. 468 da CLT (Brasil, 1943): “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

No que se refere à alteração da modalidade de teletrabalho para o regime presencial, Melo (2017) entende que a previsão inserida pela reforma trabalhista, que dispensa o mútuo consentimento, também viola o princípio da inalterabilidade contratual lesiva (art. 468 da CLT). Desse modo, também defende que, através de aplicação do direito comparado, seria indispensável a anuência do empregado, bem como a concessão de prazo de 15 dias para retorno às atividades presenciais, em consonância com norma laboral portuguesa.

Por sua vez, não obstante reconheçam o princípio da inalterabilidade lesiva ao empregado, Cavalcante e Jorge Neto (2019, p. 121-122) não entendem haver irregularidade em tese no art. 75-C, § 2º, da CLT, uma vez que afirmam tratar-se de hipótese de *jus variandi*, ou seja, de autorização legal para modificação unilateral do contrato pelo empregador.

De acordo com o que foi exposto no início deste artigo, a pandemia de Covid-19 acarretou um movimento inesperado e imediato de transição de boa parte dos empregados para o trabalho a distância, incluindo o teletrabalho, o que gerou a necessidade rápida de adaptação de um grande contingente de trabalhadores a esse novo regime (Nascimento; Creado, 2020, p. 142).

Poucos dias após a declaração de pandemia da Covid-19 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, reconhecendo, com base na Lei de Responsabilidade Fiscal, a ocorrência de estado de calamidade pública. Em seguida, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, dispondo sobre medidas trabalhistas voltadas ao enfrentamento da situação de emergência sanitária, incluindo um capítulo específico para o teletrabalho.

Importante salientar, de antemão, que referido ato normativo não foi votado a tempo pelo Senado Federal, tendo sua vigência encerrada em 19 de julho de 2020, após prorrogação do prazo constitucional⁵. A despeito de a MP 927/2020 não ter sido convertida em lei, seus dispositivos relativos ao teletrabalho – que alteraram parcial e temporariamente a regulamentação celetista da temática – serão abordados neste e nos próximos tópicos do corrente artigo, motivo pelo qual desde já se faz esta pequena apresentação.

Especificamente no que tange ao contrato de teletrabalho, referida medida provisória, em seu art. 4º, *caput*, transferia ao empregador a possibilidade de alterar unilateralmente o regime dos contratos empregatícios, seja para instituir o trabalho a distância ou efetuar a sua reversão, dispensando a prévia anotação na CTPS. Para tanto, também estabelecia prazo exíguo de quarenta e oito horas para a efetivação da mudança de modalidade, conforme art. 4º, § 2º, da MP 927/2020. (Brasil, 2020).

Apesar das limitações que o direito trabalhista impõe a alterações contratuais unilaterais, conforme já exposto, as transitórias restrições promovidas – quanto à dispensa de acordo e de registro prévio para a adoção do teletrabalho, bem como quanto à diminuição do prazo de transição – poderiam ser consideradas razoáveis, em razão do momento de excepcionalidade, marcado pela urgência na adoção de medidas de distanciamento social (Souza Júnior *et al.*, 2020, p. 62).

5 Conforme se verifica em notícia publicada na página do Senado Federal, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/15/senado-deixa-caducar-mp-que-altera-regras-trabalhistas>.

5. RESPONSABILIDADE PELO CUSTEIO DE EQUIPAMENTOS E ESTRUTURA NECESSÁRIOS AO TELETRABALHO

Considerando o elemento tecnológico inerente ao teletrabalho, conforme explicitado anteriormente, pode-se inferir que a adoção dessa modalidade laboral envolve complexidades não necessariamente presentes na realização de outras espécies de trabalho a distância, exigindo por vezes adaptações que demandam aumento de custos, ao menos inicialmente.

Quando a prestação de serviços se consuma em telecentros ou em centros satélites, parece não haver dúvida de que todo o ônus decorrente da escolha do regime recai sobre o empregador. A incerteza emerge da adesão ao teletrabalho em domicílio, ou seja, ao chamado *home office*, uma vez que, além de este promover um incremento às despesas domésticas, nem sempre o trabalhador possui em sua residência a estrutura necessária à realização de seu labor.

Destarte, acerca da responsabilidade pelos encargos derivados do teletrabalho, o art. 75-D da CLT assim dispõe:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Brasil, 1943)

A simples leitura do dispositivo parece abrir margem à possibilidade de que o custeio de equipamentos e infraestrutura possa ser tratado como incumbência do teletrabalhador, caso assim seja definido no contrato. Cassar e Borges (2017, p. 36) aduzem que, “com isso, poderá ser repassado [sic] ao empregado os riscos com sua saúde e com o material do trabalho”.

Sem embargo, o art. 2º, *caput*, da CLT, ao estatuir a definição de empregador, dispõe caber a este a assunção dos riscos da atividade, atributo também conhecido como alteridade (Delgado, 2019, p. 496). Assim, mediante uma interpretação sistemática do art. 75-D da CLT, não há como concluir pela possibilidade de que os custos resultantes do teletrabalho recaiam sobre o empregado, mas, ao revés, que se trata de encargo da empresa (Delgado; Delgado, 2017, p. 139), o que se configura também na hipótese de silêncio do contrato (Fincato, 2019, p. 68).

No mesmo sentido, Miziara (2018, p. 1010-1011) entende que, a despeito da redação confusa e pouco assertiva do art. 75-D da CLT, o reembolso das despesas arcadas pelo teletrabalhador não se traduz em uma faculdade do empregador, mas em uma obrigação, por respeito ao princípio da alteridade. Como reforço argumentativo, cita o Enunciado nº 70 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Em virtude de sua clareza, reproduz-se abaixo a proposição interpretativa resultante do evento promovido pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)⁶:

6 Enunciado 70 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf.

TELETRABALHO: CUSTEIO DE EQUIPAMENTOS. O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT.

Nessa toada, o contrato de teletrabalho pode de fato estabelecer que compete ao empregado, por exemplo, adquirir equipamentos ou contratar o fornecimento de serviços necessários à execução de suas tarefas, desde que contenha previsão do devido reembolso do montante despendido pelo trabalhador.

A única possibilidade de não haver a restituição seria a inexistência de acréscimo nas despesas habituais do empregado, uma vez que este somente não deve arcar com gastos extraordinários (Miziara, 2018, p. 1011-1012). Pode-se vislumbrar a hipótese de o teletrabalhador já possuir equipamentos e infraestrutura adequados, porém afigura-se pouco crível um caso em que o teletrabalho não lhe imponha nenhum custo adicional, dado ser inevitável, no mínimo, a elevação no consumo doméstico de energia elétrica.

A falta de assertividade do *caput* do art. 75-D da CLT, que abre margem à insegurança jurídica, contrasta com a legislação estrangeira. O direito do trabalho português, por exemplo, estabelece que caso o contrato silencie, presume-se que tais encargos competem ao empregador (Lopes; Santos, 2020, p. 249).

Já a lei argentina não deixa dúvidas ao dispor que os equipamentos de trabalho e todo o suporte necessário ao desempenho das atividades laborais devem ser fornecidos pelo empregador, o qual também deve compensar os gastos decorrentes do teletrabalho, seja pelo aumento da conectividade ou do consumo de serviços (Krost, 2020).

De todo modo, não há dúvidas de que, consoante o parágrafo único do art. 75-D da CLT, o custeio, quando realizado a título de reembolso, não se incorpora à remuneração do teletrabalhador, porquanto destina-se a viabilizar o trabalho, não sendo fruto deste (Miziara, 2018, p. 1014).

A MP 927/2020 seguia a lógica da previsão celetista, mas trazia expressa permissão para que o necessário registro no contrato fosse realizado em até trinta dias após a alteração do regime, conforme art. 4º, § 3º. Ademais, em razão da premência da mudança para o teletrabalho, o § 4º do art. 4º dispunha que, no caso de o empregado não possuir equipamentos e infraestrutura indispensáveis à execução remota do trabalho, estes poderiam ser fornecidos por comodato ou pagos pela empresa. Se impossível, a jornada seria computada como tempo de trabalho à disposição, ou seja, o trabalhador receberia integralmente o salário, mesmo sem a prestação do serviço (Nascimento; Creado, 2020, p. 144).

Pelo que já foi exposto acerca do custeio, as previsões do art. 4º, § 4º, da MP 927/2020 já eram implicitamente acolhidas pela regulamentação celetista do teletrabalho, em razão do princípio da alteridade. Todavia, pode-se afirmar que a citada disposição da medida provisória, possuía redação mais clara e objetiva que a previsão da CLT, o que privilegiaria a segurança jurídica nas relações trabalhistas.

6. SEGURANÇA E SAÚDE NO MEIO AMBIENTE DE TELETRABALHO E DIREITO À DESCONEXÃO

O conceito de meio ambiente não se restringe aos elementos naturais, tendo como um dos seus aspectos, tutelado em âmbito constitucional, o meio ambiente do trabalho (conforme arts. 200, VIII, e 225 da CRFB/88). Este, por sua parte, compreende mais que o mero local onde as atividades laborais são realizadas, abrangendo todas as condições, inclusive imateriais, que, compondo o contexto do trabalho, são passíveis de infligir prejuízos à saúde, física ou psíquica, do trabalhador (Lima; Melo, 2020, p. 7-8). Mais que isso, a Constituição da República estabelece, em seu art. 7º, XXII, o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável e seguro (Brasil, 1988).

No que diz respeito à higidez e segurança no meio ambiente laboral do teletrabalhador, a regulação celetista trata apenas do dever de o empregador instruir preventivamente o empregado, o qual, por meio de subscrição em termo de responsabilidade, obriga-se a observar as orientações que lhe foram transmitidas. Nesse sentido, estipula o art. 75-E da CLT, último dispositivo do capítulo relativo ao teletrabalho, que:

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Brasil, 1943)

Faz-se premente apontar que, consoante dispõe o art. 154 da CLT, as normas gerais sobre saúde e segurança laborais devem ser observadas em todos os locais de trabalho, bem como que o empregador possui obrigações outras além de meramente instruir seus empregados quanto a prevenção a acidentes ou doenças ocupacionais (dever instituído pelo art. 157, II, da CLT). Em vista disso, o empregador, a título de exemplo, também é responsável por cumprir e fazer cumprir a legislação pertinente a essa matéria, conforme art. 157, I, da CLT (Brasil, 1943).

Ante essa discrepância entre as normas gerais e específicas do teletrabalho, certos autores (Lopes; Santos, 2020, p. 250; Cassar; Borges, 2017, p. 36; Basso; Barreto Junior, 2018, p. 66), ao discorrerem acerca do art. 75-E da CLT, sustentam tratar-se de regra que reflete evidente intuito legislativo de precarizar a relação teletrabalhista, por pretender desonerar o empregador da responsabilidade sobre acidentes laborais, permitindo a transmissão da culpa para o empregado.

Por outro lado, Miziara (2018, p. 1024-1025) e Cavalcante e Jorge Neto (2019, p. 123) entendem que o mero atendimento aos ditames do art. 75-E da CLT não desonera o empregador das responsabilidades relativas à salvaguarda da integridade física e psíquica do teletrabalhador, em especial quanto ao dever de fazer cumprir as normas de segurança e saúde laboral e de fiscalizar o meio ambiente de trabalho, posição abonada pelos Enunciados nº 72 e nº 83 da supracitada 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Nessa toada, compreende-se que:

A interpretação literal do art. 75-E, CLT, pode levar à afirmação de que o empregador deixou de ter a responsabilidade, quanto ao meio-ambiente do trabalho e à observância das normas de medicina e segurança do trabalho, quando as atividades são realizadas à distância, no formato do teletrabalho, contudo, o referido dispositivo legal há de ser interpretado em sistemática com o art. 157, I e II, CLT. (Cavalcante; Jorge Neto, 2019, p. 123)

Mesmo no que se refere ao dever de instrução sobre os riscos do trabalho, expressamente previsto no art. 75-E da CLT, as orientações devem ser frequentes e não limitadas “[...] à elaboração e entrega ao empregado de um manual de boas práticas, genéricas e estáticas” (Fincato, 2019, p. 69).

Um aspecto intrinsecamente relacionado à higidez laboral no teletrabalho é o chamado direito à desconexão, que representa uma intersecção entre as temáticas deste tópico e do subsequente, referente à jornada de trabalho.

A conexão contínua que por vezes caracteriza o vínculo de teletrabalho pode acabar submetendo o trabalhador a jornadas exaustivas, em razão da indistinção entre o horário de atuação profissional e os momentos dedicados às demandas da vida pessoal e social, o que tende a resultar em prejuízo à saúde laboral. Diante disso, impõe-se a defesa do direito à desconexão, através, principalmente, da limitação da carga horária de trabalho (Macedo; Xerez, 2016, p. 87-88).

O direito à desconexão consiste no direito ao não trabalho, ou seja, à possibilidade de o trabalhador não estar sob o jugo excessivo do empregador, podendo gozar do seu tempo livre para descansar e fazer o que lhe aprouver, sem estar à disposição ou de sobreaviso (Lima; Melo, 2018, p. 11). Trata-se de consectário dos direitos fundamentais ao lazer, à delimitação da duração do trabalho, ao repouso semanal remunerado, ao gozo de férias anuais remuneradas e ao meio ambiente laboral saudável e seguro, declarados, respectivamente, nos arts. 6º e 7º, XIII, XV, XVII e XXII, da Constituição da República (Maffra, 2015, p. 507).

A regulamentação do teletrabalho na CLT, além dos aspectos controversos já apontados, também não se dedicou a versar a respeito do excesso de conectividade e de disponibilidade do teletrabalhador, tampouco se prestou a impor limites expressos à realização de jornadas remotas extenuantes. Do contrário, estabeleceu presunção legal de que referido regime laboral encontra-se fora do âmbito das garantias relativas à jornada de trabalho, o que será matéria do próximo tópico.

Em contraste à normativa celetista, o direito trabalhista português, ao disciplinar sobre o teletrabalho, estabelece a necessidade de respeito à privacidade do trabalhador e aos seus períodos de descanso, bem como de que lhe sejam proporcionadas boas condições de trabalho, no aspecto físico e psíquico (Cavalcante; Jorge Neto, 2019, p. 123). Já na França, a legislação reconhece expressamente o direito à desconexão, intrinsecamente ligado à garantia de qualidade de vida no trabalho (Lopes; Santos, 2020, p. 261), enquanto a recente regulamentação do teletrabalho na Argentina, por meio da Lei nº 27.555/2020, assegura o direito à desconexão digital, dispondo que o teletrabalhador tem o direito de não ser contactado fora do período de sua jornada de trabalho (Krost, 2020).

Em suma, no tocante à saúde e segurança do teletrabalhador, o legislador reformista trouxe apenas previsão atenuada dos deveres dos empregadores, previsto no art. 157 da CLT, parecendo exigir apenas o cumprimento do inciso II, relativo às instruções sobre os riscos e precauções. A despeito dessa falha na regulação pátria do teletrabalho, a doutrina trabalhista entende que, em virtude dos ditames do art. 154 da CLT, os demais deveres das empresas também devem ser cumpridos.

7. O ART. 62 DA CLT E A EXCLUSÃO DOS TELETRABALHADORES DA PROTEÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Além de dedicar um capítulo específico ao teletrabalho – ainda que demasiado sintético e por vezes inadequado, como visto –, a Lei nº 13.467/2017 inseriu na CLT outros dois dispositivos com menção expressa a essa modalidade laboral, quais sejam os arts. 62, III, e 611-A, VIII.

Este último dispositivo legal enseja uma discussão à parte (que não será abordada neste artigo), em razão do seu potencial danoso às condições de trabalho. Isso porque estabelece a prevalência da negociação coletiva sobre a legislação no que concerne a um rol extenso e desproporcional de direitos, incluindo o teletrabalho (Delgado; Delgado, 2017, p. 254).

Por seu turno, o art. 62, III, da CLT, conteúdo deste tópico, estabeleceu uma terceira espécie de empregados excluídos das normas relativas à jornada de trabalho: o teletrabalhador. Assim, dispõe que os que labutam na modalidade de teletrabalho não são abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II, do Título II, da Consolidação, que versa sobre a duração do trabalho e estabelece garantias sobre limitação de jornada, pagamento por horas extraordinárias, períodos de descanso e trabalho noturno (Brasil, 1943). Não obstante, o descanso semanal remunerado e a folga em feriados ainda assim são assegurados, dado que regulados por lei específica (Lei nº 605/1949), sendo o primeiro também um direito constitucional, conforme art. 7º, XV, da CRFB/88 (Delgado; Delgado, 2017, p. 133).

Antes de apresentar considerações mais específicas sobre essa questão, faz-se necessário discorrer sinteticamente a respeito de todo o art. 62 da CLT, em especial sobre como o teletrabalho era encarado antes da inclusão do inciso III a esse dispositivo legal.

Até a entrada em vigor das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista em 2017, o art. 62 da CLT (com redação dada em 1994) previa apenas duas hipóteses de exclusão da proteção celetista da jornada laboral: o exercício de atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (inciso I) e os cargos de gestão, direção e chefia (inciso II). No primeiro caso, o fundamento seria a impossibilidade de controle da jornada, ao passo que a razão para a segunda situação residiria no fato de os empregados que exercem funções gerenciais serem investidos de “parcela significativa do próprio poder empregatício” (Delgado, 2019, p. 1066, 1070).

Diante desse cenário normativo, a doutrina majoritária entendia que o teletrabalho estava abarcado pelo art. 62, I, da CLT, sendo uma atividade externa inconciliável com o controle de horários, não estando o teletrabalhador submetido às normas relativas à jornada de trabalho (Maffra, 2015, p. 513). Destarte, além do trabalhador externo propriamente dito, a norma

citada acolhia três outras possibilidades: o tradicional trabalho em domicílio; o *home office*, baseado na tecnologia da informação; e o teletrabalho, também amparado pela informática, mas podendo ser exercido em local diverso da residência do empregado, conforme já esclarecido em tópico anterior (Delgado, 2019, p. 1068).

Com a reforma e a conseqüente adição do inciso III ao art. 62 da Consolidação, o teletrabalho ganhou menção expressa no que se refere à exclusão pretendida pelo preceito legal, mesmo que a rigor a modalidade também possa se enquadrar na hipótese do art. 62, I, da CLT, por configurar-se genericamente como atividade exercida fora do estabelecimento do empregador (Cassar; Borges, 2017, p. 35).

A justificativa para a exceção imposta pelo art. 62, III, da CLT seria a flexibilidade do teletrabalho e a dificuldade no controle da jornada, o que se traduziria na impossibilidade, em regra, de os teletrabalhadores gozarem dos mesmos direitos de que são titulares os trabalhadores presenciais (Delgado; Delgado, 2017, p. 138).

Segundo Delgado (2019, p. 1067), referido dispositivo consiste em uma presunção jurídica relativa, a qual pode ser suplantada pela demonstração da existência de mecanismos aptos a controlar a jornada de trabalho referente à fiscalização e controle de jornada. Em outros termos, o fato de o trabalho ser executado fora das dependências físicas da empresa contratante não implica na inviabilidade de que a sua duração seja coordenada e monitorada, casos que, se provados, acarretam a quebra da suposição normativa estabelecida pela norma celetista.

Embora existam autores que questionem a constitucionalidade do art. 62 da CLT, apontando sua incompatibilidade com o art. 7º, IX, XIII e XVI, da CRFB/88⁷, – dispositivos constitucionais que garantem aos trabalhadores, respectivamente, remuneração maior para o trabalho noturno, limitação da jornada e pagamento de horas extras em valor superior à hora ordinária –, a doutrina majoritária entende ter sido recepcionado o citado dispositivo pela Constituição da República, no que é seguida pela jurisprudência dos tribunais pátrios (Prata; Pragmácio Filho, 2020, p. 327).

A conformação ao texto constitucional decorreria, assim, de o citado dispositivo configurar mera presunção jurídica, não uma discriminação legal (Delgado, 2019, p. 1071). Ademais, mencionada presunção não seria desarrazoada, sob o pretexto de o empregado gozar de grande liberdade para definir seus horários, o que implicaria em um óbice ao controle do tempo laborado (Delgado; Delgado, 2017, p. 138).

Nessa toada, Melo (2017) defende que o art. 62, III, da CLT deve ser interpretado conforme a Constituição, de sorte que sejam excluídos da tutela referida apenas os teletrabalhadores que gozem de total liberdade quanto ao horário de trabalho, ou seja, que não se submetam a qualquer controle de jornada, mas são cobrados, por exemplo, por produtividade ou desempenho. Todavia, mesmo nesses casos, é possível avistar a quebra da presunção normativa quando verificada uma “exorbitante atribuição de atividades”, especialmente se atrelada a prazo preestabelecido, que inevitavelmente demande um excesso de horas laboradas para a sua conclusão (Souza Júnior et al., 2020, p. 67).

Mesmo sem adentrar na discussão acerca da constitucionalidade, pode-se afirmar que a presunção criada pelo art. 62, III, da CLT é demasiado questionável, em razão de pressupor a

7 Outros fundamentos apontados na defesa da não recepção do art. 62 da CLT são o direito ao não-trabalho, como indica Souto Maior (2003, p. 303-304), e a violação ao princípio da proibição do retrocesso social, como defende Krost (2020).

inexistência de controle no teletrabalho, sobretudo hodiernamente. Isso porque o estágio atual de avanço tecnológico implica em uma maior conectividade do empregado com o empregador, de modo que fica difícil conceber um cenário em que não seja viável o controle de horário do teletrabalhador (Lima; Melo, 2018, p. 11).

Esse entendimento é sintetizado nas palavras de Rocha e Muniz (2013, p. 112):

Por conseguinte, em que pese a evolução tecnológica tenha permitido que o contato entre empregado e empregador ocorresse a distância, não impossibilitou que o labor viesse a ser supervisionado, pelo contrário, os novos meios de comunicação permitem que a fiscalização seja realizada, inclusive de forma mais precisa e eficaz (e às vezes disfarçadas a olhos nus), o que não pode ser desprezado pelos operadores do Direito do Trabalho.

Portanto, a presunção legal em relação ao teletrabalho não se justifica, uma vez que os mesmos meios telemáticos que propiciam o exercício indireto do poder diretivo possibilitam o controle (com maior eficiência, inclusive) da duração do tempo trabalhado, ensejando também o pagamento de horas extras aos teletrabalhadores (Almeida; Colnago, 2016, p. 118).

Como consectário do poder diretivo do empregador, entende-se que no direito brasileiro as jornadas controladas constituem a regra geral, sendo a ausência de controle uma exceção (Delgado, 2019, p. 1063-1064). Logo, o tratamento legislativo dado ao teletrabalho implica em uma inversão inadequada da presunção ordinária da CLT, por destoar da realidade contemporânea, marcada pela existência de inúmeros meios de controle da jornada do teletrabalhador.

De modo diverso ao que prevê o direito laboral pátrio, em Portugal não vigora a presunção de que o teletrabalhador seja isento de horário de trabalho, devendo haver, para tanto, acordo escrito (Lopes; Santos, 2020, p. 256).

Além de injustificável, pode-se afirmar que a inserção do inciso III ao art. 62 da CLT era desnecessária, mesmo para os casos de teletrabalho efetivamente não controlados, para os quais a previsão do art. 62, I, da CLT, seria suficiente, como visto acima. Em verdade, a situação anterior à regulamentação era até mais benéfica ao teletrabalhador, dado que o inciso I prevê a obrigatoriedade de registro expresso, na CTPS, da condição de incompatibilidade de fixação de horário, enquanto o inciso III impõe a presunção sem qualquer ressalva.

Veja-se, nesse sentido, que, a despeito da inclusão do inciso III ao art. 62 da CLT, que abrange apenas o teletrabalho, as demais espécies de trabalho à distância, como o simples trabalho em domicílio (descaracterizado de meios telemáticos), gozariam de maior proteção da CLT por estarem abrangidos pelo inciso I, ao mesmo tempo em que logicamente a possibilidade de controle desses regimes é consideravelmente menor.

Por fim, a MP 927/2020 trazia dispositivo que estabelecia não configurarem sobreaviso, tempo à disposição ou regime de prontidão o uso de aplicativos de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado, salvo se previsto em acordo individual ou coletivo (art. 4º, § 5º). Em tese, referida regra somente poderia ser aplicada no caso concreto em que não houvesse controle e fiscalização pelo empregador. Em sendo assim, tratava-se de disposição sem utilidade, dado que a exclusão imposta pelo art. 62, III, da CLT já impossibilitava o pagamento dos citados períodos remunerados (Souza Júnior *et al.*, 2020, p. 67).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O impacto do progresso tecnológico sobre as relações laborais oportunizou a aparição do teletrabalho, modalidade especial de trabalho a distância que vem sendo adotado com mais intensidade nos últimos anos, culminando com a adesão forçada em virtude da pandemia da Covid-19. Em vista disso, o presente artigo propôs-se a discorrer acerca da sua regulamentação atual no direito brasileiro, levando em consideração tratar-se de regime laborativo cujo reconhecimento jurídico precede as alterações promovidas na CLT pela Reforma Trabalhista de 2017.

Marcado não apenas por ser um labor não presencial, mas, essencialmente, pelo uso de tecnologias de informação e comunicação, o teletrabalho passou a ter uma definição legal, destacando esse aspecto singular e facilitando a sua distinção em relação a outras espécies de trabalho assemelhadas. Contudo, a regulamentação específica da modalidade trouxe modificações legislativas confusas, insuficientes ou que pouco contribuíram para assegurar direitos aos teletrabalhadores, em especial quando comparadas com os textos normativos de outros países.

Enquanto os dispositivos relacionados ao custeio da adoção do teletrabalho perderam a oportunidade de explicitar a responsabilidade do empregador, entendimento que já vigorava, por força do princípio da alteridade, o tratamento legislativo em matéria de saúde e segurança do teletrabalhador sequer afirma os mesmos cuidados estabelecidos pela CLT para os demais empregados. Ademais, também não aborda questões inerentes à modalidade, como a hiperconectividade e o direito à desconexão.

Ainda assim, o ponto mais controverso reside no art. 62, III, da CLT, ao estipular que o teletrabalho se presume não controlado, afastando-o então das garantias celetistas relativas à jornada de trabalho e impondo ao empregado o ônus de comprovar a existência de controle e fiscalização pelo empregador.

Não obstante, diante do mencionado contexto tecnológico contemporâneo – que tende a se intensificar nos próximos anos (com o aumento da conectividade proporcionada pelo 5G) –, marcado por inúmeras possibilidades e meios diversos de se efetuar o monitoramento das horas laboradas pelo teletrabalhador, o mais adequado seria que ao teletrabalho fosse atribuída a presunção de ser uma jornada controlada, como é a regra no direito trabalhista brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, ano 42, v. 169, p. 113-126, maio/jun. 2016. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2016_almeida_daniela_teletrabalho_direito.pdf. Acesso em: 16 mar. 2021.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BASSO, Danielle de Mello; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. O teletrabalho e a supressão de seus direitos na reforma trabalhista. **Rev. do Dir. do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 59-76, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/4301/pdf>. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º 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: 3 mar. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A tecnológica, o teletrabalho e a reforma trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 112-124, fev. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/152291>. Acesso em: 8 mar. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/152290>. Acesso em: 14 mar. 2021.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

KROST, Oscar. **Teletrabalho na Argentina e no Brasil**: tão perto, mas tão longe. 2020. Disponível em: <https://amatra12.org.br/teletrabalho-na-argentina-e-no-brasil-tao-perto-mas-tao-longe/>. Acesso em: 25 mar. 2021.

LIMA, Fabíola Bessa Salmito; MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, meio ambiente do trabalho, redes sociais e os reflexos na saúde mental do trabalhador. **Revista Nova Hileia**, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 1-22, mar. 2020. Disponível em: <http://periodicos.uea.edu.br/index.php/novahileia/article/view/1698>. Acesso em: 16 mar. 2021.

LOPES, Adriano Marcos Soriano; SANTOS, Solainy Beltrão dos. O teletrabalho e a limitação da exploração do trabalho sem fim: a utilização das legislações portuguesa e francesa para colmatar as lacunas normativas e ontológicas da CLT. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, v. 2, n. 3, p. 243-266, out. 2020. Disponível em: <https://rejrtr4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/61>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MACEDO, Priscilla Maria Santana; XEREZ, Rafael Marcílio. A sociedade da informação e o teletrabalho: considerações sobre a jornada extraordinária de trabalho. **Rev. do Dir. do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 77-92, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/529>. Acesso em: 25 mar. 2021.

MACHADO, Costa (org.); ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). **CLT interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 8. ed. Barueri, SP: Manole, 2017.

MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (org.). **Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: FUMARC, 2015. v. 2. p. 505-520. Disponível em: <https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/13311>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MELO, Geraldo Magela. O teletrabalho na CLT pós-reforma trabalhista. In: MELO, Raimundo Simão; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: LTr, 2017, p. 404.

MELO, Geraldo Magela. **O teletrabalho na nova CLT**. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em: 25 mar. 2021.

MIZIARA, Raphael. A reforma sem acabamento: incompletude e insuficiência da normatização do teletrabalho no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 4, n. 6, p. 1007-1030, 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_1007_1030.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; CREADO, Raíssa Stegemann Rocha. O direito à desconexão no período de home office: análise dos impactos da quarentena pelo Covid-19 na saúde do trabalhador. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 6, n. 1, p. 131-149, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/10040#:~:text=Para%20tanto%2C%20a%20pesquisa%20tra%C3%A7a,quando%20negligenciado%20o%20direito%20%C3%A0>. Acesso em: 16 mar. 2021.

PRATA, Marcelo Rodrigues; PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. Incidência do art. 62 da CLT em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (org.). **O direito do trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 325-339.

REIS, Suzéte da Silva. Da insegurança jurídica à precarização das relações de emprego: os impactos da reforma trabalhista. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 55-73, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/4156/0>. Acesso em: 20 mar. 2021.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**, Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 101-115, jan./dez. 2013. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27195/claudio_jannotti_rocha_e_mirella_karen_carvalho_bifano_muniz.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 mar. 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/108056>. Acesso em: 8 mar. 2021.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de *et al.* **Medida Provisória 927/2020**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/10056-medida-provisoria-927-comentada.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 24/01/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/05/2021
- Avaliação 1: 23/08/2021
- Avaliação 2: 11/11/2021
- Decisão editorial preliminar: 08/05/2022
- Retorno rodada de correções: 10/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 06/11/2022

Equipe editorial envolvida

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

POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19: O ISOLAMENTO SOCIAL E AS CONSEQUÊNCIAS PARA PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO

EDUCATIONAL PUBLIC POLICIES IN TIMES OF THE COVID-19 PANDEMIC: SOCIAL ISOLATION AND CONSEQUENCES TO EDUCATION PROFESSIONALS

THALITA HAGE¹
VINICIUS GOMES CASALINO²

RESUMO

Em tempos de pandemia, a educação e a prática educativa, assim como diversas áreas, foram muito prejudicadas. Por isso, o presente artigo busca analisar as consequências do isolamento social para profissionais da educação e seus porquês, trazendo ao debate sobre o direito à educação a realidade dos docentes durante a pandemia de Covid-19. Estudou-se também como a pandemia afetou professoras e professores, no âmbito profissional e pessoal, ressaltando a importância do vínculo criado na sala de aula e pensando nas condições de trabalho destes profissionais. Pelo método hipotético-dedutivo, formulou-se a hipótese de que as políticas públicas educacionais adotadas não asseguraram os direitos à educação e ao trabalho decente de maneira plena. As conclusões apontam no sentido da necessária criação e implementação de políticas públicas eficazes para a correção e redução das consequências negativas apresentadas.

Palavras-chave: educação; isolamento social; políticas públicas educacionais.

ABSTRACT

In times of a pandemic, education and educational practice, as well as several areas, were greatly damaged. Therefore, this article seeks to analyze the consequences of social isolation for education professionals and their whys, bringing to the debate on the right to education the reality of teachers during the Covid-19 pandemic. It

- 1 Aluna bolsista CNPq do Programa de Iniciação Científica da PUC Campinas. Monitora da disciplina de Direitos Humanos. Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/6590766042830462>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0317-3719>.
- 2 Professor titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Camp). Orientador de mestrado, está vinculado à linha de pesquisa Direitos Humanos e Políticas Públicas do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social. É Pós-Doutor pelo Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP) e pelo Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Doutor e Mestre pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco-USP). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/5422274869244155>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0003-3315>.

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

HAGE, Thalita; CASALINO, Vinicius Gomes. Políticas públicas educacionais em tempos de pandemia de COVID-19: o isolamento social e as consequências para profissionais da educação. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 248-263, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9251>.

was also studied how the pandemic affected female and male teachers, in the professional and personal scope, emphasizing the importance of the bond created in the classroom and thinking about the working conditions of these professionals. Through the hypothetical-deductive method, the hypothesis was formulated that the public educational policies adopted did not fully ensure the rights to education and decent work. The conclusions points towards the need of creation and implementation of effective public policies to correct and reduce the negative consequences presented.

Keywords: education; social isolation; educational public policies.

“A educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa”
(FREIRE, Paulo, p. 97, 1967).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como início um trecho de “Educação como prática da liberdade”, de Paulo Freire, pois propõe um debate, ao mesmo tempo, científico e afetuoso sobre a educação durante a pandemia de Covid-19.

O problema a ser debatido diz respeito a quais foram (e são) as consequências do isolamento social para profissionais da educação, e como as políticas públicas influenciam nesse contexto. Assim, traz ao debate sobre o direito à educação a realidade dos docentes durante este período, pensando nas políticas públicas educacionais como formas viáveis de correção e redução das consequências negativas decorrentes da violenta necessidade de adaptação frente à nova realidade apresentada, e buscando (re)pensar a educação durante e depois da Covid-19, trazendo perspectivas, apesar das incertezas.

Além disso, é possível pensar a importância das professoras e professores para a efetivação do direito fundamental à educação de todas e todos, evidenciando a necessidade do auxílio, da mediação humana (Feuerstein; Feuerstein; Falik, 2014) dos docentes em sala de aula, da necessidade deste espaço como ambiente propício e seguro para a criação desse vínculo e a construção da relação aluno(a)-professor(a) que garante a efetivação dos direitos. Mas, para que essa relação seja construída, é fundamental que se estabeleça um ambiente seguro e saudável, no qual se realizará um trabalho decente.

Assim, devido às diversas dores e incertezas geradas, a pesquisa fez-se necessária. Como diz Rubem Alves, “ostra feliz não faz pérola” (Alves, 2021, p. 11), e sabendo que “são os que sofrem que produzem a beleza, para parar de sofrer” (Alves, 2021, p. 12), busca-se, com este trabalho, contribuir, em parte, com o debate ao analisar as consequências, os porquês e as possíveis perspectivas. A pesquisa se justifica também em razão da necessidade da valorização da vivência e do trabalho de professoras e professores, principalmente durante o incerto contexto pandêmico, quando foi (e é) ainda mais negligenciado.

Em relação ao método, o trabalho foi edificado no método hipotético-dedutivo, segundo o modelo desenvolvido por Karl Popper, que se realiza em três fases: partindo de premissas e deduções, a primeira trata da identificação do problema de pesquisa (quais as consequências do isolamento social aos profissionais de educação); seguida da elaboração da hipótese-tentativa (as políticas públicas educacionais adotadas durante a pandemia de Covid-19 não assegu-

raram os direito à educação e ao trabalho decente de maneira plena, sendo necessária a criação e implementação de políticas públicas eficazes para a correção e redução das consequências negativas apresentadas às professoras e professores); e, por fim, chega-se à eliminação de erros para a comprovação (ou não) da hipótese levantada (Popper, 1972).

Para execução foi adotada a seguinte metodologia de procedimento. Como pesquisa preliminar (Siqueira, 2021, p. 147), a revisão básica da literatura, a fim de conhecer o estado da arte: foram realizadas leituras e análises sistemáticas das referências selecionadas para a construção do debate sobre os conceitos de políticas públicas e direitos fundamentais, além de trabalho decente e subjetividade neoliberal.

Além disso, um dos passos fundamentais do procedimento foi a análise de pesquisas empíricas que tratam das condições dos profissionais da educação durante a pandemia, expõem suas angústias, sentimentos e inseguranças em relação à nova realidade da educação e do trabalho docente. Com a coleta destes, foi criada uma base de dados, posteriormente sistematizada, pela qual buscou-se semelhanças e relações entre as pesquisas estudadas.

Para isso, o presente artigo foi estruturado da seguinte maneira.

Em um primeiro momento, apresentou-se o contexto no qual o recorte temático está inserido, os tempos de Covid-19, a fim de trazer conceituações essenciais ao debate, como, além de pandemia, o isolamento social. Nesse sentido, também se realizou um compilado de comentários acerca das disparidades entre o ensino público e privado apresentadas durante todo o presente trabalho, a fim de evidenciar a problemática da desigualdade social brasileira.

Assim, prezou-se pela análise interseccional, ou seja, ressaltando a intensificação das vulnerabilidades e desigualdades quando se faz o recorte de gênero, raça ou classe social.

Depois, abordou-se o tema central do trabalho, as consequências desse isolamento social aos profissionais da educação, às professoras e professores. Essa etapa foi composta pela análise dos dados de pesquisas empíricas de grande relevância já citadas, que trouxeram tal questão ao debate acadêmico.

Com isso, este artigo voltou o olhar aos porquês destas consequências, discutindo o problema da subjetividade neoliberal e trabalho decente. Posteriormente, a discussão sobre quais são as perspectivas da nova educação pós-pandemia de Covid-19, pensando sobre possíveis soluções às problemáticas apresentadas.

Com essa análise feita, chegou-se ao estudo das políticas públicas, trazendo ao debate a questão da existência ou não de políticas educacionais que visassem o auxílio aos docentes durante o período pandêmico. Foi levantada a hipótese de que a criação, e implementação, de políticas públicas educacionais eficazes são formas viáveis de corrigir e reduzir as consequências negativas que o isolamento social trouxe aos profissionais da educação.

Portanto, é perceptível que a pesquisa busca realizar um diálogo interdisciplinar (ou até transdisciplinar) entre o direito e as demais ciências humanas, como a educação, a ciência política e a psicologia, evidenciando a da necessidade da transdisciplinaridade dentro da ciência jurídica para que tais temas sejam abordados corretamente.

2. O ISOLAMENTO SOCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

Sabe-se que no início da pandemia foi proposta, como medida de combate, o isolamento social, e isso forçou a paralisação de diversas áreas da sociedade, uma delas sendo a educação, que teve as aulas presenciais suspensas e a necessidade de reinvenção do regime escolar (Cunha; Silva; Silva, 2020, p. 28).

Em decorrência das bruscas mudanças sociais exigidas neste momento, as diversas vulnerabilidades já existentes foram explicitadas, ficando ainda mais perceptíveis também nas escolas e no sistema educacional como um todo, uma vez que tanto os profissionais da educação, quanto os alunos e suas famílias, encontram-se numa situação de necessária adaptação frente à nova realidade trazida pela pandemia.

Logo, é indubitável dizer que, por afetar várias esferas da sociedade, a emergência global decorrente da pandemia da Covid-19 impôs também uma série de implicações ao direito à educação no Brasil e em todo o mundo (Silva; Sousa, 2020, p. 961), e a adoção de novas estratégias pedagógicas se tornou urgente, a fim de garantir a continuação do processo de ensino-aprendizagem dos estudantes com o menor dano possível, como também medidas que valorizassem o trabalho dos profissionais da educação sem torná-lo (ainda mais) precário.

Nesse contexto, professoras e professores tiveram que se reinventar (uma expressão constantemente utilizada durante a pandemia de Covid-19) mesmo em meio a angústias, e, muitas vezes, sem conhecer as ferramentas que seriam necessárias para a reinvenção, mas prezando sempre pela perpetuação da educação de qualidade da melhor forma possível.

Assim, voltando o olhar à análise dogmática, ao abordar o direito à educação no âmbito internacional do Direitos Humanos, o art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) assegura que:

Art. 26. 1. *Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.* 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos. (ONU, 1948, grifo nosso).

Diversos são os dispositivos normativos internacionais que versam sobre o tema, sendo eles: artigo XII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948) e artigos 13 e 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966).

Sendo assim, é um direito de todos, e está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, fortalecedores do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Constituição Federal Brasileira:

Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como *fundamentos*: III - a *dignidade da pessoa humana* (Brasil, 1988, grifo nosso).

Tal relação é possível devido ao fato de a dignidade humana ser uma cláusula aberta para o reconhecimento de outros direitos, sendo um deles, justamente, o direito à educação. Nesse sentido, é indubitável dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, não apenas um valor norteador do Direito. Além disso, relacionar o direito à educação ao princípio da dignidade da pessoa humana é uma das formas de luta pela efetivação do mínimo existencial sociocultural (Sarlet; Figueiredo, 2007).

Porém, Silvio Beltramelli Neto afirma que “somente na Constituição de 1988, sucessora do regime ditatorial instalado em 1964, é que a dignidade humana é erigida a princípio fundamental da República” (Beltramelli Neto, 2021, p. 50, evidenciando o caráter recente do debate sobre sua centralidade no direito, e a urgência de evidenciar-se tal questão no âmbito jurídico).

No art. 6º da Constituição Federal Brasileira a educação é apresentada como um direito social: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho (...)” (Brasil, 1988). Sendo assim, integra o grupo dos DESCAs, ou direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, que “têm força análoga à de que desfrutam quaisquer disposições relativas a direitos humanos” (Beltramelli Neto, 2021, p. 276).

Ademais, tal direito é previsto para além do art. 6º no ordenamento jurídico nacional, sendo que o art. 205 do texto constitucional assegura:

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

O art. 208 da Constituição Federal lista uma série de competências do Estado em relação à implementação do direito à educação, e, no seu §1º, ressalta a educação como direito público subjetivo, estipulando que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (Brasil, 1988), uma vez que é possível cobrar o poder estatal quando esse não atua corretamente, funcionando, assim, como um meio de controle da ação estatal:

Art. 208. O *dever do Estado com a educação* será efetivado mediante garantia de: (I) educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (II) progressiva universalização do ensino médio gratuito; (III) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (IV) educação infantil, em creche e pré escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (V) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (VI) oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; (VII) atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (Brasil, 1988, grifo nosso).

Apesar do que está previsto na legislação, o direito material, efetivo, e observado na realidade social, muito se diferencia do formal, escrito, e eficiente apenas na redação da lei. Por isso, a aná-

lise contínua, uma vez que “o direito está na realidade social e é pela transdisciplinaridade que deve ser estudado, pelas relações sociais e políticas, não apenas jurídicas” (Ferraz Júnior, p. 59, 2018).

3. COMENTÁRIOS ACERCA DAS DESIGUALDADES ENTRE OS ENSINOS PÚBLICO E PRIVADO

Assim, abordando a realidade da educação durante a pandemia, é indubitável dizer que “o ensino remoto é excludente” (Cunha; Silva; Silva, 2020, p. 27) e evidenciou ainda mais as desigualdades sociais e educacionais, prejudicando o processo de ensino-aprendizagem, o trabalho, e a relação entre os docentes e discentes.

No Brasil, a alternativa proposta para dar continuidade às aulas, o ensino remoto, se mostrou mais presente nas instituições de ensino privadas, e ausente no ensino público, como será abordado no tópico seguinte do presente trabalho. Grande parte disso devido à falta de acesso às redes de internet e computadores, esbarrando numa profunda desigualdade social, que, mesmo antes da pandemia, já determinava quem teria a garantia do direito fundamental à educação com qualidade (Barbosa; Cunha, 2020, p. 34).

Assim, percebe-se claramente o exercício de uma *violência simbólica*, que sistematiza tais opressões evidenciadas no meio educacional, uma vez que os conhecimentos considerados essenciais para o convívio social são os da classe dominante, que possui maior capital cultural e herança familiar intelectual; e não os conhecimentos populares, da maioria dos indivíduos.

Essa violência é exercida pelas instituições e agentes que detêm a autoridade, já que a transmissão da cultura escolar é própria da classe dominante, que exerce a violência (simbólica) sobre as classes populares. Pierre Bourdieu, critica, portanto, a opressão exercida por aquela classe, enxergando a educação como instrumento classista, uma vez que a cultura dominante é a mais valorizada pela escola, e usada como forma de avaliação e hierarquização dos alunos (Nogueira, 2002, p. 32).

Além disso, trazendo à tona o viés interseccional, e analisando a questão pelo recorte de classe, há professoras e professores, principalmente no âmbito do ensino público, que não possuíam acesso à internet, tendo aflorado o debate sobre se tal acesso não seria um pré-requisito de efetivação do direito à educação:

Será que todas as escolas, especialmente, da rede pública, terão infraestrutura tecnológica para implementar aulas, exercícios e atividades no ciberespaço? Todas as disciplinas poderão ser lecionadas remotamente? Todos os professores terão expertise para utilização das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC)? (Silva; Sousa, 2020, p. 966).

Em um contexto de ensino remoto, realizado por plataformas digitais, essa exclusão digital é problemática e faz com que os professores tenham dificuldades para se integrarem às novas formas de socialização que surgiram durante a pandemia, além de prejudicar o processo de ensino-aprendizagem, agravando os sentimentos de medo e ansiedade, potencializados pelo isolamento (Grandisoli; Jacobi; Marchini, 2020, p. 08).

4. AS CONSEQUÊNCIAS PARA PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO

Paulo Freire, o patrono da educação brasileira, já previa essa possível crise educacional ao dizer que “ensinar não é transmitir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção, ou a sua construção” (Freire, 2019, p. 47). Entretanto, a educação brasileira não é pautada nesse paradigma, uma vez que pouco se preza pela autonomia, e muito se valoriza a exposição realizada pelo professor, fazendo com que o aluno se sinta sem amparo e incapaz de dar continuidade aos estudos na ausência do docente.

Essa é a realidade que se impôs ao sistema educacional brasileiro com a realização do isolamento social. Os alunos ficaram sem o apoio e incentivo adequado, e os professores, sem a sala de aula, o local no qual se cria o vínculo necessário à educação, e no qual se realizaria a transformação social, acarretando, assim, o adoecimento desses profissionais.

Portanto, buscando agora (re)pensar a educação durante a pandemia a partir dos problemas sociais, é preciso compreender quais foram as consequências do isolamento social para profissionais da educação, tanto do ensino público quanto do privado, para que seja possível (re)pensar a educação pós-pandemia de Covid-19, considerando as necessidades da coletividade, uma vez que:

O ponto aqui não é (re)criar uma nova instituição dentro de uma óptica utilitarista e pragmática, mas unir atributos educacionais desejáveis dentro processo de ensino-aprendizagem aos múltiplos caminhos de desenvolvimento local, melhoria da qualidade de vida, prevenção, mobilização e ação em momento de crise (Grandisoli; Jacobi, 2020, p. 1).

Assim, o recorte temático do presente trabalho surgiu do contato com a pesquisa realizada por Edson Grandisoli, Pedro Roberto Jacobi e Silvio Marchinique (2020), pesquisadores do Programa USP Cidades Globais, sediado no Instituto de Estudos Avançados da USP, intitulada “Educação, docência e a Covid-19”, que analisa como os profissionais da educação foram impactados, e aponta a recorrência dos sentimentos negativos nos docentes.

A pesquisa foi realizada com professores da rede estadual de educação de São Paulo, a maior do país, e visou mapear e compreender os indicadores não apenas pedagógicos, mas afetivos e de saúde mental da atuação docente, a fim de contribuir no subsídio e implementação de políticas públicas relacionadas à educação durante e após a pandemia de Covid-19 (Grandisoli; Jacobi; Marchini, 2020, p. 01).

Das 19.221 respostas obtidas, 76,3% foram de pessoas que se identificam com o gênero feminino, 23,4%, com o masculino, e 0,3% não se reconhecem na binariedade. Além disso, outra nuance que merece destaque é a questão etária, pois os docentes entre 36 e 55 anos de idade compuseram cerca de 70% dos respondentes. A grande maioria atua nos anos finais do Ensino Fundamental e Ensino Médio (Grandisoli; Jacobi; Marchini, 2020, p. 05).

Dito isso, parte-se à análise da pergunta central da pesquisa estudada: “Qual palavra melhor expressa seu principal sentimento associado à pandemia da COVID-19?” (Grandisoli; Jacobi; Marchini, 2020, p. 08). Dos sentimentos citados, 12 (doze) foram negativos e em grande quantidade, sendo eles: medo, tristeza, insegurança, ansiedade, angústia, incerteza, desespero, apreensão, pânico, isolamento, impotência e receio. Foram 9 (nove) os positivos, mas em fre-

quência reduzida (como esperança, solidariedade, desafio, empatia, aprendizado, resiliência, superação, fé e reflexão).

Assim, dentre os 6 (seis) mais citados pelos docentes, mais de 48% expressam negatividade, sendo o medo e a tristeza cerca de 30% das respostas dos educadores. Além disso, em resposta à pergunta: “A mudança para um modelo de educação mediada por tecnologia me deixa:” (Grandisoli; Jacobi; Marchini, 2020, p. 13), a maioria (50,8%) relatou insegurança ou muita insegurança.

Entretanto, vale ressaltar que quando questionados acerca da palavra que melhor expressava o principal sentimento associado à educação mediada por tecnologia (Grandisoli; Jacobi; Marchini, 2020, p. 12), 62% dos sentimentos citados eram positivos, como desafio, aprendizado, inovação e novidade. Ademais, cerca de 80% afirmaram que sua atuação como docente iria mudar para a melhor no período pós-pandemia, mostrando que, apesar da angústia e insegurança, o aprimoramento da prática educativa continuou sendo o foco dos educadores.

Além disso, um estudo chinês revelou o adoecimento mental de inúmeros docentes, devido a pandemia de Covid-19, que apresentaram “transtorno depressivo leve, transtorno afetivo bipolar, ansiedade generalizada, transtorno de adaptação e síndrome de *burnout* ou síndrome do esgotamento profissional (Silva *et al.*, 2020 *apud* Wang; Wang, 2020).

Partindo agora para uma segunda análise, a pesquisa “Trabalho Docente em Tempos de Pandemia”, realizada pelo Grupo de Estudos sobre Política Educacional e Trabalho Docente da Universidade Federal de Minas Gerais (GESTRADO/UFMG), teve como público-alvo professores da Educação Básica das redes públicas, contabilizando 15.654 respostas (Gestrado, 2020, p. 7), e também visa contribuir para a elaboração de políticas públicas.

Evidenciando aqui um aspecto de gênero, 78% dos respondentes foram mulheres, sendo metade dos participantes da pesquisa composta por mulheres entre 30 e 49 anos.

A pesquisa aponta que mais da metade, 53,6% dos docentes respondentes, embora possuam recursos tecnológicos, não são preparados para o ensino remoto. Ademais, com a necessidade do distanciamento social, 16% das respostas apontaram que as atividades escolares foram suspensas. Apesar disso, 46% desses docentes continuaram a interagir com os alunos (Gestrado, 2021, p. 11).

Percebe-se que a pesquisa mostra que apesar das imensas dificuldades, tensões e falta de apoio para o desenvolvimento das habilidades exigidas, é nítido o compromisso das professoras e professores com seus alunos e alunas, a fim de buscar a melhor forma de se garantir uma educação de qualidade.

O Instituto Península realizou uma pesquisa quantitativa intitulada “Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios do Coronavírus no Brasil”, que, na primeira etapa, contou com 2.400 respostas de professoras (61%) e professores (39%), majoritariamente do Sudeste (46%) e Nordeste (24%), da educação básica brasileira (Instituto Península, 2020, p. 13).

Com o relatório de março de 2020 da pesquisa, apontou-se que o tipo de apoio mais desejado por professoras e professores durante a pandemia era informação (Instituto Península, 2020, p. 23). Este relatório também apresenta algumas medidas e ações que as redes

Federal, Estadual e Municipal estavam implementando à época, mas ressalta que “há pouca ou nenhuma oferta direcionada aos professores” (Instituto Península, 2020, p. 4).

No estágio intermediário, de maio de 2020, os docentes relataram que estavam se sentindo ansiosos (67%), sobrecarregados (35%), estressados (34%) e frustrados (27%), e algumas poucas respostas contavam com os sentimentos de alegria (9%) e entusiasmo (6%) (Instituto Península, 2020, p. 9). Além disso, ao serem questionados sobre as ações das instituições, 75% relatam que não houve nenhum suporte emocional aos professores, e 55% apontam a falta de suporte e treinamento em relação ao ensino remoto (Instituto Península, 2020, p. 17).

A pesquisa teve continuidade, e, em agosto de 2020, em sua terceira fase, a quantidade de professoras e professores com a ansiedade como sentimento predominante passou de 32% para 53% (Instituto Península, 2020, p. 12), e houve também um aumento na preocupação dos docentes em relação à saúde mental de seus alunos (Instituto Península, 2020, p. 13).

Ao final da pesquisa, em novembro de 2020, uma das perguntas foi: “do que os professores mais sentiram falta durante o ensino remoto?” 73,8% dos docentes apontaram o contato com as alunas e alunos em sala de aula (Instituto Península, 2020, p. 92). Também foram levantados dados que evidenciaram que “o aumento da desigualdade aparece como o principal efeito da pandemia para a educação na opinião dos professores” (Instituto Península, 2020, p. 103).

Com a análise das pesquisas supracitadas conclui-se que diversos, e constantes, foram os sentimentos negativos experienciados e apresentados pelas professoras e professores durante a pandemia de Covid-19, que juntamente à falta de apoio e auxílio das instituições, compõem o conjunto de consequências, também negativas, aos profissionais da educação.

Entretanto, é válido ressaltar que também foram expostas consequências positivas nas pesquisas, uma vez que “mais de 60% dos sentimentos sobre a educação mediada por tecnologia podem ser considerados positivos, apontando para um importante grau de proatividade frente aos desafios impostos pelo novo modelo” (Grandisoli; Jacobi; Marchini, 2020, p. 22).

5. POSSÍVEIS PORQUÊS: TRABALHO E SUBJETIVIDADE NEOLIBERAL

Assim, com a chegada dos tempos de pandemia, houve uma explícita necessidade de reinvenção profissional por parte das professoras e professores, principalmente em relação às novas formas de tecnologia, pelas quais seriam realizadas tanto as aulas remotas, quanto a manutenção do vínculo com as alunas e alunos; além da urgência de readaptação dos espaços, do meio ambiente de trabalho docente. Nesse sentido, Paulo Freire já afirmou que:

O professor tem o dever de dar suas aulas, de realizar sua tarefa docente. Para isso, precisa de condições favoráveis, higiênicas, espaciais, estéticas, sem as quais se move menos eficazmente no espaço pedagógico. Às vezes, as condições são de tal maneira perversas que nem se move. O desrespeito a este espaço é uma ofensa aos educandos, aos educadores e à prática pedagógica. (Freire, 2019, p. 64-65).

O meio ambiente de trabalho docente não mais era a escola ou a universidade, e passou a ser encontrado nos lares das professoras e professores, descaracterizando, assim, em muitos dos casos, as condições favoráveis ao exercício da prática educativa. Devido às desigualdades já apresentadas, além da falta de apoio e auxílio por parte das instituições, também foram ausentes os recursos necessários e a estrutura para a realização adequada das aulas remotas, evidenciando, assim, que “a pandemia é um alerta para a criação, ampliação e consolidação das políticas de inclusão digital no cotidiano escolar” (Silva; Sousa, 2020, p. 969).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é um dos membros fundadores, na Convenção 155, ressaltou a importância da abordagem ampla e crítica do conceito de meio ambiente de trabalho, a qual apresenta, em seu artigo 14, a seguinte redação:

Art. 14. Medidas deverão ser adotadas no sentido de promover, de maneira conforme à prática e às condições nacionais, a inclusão das questões de segurança, higiene e *meio ambiente de trabalho* em todos os níveis de ensino e de treinamento, incluídos aqueles do ensino superior técnico, médico e profissional, com o objetivo de satisfazer as necessidades de treinamento de todos os trabalhadores (OIT, 1993, grifo nosso).

Portanto, pode-se dizer que a ausência da estrutura adequada para a realização da prática educativa também foi um dos fatores que causaram o adoecimento docente. Aqui não se discute a necessidade e obrigatoriedade de readaptação dos lares por parte dos docentes, mas se apresenta a problemática da confusão entre o ambiente familiar e profissional, que é intensificada quando se trata da vivência de mulheres, principalmente mães.

Uma pesquisa realizada no início de 2020 apontou que mais da metade dos respondentes (53,8%) considera que o trabalho foi extremamente afetado pela presença dos filhos (Saraiva; Oliveira; Morejon, 2020, p. 12); e por mais que o estudo não tenha realizado o recorte de gênero, é sabido que as tarefas domésticas e os cuidados com filhos são majoritariamente realizados pelas mulheres (Monteiro; Souza, 2020, p. 12).

Destacadas as questões de desigualdade social e de gênero, mantendo o olhar voltado à transdisciplinaridade, é possível pensar a educação e o trabalho docente enquanto elementos integrantes do sistema capitalista e, conseqüentemente, da sociedade neoliberal.

Para isso, utiliza-se o conceito de subjetividade neoliberal, de Dardot e Laval (2016), exposto no capítulo 09, “A fábrica do sujeito neoliberal”, do livro “A Nova Razão do Mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal”.

Os autores, em suma, partindo da teoria de Michel Foucault, apresentam o neoliberalismo como responsável pela captação da subjetividade do indivíduo, fazendo com que o trabalhador se torne empresa de si mesmo, que “procura sobretudo trabalhar a si mesmo com o intuito de transformar-se continuamente, aprimorar-se, tornar-se sempre mais eficaz” (Dardot; Laval, 2016, p. 333), pautado pelas normas da concorrência e elementos da empresa.

Tal conceito, aplicado à pandemia, fez com que os trabalhadores - pensando na educação, professores - mesmo sem apoio institucional, recursos, conhecimentos necessários ou saúde mental, se forçassem a dar continuidade ao trabalho a fim de manter a mesma qualidade e entrega do período pré-pandêmico, sem levar em consideração as variáveis trazidas pelo novo contexto, caracterizando, assim, a captação do sujeito para a concorrência neoliberal.

Nesse sentido, pode-se dizer também que na lógica do capital “estão as grandes apostas tecnológicas, fundamentais para o aumento da produtividade do trabalho, extração de mais valor, e para a flexibilização das relações trabalhistas” (Lima, 2020, p. 670).

Entretanto, tal fato não é oriundo dos docentes, mas do sistema, uma vez que quando se trata do sofrimento no trabalho “patologias mentais como o estresse têm relação com a individualização da responsabilidade na realização dos objetivos” (Dardot; Laval, 2016, p. 362). Os autores afirmam, ainda, que uma das causas dessa individualização, captação da subjetividade para o mercado é o enfraquecimento dos coletivos (Dardot; Laval, 2016, p. 363), que foi ainda mais intensificado pelo isolamento social decorrente da pandemia de Covid-19.

6. PERSPECTIVAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

À luz do que se viu até agora, parte-se à análise do conceito de políticas públicas, a fim de averiguar se podem funcionar como formas viáveis de redução das consequências negativas decorrentes da violenta necessidade de adaptação frente à nova realidade apresentada. Busca-se, ainda, (re)pensar a educação em tempos pandêmicos, trazendo perspectivas, apesar da dificuldade de se estudar o tempo presente e das incertezas.

Assim, pensando na necessidade de mudança e no poder transformador das políticas públicas, é possível pensar nessa nova educação pós-pandemia por meio delas. Mas, para que o direito à educação seja efetivado adequadamente é necessário situar as políticas públicas educacionais no campo interdisciplinar (ou transdisciplinar), “ora dando-se ênfase a uma de suas características, ora a outras, mas sempre as concertando de modo a promover a finalidade nela prevista” (Mastrodi; Ifanger, 2019, p. 9).

Além disso, voltando à questão da desigualdade no mundo neoliberal e pensando numa análise à luz de problemas econômicos, as políticas públicas educacionais são entendidas no presente trabalho como exemplos de forças de convergência na economia de mercado (Casalino, 2021, p. 628), uma vez que são formas viáveis de reduzir desigualdades, e garantem o acesso mais democrático ao conhecimento, aspectos fundamentais para se pensar a educação, levando em consideração a exaustão em função da readaptação forçada dos docentes, e as vulnerabilidades ainda mais evidenciadas durante a pandemia.

Vale ressaltar que o conceito de política pública é um tema muito debatido, tanto no direito, quanto na ciência política, gerando vastos debates e polêmicas frequentes devido às diversas interpretações e conceituações. Portanto, a seguir será apresentado o referencial teórico do presente trabalho acerca deste tópico.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, as “políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo” (Bucci, 1997, p. 95). Partindo disso, Josué Mastrodi e Fernanda Carolina de Araújo Ifanger afirmam que as políticas públicas não devem significar apenas ações realizadas pelo Estado, e buscam algo mais preciso (Mastrodi; Ifanger, 2019, p. 07).

Assim, os autores salientam que as políticas públicas estão relacionadas aos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da Constituição Federal, e não aos direitos em espécie, pois “direitos não são o objeto nem a finalidade imediata das políticas públicas” (Mastrodi; Ifanger, 2019, p. 09), mas devem servir ao dever constitucional de promoção dos objetivos.

Ainda a propósito do conceito de políticas públicas, Felipe de Melo afirma que “compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública” (Fonte, 2015, p. 57).

Voltando aos objetivos da República, são eles:

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – Garantir o desenvolvimento nacional; III – Erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

As políticas públicas educacionais, portanto, devem buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento; a erradicação das desigualdades; e a promoção do bem a todas e todos sem discriminação.

Entretanto, pode-se dizer que “nesse momento pandêmico, houve um recrudescimento de formulações de Políticas Públicas com viés neoliberal, que paulatinamente promove a precarização trabalhista” (Dantas Vieira; Arruda; Hashizume, 2021 *apud* Seligmann-Silva, 2015), favorecendo o adoecimento já apresentado no presente artigo, uma vez que individualiza as responsabilidades profissionais.

Isso tem relação com o fortalecimento do neoliberalismo e sua influência na função estatal de promoção de políticas públicas educacionais:

Esses reflexos podem ser notados na própria Constituição em seu artigo 205, em que se afirma o processo educativo como sendo um dever da família e do Estado, delegando a esta o protagonismo do papel de garantia de direitos inicialmente pertencente ao Estado (Dantas Vieira; Arruda; Hashizume, 2021 *apud* Saviani, 1998).

Sabe-se que no início da pandemia organismos internacionais, como Banco Mundial (BM), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), *Harvard Global Education Innovation Initiative* e *HundrED*, disponibilizaram documentos a fim de auxiliar a sociedade civil em relação à educação (Galzerano, 2021, p. 04), e, no Brasil, tais propostas foram adotadas e trabalhadas majoritariamente por instituições privadas.

Com isso, foi evidenciada a tendência de privatização da educação, uma vez que a maioria das decisões envolvendo políticas públicas educacionais se caracterizou pela ausência de diálogo com profissionais da educação, estudantes, famílias e funcionários, priorizando os interesses privados, de empresas e organizações, adulterando a questão do interesse público do debate (Galzerano, 2021, p. 09).

Assim, pode-se dizer que as políticas públicas criadas durante a pandemia de Covid-19 foram insuficientes e não asseguraram o direito à educação e ao trabalho decente de maneira plena, uma vez que se valoriza em demasia a captação da subjetividade e individualização de condutas, em detrimento da busca pela efetivação dos objetivos já apresentados.

Por isso, seria necessária a criação e implementação de políticas públicas eficazes para a correção e redução das consequências negativas causadas às professoras e professores, uma vez que estes são os pilares do sistema educacional, bem como da efetivação do direito à educação, principalmente no contexto pós-pandêmico.

7. CONCLUSÃO

Compreende-se, assim, que devido às diversas incertezas trazidas pela pandemia, a falta de informações, foram majoritariamente negativas as consequências do isolamento social aos profissionais da educação. Assim, imergidos na mentalidade neoliberal, apesar das imensas dificuldades, tensões e falta de apoio para o desenvolvimento das habilidades exigidas, foi nítido o compromisso das professoras e professores com seus alunos, a fim de buscar a melhor forma de se garantir uma educação de qualidade.

Além disso, por meio do diálogo interdisciplinar (ou até transdisciplinar) entre o Direito e as demais ciências humanas, como a Educação, a Ciência Política e a Psicologia, evidenciou-se a necessidade da transdisciplinaridade dentro do direito para que os temas do presente trabalho fossem abordados corretamente, e para que fosse possível (re)pensar a educação pós-pandemia de Covid-19, considerando as necessidades da coletividade.

Nesse sentido, entendeu-se que “o ensino remoto é excludente” (Cunha; Silva; Silva, 2020, p. 27) e evidenciou ainda mais as desigualdades sociais e educacionais. Então, foram apresentados os recortes de gênero e classe social, que agravaram o prejuízo profissional e pessoal de professoras e professores, além de afetar a relação entre os docentes e discentes.

O presente trabalho não busca solucionar todas as problemáticas apontadas, mas se apresenta uma contribuição, ao mesmo tempo afetuosa e científica, ao debate sobre a realidade docente durante a pandemia de Covid-19.

Além disso, compreende-se que “a pesquisa é viva, se altera a todo momento no tempo e no espaço, assim como os seres humanos” (Siqueira, 2021, p. 29), e por isso é indubitável dizer que a problemática aqui levantada e os resultados encontrados são apenas uma parcela do que é observável, atualmente, em tempos de pandemia. Com isso, o presente trabalho se encerra na esperança da contribuição ao debate e na continuidade da luta, sabendo que:

É preciso [...] que, permanecendo e amorosamente cumprindo seu dever, não deixe de lutar politicamente por seus direitos e pelo respeito à dignidade de sua tarefa, assim como pelo zelo devido ao espaço pedagógico em que atua com seus alunos (Freire, 2019, p. 139).

REFERÊNCIAS

- ALVES, Rubem. **Ostra feliz não faz pérola**. 3. ed. São Paulo: Planeta, 2021.
- BELTRAMELLI NETO, Sílvio. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 133, p. 89-98, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496865/RIL133.pdf?sequence=1#page=86>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- CASALINO, Vinícius Gomes. Economia de Mercado e Políticas Públicas: elementos de Epistemologia à Luz da Obra de Theodore J. Lowi. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 18, n. 98, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4723/0>. Acesso em: 13 out. 2021.
- CUNHA, Leonardo Ferreira Farias da; SILVA, Alcineia de Souza; SILVA, Aurênio Pereira da. O ensino remoto no Brasil em tempos de pandemia: diálogos acerca da qualidade do direito e acesso à educação. **Revista Com Censo: Estudos Educacionais do Distrito Federal**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 27-37, ago. 2020. Disponível em: <http://www.periodicos.se.df.gov.br/index.php/comcenso/article/view/924>. Acesso em: 13 out. 2021.
- DANTAS VIEIRA, Maria Clara; ARRUDA, Leandro Farias de; HASHIZUME, Cristina Myuki. Políticas públicas educacionais e pandemia: reflexões sobre a saúde mental a partir de depoimentos de docentes. **Revista De Educação Da Universidade Federal Do Vale Do São Francisco**, v. 11, n. 25, 2021. Disponível em: <https://www.periodicos.univasf.edu.br/index.php/revasf/article/view/1430>. Acesso em: 28 jun. 2022.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FEUERSTEIN, R.; FEUERSTEIN, R. S.; FALIK, L. H. **Além da inteligência**: Aprendizagem mediada e a capacidade de mudança do cérebro. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2014.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1967.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 61. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.
- GALZERANO, Luciana Sardenha. Políticas educacionais em tempos de pandemia. **Argumentum**, v. 13, n. 1, p. 12 3-1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/33045>. Acesso em: 28 jun. 2022.
- GESTRADO. Grupo de Estudos Sobre Política Educacional e Trabalho Docente. **Relatório de pesquisa**. Trabalho Docente em tempos de pandemia. Belo Horizonte: Faculdade de Educação, UFMG, 2020. Disponível em: https://anped.org.br/sites/default/files/images/cnte_relatorio_da_pesquisa_covid_gestrado_v02.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.
- GRANDISOLI, Edson; JACOBI, Pedro Roberto; MARCHINI, Sílvio. **Pesquisa Educação, Docência e a COVID-19**. USP Cidades Globais, 2020. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/pesquisa/projetos-institucionais/usp-cidades-globais/pesquisa-educacao-docencia-e-a-covid-19>. Acesso em: 13 out. 2021.
- GRANDISOLI, Edson; JACOBI, Pedro Roberto. Educação e transformação local pós-Covid-19. **Ensaio**. USP Cidades Globais, 2020. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/pesquisa/projetos-institucionais/usp-cidades-globais/artigos-digitais/educacao-e-transformacao-local-pos-covid19>. Acesso em: 13 out. 2021.
- INSTITUTO PENÍNSULA. Relatório de pesquisa: **Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios do coronavírus no Brasil**. Estágio inicial, março de 2020. Disponível em: <https://institutopeninsula.org.br/wp-content/uploads/2020/05/Pulso-Covid-19-Instituto-Peni%CC%81nsula.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2022.

INSTITUTO PENÍNSULA. Relatório de pesquisa: **Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios do coronavírus no Brasil**. Estágio intermediário, maio de 2020. Disponível em: https://institutopeninsula.org.br/wp-content/uploads/2020/05/Covid19_InstitutoPeninsula_Fase2_at%C3%A91405-1.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

INSTITUTO PENÍNSULA. Relatório de pesquisa: **Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios do coronavírus no Brasil**. Estágio controlado, agosto de 2020. Disponível em: https://institutopeninsula.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Sentimentos_-fase-3.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

INSTITUTO PENÍNSULA. Relatório de pesquisa: **Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios do coronavírus no Brasil**. Estágio final, novembro de 2020. Disponível em: https://www.institutopeninsula.org.br/wp-content/uploads/2021/05/Pulso-Sentimentos_-dados-compilado.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

LIMA, Átila de Menezes. Precarização docente, EaD e expansão do capital na educação: correlações com a portaria nº 343/2020 do MEC em virtude da pandemia do COVID-19. In: GROSSI, Miriam Pillar; TONIOL, Rodrigo (org.). **Cientistas Sociais e o Coronavírus**. São Paulo: ANPOCS; Florianópolis: Tribo da Ilha, 2020. Disponível em: http://anpocs.com/images/stories/boletim/boletim_CS/livro_corona/Ebook_Cientistas_Sociais_Coronav%C3%ADrus_baixa.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo. Sobre o conceito de Políticas Públicas. **Revista de Direito Brasileira**, [S. l.], v. 24, n. 9, p. 03-16, dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5702>. Acesso em: 13 out. 2021.

MONTEIRO, Bruno Massayuki Makimoto; SOUZA, José Carlos. Saúde mental e condições de trabalho docente universitário na pandemia da COVID-19. **Revista Res., Soc. Dev.**, v. 9, n. 9. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v9i9.7660>. Acesso em: 28 jun. 2022.

NOGUEIRA, Cláudio Marques Martins; NOGUEIRA, Maria Alice. A sociologia da educação de Pierre Bourdieu: limites e contribuições. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 23, n. 78, p. 15-35, abr. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v23n78/a03v2378.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 28 jun. 2022.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 155**: Segurança e Saúde dos Trabalhadores. 1993. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 jun. 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 13 out. 2021.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Acesso em: 28 jun. 2022.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução Leônidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

SARAIVA, Illyushin Zaak; OLIVEIRA, Nadja Simone Menezes Nery; MOREJON, Camilo Freddy Mendoza. Impactos das Políticas de Quarentena da Pandemia Covid -19, Sar-Cov-2, sobre a CT&I Brasileira: prospectando cenários pós crise epidêmica. **Cadernos de Prospecção**, Salvador, v. 13, n. 2, Edição Especial, p. 378-396, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/36066/20939>. Acesso em: 28 jun. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 13 out. 2021.

SILVA, Andrey Ferreira da; ESTRELA, Fernanda Matheus; LIMA, Nayara Silva; ABREU, Carlos Tibúrcio de Araújo. Saúde mental de docentes universitários em tempos de pandemia. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/yx7V4TkBTMGZdthMQmyQy7R/?lang=pt>. Acesso em: 13 out. 2021.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos; SOUSA, Francisco Cavalcante de. Direito à educação igualitária e(m) tempos de pandemia: desafios, possibilidades e perspectivas no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 6, n. 4, p. 961-979, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_0961_0979.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica**: ou roteiro de pesquisa para estudantes de Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 21/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/09/2022
- Avaliação 1: 29/05/2023
- Avaliação 2: 08/06/2023
- Decisão editorial preliminar: 08/06/2023
- Retorno rodada de correções: 23/12/2023
- Decisão editorial/aprovado: 23/12/2023

Equipe editorial envolvida

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

UMA ANÁLISE DA IMPLANTAÇÃO DA LICENCIATURA TEKO ARANDU NA UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS (UFGD) COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO À EDUCAÇÃO DIFERENCIADA INDÍGENA

AN ANALYSIS OF THE DEPLOYMENT OF THE TEKO
ARANDU LICENSE IN THE FEDERAL UNIVERSITY OF
GRANDE DOURADOS (UFGD) AS AN INSTRUMENT TO
PROMOTE INDIGENOUS DIFFERENTIATED EDUCATION

JULIA THAIS DE ASSIS MORAES¹

SILVIA ARAÚJO DETTMER²

RESUMO

O trabalho visa analisar a implantação da Licenciatura Teko Arandu na Universidade Federal da Grande Dourados, a UFGD, como instrumento de promoção do direito à educação diferenciada. O aporte primário da pesquisa é a Constituição de 1988, que estabelece o direito à educação como um direito social, reconhecendo os usos, costumes e tradições indígenas no *caput* do artigo 231. O aporte secundário são as normas infraconstitucionais que regulamentaram a educação diferenciada como a Lei 9.396/1996, a Portaria Interministerial 559/91, e as Portarias 60/92 e 490/93. O objetivo específico é investigar como o de curso Licenciatura Intercultural Teko Arandu, na UFGD, promove a educação diferenciada, por meio dá formação superior de professores Guarani e Kaiowá destinados a atuarem em escolas indígenas de educação básica. Como

1 Doutoranda em Direito pela UNIMAR (2021/2023), Mestre em Teoria Geral do Direito pelo Centro Universitário de Marília UNIVEM 2019/2021 (BOLSISTA CAPES), Mestranda em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista, UNESP -FFC , Campus de Marília 2019/2021. Graduada em Direito (2014/2018) na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul/ UFMS-CPTL. Advogada. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-4197-6360>.

2 Doutora em Direito pela PUC/SP (2015. Orientadora Flávia C. Piovesan. Pós-doutora em Letras e Linguística/Teoria Literária pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Supervisora Maria Cristina Cardoso Ribas. Professora Associada da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul/UFMS, Campus de Três Lagoas, no Curso de Direito, disciplina de Direito Constitucional. Mestrado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino, de Bauru/SP (2002. Orientador Luiz Alberto David Araujo. Graduada em Direito pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP (UNIVEM). Grupo de Pesquisa no CNPq: Constituição, Literatura e Instituições. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-7427-6689>.

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

MORAES, Julia Thais de Assis; DETTMER, Sílvia Araújo. Uma análise da implantação da licenciatura Teko Arandu na Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) como instrumento de promoção à educação diferenciada indígena. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 264-278, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.8706>.

objetivo geral tem-se a análise das normas infraconstitucionais e que possibilitaram a criação de um curso intercultural destinado aos indígenas em uma instituição pública de ensino. Emprega-se o método hipotético dedutivo através do seguinte questionamento: como o curso de Licenciatura Intercultural Teko Arandu é um instrumento de promoção da educação diferenciada? Os procedimentos metodológicos utilizados foram o levantamento bibliográfico e descritivo.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988; direito fundamental à educação; educação diferenciada; educação bilíngue; licenciatura intercultural Teko Arandu.

ABSTRACT

the work aims to analyze the implantation of the Teko Arandu Degree at the Federal University of Grande Dourados, UFGD, as an instrument to promote the right to differentiated education. The primary contribution of the research is the 1988 Constitution, which establishes the right to education as a social right, recognizing the indigenous uses, customs and traditions in the caput of article 231. The secondary contribution is the infra-constitutional rules that regulated differentiated education as the Law 9,396 / 1996, Interministerial Ordinance 559/91, and Ordinances 60/92 and 490/93. The specific objective is to investigate how the Intercultural Degree course Teko Arandu, at UFGD, promotes differentiated education, through higher education of Guarani and Kaiowá teachers destined to work in indigenous basic education schools. As a general objective, there is the analysis of infraconstitutional norms that made it possible to create an intercultural course for indigenous people in a public educational institution. The hypothetical deductive method is used through the following question: how is the Intercultural Licentiate course Teko Arandu an instrument to promote differentiated education? The methodological procedures used were the bibliographic and descriptive survey.

Keywords: Federal Constitution of 1988; fundamental right to education; the right to differentiated and bilingual education for indigenous people; intercultural degree Teko Arandu.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 inaugurou a constitucionalização dos direitos indígenas (Barbieri, 2008, p. 69), reconhecendo a identidade étnica como pressuposto para o exercício dos demais direitos constitucionais. Usos, costumes e tradições indígenas passam a ser considerados como elementos que integram a personalidade do homem índio, sendo um conjunto de diferenças que não implicaria menos direitos. Elementos reconhecidos no caput do artigo 231, do atual texto constitucional³.

O direito à educação é considerado um direito social, estabelecido no artigo 6º, da Constituição da República de 1988. Esse direito está incluído no conjunto dos direitos fundamentais previstos no Título VIII, intitulado “Da Ordem Social”, nos artigos 205 a 214, que destacam diversos aspectos relacionados à realização desse direito, tais como os seus princípios e objetivos. Trata-se de um direito destinado a todos, sem qualquer distinção, assegurando, também, às populações indígenas o acesso à educação, por meio de suas línguas maternas e de processos próprios de aprendizagem que respeitem a identidade dessas comunidades.

O direito à educação resguarda o Estado Democrático de Direito, enunciado no preâmbulo da atual Carta Magna, propiciando a garantia e o acesso de todo cidadão a esse direito. A edu-

3 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 (Brasil, 1988).

cação como direito social impõe ao Estado uma atuação ativa e concreta, garantindo melhores condições de vida por meio de normas constitucionais que visam reduzir desigualdades sociais (Silva, 2016, p. 258). Dessa forma, a educação como direito social exige ações imediatas do Estado para melhorar a condição humana dos cidadãos titulares desse direito.

A Constituição da República de 1988, seguindo a constitucionalização dos direitos indígenas, estabeleceu o direito à educação diferenciada e bilíngue, no intuito de proteger e promover os costumes e as tradições indígenas (Ramos, 2012, p. 109). A educação diferenciada consiste no uso das línguas indígenas e dos processos próprios de aprendizagem, conforme assevera o artigo 210, § 2^o, do atual texto constitucional.

Com fundamento no texto constitucional, o curso de Licenciatura Intercultural Indígena desenvolvido na Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) tem como proposta a formação de professores Guarani e Kaiowá, do Cone Sul de Mato Grosso do Sul. A formação de nível superior tem como objetivo proporcionar a competência necessária para a construção de uma escola indígena, em conformidade com o contexto sociocultural, viabilizando a oferta de uma educação escolar de qualidade, que seja específica, diferenciada, intercultural e bilíngue.

A elaboração de um curso de licenciatura intercultural objetiva valorizar as contribuições da sociedade indígena nas distintas áreas do conhecimento, assegurando, concomitantemente, outros saberes produzidos pela humanidade. Dessa forma, tal iniciativa passa a configurar, além do reconhecimento normativo do direito à alteridade, decorrente da Constituição Federal de 1988, também o reconhecimento efetivo da luta indígena na realidade social.

A integral constitucionalização dos direitos indígenas constituiu um marco na Constituição de 1988, fazendo da alteridade um pressuposto para os demais direitos constitucionais, como o direito à educação diferenciada para as comunidades indígenas. Nesse sentido, infere-se que a licenciatura Teko Arandu tem como um dos seus fundamentos a leitura constitucional do artigo 210, da CF/88, junto a seu artigo 231, proporcionando a criação de realidades fáticas as quais efetivem os mandamentos constitucionais.

As normas constitucionais refletem a busca pela construção de uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Desta feita, pergunta-se: como o a Licenciatura Intercultural Teku Arandu pode concretamente representar um instrumento de promoção da educação diferenciada e bilíngue, de acordo seus usos e costumes indígenas?

Após a análise descritiva e exploratória do tema, o presente artigo apresenta as considerações finais com base nos subsídios levantados, propondo uma concretização satisfatória da educação diferenciada por meio da Licenciatura Intercultural Indígena, oferecida pela Universidade Federal da Grande Dourados. Esse curso garante o cumprimento da premissa de inclusão social dos povos indígenas e, principalmente, a efetivação do direito fundamental à educação diferenciada.

4 Art. 210. [...] § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (Brasil, 1988).

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A EDUCAÇÃO INDÍGENA NO PERÍODO COLONIAL

O período colonial, entre o século XVI ao XIX, compreendeu ações educacionais na perspectiva da catequese missionária, orientadas pela Instituição da Igreja Católica e pela Coroa portuguesa. Os agentes que realizavam essas ações eram missionários católicos e jesuítas (Nascimento, 2012, p. 89), que buscavam a implementação de mudanças radicais na cultura indígena brasileira.

As transformações tinham como objetivo converter o indígena em “homem civilizado” segundo os padrões culturais e sociais dos países europeus do século XVI. Essa preocupação com a conversão do indígena em homem civilizado justifica-se pela necessidade de incorporar o índio aos costumes da sociedade não indígena, utilizando o catecismo como principal instrumento para isso (Azevedo, 1976, p. 84).

Com base na necessidade de integração dos indígenas, a sociedade criou, em 1724, o Regimento das Missões. Trata-se de um documento que estabeleceu como prioridade a catequização dos indígenas e concedeu aos jesuítas o poder temporal e espiritual sobre os indígenas que viviam em aldeias. Em 1755, foi publicado o Diretório dos Índios, também conhecido como Diretório Pombalino, com o objetivo de transformar os indígenas em agricultores, incentivando-os a adotar hábitos de trabalho semelhantes aos dos homens não indígenas (Almeida, 2010, p. 109).

O Diretório dos Índios criou o cargo de diretor, que substituiu os jesuítas no exercício dos poderes temporais. Um diretor passou a ser o responsável por levar a civilização aos indígenas, não mais um missionário jesuíta. Cabia-lhe proibir o uso das línguas nativas e impor a obrigatoriedade do uso da língua portuguesa entre os indígenas.

Em 1759, com a edição das Cartas Régias, o Diretório dos Índios, as escolas, os colégios jesuíticos de Portugal e de todas as colônias foram suprimidos, as aulas régias ou avulsas de latim substituíram os colégios jesuítas (Cunha, 1992, p. 191). A figura do Diretor Geral dos Estudos foi criada para nomeação e fiscalização do trabalho de professores.

No século XIX, a Constituição do Império de 1824 não menciona os indígenas em sua redação originária. Contudo, em 1834, a Lei nº 16, de 12 de agosto, adicionou à referida Constituição um dispositivo que dispunha sobre competências cumulativas das províncias e do Império para promover a catequese e a civilização dos indígenas. Nesse sentido, constitucionaliza dois principais objetivos das políticas normativas dirigidas aos indígenas desde o período colonial: sua catequização e sua civilização, para transformá-los em súditos cristãos e trabalhadores.

No ano de 1845, foi editado o Regulamento das Missões que criava os cargos de Diretor Geral dos Índios em cada província, nomeado pelo Imperador e pelo Diretor de aldeia, que tinha poderes de tutela, tais como administrar os bens dos indígenas e distribuir os indígenas para os serviços públicos, inclusive, militares (Cunha, 1992, p. 199). A função de educação era delegada a missionários católicos (art. 6º), embora o Diretor Geral pudesse propor às assembleias provinciais a criação de escolas de “Primeiras Letras”, em que se exigia a presença de professores, e não mais apenas missionários.

3. HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS INDÍGENAS: DA CONSTITUIÇÃO DE 1891 ATÉ A DE 1967

A Constituição de 1891 inaugurou o período republicano do Brasil e não tratou sobre a existência dos povos indígenas em seu texto normativo. Essa ausência se justificava pelo anseio de um país progressista e por uma República que ignorava a presença dos índios no território nacional. Forte exemplo dessa característica do Estado Republicano com os povos indígenas do país ocorreu em 1900, na comemoração do Quarto Centenário do Descobrimento do Brasil (Bessa Freire, 2009, p. 107), no discurso de André Gustavo Paulo Frodin.

O Brasil não é o índio; este, onde a civilização ainda não se estendeu perdura com os seus costumes primitivos, sem adiantamento nem progresso. Descoberto em 1500 pela frota portuguesa ao mando de Pedro Álvares Cabral, o Brasil é a resultante direta da civilização ocidental, trazida pela imigração, que lenta, mas continuamente, foi povoando o solo. [...] Os selvícolas, esparsos, ainda abundam nas nossas majestosas florestas e em nada diferem dos seus antecedentes de 400 anos atrás; não são nem podem ser considerados parte integrante de nossa nacionalidade; a esta cabe assimilá-los e, não conseguindo, eliminá-los (Frontin *apud* Bessa Freire, 2009, p. 187).

Com as palavras “cabe assimilá-los e, não conseguindo, eliminá-los”, a narração discriminatória se tornou símbolo da recém-criada república. A concepção de assimilação que o republicano proferia na carta, trazia consigo a noção de incorporação do indígena à sociedade nacional, rejeitando seus modelos sociais, crenças e influenciando as políticas legislativas posteriores (Lopes, 2014, p. 12). Dessa forma, a Constituição brasileira de 1891 fez dos indígenas sujeitos inexistentes e, conseqüentemente, seus direitos também foram ignorados.

A Constituição de 1934 foi o primeiro texto constitucional a abordar a existência e os direitos indígenas durante o período republicano. Nesse documento, os indígenas foram tratados como silvícolas em uma condição transitória, a serem gradualmente incorporados à comunhão nacional. Foi estabelecido o respeito à posse de terras onde os indígenas se encontravam permanentemente localizados, vedando sua alienação. No entanto, assim como sua antecessora, a Constituição de 1891, nada mencionou sobre a educação indígena.

Em 1937, com o Estado Novo sob a direção de Getúlio Vargas, foi editada uma nova Constituição, a qual fez menção acerca da posse de terras em que os indígenas se instalavam permanentemente, reafirmando ser vedada sua alienação, seguindo a orientação constitucional pretérita. O documento previu, como os anteriores, a incorporação dos índios à sociedade nacional. A Constituição de 1946 também repetiu o tratamento normativo dado aos indígenas pela Constituição de 1934.

A Constituição de 1967, inerente ao período militar, reafirmou os segmentos normativos das Constituições anteriores, como a proteção de terras ocupadas por indígenas e a vedação à alienação. Entretanto, teve como diferencial a previsão de que as terras ocupadas por indígenas seriam consideradas como bens da União, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais.

Destarte, no período republicano, compreendido de 1891 até 1967, as Constituições brasileiras somente começaram a mencionar os direitos relativos aos indígenas a partir da Constituição de 1934, sendo essa previsão unicamente relacionada à questão de incorporar os indígenas à comunhão nacional e de proteção às terras ocupadas.

As Constituições seguintes repetiram o texto constitucional de 1934, sendo que somente na Constituição de 1967 há uma inovação no que se refere aos direitos indígenas: a terras indígenas passam a ser consideradas como bens da União e garante-se aos índios o usufruto exclusivo de suas terras. Quanto à educação direcionada aos indígenas, as Constituições nada reportaram, tratando-se o tema por meio Serviço de Proteção ao Índio (SPI), de forma infraconstitucional.

4. A CRIAÇÃO DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO ÍNDIO E A MUDANÇA NO TRATAMENTO À EDUCAÇÃO

Em 1910, com a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI-LTN), as ações de educação escolar indígenas deixaram de ser delegadas a religiosos. Destaca-se que embora essa norma visasse a proteção dos indígenas, o SPI-LTN continuou com uma política clara de promover a integração dos indígenas à sociedade nacional, inclusive, resistindo à pressão da Unesco para a implantação de uma educação bilíngue.

No ano de 1973, houve uma mudança a partir do Estatuto do Índio, em relação às políticas públicas educacionais. O Estado passou a admitir adaptações no sistema de ensino das populações indígenas, determinando que a alfabetização se ministrasse na língua nativa indígena (Brasil, 1973). Com a referida adaptação, a Funai passou a investir na formação de monitores indígenas para atuarem como educadores em suas comunidades.

Cabe ressaltar que a adoção do ensino da língua nativa dos indígenas ainda não significava uma política de reconhecimento e respeito aos modos de vida próprios de cada comunidade, uma vez que serviam apenas como instrumento para o ensino do português, objetivando a integração. Fato evidenciado pelo convênio firmado entre a Funai e o *Summer Institute of Linguistics* (Barros, 2004, p. 50), instituição religiosa norte-americana, cujo objetivo principal era o de converter os povos indígenas à religião protestante.

Tais fatos derivaram da edição do Estatuto do Índio, no momento em que vigorava a Convenção nº 107, da OIT. Esta dispunha explicitamente os propósitos integracionistas da educação escolar indígena, prescrevendo que o ensino primário tinha o objetivo de dar conhecimentos e aptidões para auxiliarem a integração à comunidade nacional (OIT, 1966).

A criação do Serviço de Proteção ao Índio sinalizou pequenas mudanças no que tange à inclusão da educação diferenciada destinada aos indígenas, passando a adotar sua língua nativa no âmbito escolar. Entretanto, essa mudança ainda se orientava pela política assimilacionista, visando à integração dos indígenas à comunidade nacional e, portanto, negando a identidade indígena (Rios, 2008, p. 41). A língua nativa se posicionava apenas como um instrumento para auxiliar no aprendizado do português pelos indígenas.

5. RECONHECIMENTO DA EDUCAÇÃO DIFERENCIADA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o paradigma da constitucionalização dos direitos indígenas, reconhecendo os indígenas em conformidade a seus usos, costumes e tradições (Barbieri, 2008, p. 100). Rompeu com as políticas assimilacionistas as quais negavam a identidade indígena. Dedicou exclusivamente o Capítulo VIII aos direitos inerentes à identidade indígena e ainda reconheceu outros direitos, como a educação diferenciada, em outro capítulo constitucional (Villares, 2005, p. 68).

O Capítulo VIII da referida Constituição envolve importantes direitos pertinentes às comunidades indígenas, tais como o direito à alteridade, que consiste no reconhecimento dos usos, costumes e tradições indígenas previsto no caput do artigo 231 (Rios, 2012, p. 169). Artigo também que inclui o direito à autodeterminação indígena: o pleno direito do homem índio em afirmar e reafirmar sua identidade étnica.

A educação diferenciada destinada aos indígenas não se encontra no Capítulo VIII da Constituição Federal de 1988. Entretanto, é importante destacar que ela está diretamente relacionada à ideia de constitucionalização dos direitos indígenas, representada pelo referido capítulo. O direito à educação diferenciada tem previsão no artigo 210, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que garante aos indígenas uma educação bilíngue e diferenciada, a qual inclui o uso das línguas indígenas e processos de aprendizado próprios (Brasil, 1988).

Em consequência da educação diferenciada reconhecida aos indígenas, o artigo 215, § 1º, da Constituição Federal, declara que as manifestações das culturas indígenas constituem a civilização nacional, promovendo a superação da ideia de uma civilização monista culturalmente. Assim, concretiza-se uma sociedade pluralista e sem preconceitos, referida no preâmbulo constitucional, expressando o respeito e a promoção dos costumes, línguas, crenças e tradições indígenas (Kayser, 2008, p. 213).

Mais adiante, em 1991, foi decretada a portaria Interministerial MJ/MEC nº 559, fomentando o direito dos indígenas a uma educação de qualidade, laica, diferenciada, bilíngue, com conteúdo curricular e material didático adequados à sua própria cultura, nas comunidades indígenas. A citada portaria também retirou da Funai a atribuição de coordenar as ações da educação indígena no País, transferindo-as ao Ministério da Educação.

Destaca-se, também, a Portaria 60/92, que criou o Comitê de Educação Escolar Indígena, e a Assessoria de Educação Escolar Indígena, que visavam subsidiar as ações e proporcionar apoio técnico-científico às decisões que envolviam a adoção de normas e procedimentos relacionados com o Programa de Educação Escolar Indígena. As referidas portarias foram elementares para que o direito à educação escolar bilíngue e diferenciada fosse alçado como norma infraconstitucional pela Lei nº 9.394/1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional.

Em 1999, a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação instituiu a categoria de escola indígena. Dessa maneira, a educação escolar indígena ganhou base legal como subsistema diferenciado das demais modalidades de ensino, tanto no que diz respeito às línguas e culturas, quanto aos processos próprios de aprendizagem.

Diante disso, a Resolução nº 03/99, do Conselho Nacional de Educação, o CNE, estabeleceu a estrutura e o funcionamento das Escolas Indígenas, definindo também critérios para a formação dos professores indígenas, a qual deveria ser “específica” e orientada “pelos Diretrizes Curriculares Nacionais”. Segundo o artigo 7º, das Diretrizes Curriculares Nacionais, os cursos de formação de professores indígenas deveriam dar ênfase à constituição de competências referenciadas em conhecimentos, valores, habilidades e atitudes, na elaboração, desenvolvimento e avaliação de currículos e programas próprios, na produção de material didático e na utilização de metodologias adequadas de ensino e pesquisa.

A referida resolução também aprovou o Parecer nº 14/99, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que assegurou que a formação de professores indígenas deveria se dar com a participação da comunidade. Essa formação deveria levar em conta o fato de que o professor indígena se constitui como um ator nas comunidades indígenas e que tem de lidar com vários desafios e tensões que surgem no contexto escolar. Portanto, a formação desses profissionais deve prezar instrumentos para que possam se tornar um agente ativo na transformação da escola, em espaço verdadeiro para o exercício da interculturalidade (Brasil, 1999).

Para que eles possam se tornar “agentes ativos na transformação da escola em um espaço verdadeiro para o exercício da interculturalidade”, o documento destaca a necessidade de um currículo diferenciado nos cursos de formação que permita atender às novas diretrizes para a escola indígena, devendo contemplar aspectos específicos, tais como: a capacitação para elaboração de currículos e programas de ensino específicos para as escolas indígenas e a capacitação para produzir material didático-científico, em língua indígena e em língua portuguesa (Brasil, 1999).

Tais diretrizes demonstraram a mudança de paradigma na concepção da educação escolar destinada às comunidades indígenas, deixando o caráter integracionista. O princípio de reconhecimento da diversidade sociocultural e linguística do País e do direito à sua manutenção passou a orientar a educação diferenciada destinada aos indígenas. Esse princípio é preponderante para a construção de uma sociedade culturalmente pluralista, que considera os usos e costumes indígenas no processo de aprendizagem nas salas de aula.

A partir desse cenário normativo, a criação de um curso específico para os indígenas se tornou um dos objetivos e metas do Plano Nacional de Educação, a Lei nº 10172, de 09 de janeiro de 2001. Em decorrência do mencionado plano, em 2002, foram publicados pela Secretaria de Educação Fundamental do Ministério da Educação os “Referenciais para a Formação de Professores Indígenas”, que auxiliariam a formação de professores para atuarem na educação indígena.

Em decorrência das diretrizes federais a respeito da educação diferenciada, em Mato Grosso do Sul, essas garantias consolidaram-se na Constituição Estadual, no artigo 251, nas Diretrizes Gerais para a Educação Escolar Indígena no MS, na Deliberação nº 4324/95 do Conselho Estadual de Educação, na Deliberação CEE/MS nº 6767, de 25 de outubro de 2002 e no Plano Estadual de Educação de MS.

As normas e os documentos citados são importantes, pois demonstram a exigência de políticas integradas de ensino, pesquisa e extensão coerentes com o que é previsto na Lei nº

9394/96, em seus artigos 78⁵ e 79⁶. Normas que estabelecem a formulação de princípios pedagógicos, antropológicos, linguísticos, epistemológicos, semióticos, entre outros, como orientadores de diferentes realidades curriculares experimentadas pelas comunidades indígenas.

A formação dos professores indígenas, por meio de todas essas normas, possibilita uma reflexão crítica em seu processo de formação (Torquato, 2016, p. 5). São fornecidos ao docente subsídios para que ele seja um pesquisador, uma vez que lhe é dado conhecer os aspectos cruciais da história e da cultura do seu povo, bem como possuir conhecimento significativo de diversas áreas do conhecimento, sendo capaz de atuar na educação básica e fundamental no âmbito das comunidades indígenas.

O papel de pesquisador na formação desses profissionais tem a função de incentivar a pesquisa dos conhecimentos tradicionais em conjunto com os membros mais velhos das comunidades indígenas, objetivando a difusão das tradições indígenas entre as novas gerações e visando à continuidade e à reprodução cultural (D'angelis; Veiga, 2003, p. 34).

6. CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA LICENCIATURA INTERCULTURAL TEKÓ ARANDU NA UFGD

Após análise dos fundamentos normativos que possibilitaram uma educação diferenciada e bilíngue para os indígenas – sendo estes a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – os quais foram essenciais para possibilitar a criação de um ensino superior voltado à profissionalização de indígenas para atuarem junto à educação, tornou-se necessário observar como essas diretrizes normativas foram aplicadas na realidade social.

Para isso, analisa-se o curso de Licenciatura Intercultural Tekó Arandu, criado pela Universidade Federal da Grande Dourados, a UFGD. A primeira ação a favor da criação do curso de formação superior específica para professores indígenas Guarani e Kaiowá emergiu em 2002, por meio do Movimento de Professores Guarani e Kaiowá. No referido ano, configurou-se a primeira turma do Curso Normal em Nível Médio de “Formação de Professores Guarani e Kaiowá – Ára Verá”, realizado pela Secretaria de Educação, a SED/MS e pelas comunidades dessas etnias.

A partir da mobilização para elaboração de um curso de licenciatura direcionado aos indígenas, diversas reuniões de estudos, seminários e discussões foram realizados, objetivando a articulação entre professores e lideranças indígenas com profissionais da área da educação e do indigenismo, para a criação de uma proposta coletiva, democrática e consistente, que atendesse às expectativas do Movimento dos Professores Guarani e Kaiowá e às necessidades de suas comunidades.

5 Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos - proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas [...]. (Brasil, 1996).

6 Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa. [...] § 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas [...] (Brasil, 1996).

Então, no ano de 2005, a UFGD recebeu a proposta da criação do curso de licenciatura intercultural indígena, e aceitou a missão de instalar o curso em suas dependências, em parceria com UCDB, FUNAI, SEMEDs do cone sul do Estado e da SED/MS. No ano seguinte, em outubro de 2006, o curso já estava em sua primeira etapa de aulas. Desse modo, as organizações Guarani e Kaiowá, juntamente com essas instituições, vêm orientando o perfil do curso e construindo um diálogo de respeito na definição de novos conhecimentos e de novas áreas de estudo.

No ano de 2011, aconteceu a colação de grau da primeira turma, 39 acadêmicos se formaram: 6 se formaram em Ciências da Natureza; 9 em Matemática; 11 em Ciências Humanas; e 13 em Linguagens. No ano de 2012, a UFGD conquistou a instalação da Faculdade Intercultural Indígena (FAIND), por meio da Portaria nº 435, de 21 de maio de 2012.

6.1 ASPECTOS GERAIS DO CURSO DE LICENCIATURA INTERCULTURAL TEKÓ ARANDU, NA UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS (UFGD)

A UFGD localiza-se no estado de Mato Grosso do Sul, que possui a segunda maior população indígena do Brasil, segundo o IBGE. Dessa forma, as demandas indígenas, incluindo a educação diferenciada, passam a ser assuntos de grande relevância nas instituições de ensino. A etnia mais numerosa no estado é a Guarani e Kaiowá, representando cerca de 30%. Diante disso, tornou-se imperativo na referida universidade a criação de um curso de licenciatura capaz de formar professores que compreendessem a educação diferenciada para as comunidades indígenas.

Com o objetivo de formar professores indígenas aptos a atuarem na educação básica e fundamental, devido à demanda em Mato Grosso do Sul, além de concretizar os preceitos constitucionais de uma educação diferenciada e bilíngue e atender às exigências do PNE para a profissionalização do magistério indígena, a UFGD fundou, em 2005, o curso de licenciatura Intercultural Teko Arandu.

O oferecimento do referido curso tem como público-alvo a formação superior de indígenas Guarani e Kaiowá, para que desenvolvam as habilidades educacionais necessárias para atuarem na educação básica e fundamental voltada para as comunidades indígenas. Desse modo, preza-se por indígenas como alunos da licenciatura, na medida em que se infere que eles compreendem com mais singularidade a identidade indígena e que são capazes de ministrar um ensino mais adequado à realidade de uma cultura diferenciada.

Com isso, o curso de Licenciatura Intercultural Indígena se propõe a formar os professores indígenas para que possam participar, com competência, da construção da Escola Indígena de acordo com seu contexto sociocultural. Isso proporciona às comunidades por eles atendidas uma educação escolar de qualidade, específica, diferenciada, intercultural e bilíngue, valorizando-se as contribuições da sociedade indígena nas diversas áreas do conhecimento, ao tempo em que garante o acesso a outros saberes produzidos pela humanidade.

6.2 OBJETIVOS DO CURSO DE LICENCIATURA INTERCULTURAL TEKÓ ARANDU

O curso de Licenciatura Intercultural Tekó Arandu é pautado pela Resolução CNE/CEB nº 5/ 2012. A referida resolução definiu os critérios para a formação de professores indígenas para atender a educação básica indígena de forma diferenciada e específica, seguindo as “Diretrizes Curriculares Nacionais”.

O objetivo do curso é habilitar os professores Guarani e Kaiowá, em nível superior de licenciatura, para o atendimento à Educação Escolar Indígena. Dessa maneira, os professores podem atuar nos níveis do Ensino Fundamental (anos finais) e Médio, bem como na Educação Básica, contemplando a docência e a gestão escolar diferenciada.

A meta da formação é capacitar um professor que planeje, organize e desenvolva atividades e materiais para a Educação Básica, abrangendo tanto a Língua Portuguesa quanto a Língua Guarani. O curso adota uma abordagem curricular flexível, visando atender ao conjunto de necessidades específicas da formação desses professores, o que está em consonância com os pressupostos legais para a formação de profissionais indígenas na educação escolar, bem como com as demandas locais de suas comunidades.

Para tanto, a proposta pedagógica do curso é continuamente enriquecida pelas pesquisas realizadas, buscando favorecer o diálogo intercultural entre os saberes indígenas e não indígenas. O curso fundamenta-se em procedimentos que criam condições de atingir os objetivos traçados, a partir das expectativas dos professores indígenas em formação, de suas comunidades e do planejamento participativo; da valorização dos conhecimentos locais e interculturais; e do ensino pela pesquisa, com base na reflexão crítica da realidade.

Esse curso específico é um passo significativo para a continuidade da formação dos professores Guarani e Kaiowá e para a implantação de escolas indígenas específicas, bilíngues e interculturais. É também um trabalho em parceria, no sentido de somar esforços para o aprofundamento e a acumulação de experiências e pesquisas em torno da questão da educação escolar indígena.

O curso se configura, ainda, como um espaço para qualificação específica e diferenciada de todos os agentes envolvidos na implementação da educação escolar indígena diferenciada e específica. É necessário formar profissionais no Estado que possam garantir uma formação inicial e continuada, específica, diferenciada e de qualidade aos professores indígenas.

A demanda por habilitação superior em áreas específicas voltadas para a questão indígena atende, neste momento, às necessidades dos Guarani e Kaiowá, assim como às exigências do sistema educacional brasileiro. É relevante destacar que todas as fases de planejamento e implementação deste curso são articuladas em conjunto com o Movimento dos Professores Guarani e Kaiowá.

7. CONCLUSÃO

Em 1973, com o Estatuto do Índio, houve pequenas mudanças nas políticas educacionais destinadas aos indígenas. O Estado admitiu adaptações no sistema de ensino das populações indígenas, como a alfabetização ser ministrada na língua nativa indígena. Assim, a Funai passou a investir na formação de monitores indígenas para atuarem como educadores em suas comunidades. Entretanto, tal política orientava a língua indígena como objeto para o ensino da língua portuguesa, numa evidente política assimilacionista.

Assim, o direito à educação diferenciada bilíngue destinada aos indígenas é um direito conquistado somente a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal brasileira, visto que as Constituições anteriores nada mencionaram sobre o direito à educação para os indígenas, orientadas pelo paradigma assimilacionista que almejava a aculturação dos indígenas, integrando-os à comunhão nacional.

O atual texto constitucional inaugurou a constitucionalização dos direitos indígenas, dedicando o capítulo VIII ao reconhecimento da identidade étnica. Direitos que se unem a outros relacionados aos indígenas, em outras partes da Constituição, como o direito à educação diferenciada previsto no artigo 210, § 2º, e o direito à manifestação cultural indígena, no artigo 215, § 2º. Dessa maneira, o direito à educação diferenciada passa a ter reconhecimento constitucional, envolvendo os demais direitos inerentes à identidade indígena.

No ano de 1996, criou-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, instituindo que a União deveria encaminhar ao Congresso Nacional um Plano Nacional de Educação, com diretrizes e metas para os dez anos seguintes. Por conseguinte, a Portaria Interministerial 559/91, e as Portarias 60/92 e 490/93, estabeleceram as Diretrizes para Política Nacional de Educação Escolar Indígena.

A partir disso, delineou-se um arcabouço legal para se concretizar uma educação diferenciada e bilíngue, por meio da formação de professores indígenas para atuarem na Educação Básica e Fundamental nas comunidades indígenas. Nesse contexto, a UFGD criou a Licenciatura Intercultural Indígena Teko Arandu, para possibilitar aos Guarani e Kaiowá do Cone Sul a formação superior para que esses possam atuar nas escolas presentes em comunidades indígenas.

No ano de 2011, ocorreu a colação de grau da primeira turma, quando trinta e nove acadêmicos se formaram. Desde então, o curso configura-se como um instrumento de promoção da educação diferenciada, permitindo a formação de indígenas como professores aptos a atuarem na Educação Básica e Fundamental.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010.
- ANAYA, S. James. Os direitos humanos dos povos indígenas. In: ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos indígenas e a lei dos brancos: o direito à diferença**. Brasília: MEC/SECAD/LACED/Museu Nacional, 2006.
- BARBIERI, S. R. J. **Os Direitos Constitucionais dos Índios e o direito a diferença, face ao Princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARBOSA, Marco Antonio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do Indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. **Revista Eletrônica História em Reflexão**, v. 1, n. 2, 2007.
- BARNES, E. V. Da diversidade ao Prolind: reflexões sobre as políticas públicas do MEC para a formação superior e povos indígenas. In: SOUSA, C.N.I. de et al. (org.). **Povos indígenas: projetos e desenvolvimento II**. Brasília: Paralelo 15; Rio de Janeiro: UFRJ/Laced, 2010.
- BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2005.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.
- BRASIL. **Cadernos do SECAD 3 - Educação Escolar Indígena, diversidade sócio-cultural Indígena na escola**. Brasília: Ministério da Educação, 2002.
- BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Parecer CNE/CEB nº 14/1999**. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil. Brasília, DF: Ministério da Educação, [1999]. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pceb14_99.pdf. Acesso em: 2 abr. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Educação. **Resolução nº 03, de 10 de março de 1999**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana. Brasília, DF: CNE, [1999].
- Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/003.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2023.
- BRASIL. **Decreto Federal nº 6.861, de 27 de maio de 2009**. Dispõe sobre a criação da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6861.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001**. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10172.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria nº 490, de 26 de abril de 1993**. Dispõe sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica, em nível superior, curso de licenciatura, de graduação plena. Brasília, DF: MEC, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/port_490-93.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria nº 60, de 17 de março de 1992**. Estabelece critérios para a definição de áreas prioritárias na formação de docentes de 1º e 2º graus. Brasília, DF: MEC, [1992]. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/Portaria60.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2023.
- BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. **Referenciais para formação de professores indígenas**. Brasília: MEC, SECADI, 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br>

gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=23441-referenciais-para-formacao-de-professores-indigenas&category_slug=abril-2016-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 29 mar. 2023.

CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **Legislação indigenista no século XIX**: uma compilação (1808-1889). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992.

D'ANGELIS, Wilmar; VEIGA, Juracilda (org.). **Leitura e escrita em escolas indígenas**. Campinas: ALB e Mercado de Letras, 2003.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux; FISCHMANN, Roseli (org.). **Povos Indígenas e Tolerância**: construindo práticas de respeito e solidariedade. São Paulo: Edusp e Unesco, 2001.

KAYSER, Hartmut-Emmanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

LUCIANO, Gersem José dos Santos. **Territórios etnoeducacionais**: Comunicação apresentada na CONAE 2010. Brasília: CINEP, 2010.

MARTINS, Luciano Gabriel. **Educação ambiental em escola indígena**: um estudo de caso na escola Guarani CECI na aldeia TekoaPyau. 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado em Educação, Arte e História da Cultura) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014.

MATO GROSSO DO SUL. Conselho Estadual de Educação. **Indicação nº 038/02**. Campo Grande, MS: CEE-MS, [2002]. Disponível em: <http://www.cee.ms.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/indica%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-38.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2023.

MATO GROSSO DO SUL. **Deliberação CEE nº 4324 de 03/08/1995**. Aprova o documento Educação Escolar Indígena da Secretaria de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul. Campo Grande, MS: CEE-MS, [2002]. Disponível em: <http://www.cee.ms.gov.br/atos-normativos/deliberacoes/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MATO GROSSO DO SUL. **Deliberação CEE/MS nº 6767/2002**. Estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, e dá outras providências. Campo Grande, MS: CEE-MS, [2002]. Disponível em: http://www.cee.ms.gov.br/resolucoes/2002/Del_6767-2002%20EDUCACAO%20ETNICO-RACIAL.pdf. Acesso em: 29 mar. 2023.

MELO, Clarissa Rocha de. **Da universidade à casa de rezas Guarani e vice-versa**: reflexões sobre a presença indígena no ensino superior a partir da experiência Guarani na Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica. 2014. 405 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MONTE, Nietta Lindenberg. **A construção de currículos indígenas nos diários de classe**: estudo do caso Kaxinawá/Acre. 1994. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 1994.

NASCIMENTO, A. C. Populações indígenas, universidade e diferença. In: MONTEIRO, F. M. de A; MÜLLER, M. L. R. **Educação na interface da relação Estado/Sociedade**. Cuiabá (MT): Editora da UFMT, 2006.

NASCIMENTO, André Marques. **Português intercultural**: fundamentos para a educação linguística de professores e professoras indígenas em formação superior específica numa perspectiva intercultural. 2012. 477 f. Tese (Doutorado em Letras e Linguística) – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Letras, 2012.

RAMOS, A. R. **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: UFMG Editora, 2012.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: formas jurídicas de proteção. In: RICARDO, Carlos Alberto (ed.). **Povos Indígenas no Brasil**. 1996 – 2000. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000.

SANTILLI, Márcio. Os direitos Indígenas na Constituição brasileira. In: POVOS Indígenas no Brasil: 1987/88/89/90. São Paulo: CEDI, 2000.

SAVIANI, D. **A nova lei da educação – LDB**: trajetória, limites e perspectivas. Campinas: Autores Associados, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOTOPIETRA, Andrea Uemura. O problema jurídico da articulação governamental nas políticas públicas e o acesso à educação indígena - Análise do programa de apoio à formação superior e licenciaturas interculturais indígenas - Prolind. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 96, 2016.

SOUZA LIMA, A. C.; BARROSO, M. **Povos indígenas e universidade no Brasil: contextos e perspectivas. 2004-2008**. Rio de Janeiro: E-papers, 2013.

TOQUARTO, Emiliano Junior. PROLIND: uma realidade no processo de formação de professores indígenas. **Revista de Estudos Linguísticos, Literários, Culturais e da Contemporaneidade**, Alagoas, 2016.

TROQUEZ, Marta Coelho Castro. Notas sobre a emergência do direito a educação diferenciada para indígenas no contexto mundial (1948-2007). **Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD**, v. 1, n. 1, p. 235-256, 2012.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 12/10/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/11/2021
- Avaliação 1: 29/11/2022
- Avaliação 2: 12/02/2023
- Decisão editorial preliminar: 12/02/2023
- Retorno rodada de correções: 09/04/2023
- Decisão editorial/aprovado: 09/04/2023

Equipe editorial envolvida

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

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OPINIÃO PÚBLICA: A ATUAÇÃO DA MÍDIA NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS DO PRESIDENTE LULA

SUPREME COURT AND PUBLIC OPINION: THE
MEDIA PERFORMANCE IN LULA'S HABEAS CORPUS TRIAL

INGRID THAYNÁ DE FREITAS ACÁCIO¹
TAINAH SIMÕES SALES²

RESUMO

O objetivo deste estudo é investigar os reflexos e os efeitos político-sociais ocasionados pela larga divulgação midiática das atividades desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal. Examina-se, mediante pesquisa bibliográfica, pura e descritiva, a atuação do STF, que, ansiando pela conservação do poder e pela aprovação popular, assume uma agenda pública que acaba por interferir no teor das decisões de seus ministros. De modo específico, analisa-se o julgamento do *Habeas Corpus* 152.752/PR e suas repercussões jurídicas e políticas. Conclui-se que atribuir o controle da vida pública e política ao Judiciário desarmoniza a divisão de competências entre instituições e, por derradeiro, o programa normativo constitucional.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; opinião pública; Habeas Corpus 152.752/PR.

ABSTRACT

The aim of this paper is to investigate the reflexes and the political-social effects caused by the wide media dissemination of the activities developed by the Supreme Court. We examine, through bibliographic and descriptive research, the Brazilian Supreme Court performance, which, yearning for the conservation of power and popular approval, assumes a public agenda that ends up interfering in the content of the ministers' decisions. Specifically, the judgment of Habeas Corpus 152.752/PR and its legal and political repercussions are analyzed. It is concluded that granting control of public and political life only to Judiciary disharmonizes the division of powers between institutions, and, finally, the constitutional normative program.

Keywords: Supreme Court; Public opinion; Habeas Corpus 152.752/PR.

- 1 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Damásio Educacional e Especialista em Direito Corporativo pelo Centro Universitário Unichristus. LATTES Id: <http://lattes.cnpq.br/0248405571310264>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1172-9660>.
- 2 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC/Brasil) com Pesquisa Doutoral na Aix-Marseille Université (AMU/França). Professora de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor/Brasil). LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/5007416477494880>.

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

ACÁCIO, Ingrid Thayná de Freitas; SALES, Tainah Simões. O Supremo Tribunal Federal e a opinião pública: a atuação da mídia no julgamento do Habeas Corpus do Presidente Lula. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 279-294, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9043>.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho está dividido em três partes. Na primeira, apresenta-se o fenômeno da judicialização no contexto do processo de transformação democrática enfrentado pelo Brasil desde o fim da ditadura militar. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as competências do Poder Judiciário foram expandidas, especialmente na figura de seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF), sendo ainda mais dilatadas por meio das Emendas Constitucionais nº 03/93 e 45/05.

Contudo, além das disposições constitucionais expressas que versam sobre as funções do Judiciário, a natureza plástica e principiológica do texto constitucional requer do julgador uma postura atuante na atividade interpretativa, para que os resultados esperados da norma sejam atingidos. Além disso, diante das crises enfrentadas pelo País, houve o redirecionamento das expectativas de justiça social para o poder jurídico e o aumento do uso do Judiciário pela população.

Nesse diapasão, a elevação do poder de decisão dos juízes e tribunais levou ao abandono da autocontenção judicial, e, por derradeiro, a uma participação ativa do poder jurídico em assuntos políticos, sociais e morais relevantes, como ao deliberar sobre direito à saúde e à educação, elevando o risco de invasão à esfera de atuação dos poderes representativos.

A assunção de um papel ativo pelo Judiciário, especialmente em sua atuação contramajoritária, traz importantes ganhos populares e possibilita a efetivação de direitos fundamentais para grupos socialmente discriminados. Todavia, as críticas opostas ao ativismo judicial merecem relevo diante dos conflitos que a ampliação das competências e expectativas sobre o poder jurídico podem ocasionar, a exemplo da politização da justiça.

É, nesse diapasão, que, na segunda parte do estudo, examina-se a atuação do STF, que, ansiando pela preservação e pela conservação do poder, assume uma agenda pública, diariamente noticiada pela mídia, fazendo com que as decisões proferidas pelo Tribunal façam parte do cotidiano dos cidadãos.

Como consequência, os julgamentos se tornam alvos da opinião pública e são por ela influenciados, valendo-se de uma Corte cautelosa para que seus entendimentos sejam capazes de dar as respostas esperadas pela população. Ao assumir uma posição enquanto ator político, o STF torna-se previsível e se distancia, cada vez mais, do ideal de justiça instado pela sociedade.

Na terceira parte, a fim de realizar uma análise detalhada da intrínseca relação entre as questões políticas e jurídicas e a capacidade de influência da opinião pública e da mídia nos posicionamentos do STF, apresentam-se detalhes do julgamento do *Habeas Corpus* do presidente Lula, em abril de 2018, que teve como resultado, à época, a decretação de sua prisão e a impossibilidade de participação de Lula na disputa presidencial ocorrida no mesmo ano.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Entre os anos de 1964 e 1985, os brasileiros viveram um regime ditatorial dotado de Atos Institucionais que eram utilizados para o exercício legislativo pelas forças armadas e legitimavam um sistema largamente repressivo, além de eximir a participação política do povo e seus direitos fundamentais.

Assim, durante o regime autoritário, o Poder Judiciário sofreu restrições de suas competências em detrimento da consolidação do Executivo. Não obstante, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 como proposta para o processo de redemocratização do País, o poder jurídico ganhou expansão, fortalecimento e autonomia, esboçados, principalmente, por meio do STF. Tal situação que ocasionou o redirecionamento para o Judiciário do poder final de decisão acerca de questões políticas, sociais e morais relevantes, fenômeno este denominado de judicialização (Barroso, 2018).

A centralidade da Constituição e a supremacia judicial vigoram no Estado Democrático de Direito. É por essa razão que a judicialização, na visão de Garapon (1999), não deve ser entendida de maneira isolada, mas, sim, como parte de um todo que se consubstancia no processo de transformação da democracia.

Acerca do assunto, compreende Luís Roberto Barroso (2018, p. 244, grifo do autor) que:

[...] a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opinião política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão.

O bojo da Constituição demonstra o rompimento com o positivismo jurídico em detrimento de normas de conteúdo plástico e principiológico, que levam à construção de uma “legislação simbólica”, carente de eficácia normativa. A dificuldade em tornar eficaz o texto constitucional faz com que os julgadores ultrapassem a função de julgar certo ou errado com base na lei e passem a buscar a concretização dos resultados esperados da norma (Vianna *et al.*, 1999).

A formação de uma sociedade complexa, com mudanças político-sociais constantes, aliada ao advento dos princípios, traz a necessidade de que os magistrados apelem para fontes externas para fundamentar suas decisões. O julgador passa, então, a assumir uma postura ativa tanto na promoção de direitos como na verificação da conformidade das leis com os princípios e regras vigentes. Nas palavras de Garapon (1999, p. 41): “[...] O juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um co-legislador permanente”.

No mesmo contexto, a desconfiança popular no Estado opressivo (pós-ditadura militar) e a impossibilidade de efetivação integral do conteúdo posto no texto constitucional pelo Executivo e pelo Legislativo acarretaram o aumento das expectativas sociais por justiça e, naturalmente, da crença naqueles que se apresentam como seus efetivadores – os juízes. Garapon (1999) entende que a reorientação das expectativas políticas faz com que a opinião pública direcione suas demandas para a justiça, como referência da ação política neutra e desinteressada.

Na perspectiva até então abordada, em que foi feito um corte diante das diversas naturezas atribuídas à judicialização, pode-se notar que o fenômeno decorre: (i) da importância constitucionalmente conferida ao Poder Judiciário para manutenção da democracia, seja pela aplicação direta da Constituição nas situações contempladas, seja pela sua aplicação indireta, ao se utilizar do texto constitucional como parâmetro para aferir a constitucionalidade de uma norma ou para atribuir o melhor sentido diante das possibilidades; e (ii) dos anseios e das expectativas de um povo desiludido com a política majoritária, em manifesta crise política, que volta o alcance da justiça social para o poder jurídico.

Assim, a assunção pelo Judiciário de questões tradicionalmente designadas à política vem sendo de relevante importância para a legitimação argumentativa das decisões políticas, de forma a atuar paralela – e, por vezes, contrariamente – à legitimação da maioria (Barroso, 2018).

O ainda recente processo de redemocratização brasileiro traz à tona o enfrentamento de problemas institucionais – a exemplo da fragilidade do sistema representativo, que faz crer como “maioria” um grupo político e economicamente favorecido, que, na prática, não representa os interesses e necessidades daqueles que ocupam posições minoritárias ou de vulnerabilidade social³.

Após as eleições de 2022, o portal jornalístico G1 (Perfil..., 2022) realizou levantamento de dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) acerca dos 513 deputados federais eleitos, em que foi aferido que a composição da Câmara dos Deputados, resultante do último pleito, é bastante semelhante à composição da Câmara pelos candidatos eleitos no ano de 2018, quando os referidos cargos foram ocupados, majoritariamente, por homens (85%), brancos (75%), casados (69,2%) e com ensino superior (80,9%), sendo 47% dos deputados milionários (Caesar, 2018). Em 2023, segundo o levantamento do Jornal (2022), a Câmara dos Deputados continuará formada, em sua maioria, por homens (82%), brancos (72%), casados (70%) e com ensino superior (83%).

A pequena diminuição da porcentagem dos cargos a deputado federal ocupados por homens se justifica pelo aumento recorde de representação feminina na Câmara. O número de mulheres eleitas subiu de 77 para 91; enquanto isso, elegeram-se 422 homens para os cargos, evidenciando que os avanços na representatividade feminina, apesar de importantes, são diminutos quando comparados às cadeiras ocupadas pelos representantes do gênero masculino.

A sutil diferença no tocante aos candidatos que se declaram brancos, possivelmente é resultante das alterações realizadas nas autodeclarações de cor/raça. Conforme o veículo de imprensa (2022), 2.510 candidatos fizeram essa alteração, de modo que um terço das mudanças entre candidatos eleitos e não-eleitos se deu em relação aos que, em pleitos anteriores, declaravam-se brancos e, em 2022, declararam-se negros ou pardos.

Chama atenção, ainda, o alto grau de escolaridade dos deputados federais eleitos, ao se perceber que apenas 18 candidatos eleitos não completaram o ensino médio. Houve, ainda,

3 Utilizamos os critérios objetivo e subjetivo adotados por Capotorti (*apud* Remillard, 1986, p. 13), ao definir minorias. Considera-se, portanto, minorias como um contingente inferior de pessoas com características étnicas, religiosas e linguísticas diferentes do restante da população que possuem vontade comum de preservar os elementos que as caracterizam. Diferentemente, os grupos em situação de vulnerabilidade possuem características que não podem escolher (mulheres, idosos, pobres, pessoas portadoras de deficiência, dentre outros), bem como, com frequência, não possuem a percepção de que estão sendo vítimas de discriminação e violação de direitos (Séguin, 2002).

diminuição na proporção de solteiros e aumento na quantidade de divorciados, mas a expressiva maioria dos deputados eleitos permanece com o estado civil de casado (Perfil..., 2022).

Os dados acima aferidos revelam que a composição da Casa de representação de demandas mais específicas da população é deficiente no que tange à representação de grupos discriminados socialmente, fazendo com que o debate legislativo de interesse de tais grupos avance muito lentamente. Diante do contexto, o Poder Judiciário, em alguns momentos, tem assumido a defesa de direitos e garantias fundamentais daqueles que não são atendidos pela vontade majoritária, adotando, por conseguinte, posicionamentos contramajoritários, na tentativa de equilibrar as relações democráticas.

Diante da crise político-institucional instaurada no Brasil nos últimos anos, em que foram deflagrados diversos esquemas de corrupção envolvendo grandes empresas estatais e ocupantes de altos cargos públicos, é notório que os interesses pessoais dos representantes do povo muitas vezes estão sobrepostos aos interesses populares, deixando à deriva aqueles que padecem em situação de miséria e desrespeito, tantas vezes submetidos a condições de extrema desigualdade social, sistemas de saúde, saneamento e educação precários e sem perspectiva de melhorias, dentre outras situações que geram forte sentimento de impotência frente ao esvaecimento de direitos e garantias fundamentais.

Nesse diapasão, a jurisdição constitucional opera, primordialmente, no controle dos excessos das maiorias legislativas, protegendo grupos discriminados socialmente contra os abusos democráticos. Outra não seria a razão para conferir poder político a um órgão composto por membros não-eleitos, senão o anseio de que decisões políticas fossem tomadas por uma instituição “independente” das pressões geradas pela opinião pública (Novelino, 2015).

O abandono da autocontenção judicial rumo à participação ativa e pessoal dos magistrados em decisões que causam interferência na competência dos demais poderes, ensejou o fenômeno denominado pela doutrina de “ativismo judicial”, que, embora semelhante, não se confunde com a judicialização. Esta distingue-se do ativismo por ser, como já dito, uma circunstância adotada pelo modelo constitucional – que não decorre da vontade do Judiciário, mas, sim, do constituinte – na qual questões de larga repercussão política ou social são traduzidas em ações judiciais, ao invés de serem tratadas por instâncias políticas tradicionais.

Acerca da diferença entre os institutos, afirma Barroso (2012, p. 25):

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Na concepção de Lenio Streck (2016), o ativismo sempre será um fenômeno prejudicial à democracia, visto que é o retrato da adoção de posicionamentos pessoais de juízes e tribunais para oferecer resposta ao objeto da judicialização. O fruto do ativismo é uma decisão em

que a vontade do julgador substitui um debate que pertence à esfera política. Para o jurista, a judicialização é o gênero do qual o ativismo figura como uma de suas espécies; em outras palavras: o ativismo é uma forma de resposta a uma demanda que sofreu judicialização.

Há de ser considerado que o princípio majoritário não é uma segurança de igualdade política: o resultado majoritário traduz a voz de vencedores, mas não necessariamente o alcance do bem comum. O texto constitucional tem como uma de suas finalidades a proteção de direito de grupos minoritários e em situação de vulnerabilidade, mesmo em situações em que a maioria entenda já alcançado o fim comum. Nesse âmbito, é necessário rememorar que os preceitos constitucionais de proteção igualitária são valores políticos e morais escolhidos pelo próprio povo através do poder constituinte, que denota a expressão máxima da soberania popular (Kozicki; Barboza, 2016).

Dessa forma, atendida a razoabilidade e a legitimidade conferida pela própria Constituição, a adoção de um modelo judicial atuante se mostra adequado para que, em casos de desvio do poder público ou de *déficit* em sua capacidade prestacional à sociedade, haja a devida defesa da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Contudo, não se podem olvidar os riscos e conflitos que a ampliação das competências e expectativas sobre o Judiciário podem provocar, motivo pelo qual merecem ponderações as críticas opostas ao ativismo judicial, especialmente na perspectiva apresentada por Lenio Streck (2016). A possibilidade de agentes públicos não eletivos (juízes, desembargadores e ministros) posicionarem-se contra decisões proferidas pelo Executivo e pelo Legislativo, indo ao encontro das opiniões dos representantes do povo e, portanto, exprimindo discursos contramajoritários, pode ameaçar a legitimidade democrática.

A judicialização é importante e necessária até o ponto em que haja o cumprimento do programa normativo proposto pelo constituinte originário; caso ultrapassado, adota-se um papel ativista que não é autêntico, mas, sim, pessoal, não amparado pelo texto constitucional.

Não obstante o reconhecimento de outros riscos inerentes ao ativismo judicial, este estudo está concentrado na possibilidade de ver politizada a justiça, levando em conta o atual crescimento de uma atuação tendenciosa pelo poder jurídico, mormente na figura dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisões alinhadas ao “regime dominante”, isto é, de forma a atender os interesses das forças políticas do País e da pressão midiática.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OPINIÃO PÚBLICA

Na cultura tradicional jurídica, separam-se direito e política. O direito seria alicerçado pelas normas e pelos direitos fundamentais, enquanto a política pela soberania popular e pelo princípio majoritário. Nessa perspectiva, para evitar a utilização imprópria da justiça pelo direito, são utilizados como instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos políticos do País e a vinculação dos juristas à Constituição e às leis.

Contudo, não é demais lembrar que as normas que baseiam o direito são regidas não apenas por regras que permitem uma aplicação direta da norma ao caso concreto, mas tam-

bém por princípios, conceitos e práticas que exigem dos magistrados uma atuação criativa enquanto intérpretes finais e definitivos da lei, especialmente em casos em que há discussão de assuntos controvertidos.

A competência constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário e, mormente, ao STF, de dar a palavra final acerca do alcance e do sentido das normas, fazendo-o ocupar uma posição de autoridade em detrimento dos demais poderes, põe em evidência a linha tênue que separa direito e política. A superioridade esboçada pelo STF, sobretudo quando sua atuação envolve a análise da validade e da legitimação de atos de poderes representativos, demonstra um exercício político e põe em xeque a legitimidade democrática (Barroso, 2018).

Ao significar uma norma, os ministros não se baseiam apenas no programa normativo conferido pelo constituinte, visto que, inevitavelmente, existem influências externas que também delimitam o resultado da decisão, tais como: preferências políticas, opiniões morais e religiosas, opinião pública, além da – e talvez o ponto mais importante – vontade de preservação e expansão de seu poder.

Ademais, no campo institucional, podem influenciar decisivamente o resultado do julgamento de um órgão colegiado: a troca de apoio entre ministros⁴, o relator sorteado para a apreciação da demanda, a ordem na agenda de julgamento e, até mesmo, um pedido de vista (Barroso, 2018).

Nesse sentido, o STF, topo das instâncias judiciais e guardião da Constituição, ganha contorno ainda mais acentuado⁵. Além das extensas atribuições conferidas à Suprema Corte pela Constituição de 1988, enquanto órgão de cúpula do Judiciário e foro especializado, o Tribunal teve suas atribuições de natureza política ainda mais dilatadas pelas Emendas Constitucionais nº 03/93 e 45/05, pelas leis que regulamentam as ações do controle de constitucionalidade e que ainda parecem aumentar pelo avançar das discussões acerca abstrativização do controle difuso⁶.

Há ainda de ser considerada a extensão dada pelo legislador ao rol de agentes políticos e sociais aptos a propor ações para acesso ao controle de constitucionalidade⁷, além da valorização da Corte como local de debate político plural da sociedade civil e de outros grupos de interesse, expressado através, principalmente, do *amicus curiae*⁸ e das audiências públicas, em um processo de democratização do acesso à justiça.

4 Ocasão em que Luís Roberto Barroso (2018, p. 277) caracterizou como “[...] típica apropriação da linguagem político-partidária”.

5 Ao arranjo institucional brasileiro que possui o Supremo como governador jurisdicional do Poder Judiciário e que estende a autoridade da Corte em detrimento do Executivo e do Legislativo, tornando-o semelhante a uma espécie de poder moderador, Vieira (2008, p. 444), em uma adequada crítica, denominou – de forma que afirmou ser impressionista – de “supremocracia”.

6 O art. 52, inciso X, da CF/88 prevê a possibilidade de o Senado Federal, por meio de resolução, suspender a execução de leis ou de atos normativos declarados inconstitucionais por decisões do STF em controle difuso, atribuindo-lhes, portanto, efeitos *erga omnes* e vinculantes. Contudo, alguns ministros passaram a defender a ressignificação do dispositivo constitucional, para que fosse interpretado de forma que a atuação do Senado apenas fosse necessária para dar publicidade das decisões proferidas pelo STF em controle difuso, sendo dispensável a edição de resolução para que as decisões, mesmo em controle abstrato, produzirem, de imediato, efeito para todos. No julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, o Ministro Relator Gilmar Mendes, na defesa da abstrativização, afirmou ser o novo significado da norma fruto de “autêntica mutação constitucional” (STF, RLC 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 21-10-2014). As divergências quanto ao tema também foram empossadas nas ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, ambas de relatoria da Ministra Rosa Weber, que passou a acolher a teoria.

7 Art. 103 da CF/88.

8 Previsto no art. 138 do CPC, o *amicus curiae* – observada a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia – permite a participação processual de terceiros, alheios às partes, para a promoção de interesses gerais ou de bem comum.

O grande problema que circunda a questão é que os debates, anteriormente, davam-se unicamente pela via processual, no entanto, em virtude do anseio de preservação e de conservação do poder, a atuação do STF passou a assumir uma agenda midiática e pública (Albuquerque, 2018b), fazendo com que a relação entre Supremo e cidadãos brasileiros passasse a ser, além de jurídica e política, comunicativa.

Raros são os dias em que o STF não aparece nas manchetes de jornais brasileiros, especialmente no caderno de política. A repercussão das decisões da Corte ultrapassa as barreiras dos intérpretes formais, notadamente em assuntos socialmente polêmicos: o homem médio conhece e acompanha a atuação do Tribunal, de forma a demonstrar o poder de provocar e influenciar que o órgão jurídico possui diante da população.

A comunicação entre povo e Supremo é abastecida pela exposição midiática a que a Corte se submete, ao apreciar casos que possuem forte apelo político e social, exibição que vem tornando os ministros personagens cada vez mais conhecidos. Como consequência, os votos dos membros do STF estão sujeitos às críticas populares, situação que, inevitavelmente, exerce influência sobre seus julgamentos e, inclusive, gera expectativa acerca do posicionamento ideológico de cada ministro ao proferir suas decisões e posicionamentos públicos (Novelino, 2015).

Assim, a Corte passa a emitir suas mais importantes mensagens, enquanto o povo recebe e realiza a legitimação pública da decisão e do Tribunal. Vieira (2008, p. 442, grifo do autor) elucida:

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.

Como dito, as informações veiculadas pela mídia passaram a definir a agenda do STF, tornando quase que imediato o posicionamento do Supremo em casos emblemáticos. Temas de interesse direto da opinião pública ganharam relevo e prioridade de posicionamento, intensificando a comunicação entre a sociedade e a Corte.

Para exemplificar, cita-se a divulgação dos áudios de Romero Jucá, Renan Calheiros e José Sarney, em maio de 2016, pelo, à época, juiz federal Sérgio Moro, quando Lula, em conversa com Dilma Rousseff, denominou o Supremo de “acovardado”. No dia seguinte, o ministro decano Celso de Mello criticou a fala do presidente e afirmou ser uma reação de autoridades autocráticas arrogantes, em declaração que teve a concordância do ministro Ricardo Lewandowski, o qual, corroborando com o decano, disse: “[...] os juízes dessa Casa não faltarão aos cidadãos brasileiros” (Brasil, 2016).

Em exemplo mais recente, os ministros do STF também mostraram agilidade em suas respostas após o ministro Celso de Mello tornar público o vídeo da reunião ministerial do Governo Bolsonaro, ocorrida em 22 de abril de 2020, que trouxe à tona gravação em que do ministro da Educação, Abraham Weintraub, afirmou que o Supremo seria composto por “vagabundos”. Já na decisão que publicitou o teor da reunião, o ministro decano aduziu:

Essa **gravíssima** aleivosia **perpetrada** por referido Ministro de Estado, **consubstanciada** em discurso contumelioso e aparentemente ofensivo ao patrimônio moral dos Ministros da Suprema Corte Brasileira (“*Eu, por mim, botava esses vagabundos, todos na cadeia. Começando no STF*”) – **externada** em plena reunião governamental ocorrida no próprio Palácio do Planalto, que contou com a presença de inúmeros participantes –, **põe em evidência**, além do seu destacado grau de incivilidade e de inaceitável grosseira, **que tal afirmação configuraria possível delito contra a honra (como o crime de injúria)** (Brasil, 2020, grifo do autor).

Na abertura de sessão no Supremo, em 26 de maio de 2020, pouco após a divulgação da gravação (ocorrida em 22 de maio de 2020), a ministra Cármen Lúcia e, novamente, o ministro Celso de Mello manifestaram-se quanto às alegações do ministro da Educação.

Para mais, a criação da TV Justiça⁹, por iniciativa da própria Corte, foi essencial para a aproximação entre o STF e a mídia. O canal transmite, ao vivo, as sessões do Plenário da Corte, noticia as ações que são recebidas, possui programação voltada à explicação das principais questões em voga, além de oferecer aulas de Direito. O contato direto do STF com a imprensa pode, ainda, ser verificada por meio das páginas do Tribunal nas redes sociais, como *Twitter*, *Instagram*, além de seus informativos voltados ao grande público e da Rádio Justiça (Falcão; Oliveira, 2013).

Fato é que, na crise política, hoje principalmente esboçada pela Operação Lava Jato, o STF não exerce apenas papel decisório quanto às questões políticas. As paredes institucionais são superadas e os posicionamentos dos ministros passam a ser publicamente cobrados – cobrança esta que é rapidamente atendida pela Corte, em forte demonstração da assunção de um lugar na disputa política.

Como consequência, a divulgação da mídia e o alcance social que ganham as decisões do Supremo fazem com que o Tribunal precise ser cauteloso para que seus entendimentos sejam capazes de dar as respostas esperadas pela opinião pública e, assim, possam ser legitimados pela população. Não é raro deparar com situações em que, vendo seu ponto de vista derrotado, um ministro, fazendo concessões no que tange às suas convicções, ceda à posição da maioria e modifique o entendimento anteriormente sustentado.

Como já reiterado, as decisões não são dadas unicamente pelos meios jurídico-institucionais, mas principalmente pela mídia. Passa o STF a afirmar seu poder político através da seletividade do que julga e comunica. Nas palavras de Albuquerque (2018a, p. 222): “É na mídia que a Justiça se coloca frente ao Executivo e ao Legislativo na crise. Dito de outro modo, o elemento da opinião pública, institucionalmente, passa a fazer parte dos dilemas da justiça”.

Os magistrados aproveitam as oportunidades para ver suas vozes veiculadas na imprensa, utilizando, para tanto, não somente do plenário, mas de jantares, coletivas de imprensa e das próprias decisões para ver reverberado seu poder e suas ações em prol do interesse popular. Há intenção do Supremo de dar audiência e difundir mensagens, às vezes para destinatários específicos, com a finalidade reafirmar seu lugar de superioridade no jogo político (Albuquerque, 2018a).

9 A TV Justiça foi criada pela Lei nº 10.461 de 17 de maio de 2002, na proposta de conferir visibilidade e transparência ao exercício jurisdicional do STF.

Aqui cabe um adendo em razão de risco especialmente relevante. Conforme mencionado, ao determinar o STF como guarda da Constituição (art. 102, CF/88), o constituinte deu ao Tribunal a importante função de equilibrar as relações democráticas na defesa de direitos e garantias fundamentais para aqueles que não são beneficiados pelo sistema político majoritário.

Contudo, ao buscar aceitação de uma maioria, aquela mesma que escolhe os representantes do Legislativo e do Executivo, o STF passa a proferir decisões e discursos que atendem aos interesses do grupo dominante, podendo culminar em desastrosas consequências no que diz respeito à supressão de direitos de direitos fundamentais. Ou seja, o mesmo Judiciário que foi instado para proferir decisões pró-direito de minorias e de grupos em situação de vulnerabilidade, perante a conveniência político-social, cede ao clamor social majoritário e acaba corroborando com a derrogação de direitos e do poder normativo da Constituição.

Embora o Supremo, enquanto órgão do Poder Judiciário, exerça um poder em nome do povo, visto que instituído por meio da representação da maioria, nem sempre a opinião majoritária é a mais justa ou mais correta, razão que leva à impossibilidade de haver um Supremo escravizado pela opinião pública (Barroso, 2018).

Retomando a ideia central, remete-se ao descrédito que o órgão judicial passa a ter ao se tornar um ator extremamente político e previsível, que antecipa os entendimentos que serão esboçados em decisões politicamente relevantes e que, preterindo – por estratégia de jogo – os preceitos de justiça, passa a abordar os posicionamentos que acarretam a maior aceitação social. Nesse sentir:

[...] como recorrer a uma instituição que já se posicionou? De todas as questões, aqui me concentro em uma: mesmo composto por grupos distintos, instâncias e atribuições específicas, o Judiciário hoje é um ator tão conhecido como completamente envolvido nas decisões do Brasil (Albuquerque, 2018b, *online*).

Dessa forma, a ideia de justiça como um ideal a ser conquistado por intermédio do Judiciário, na qual a distância entre o poder jurídico e o cidadão comum, a opinião pública e a imprensa eram tidas como virtude, passa a dar, intencionalmente, espaço à ocupação pelo mesmo poder, sobretudo na figura de seu órgão de cúpula, de posição tática em um jogo de interesses particulares, distanciando-se, cada passo mais, do imaginário imparcial e heroico requisitado pela sociedade.

4. O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 152.752/PR: CASO LULA

O resultado do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) preventivo impetrado pelo presidente Lula, na madrugada do dia 5 de abril de 2018, demonstra, com clareza, a intrínseca relação entre as questões políticas e jurídicas e a capacidade de influência da opinião pública e da mídia nos posicionamentos do STF.

A presunção de não culpabilidade compõe um dos mais importantes pilares constitucionais, ao resguardar garantias processuais que regem o direito processual penal, em âmbito nacional e internacional. O princípio consta no ordenamento jurídico brasileiro tanto pela sua

incorporação através da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto São José da Costa Rica, aderida pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, como por disposição específica prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Desse modo, sendo a privação de liberdade a *ultima ratio* da repressão penal contemporânea, o dispositivo constitucional assegura que a demonstração da culpabilidade do acusado seja averiguada por procedimento público e legal, em que se garante os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

No entanto, não se encontrava, na jurisprudência, unanimidade quanto à possibilidade de o réu, condenado em 2º grau de jurisdição (Tribunais de Justiça Estaduais ou Tribunais Regionais Federais), iniciar o cumprimento da pena imposta – e desprovida de caráter acautelatório – mesmo com a pendência de julgamento de recurso em tribunais superiores. Durante anos a discussão esteve na pauta do Supremo, que vez se manifestou pela impossibilidade de execução provisória da pena (Brasil, 2010), e, outra, por sua possibilidade, entendendo pela relativização do princípio da presunção de inocência (Brasil, 2016).

Diante da controversa entre os julgamentos da Corte, em 2016, o Partido Ecológico Natural (PEN) – hoje, Patriota (PATRI) – e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ingressaram, respectivamente, com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44/DF, ambas com pedido liminar e com finalidade de reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), o qual, em sua literalidade, afirma que o início do cumprimento da pena de prisão apenas pode se dar após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, o qual foi voto vencido na decisão, o Plenário do STF, ainda no mesmo ano, indeferiu as medidas cautelares, ocasião em que restou pendente de julgamento o mérito das referidas Ações.

Em abril de 2018, após a condenação do presidente Luiz Inácio Lula da Silva por corrupção passiva e lavagem de dinheiro pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), o Supremo julgou o *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, impetrado em favor de Lula, por meio do qual a defesa buscava impedir a execução provisória da pena imposta. O HC foi impetrado depois da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que negou *Habeas Corpus* preventivo ao presidente, fundamentando a decisão no entendimento firmado pelo STF em 2016, quando a Corte entendeu pela possibilidade de o início do cumprimento da pena se dar após a confirmação da sentença em segundo grau.

É inegável que a pressão social gerou opiniões opostas dentro da Suprema Corte, havendo, de um lado, ministros concordantes com o discurso da imprensa e com o ímpeto punitivo do público e, de outro, os acolhedores de pontos de vista divergentes, defendendo o respeito ao princípio da presunção da não culpabilidade, previsto no texto constitucional.

Devido à relevância política e social da questão, a então presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, deu prioridade ao julgamento do presidenciável em face de processos de Habeas Corpus semelhantes, impetrados por réus presos, para os quais a lei assegura prioridade de tramitação, e das ADCs 43 e 44/DF.

O Ministro Relator Edson Fachin votou pela ausência de ilegalidade, abusividade ou teratologia na decisão do STJ que aplicou a jurisprudência do STF de 2016, justificando-se na estabilidade e respeito ao julgamento do Supremo, que, segundo o Relator, apenas pode ser reanalisada por revisão jurisprudencial em sede de controle concentrado, ou seja, após o julgamento das ADCs 43 e 44, que, como dito, encontravam-se pendentes de julgamento.

Abrindo divergência parcial ao voto vencedor, o Ministro Gilmar Mendes, mudando o posicionamento adotado no julgamento do HC 126.292/SP, afirmou que os tribunais vêm adotando a jurisprudência do STF sem adequá-la ao caso concreto, desconsiderando o crime ou a pena aplicada, fazendo com que a possibilidade de execução provisória da pena mediante condenação em 2ª instância passasse de faculdade à obrigação. Para o Ministro, seria necessário aguardar o julgamento de recurso especial pelo STJ para que fosse devida a execução provisória, restringindo-se a possibilidade de antecipação do cumprimento da pena em segunda instância a poucas situações, como a condenação em crimes graves, para a garantia da ordem pública ou aplicação da lei penal.

O falecido Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, votando pela concessão do *Habeas Corpus* para que o presidente permanecesse em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, asseverou que a eventual reforma da sentença condenatória pelos tribunais superiores não é capaz de restituir a liberdade de alguém, sendo, portanto, a presunção de não culpabilidade necessária para salvaguardar os cidadãos (Brasil, 2018).

O julgamento do *Habeas Corpus* foi transmitido pela mídia durante todo o dia 4 e início do dia 5 de abril de 2018. Como resultado, o STF, pelo placar de 6 votos a 5, decidiu por não conceder ao atual presidente a possibilidade de responder em liberdade até o final do processo (Brasil, 2018). Diante do resultado, o, então, juiz federal Sérgio Moro, ainda no dia 5 de abril, decretou a prisão de Lula.

A mídia se manteve presente durante todo o julgamento, que durou cerca de 11 horas, expondo, com detalhes, os votos dos ministros, tornando o resultado do julgamento manchete nos mais importantes jornais do País. A grande exposição midiática ensejou fortes desejos na opinião pública, ocasionando a realizar manifestações populares por meio de passeadas, postagens em redes sociais, fantasias, camisetas, bonecos e pela própria mídia (Albuquerque, 2018b).

O processo que culminou na negativa de *Habeas Corpus* ao presidente foi bastante questionado, tanto política quanto juridicamente, especialmente por ter figurado em um período de pré-campanha presidencial, quando Lula liderava as pesquisas de opinião de voto. O início do cumprimento de pena pelo presidente impediu sua participação na disputa eleitoral e definiu o rumo que a disputa pela presidência tomou.

O agendamento do Supremo quanto ao julgamento prioritário e intencional e a sobreposição da questão política em relação à jurídica foram aclarados quando: i) o julgamento do presidente foi encaminhado ao Plenário da Corte, não tendo sido julgado por uma das Turmas do Tribunal, como ocorre na maioria dos *Habeas Corpus*¹⁰; ii) como dito, sob justificativa de relevância política e social do julgamento, a então presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, conferiu prioridade ao julgamento o HC do presidente em face aos processos de *Habeas Corpus*

10 Realizada a distribuição do HC, o caso foi distribuído para a 2ª Turma do STF, composta por Edson Fachin, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Dias Toffoli e pela, à época, presidente da Corte, Ministra Cármen Lúcia. Esclarece Albuquerque (2018b, p. 217): “[...] para muitos analistas, pelo histórico da 2ª Turma, o presidente Lula teria grandes chances de ter seu pedido provido se o julgamento tivesse ocorrido no primeiro âmbito”.

semelhantes, impetrados por réus presos, para os quais a lei assegura prioridade de tramitação, e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 43 e 44/DF), que versavam sobre a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância.

Em abril de 2018, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), também em defesa do princípio da presunção de inocência e da constitucionalidade do art. 283 do CPP, ajuizou nova Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 54/DF), distribuída por prevenção à relatoria do Ministro Marco Aurélio. Assim, as ADCs 43, 44 e 54 tiveram julgamento conjunto, concluído no dia 7 de novembro de 2019, no qual o STF, à contramão do entendimento anteriormente empossado, por maioria dos votos, decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, firmando a compreensão de que é necessário o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena, salvo em casos de prisão cautelar¹¹ (Brasil, 2019). À vista disso, em 8 de novembro 2020, quando já ultrapassadas as eleições presidenciais, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que estava preso desde o dia 7 de abril de 2018, foi solto.

Mediante julgamentos como o acima detalhado, nota-se que o STF se apresenta ao público com um “todo poderoso”, que dá a palavra final em casos que possuem grande repercussão pública, sendo capaz de modificar os entendimentos já firmados para permanecer no controle do jogo político e, inclusive, dirigir os rumos das eleições presidenciais.

O STF, cedente à democracia das maiorias, deixa-se, de forma indevida, influenciar pela opinião de grupos majoritários, utilizando-se, para tanto, de estratégias de ordem processual, que, além de causar prejuízo ao poder normativo da Constituição, causam, em um pequeno lapso temporal, divergências nos entendimentos proferidos pela Corte e, por consequência, insegurança quanto aos julgamentos realizados pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A atuação do STF em questões políticas vem se dando com a finalidade de controlar a dinâmica da vida pública e reiterar sua aceitação e prestígio popular. Por meio de uma agenda pública e midiática, o Supremo participa de um jogo político que está longe de ser neutro e põe dúvida quanto à possibilidade de figurar como efetivador do ideal de justiça.

5. CONCLUSÃO

As competências atribuídas pela Constituição Federal de 1988, aliadas à natureza aberta das disposições constitucionais, que, tantas vezes, encontram significação prática na interpretação realizada por juízes e tribunais, assim como a esperança do povo de alcançar a justiça por meio do jurídico, propiciaram a expansão do poder de decisão do Judiciário em questões de alto alcance político-social, inclusive em detrimento dos demais poderes, o que pode ser verificado, notadamente, pela atuação do STF.

É inquestionável a importância do papel contramajoritário que o Judiciário vem desempenhando na proteção de direitos fundamentais de grupos discriminados socialmente, assim

11 A decisão estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva (art. 312 do CPP), para que, como garantia da ordem pública e econômica, haja prisão antes do esgotamento dos recursos.

como na defesa de demais procedimentos democráticos. Não obstante, o exercício altivo da instância jurídica não pode ser realizado de maneira arbitrária, sob o risco de que a atribuição exacerbada de funções políticas ao poder jurídico comprometa a legitimidade democrática e limite o debate público.

Dessa forma, o STF vem proferindo, com liberdade, entendimentos acerca de matérias de importância pública, demonstrando o poder que o órgão adquiriu ao longo das últimas décadas, em atividade que, cada vez mais, torna dificultoso o distanciamento entre direito e política no cenário brasileiro.

Não raramente, o Supremo passa a adotar posição estratégica, não apenas de forma processual, mas também comunicativa, fugindo ao ideal de imparcialidade da justiça. Percebe-se pelo exemplo narrado que o Supremo, de forma intencional, vem cumprindo uma agenda pública e midiática, com o fim de se afirmar em meio à opinião pública e ver legitimadas suas decisões, além de reiterar o poder e a posição que ocupa em um jogo político.

Não se pode apostar todas as esperanças em um “super Judiciário” como se fosse um poder hegemônico, unicamente viável, ou garantidor permanente de decisões corretas e neutras sem levar em consideração que os valores pessoais e ideológicos, a integração com outros atores políticos e institucionais, as circunstâncias internas dos tribunais e, especialmente, a midiática e a opinião pública influenciam nas decisões proferidas. Atribuir o controle da vida pública a um exclusivo poder coloca em xeque a divisão de competências entre os Três Poderes, e, por derradeiro, o programa normativo constitucional.

As funções judiciárias devem ser exercidas dentro de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade entre o que se pode e o que se deve fazer, devendo ser pretensão a juízes e tribunais que as atividades jurídicas busquem o alcance da justiça e da imparcialidade. Para tanto, é preciso que a questão seja reconhecida como de importância não apenas para a academia e para magistrados, mas para a população como um todo, de forma que o tema possa ser enfrentado e fomentado, constituindo reflexões dos limites de atuação do Poder Judiciário, em especial, do STF.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Grazielle. O Judiciário na crise política: os “recados” públicos do Supremo Tribunal Federal. **Revista Compólitica**, v. 8, n. 2, p. 207-232, 2018.

ALBUQUERQUE, Grazielle. O preço de se tornar um ator político: A Justiça no centro da crise política. **Le monde diplomatique Brasil**, 2 mar. 2018. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/justica-no-centro-da-crise-politica/>. Acesso em: 30 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de março de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 20 maio. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 20 maio. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002. Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei no 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 de maio de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10461.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, 7 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 3 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, 7 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 3 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, 7 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 3 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, 29 de novembro de 2017. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3406&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, 29 de novembro de 2017. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2287108>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7/MG. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, 5 de fevereiro de 2009. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, 17 de fevereiro de 2016. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752/PR. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, 5 de abril de 2018. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4831/DF. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, 22 de maio de 2020. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343181188&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, 20 de março de 2014. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 1 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF cumprirá suas funções e não faltará aos cidadãos brasileiros, afirma presidente**, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=312284>. Acesso em: 31 maio 2020.

CAESAR, Gabriela. Perfil médio do deputado federal eleito é homem, branco, casado e com ensino superior. Eleições 2018. **G1**, 21 de out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/21/perfil-medio-do-deputado-federal-eleito-e-homem-branco-casado-e-com-ensino-superior.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2020.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, n. 88, p. 429-469, 2013.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião de promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas. In: GUIMARÃES, Juarez *et al.* (org.). **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 243-271.

PERFIL médio do deputado federal eleito é homem, branco, casado e com ensino médio. Eleições. **G1**, 5 out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/eleicao-em-numeros/noticia/2022/10/05/perfil-medio-do-deputado-federal-eleito-e-homem-branco-casado-e-com-ensino-superior.ghtml>. Acesso em 3 de jan. 2023.

REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2., 1986, Quebec. **Atas [...]**. Quebec: [s.n.], 1986.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

VIANNA *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 27/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 17/11/2022
- Avaliação 2: 29/12/2022
- Decisão editorial preliminar: 29/12/2022
- Retorno rodada de correções: 12/01/2023
- Decisão editorial/aprovado: 20/02/2023

Equipe editorial envolvida

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

GARANTINDO DIREITOS E ADJUDICANDO SOLUÇÕES: POR UMA ANÁLISE JURÍDICA E ECONÔMICA DO SISTEMA DE JUSTIÇA

GUARANTEEING RIGHTS AND AWARDED SOLUTIONS: TOWARDS A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS OF THE JUSTICE SYSTEM

ROGERIO BORBA¹

RAFAEL DE OLIVEIRA MONACO²

RESUMO

O objetivo deste artigo é estudar as instituições públicas e seu papel na interseção entre direito e economia, em especial sua função de promover previsibilidade ao cumprimento contratual, promovendo assim a expansão dos mercados e o crescimento econômico. Procurou-se investigar a configuração de arranjos institucionais voltados à tutela do crédito, com a delimitação dos direitos e a adjudicação de soluções trazendo segurança jurídica com a redução dos custos de transação e o papel do Sistema de Justiça nesse processo. Utilizou-se como método a revisão documental e bibliográfica. Concluiu-se que as instituições constituem as peças-chave para o desenvolvimento econômico, permitindo a expansão dos mercados e a consolidação do capital, assumindo o Sistema de Justiça alta relevância enquanto instituição destinada à garantia dos direitos e a adjudicação de soluções. Este artigo se enquadra no ramo das Ciências Jurídicas e Econômicas, especificamente no ramo da Análise Econômica do Direito.

Palavras-chave: direito e economia; análise econômica do direito; poder judiciário.

ABSTRACT

The objective of this article is to study public institutions and their role at the intersection between law and economics, in particular their function of promoting predictability in contractual compliance, thus promoting the expansion of markets and economic growth. We sought to investigate the configuration of institutional arrangements aimed at protecting credit, with the delimitation of rights and the adjudication of solutions, bringing legal certainty with the reduction of transaction costs and the role of the Justice System in this process. Documentary and bibliographic review was used as a method. It was concluded that institutions constitute the key elements for economic development, allowing the expansion of markets and the consolidation of capital, with the Justice System assuming high relevance as an institution designed to guarantee rights and award solutions. This article falls within the field of Legal and Economic Sciences, specifically the field of Economic Analysis of Law.

Keywords: law and economics; economic analysis of law; judicial power.

- 1 Advogado. Doutor em Sociologia (IUPERJ). Mestre em Direito (UNIFLU). Graduado e Especialista em Direito (UCAM). Professor Permanente do PPGD da UNIFACVEST. Membro do IAB e LIMAA. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1748-473X>.
- 2 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aprovado no XXIX concurso da Magistratura em 2005. Possui graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes (2001). Professor de Direito Empresarial na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes - RJ (UCAM). Doutorando em Direito, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

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

BORBA, Rogerio; MONACO, Rafael de Oliveira. Garantindo direitos e adjudicando soluções: por uma análise jurídica e econômica do sistema de justiça. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 295-307, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9003>.

1. INTRODUÇÃO

Não existe Economia sem o Direito. Para que haja um regular sistema de trocas econômicas que potencialize o uso do capital e promova o engrandecimento de um país, mister a existência de um regramento normativo que discipline as transações, bem como uma estrutura organizada que garanta a concretização das legítimas expectativas dos participantes.

Por isso, as instituições constituem elementos fundamentais para o desenvolvimento, em virtude da mitigação dos riscos e a minimização das incertezas, de maneira trazer previsibilidade ao cumprimento das avenças, contribuindo, assim, positivamente, para a expansão dos mercados e o crescimento econômico.

É preciso, pois, a configuração de arranjos institucionais voltados à tutela do crédito, com a delimitação dos direitos e a adjudicação de soluções trazendo segurança jurídica com a redução dos custos de transação.

Nessa dimensão, o Sistema de Justiça assume uma relevante função jurídica e econômica, como instituição pública responsável pela resolução dos conflitos de interesses. Sem descuidar dos demais valores constitucionais, a sinalização com decisões justas, céleres e uniformes garantem uma alocação eficiente de recursos em benefício de toda sociedade.

2. A IMPORTÂNCIA DAS INSTITUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO

As relações sociais geram fatos jurídicos e econômicos (Rego, 2009, p. 1). Logo, Direito e Economia são ciências indissociáveis merecendo uma apreciação conjunta, ainda que exista um certo ruído³ em razão da diversidade de objeto e abordagem.

No entanto, é do passado esse antagonismo metodológico, já que ambos lidam com problemas de organização, estabilidade e eficiência. Ademais, não existe um direito que não reflita um custo econômico, nem funciona um sistema econômico despido de institutos jurídicos que lhe promovam uma roupagem e que garantam o cumprimento das transações⁴.

Prova disso é que a Constituição da República (CR/88) consagrou todo um capítulo a respeito da Ordem Econômica transformando o fenômeno econômico em objeto juridicamente apreciável, tal qual o toque de Midas⁵.

3 "O diálogo entre o Direito e a Economia nem sempre foi facilitado. Ao revés, em razão do isolamento científico, da especialização acadêmica e da diversidade de objetos, essa ponte, por muito tempo deixou de ser cruzada. Havia, nessa colocação, um certo preconceito de ambas as partes, o que causava grande ruído entre o intercâmbio de conhecimentos. É possível dizer que enquanto o Direito é discurso (linguagem retórica), a Economia é matemática (linguagem econométrica); o Direito possui como valor o ideal de Justiça (abstração), já a Economia almeja a obtenção de resultados materiais (concretude); o Direito é dogmático e hermético (sistema fechado), ao contrário da Economia que é empírica (sistema aberto); o Direito é legalista (formal), mas a Economia é utilitária (pragmática); o Direito opera no mundo do dever ser (sentido prescritivo), no entanto a Economia atua no mundo do ser (sentido descritivo). (Monaco; Borba, 2020, p. 280).

4 "Economia e Direito são indissociáveis, pois as relações básicas estabelecidas pela sociedade para o emprego dos recursos escassos são de caráter instrumental, vale dizer, jurídico. Por outro lado, as necessidades econômicas influenciam a organização institucional e a feitura das leis. De qualquer maneira, não existe fenômeno econômico não inserido em um nicho institucional". (Nusdeo, 2008, p. 39).

5 "Diríamos que o Direito é como o rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo

Essa constitucionalização da economia representa, portanto, um conjunto de princípios e normas que orienta o funcionamento e a organização da atividade econômica, com vistas ao desenvolvimento nacional, nos termos do art. 3º, II da CR/88, amparada nas figuras do Estado, da Empresa e do Mercado. O primeiro a conferir legitimidade ao modelo de produção capitalista; a segunda ao denotar o exercício da atividade em si; o terceiro como um espaço destinado à operabilidade das trocas comerciais entre os agentes econômicos (Monaco; Silva, 2021, p. 67).

Com efeito, uma economia descentralizada deve estar assentada sobre o binômio: liberdade econômica⁶ e garantia de propriedade, devendo haver arranjos institucionais definidores de direitos e deveres com a condição de realizá-los na prática.

As Instituições, na clássica definição de Douglas North, funcionam como as regras do jogo⁷, ou seja, representam os limites⁸ formais e informais estabelecidos para disciplinar as interações humanas estruturando incentivos de natureza política, social e econômica. Com elas, é permitido aos agentes a tomada de decisões em um ambiente economicamente atrativo e juridicamente providente, a partir prévia definição de direitos e obrigações na ordem civil. As trocas passam a ser realizadas com estabilidade e calculabilidade reduzindo as incertezas inerentes às posições relacionais, fortalecendo a expansão do mercado com a maximização da riqueza e geração de bem-estar social.

Longe, portanto, da concepção econômica neoclássica, cujo foco centrava no indivíduo, enquanto agente racional, e no mecanismo de preços, como controlador da oferta e demanda, em um mercado autorregulado, a concepção neo-institucionalista desloca para as instituições o papel de centralidade para desenvolvimento da atividade econômica.

A nova economia institucional, por assim dizer, se aparta dos esquemas abstratos e estáticos do liberalismo clássico, já que, muito embora aceite que as escolhas sejam individuais, a vida real é coletiva, através da interação dinâmica de fatores e agentes no tempo e espaço. Isso justifica a existência das instituições para a manutenção da estabilidade das relações, a promoção da regulação dos mercados e o combate ao oportunismo de agentes maliciosos. Quebra-se, então, o ideal da racionalidade ilimitada e se constata a incompletude dos negócios. As instituições simplificam as transações, preenchem as lacunas negociais e corrigem eventuais desvios de conduta dos participantes⁹.

em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais". (Reale Junior, 2002, p. 29).

6 A liberdade econômica é um *plus*. É liberdade, portanto, para o exercício de qualquer profissão (art. 5º, XIII), liberdade de associação (art. 5º, XVI), liberdade de cooperação (art. 5º, XVIII), liberdade de empreendimento (art. 170, parágrafo único) e liberdade contratual (art. 421 do Código Civil).

7 "As instituições compreendem regras formais, limitações informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta autoimpostos) e os mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de normas. Em suma, constituem o arcabouço imposto pelo ser humano a seu relacionamento com os outros. O grau de identidade existente entre as normas institucionais e as opções feitas pelo indivíduo no contexto institucional dependem da eficácia do sistema de fiscalização do cumprimento de tais normas. Essa fiscalização é exercida pela primeira parte (códigos de conduta autoimpostos), pela segunda parte (represálias) ou por uma terceira parte (sanções por parte da sociedade ou exigências coercitivas por parte do Estado)." (North, 2006, p. 13).

8 Por exemplo, sob a visão econômica, a propriedade, enquanto instituição, seja ela monetária, imobiliária ou imaterial, constitui um feixe de direitos, onde o Estado tem o poder de limitar o exercício de sua alocação. Isto é, definir o que as pessoas podem ou não podem fazer com seus recursos livres. Sob aspecto jurídico, tendo em conta questões éticas e morais, no Estado Brasileiro, v.g. não se pode usar os direitos de propriedade para a compra de órgãos para transplante (art. 1º c/c o art. 9º da lei 9434/97), a cobrança para a doação de sangue (art. 1º da lei 10.205/2001), a comercialização da locação uterina (item "2" do inciso VII da Res. CFM n.º 2.294/2021) ou o cultivo de plantas entorpecentes (art. 2º da lei 11.343/06).

9 O conceito básico da ECT [economia dos custos de transação] é que existem problemas futuros potenciais nos contratos, problemas esses que são antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente. Os agentes

Nesse sentido, as instituições representam motores de prosperidade¹⁰ ao permitir o fluxo seguro de investimentos, criação de tecnologia, adoção de políticas macroeconômicas, desenvolvimentos de mercados pessoais¹¹ e fomento à livre concorrência. Logo, um mercado eficiente é consequência direta da escolha de suas instituições. Enquanto as instituições inclusivas fomentam o crescimento, as excludentes o bloqueiam. Assim, a política institucional passa a ser vista como uma peça-chave no êxito ou do fracasso econômico de uma nação (Acemoglu; Robinson, 2012, p. 86).

As instituições, em sua função promocional e corretiva, suavizam os custos econômicos inerentes às transações, uma vez que ninguém empreende a custo zero. É assente que operar no mercado enseja uma gama de custos, a que o economista Ronald Coase identificou como custos de transação. São custos para obter informações sobre produtos e parceiros; custos de negociação de avenças; custos de contratação; custos de monitoramento do negócio e custos de cumprimento e execução do contrato (Coase, 2017, p. 114).

Reduzir os custos de transação e minimizar incertezas é a tarefa das instituições ao lubrificar o atrito das relações econômicas, uma vez que a busca exige esforço; a negociação toma tempo; a redação requer conhecimento e fazer com que seja cumprido exige perseverança (Cooter; Ulen, 2010, p. 231). Sem as instituições, as operações poderiam ser extremamente dispendiosas, ou custosas o suficiente, a ponto de se inviabilizar as trocas, o que compromete a especialização e o crescimento econômico.

3. O SISTEMA DE JUSTIÇA COMO INSTITUIÇÃO

O Sistema de Justiça, por meio de suas normas jurídicas, de natureza material e processual, bem como do aparelho Judicial propriamente dito, deve ser compreendido, além de uma instituição jurídica, como uma instituição econômica¹². Cuida-se de uma organização destinada

podem descumprir promessas, motivados pelo oportunismo e pela possibilidade de apropriação de valor dos investimentos de ativos específicos. Na impossibilidade de desenhar contratos completos (decorrência da racionalidade limitada), as lacunas são inevitáveis. Os agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal, de normas, que se soma às regras informais para disciplinar o preenchimento das lacunas. (Zylbersztajn; Sztajn, 2005, p. 8).

10 "As instituições econômicas inclusivas preparam o terreno também para dois outros motores da prosperidade: tecnologia e educação. O crescimento econômico sustentado é quase sempre acompanhado de melhorias tecnológicas que permitem às pessoas (mão de obra), à terra e ao capital existente (prédios, maquinário, e assim por diante) aumentar a sua produtividade. Basta pensar em nossos tataravós, há apenas um século, que não tinham acesso a aviões, automóveis nem à maior parte dos medicamentos e recursos médicos que hoje consideramos naturais – para não falar na água encanada, no ar condicionado, nos shoppings, no rádio ou no cinema; nem na tecnologia da informação, robótica ou equipamentos controlados por computadores. Voltando mais algumas gerações atrás, o know-how tecnológico e os padrões de vida eram ainda mais retrógrados, a ponto de ser difícil para nós conceber como as pessoas em geral sobreviviam. Tais avanços são fruto da ciência e da atuação de empreendedores como Thomas Edison, que aplicava os princípios científicos à criação de negócios rentáveis. Esse processo de inovação é viabilizado por instituições econômicas que estimulem a propriedade privada, assegurem contratos, criem condições igualitárias para todos, e incentivem e possibilitem o surgimento de novas empresas, capazes de trazer as novas tecnologias à vida. Não deveria, portanto, ser surpresa para ninguém o fato de ter sido a sociedade norte-americana, e não o México ou o Peru, que gerou Thomas Edison, e que é a Coreia do Sul, e não a do Norte, que hoje produz empresas inovadoras em termos tecnológicos, como Samsung e Hyundai. (Acemoglu; Robinson, 2012, p. 81-82).

11 Mercados desenvolvidos são sempre caracterizados por mecanismos institucionais que permitem a realização de trocas complexas, temporalmente distantes e, mais importante, entre desconhecidos. A impessoalidade das trocas amplia os mercados, a especialização e, assim, o crescimento econômico. (Gico Junior, p. 117).

12 Por que o Judiciário é uma instituição econômica? Parece claro que a natureza e a atividade humana necessitam de coesão e são repletas de conflitos. Por um lado é preciso organizar-se em sociedade e, por outro, os conflitos que surgem das relações humanas precisam ser resolvidos de alguma forma. (...). Se aceitarmos a premissa de que a lei é um sofisticado indutor de condutas, que sua aplicação deve ser observada por todos (*erga omnes*) e o seu descumprimento punido, estamos aceitando

a garantir o cumprimento dos contratos e a realizar a proteção dos direitos de propriedade contribuindo para o bom funcionamento das empresas e dos mercados (Rego, 2009, p. 8).

Com esse viés, a estrutura jurídica de um país deve ser dotada de racionalidade econômica garantindo direitos e adjudicando as soluções esperadas pelos usuários, sempre com vistas à tutela do crédito e a realização dos valores constitucionalmente estabelecidos.

Em outras palavras, o arcabouço jurídico-normativo (*framework*) deve ser desenhado à luz de incentivos premiais e sancionatórios que impulsionem comportamentos cooperativos e reprimam condutas apropriativas, visando a realização material da pretensão das partes. Eficiência econômica deve ser a marca do sistema, de modo a trazer confiança e permitir uma segura circulação da riqueza¹³.

Do contrário, não estando assegurados os direitos, terceiros poderão usurpar a propriedade de seus titulares, terras poderão ser invadidas, contratos tenderão à quebra, crimes serão praticados e as leis desobedecidas. Logo, é preciso que o sistema estabeleça um “preço”¹⁴ para o sopesamento marginal dos custos e benefícios (*trade off*) que do comportamento deriva, pois segundo Pedro Paulo Moreira Rodrigues:

o papel do direito é criar mecanismos para que o cumprimento das promessas estabelecidas através dos contratos seja a melhor opção quando comparado à quebra dos contratos. Com isto se estará incentivando as partes a cooperarem entre si, pois quebrar o contrato apresentará um custo mais alto. Cabe, portanto, ao direito fazer com que o cumprimento dos contratos se mostre como uma opção eficiente economicamente, quer porque existam incentivos, quer porque as penalidades tornem oneroso o não cumprimento das promessas (Rodrigues, 2009, p. 1-17).

O mal funcionamento do Sistema de Justiça produzirá um efeito econômico oposto. Quanto mais fracos os incentivos, menores as chances de cooperação. Os direitos de propriedade terão o valor diminuído pelo aumento da incerteza. Tal fato dificultará o intercâmbio de mercado com aumento do custo de transação e impacto direto no desempenho econômico¹⁵. Como resultante, a deficiência do sistema de justiça terá o condão de distorcer o sistema de preços, poderá desestimular novos empreendimentos retraindo projetos de valor líquido presente, tornando ocioso o capital disponível ou mesmo encarecendo o crédito existente¹⁶.

implicitamente que o Judiciário deva ser um *construto humano* com certas funções insuperáveis numa sociedade. (Saddi, 2007, p. 212-213).

13 a estrutura jurídica de um país, não apenas aquela constante dos livros e das leis, mas a efetivamente praticada, possui uma enorme importância para a forma como investimentos gerarão ou não riqueza para um povo. A existência de instituições (regras) ruins pode não apenas impedir o investimento, como pode distorcê-lo de forma a canalizá-lo para empresas menos eficientes ou para finalidades socialmente indesejáveis, distorcendo o mercado. Tais distorções são capazes de limitar a inovação e o crescimento. (Gico Junior, p. 114).

14 Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos a atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatísticas e econometria) da análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento. (Cooter, 2010, p. 25).

15 O papel dos direitos da propriedade e das instituições no desempenho econômico pode ser explicado em uma definição cíclica: a lei ou a estrutura legal influencia o comportamento ou a conduta da economia de mercado, o que, por sua vez, leva ao desenvolvimento econômico que, por fim, se volta à lei ou à estrutura legal. (Pinheiro; Saddi, 2005, p. 143).

16 Por que contratos não são eficientemente garantidos, as firmas podem decidir não executar determinados negócios, deixar de explorar economias de escala, combinar insumos ineficientemente, não alocar sua produção entre clientes e mercado da melhor forma, deixar recursos ociosos, etc. (...) A eficiência também é comprometida pelo consumo de recursos escassos no próprio processo de litígio. Longos processos na justiça demandam advogados, tempo e atenção das partes e dos juízes. Um bom judiciário é essencial também para que firmas e indivíduos se sintam seguros para fazer investimentos dedicados, sejam eles físicos ou em capital humano. (Pinheiro, 2008, p. 29-30).

4. A FUNÇÃO ECONÔMICA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Não há Estado de Direito sem o pálio da segurança jurídica. Trata-se do pilar de sustentação que edifica todo o arcabouço político e jurídico de um país, cujo ideal se traduz em norma de primeira grandeza, de matriz valorativa e ideológica, típica das sociedades capitalistas modernas. Afinal, com a queda do poder absolutista, a partir da instauração do liberalismo econômico, a racionalidade Estatal ultrapassou as fronteiras da vontade¹⁷ do soberano para restar assentada na lei¹⁸, enquanto regra geral, abstrata, perene e a todos aplicável.

Em termos jurídicos, a segurança jurídica constitui um sobreprincípio absoluto que se espalha por todo o sistema constitucional e legal, estando individualizada em um amplo conjunto principiológico, tais como: a liberdade, a igualdade, legalidade, a propriedade, a publicidade, o devido processo, o acesso à justiça, à irretroatividade das leis, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, a manutenção da coisa julgada, entres outros.

Juridicamente, segurança jurídica denota uma tríplice configuração: compreensividade, confiabilidade e calculabilidade. O primeiro reclama que as normas e regras sejam claras, certas e determinadas, ou seja, cognoscíveis ou inteligíveis; pelo segundo, é preciso que os preceitos sejam estáveis (ainda que não imutáveis); pelo terceiro, que os efeitos advindos da norma, como consequência dos atos, sejam previsíveis. Logo, caracterizam a segurança jurídica os atributos de determinabilidade, da estabilidade e da previsibilidade, alcançando as dimensões temporais das relações sociais travadas no presente, no passado e para o futuro. Isto é, as partes possuem plena ciência das regras de convivência e dela esperam obter que os efeitos e resultados das relações sejam assegurados pelo Estado, tanto os que já foram praticados, bem assim aqueles que ainda serão entabulados ou cuja exigibilidade foi diferida¹⁹.

É nesse ambiente de confiança, com regras claras, estáveis e calculáveis que uma economia de mercado aflora. O capitalismo precisa de segurança jurídica para que as transações comerciais ocorram e sejam mantidas as condições praticadas dos agentes econômicos, dada a garantia de manutenção do sistema de produção e a possibilidade de acumulação desse resultado produtivo. Isto é, há uma expectativa de que os participantes irão cumprir os contratos e o Estado, enquanto instituição, assegurará a seriedade das promessas alinhavadas.

Economicamente, a segurança jurídica, em razão de seus predicativos, reduz os riscos e incertezas, diminuindo os custos de transação dos negócios. A presença dela permite o azei-

17 Só é possível entender o conceito de segurança jurídica quando se tem em vista as sociedades capitalistas. Apenas nesse tipo de sociedade há sentido em buscar uma estabilização social por meio do direito. Nos modos de produção do passado – escravagismo, feudalismo –, o domínio político é empreendido diretamente pelas mãos do senhor, que controla a sorte da vida social jungida por sua vontade. Não há de se esperar, pela parte dos servos ou escravos, que os senhores sejam previsíveis em suas ações ou julgamentos. Via reversa, também os senhores não podem esperar relações estáveis dos que estão sob seu mando nem dos outros senhores que podem lhe disputar espaço e domínio. Assentado quase sempre por meio da força, o poder senhorial não é estruturalmente previsível. (Mascaro, 2015, p.792).

18 Tanto é que o Estado Liberal derrubou os regimes absolutistas para criar a certeza do direito, pelo império das leis, e a garantia de intervenção mínima do Estado sobre a economia. O controle do poder executivo passou para as mãos dos burgueses, que controlavam o legislativo e, conseqüentemente, a produção das normas.²⁰ Havia, portanto, uma conexão entre segurança jurídica e a legalidade formal, uma vez que os limites do poder estatal estavam na lei, que representava a voz do povo. (Cambi; Bueno, 2014, p. 179-180).

19 O Direito, para servir de orientação para o destinatário, precisa, necessariamente, ser compreendido pelo destinatário, porque não se pode obedecer a uma norma cujo conteúdo não possa ser apreendido pelo destinatário que deve cumpri-la. Em face disso, é preciso distinguir três dimensões: uma dimensão presente, em razão da qual o Direito deve ser cognoscível; uma dimensão que marca a passagem do passado ao presente, com base na qual o Direito deve ser confiável no sentido de estável; e uma dimensão futura que marca a transição do presente para o futuro, em virtude da qual o Direito deve ser calculável no sentido de previsível. (Ávila, 2017, p. 47).

tamento das operações, por meio da estabilidade normativa ou eficácia *ex ante* da norma e da previsibilidade dos efeitos ou eficácia *ex post*, com obtenção de eficiência econômica em nível ótimo por ambas as partes²⁰. Pode-se dizer, portanto, que as instituições estão para a Economia, como a segurança jurídica está para o Direito.

Negócios seguros, pois, são fundamentais para o estímulo econômico, seja para facilitar as trocas imediatas para o consumo de bens e serviços, seja para incentivar a celebração de contratos de longa duração em todos os setores ou ainda para proteger, no campo industrial, investimentos em ativos específicos que demandem um grande prazo para a sua amortização.

Em contrapartida, a ausência de segurança jurídica traz grave sequelas econômicas. A instabilidade normativa, ou mesmo a perda de sua previsibilidade, induz um sobrepreço, no mercado, posto que mais arriscadas se tornam as relações. Nesse passo, três consequências podem ser economicamente antevistas com algum grau de perda: a) não realização do negócio; b) realização de modo diverso do originalmente previsto; c) realização do negócio com a exigência de garantia adicional para a proteção contratual. Na primeira hipótese nenhuma das partes ganha; na segunda, reduz-se os ganhos de ambas as partes, por conta da forma preterida; na terceira, uma das partes é mais onerada pela baixa segurança do negócio (Pinheiro, 2006, p. 325).

5. JUDICIÁRIO E ECONOMIA: IMPACTOS E FALHAS

O primado pela segurança jurídica, na vertente da análise econômica do Direito, não é exigido apenas para o Direito legislado, mas também para o Direito concretamente aplicado pelos Tribunais, dado que boas leis não substituem instituições fracas²¹.

O risco jurídico também pode comprometer as relações econômicas, o que demonstra que Justiça e Economia são faces da mesma moeda²². Nesse aspecto, assim com as leis, as decisões judiciais, para trazerem segurança jurídica ao mercado, devem ser claras, calculáveis, e efetivas²³.

20 A função da norma é, exatamente, reduzir esse risco, sem implicar custos elevados. Quando a norma é clara, certa, previsível e calculável, ela completa os contratos, na medida em que determina como proceder em diversas situações. Isso dispensa as partes de mencionarem, explicitamente, essas situações no contrato. Assim, a segurança jurídica permite que as partes reduzam os custos de transação envolvidos na negociação e elaboração de contratos. A segurança jurídica também reduz os custos de transação *ex-post*, no caso de alguns dos riscos não explicitados no contrato se materializarem. Sobressai, nesse caso, a importância de uma jurisprudência estável e previsível que, de um lado, ajude as partes a remediarem o contrato - em vez de rompê-lo - e, de outro, facilite a obtenção de uma solução para o conflito sem a necessidade de recurso ao Judiciário. (Pinheiro, 2006, p. 327).

21 Há muito acreditava-se que apenas uma boa produção legislativa seria suficiente para que os direitos fossem protegidos. (...) Mas, de toda forma, há um forte indicativo de que nem sempre uma boa lei faz o mercado progredir. As boas intenções da produção legislativa são minúsculas se comparadas com a efetividade das instituições, em especial o judiciário. (Saddi, 2007, p. 221).

22 A qualidade dos sistemas legal e judicial também influencia uma série de fatores que determinam a eficiência de uma economia. Por exemplo, um sistema legal e judicial de má qualidade distorce os preços a economia, na medida em que introduz um risco jurídico nos preços, que, ao incidir de forma não uniforme nos vários mercados de bens e serviços, distorce os preços relativos e diminui a eficiência alocativa da economia. (Pinheiro, 2008, p. 29).

23 A ineficiência do Poder Judiciário, por seu turno, não reflete apenas na injustiça contra os menos favorecidos, mas também no desempenho econômico, ao apresentar custos elevados. O impacto desta ineficiência pode ser verificado no progresso tecnológico, na eficiência das firmas, no investimento e na qualidade da política econômica. (Rocha; Ribeiro, 2015, p. 116).

Sob o enfoque econômico, segundo Armando Castelar Pinheiro²⁴, um bom sistema de justiça deve ostentar os seguintes atributos: baixo custo de acesso, decisões rápidas, justas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo.

Passe o truísmo, o Poder Judiciário presta um serviço público de resolução de conflitos de interesse. Embora a Constituição da República assegure o direito fundamental de acesso à justiça, nos termos do art. 5º, XXXV, isso não significa dizer que se trata, essencialmente, de uma atividade gratuita. Muito pelo contrário, a manutenção do sistema de justiça enseja um custo administrativo muito alto para os cofres públicos com reflexo impositivo para todos.

Segundo os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁵, no ano de 2019, a despesa total do Poder Judiciário alcançou a cifra de 100,2 bilhões de reais, com aumento de 2,6% em relação ao ano anterior, o que representa 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB). Mensurado o valor por habitante, o custo anual pelo serviço de Justiça foi de R\$ 479,16. Logo, se os recursos públicos são escassos, é preciso uma alocação eficiente dos mesmos.

De ver que, além do custo administrativo de estruturação e manutenção, existe um custo individual de acesso. Isto é, um tíquete de ingresso para a prestação do serviço. Tal qual um investimento, se o valor for muito alto desestimulará a procura, especialmente nos casos onde houver uma baixa probabilidade de recebimento do crédito. Em tais situações, o custo financeiro excluiria a garantia do direito, o que faria letra morta a cláusula constitucional.

Naturalmente, como se trata de um direito individual de primeira geração, o Estado deve assegurar a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos, nos termos do art. 5º, LXXIV da CR/88²⁶, sob pena de seletividade e denegação de Justiça. Entretanto, o fenômeno da gratuidade pode ensejar distorções no sistema, quando aplicado desmedidamente. Se o custo for baixo demais e a gratuidade for concedida sem critérios bem definidos ou houver isenção inicial do preço – como no caso dos Juizados Especiais Cíveis²⁷ –, tal fato estimulará uma grande litigiosidade e provocará uma sobreutilização do sistema com forte impacto na prestação jurisdicional.

Assemelhando-se, portanto, a um mercado, a relação entre oferta do serviço e demanda, no que tange ao custo, deve situar-se em um ponto de equilíbrio, de modo que o Estado não penalize o sacrifício econômico de poucos para compensar a liberalidade atribuída a muitos. Assim, de maneira contraintuitiva, a pretexto de promover a abertura ao sistema, a aparente gratuidade conduzirá a um efeito diametralmente inverso com o congestionamento do Judiciário, através de demandas de baixo valor esperado, o que equivale, ao fim e ao cabo, ao fechamento do sistema, mesmo com as portas abertas. Iguale-se, em tais casos, no final do dia, tanto aqueles que possuem um bom direito, como aqueles que não o possuem.

Além da fonte de custeio, um eficiente sistema de justiça requer que as decisões sejam tomadas com celeridade, consoante a determinação constitucional prevista no art. 5º, LXXVIII, a consagrar uma duração razoável do processo, o que foi reproduzido no art. 4º do Código

24 **Judiciário e Economia no Brasil**. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais: Rio de Janeiro. 2009, p. 7.

25 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

26 Tal direito é operacionalizado, atualmente, no art. 98 do Código de Processo Civil. Lei 13.105/2005. Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

27 Lei 9099/95. Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Processo Civil²⁸, seja para a atividade cognitiva, seja para a realização satisfativa. Razoável duração retrata um conceito jurídico indeterminado. Esse princípio cronológico processual, naturalmente, deve ser visto de modo casuístico, não podendo ser parametrizado. Não se pode conceber um processo instantâneo, porém não se pode eternizar os litígios, sob pena de se alongar uma crise de insegurança jurídica, seja ela de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou executivo.

Sob a ótica econômica, as partes não podem aguardar indefinidamente a solução de uma querela, uma vez que o bloqueio do ativo disputado, em juízo, enseja um custo de oportunidade para os litigantes pela não utilização do bem de vida em seu uso alternativo. Nessa linha, o Judiciário acaba por assumir uma importante função econômica de liberação de recursos (Paulsen, 1999, p. 108).

A morosidade processual, portanto, é um mal a ser combatido. Ocorre que, de acordo com o CNJ, em 2019, 77, 1 milhões de processos aguardavam uma solução definitiva, com um tempo médio de tramitação de 2 anos e 5 meses para a prolação de sentença e 4 anos e 9 meses para as execuções, nas Varas Estaduais, e, respectivamente, 9 meses para sentenças e 1 ano e 2 meses para execuções nos Juizados Especiais Cíveis.

Com efeito, o acesso desmedido à Justiça²⁹ e o crônico atraso na prestação jurisdicional podem emperrar a máquina judiciária, com o comprometimento do serviço, seja pelo aumento da litigância frívola, seja pelo uso oportunista desse congestionamento processual, como forma de se esquivar ao cumprimento das obrigações. Em análise econômica preditiva, o nível de prestação tenderá a decair, em curva descendente, até o ponto em que a satisfação dos direitos se mostrar crítica passando a não ser mais atendida, situação conhecida como a “Tragédia da Justiça” (Timm, 2018).

Outrossim, diante desta trágica constatação de seleção adversa do aparelho Estatal, a entrega da prestação jurisdicional a destempo corroerá o direito reduzindo a utilidade econômica da Justiça pública levando os agentes a uma fuga do sistema. Isto significa que o Judiciário só em parte protege os direitos de propriedade diminuindo o valor líquido do ganho a ser obtido (Pinheiro, 2008, p. 26). Nas palavras de Gico Junior:

A incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário. Todo e qualquer grupo que tenha como interesse a expansão de direitos e sua efetividade deve ter na morosidade judicial um de seus piores inimigos. Não importa se nominalmente um determinado grupo é titular ou não de um direito, se o Judiciário for excessivamente moroso (t [tempo] for muito grande), o valor presente desse direito tende a zero, ou seja, semelhante à situação de o mesmo grupo não ser titular do direito. Quanto mais demorado para se obter a prestação jurisdicional, menor o valor do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado (Gico Junior, 2014, p. 188).

28 Art. 4o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

29 um serviço público cujo preço do uso é estabelecido, a priori, como zero e estruturado para ser mais rápido que seu concorrente, a justiça comum, obviamente atraiu uma grande quantidade de litigantes marginais que, gradativamente, foram elevando a taxa de congestionamento dos juizados, até que o novo ponto de equilíbrio entre morosidade e litigiosidade fosse alcançado. Assim como a criação de uma via rodoviária subsidiária inicialmente descongestiona a via principal, a redução do custo de dirigir leva motoristas marginais a usarem cada vez mais a nova via, até que ambas tornam a ficar congestionadas. (Gico Junior, 2014, p. 191).

Afora o custo e o tempo, decisão judiciais eficientes devem ser justas. Evidentemente, a análise econômica do Direito, enquanto metodologia interdisciplinar, não pode apontar o critério do que seja justo. Justiça decorre de valoração subjetiva que não se confunde com a eficiência econômica, enquanto técnica de maximização da riqueza³⁰. Assim, outros valores humanos entram em cena, quando o que se está em jogo é o ideal de equidade. Todavia, para fins econômicos, decisões justas equivalem a juízos de neutralidade, ou seja, julgamentos proferidos em consonância com a lei e não com outros critérios valorativos ou solipsistas³¹.

Um grande problema neste particular diz respeito a não neutralidade dos julgadores, quando elegem como razão de decidir o critério de justiça social, como forma compensadora das desigualdades sociais de distribuição de renda na sociedade. Em pesquisa coordenada pelo economista Armando Castelar Pinheiro, dentre diversas indagações, 73,1% dos juízes participantes, informou que o magistrado tem um papel social a cumprir e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos, preponderando tal postura nas causas trabalhistas, consumeristas, meio ambiente e área previdenciária (Pinheiro, 2005, p. 267-268).

Ao agir dessa maneira, quando o fiel da balança indicado na legislação não for este, o juiz acaba por perder a visão do todo. Julga de forma míope, sem enxergar à frente os efeitos coletivos de uma decisão individualizada. Economicamente, na tentativa de aplicar critérios redistributivos de renda por meio do processo, ao proteger uma determinada parte na relação jurídica, ultima em penalizar toda a coletividade, dada a sinalização da incerteza no cumprimento do negócio. A resposta do mercado será, portanto, a retração da oferta dos bens e serviços com o conseqüente aumento dos preços, como compensação *ex ante* de um risco jurisdicional não calculável previamente. Segundo Armando Castelar Pinheiro:

A não neutralidade do magistrado significa que ele se alinha claramente com os segmentos sociais menos privilegiados da população: entre o inquilino e o senhorio, ele se inclina a favor do primeiro; entre o banco e o devedor, ele tende a ficar com o último, e assim por diante. Isso faz com que, nos casos em que essa não neutralidade é clara e sistemática, esses segmentos menos privilegiados sejam particularmente penalizados com prêmios de risco (isto é, preços) mais altos, ou então apenas alijados do mercado, pois a outra parte sabe que o dito e assinado na hora do contrato dificilmente será respeitado pelo magistrado, que buscará redefinir *ex post* os termos da troca contratada. Isso significa que são exatamente as partes que o magistrado busca favorecer que se tornam as mais prejudicadas por essa não neutralidade (Pinheiro, 2005, p. 270).

Nesse contexto, o próprio Judiciário ao sinalizar erroneamente uma tendência ativista acaba por incorrer, ele próprio, em uma falha de mercado³², de modo a gerar uma externalidade negativa redundando em ineficiência econômica, o que aumenta o custo de transação sobre os setores atingidos (Trigueiro, 2018, p. 145).

30 Em alguns casos, devido à própria previsão legal, o juiz analisará os efeitos de eficiência econômica da sua decisão, mas em razão do próprio legislador ter eleito aquele critério como o melhor para aquele caso. É o que acontece, por exemplo, com a aplicação dos mecanismos judiciais de recuperação de empresas, nos quais o juiz vai avaliar os efeitos econômicos se decidir de uma forma ou de outra. (Del Masso, 2013, p. 221).

31 Um sistema de resolução de conflitos caracteriza-se como justo quando a probabilidade de vitória é próxima a um para o lado certo e a zero para o lado errado. A parcialidade é claramente ruim, e difere da imprevisibilidade porque distorce o sentido da justiça de uma forma intencional e determinista. (Pinheiro, 2009, p. 8).

32 Para os empresários, buscar justiça social não é papel do Judiciário, que deve ser obtida através da redistribuição de receitas de impostos e de políticas públicas, devendo o Judiciário manter uma posição neutra, pois caso contrário, estaria prejudicando a economia, desrespeitando contratos, aumentando riscos das transações e introduzindo prêmios de riscos que reduzem salários, aumentam juros, burocracias e preços. (Lazari; Oliveira, 2020, p. 210).

Por fim, as decisões judiciais, sob a veste da economia, precisam ser previsíveis. A possibilidade de realização de um cálculo antecipado, a respeito da probabilidade de ganho ou de perda é essencial para alcance de eficiência econômica. A previsibilidade é internalizada por meio da publicidade dos julgamentos, tendo um nítido efeito pedagógico de consolidação de entendimentos, como forma de mitigação dos custos sociais e particulares de um processo judicial. Por meio dela, as partes, cientes da posição dos Tribunais, poderão procurar soluções de mercado para a recomposição contratual ou estabelecer meios alternativos de resolução de litígio, posto que cientes de antemão dos resultados declarados.

Não é de hoje que se apregoa a necessidade de uniformidade, a estabilidade e a coerência das decisões judiciais combatendo a chamada jurisprudência “lotérica”, que apenas fomenta a insegurança jurídica e revela a incoerência do sistema. Mais do que os entendimentos monocráticos, atualmente apela-se ao princípio da colegialidade, sendo dever dos Tribunais, na dicção do art. 926 do CPC/2015 manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Ressalte-se que, ao longo dos anos, através de sucessivas reformas processuais, foram criados instrumentos destinados a esta missão, como a súmula vinculante, a repercussão geral e o julgamento em recurso repetitivo. Entretanto esse ápice foi consolidado, no Novo Código de Processo Civil, ao positivar o dever jurídico de respeito aos precedentes, como uma influência direta da *common law*, nos termos do art. 927 do CPC.

Os precedentes funcionam, economicamente, como um estoque de capital jurídico reduzindo a possibilidade de erros judiciários. Atuam tanto em sede repressiva, como em via preventiva ao litígio, corrigindo a assimetria de informações no sistema judicial orientando a tomada de decisões dos agentes econômicos³³. Eles simplificam a tarefa do julgador gerando incremento produtivo para as futuras decisões, o que promove um aumento de resultados com um menor dispêndio de tempo e recursos, além de contribuir para a diminuição das demandas. Com eles, busca-se, a um só tempo, dar vazão aos princípios da celeridade, da isonomia e da segurança jurídica, contribuindo para uma maior eficiência jurídica e econômica do sistema de Justiça.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a aproximação existente entre o Direito e a Economia, no que toca a necessidade de um regramento normativo e uma estrutura organizada que facilite as transações econômicas e que as realize na prática.

Verificou-se que as instituições, enquanto limitações impostas à convivência humana, constituem as peças-chave para o desenvolvimento econômico, tendo em vista a mitigação dos riscos e a minimização das incertezas, permitindo a expansão dos mercados e a consolidação do capital. Nesse sentido, o Sistema de Justiça assume alta relevância enquanto instituição

33 Sob a ótica da AED, os precedentes vinculantes devem ser vistos como um paradigma de comportamento (aos operadores do direito e aos cidadãos), na medida em que influenciam diretamente nos custos de transação de toda a sociedade e na assimetria de informação oriundos do ato de litigar. Noutros dizeres, o estoque de capital oriundo do respeito aos precedentes influencia diretamente no processo decisório de litigância uma vez que a um só tempo (i) fornece um prognóstico das chances dos potenciais litigantes em juízo e (ii) fomenta a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos. (Fux, 2020, p. 14-15).

destinada à garantia dos direitos e a adjudicação de soluções, a fim de reduzir dos custos de transação.

Sem descuidar dos demais valores constitucionais, é preciso que o sistema econômico seja dotado de segurança jurídica, com leis claras, estáveis e calculáveis, protegendo os efeitos esperados das relações sociais referentes às dimensões do passado, do presente e no futuro.

Um dos desafios a ser enfrentado é rever a política institucional Judiciária de custo zero para o acesso ao sistema, bem como a observância obrigatória dos precedentes, como reforço à necessidade de decisões neutras, previsíveis, uniformes e a um tempo razoável que garantam uma alocação eficiente de recursos entre os agentes econômicos, sob pena de sobrecarga e desconfiança do sistema, em verdadeira tragédia da Justiça.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica em matéria tributária. **Revista Brasileira de Direito Tributário**, Porto Alegre, n. 64, p. 45-61, set./out. 2017.

CAMBI, Eduardo; BUENO, Filipe Braz da Silva. Segurança jurídica e efetividade processual. **Revista dos Tribunais do Sul**, v. 5, p. 175-190, maio/jun. 2014.

COASE, Ronald. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. **Cnj.jus.br**, 15 set. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 15 set. 2021.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc. **Direito econômico esquematizado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Gen: Método, 2013. p. 221.

FUX, Rodrigo. Os influxos da Análise Econômica do Direito no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 308, p. 321-349, out. 2020.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Direito & desenvolvimento: o papel do direito no desenvolvimento econômico. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 2, p. 110-127.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

LAZARI, Rafael José Nadim; OLIVEIRA, Edson Freitas. Análise econômica do direito aplicada ao poder judiciário brasileiro: a função judicante como “falha de mercado”. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 27, n. 10, p. 201-215, set./dez. 2020.

MASCARO, Alysso Leandro. Para uma teoria geral da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 791-810, jan./abr. 2015.

MONACO, Rafael de Oliveira; BORBA, Rogério. Uma introdução à Análise Econômica do Direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 278-291, jan./abr. 2020.

MONACO, Rafael de Oliveira; SILVA, Rogério Borba da. A livre iniciativa como fator de desenvolvimento na ordem econômica. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 12, n. 1, p. 64-81, jan./jun. 2021.

NORTH, Douglas C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Tradução Elizabeth Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

PAULSEN, Leandro. A influência do ordenamento jurídico e do Poder Judiciário no desenvolvimento econômico do país. **Revista de la Facultad de Derecho**, v. 15, p. 107-110, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano (org.). **Direito e economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, v. 31, p. 321-346, jan./mar. 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário e Economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrado, Judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 . p. 244-283.

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

REGO, Nelson Melo de Moraes. Do processo civil como fator de desenvolvimento socioeconômico. **In Verbis**: Caderno de Estudos, Rio de Janeiro, v. 14, n. 35, jul. 2009.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A Importância do Sistema de Justiça para o Desenvolvimento Econômico. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 6 p. 103-133, 2015.

RODRIGUES, Pedro Paulo Moreira. O sistema judiciário enquanto instituição econômica e a teoria dos custos de transação. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 2, p. 1-17, 2009. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/issue/view/2>. Acesso em: 10 set. 2021.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário. Uma análise de Direito & Economia**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. A tragédia da Justiça: não existe justiça de graça. Jota, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/a-tragedia-da-justica-nao-existe-justica-de-graca-29112018>. Acesso em: 13 set. 2021.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. A Ineficiência do Poder Judiciário como um Fator de Estímulo ao Descumprimento dos Contratos: reflexões à luz da análise econômica do direito. **Revista da PGBC**, v. 12, n. 1, jun. 2018.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 02/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 14/04/2022
- Avaliação 1: 29/12/2022
- Avaliação 2: 22/12/2023
- Decisão editorial preliminar: 22/12/2023
- Retorno rodada de correções: 22/12/2023
- Decisão editorial/aprovado: 23/12/2023

Equipe editorial envolvida

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

RESENHA DO LIVRO: VELHOS SÃO OS OUTROS, DE ANDREA MACIEL PACHÁ. RIO DE JANEIRO: INTRÍNSECA, 2018

BOOK REVIEW: OLD ARE THE OTHERS, BY ANDREA
MACIEL PACHÁ. RIO DE JANEIRO: INTRÍNSECA, 2018

DANIELLY BORGUEZAN¹
SANDRO LUIZ BAZZANELLA²
DÉBORA GÓES³

RESUMO

Na ilusão de que somos seres infinitos e na celebração da juventude nas sociedades contemporâneas, a velhice é negligenciada, silenciada e não planejada. A morte é certa para todos, mas é somente na velhice que essa condição necessariamente inerente aos seres humanos assume seu lugar na mente humana. Estas considerações introdutórias foram extraídas da obra “Velhos são os Outros” de autoria da magistrada Andréa Maciel Pachá (1964 -). A autora formada em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, atuou como membro do Conselho Nacional de Justiça, foi vice-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros e coautora da cartilha Nova Lei de Adoção. Seu livro intitulado “Segredo de Justiça” (2014), inspirou uma série produzida pelo Fantástico em 2016. Também é autora das obras “A Vida não é Justa” (2012) e “Velhos são os Outros”. A obra “Velhos são os Outros” é um livro de crônicas publicado pela editora Intrínseca no ano de 2018 (a obra contém 207 páginas e está composta por 41 capítulos). Nessa obra, a autora busca “iluminar” as questões existenciais e jurídicas advindas da chegada da velhice com muita humanidade e sensibilidade. Questões comuns na perspectiva jurídica como interdições, desaparecimento e herança conduzem o leitor a refletir sobre a própria existência, bem como estabelecer empatia com o próximo, além de considerar o planejamento para a chegada da própria velhice. Ainda nesta direção, esta obra pode contribuir ao estudante de direito no desenvolvimento da compreensão de que o ordenamento jurídico é fundamental no regramento e, na garantia de direitos no contexto de uma sociedade. Porém, sua mera existência e aplicabilidade não garante que a condição humana, a vida humana seja de fato valorizada e prestigiada em sua exclusividade existencial.

Palavras-chave: velhice; direito; proteção idoso.

- 1 Advogada e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade do Contestado. Mestre em Desenvolvimento Regional pela mesma instituição. Docente na instituição Faculdade e Escola Técnica Dama. Esta vinculada aos grupos de estudos: Interdisciplinar em Ciências Humanas – CNPQ e Saúde e Tecnologia na Multidisciplinaridade. E-mail: danielly@unc.br
- 2 Professor de Filosofia; Mestre em Educação e Cultura pela Universidade do Estado de Santa Catarina. Doutor Interdisciplinar em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado. Líder dos Grupos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas – Cnpq e Saúde e Tecnologia na Multidisciplinaridade. Coordenador do Grupo de Estudo em Giorgio Agamben – Universidade do Contestado. sandroluizbazzanella@gmail.com
- 3 Acadêmica do Curso de Direito 2ª Fase, UnC – Universidade do Contestado campus Canoinhas. E-mail: debora.goes@aluno.unc.br.

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

BORGUEZAN, Danielly; BAZZANELLA, Sandro Luiz; GÓES, Débora. RESENHA DO LIVRO: VELHOS SÃO OS OUTROS, de Andrea Maciel Pachá. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 308-313, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.8995>.

RESUME

In the illusion that we are infinite beings and in the celebration of youth in contemporary societies, old age is neglected, silenced and unplanned. Death is certain for everyone, but it is only in old age that this condition necessarily inherent in human beings takes its place in the human mind. These introductory considerations were taken from the work "Velhos é os Outros" by the magistrate Andréa Maciel Pachá (1964 -). The author graduated in Law from the State University of Rio de Janeiro, served as a member of the National Council of Justice, was vice-president of the Association of Brazilian Magistrates and co-author of the booklet New Adoption Law. Her book entitled "Segredo de Justiça" (2014), inspired a series produced by Fantástico in 2016. She is also the author of the works "A Vida não é Justa" (2012) and "Velhos é os Outros". The work "Velhos é os Outros" is a book of chronicles published by Intrínseca in 2018 (the work contains 207 pages and is composed of 41 chapters). In this work, the author seeks to "illuminate" the existential and legal issues arising from the arrival of old age with a lot of humanity and sensitivity. Common issues in the legal perspective such as interdictions, disappearance and inheritance lead the reader to reflect on their own existence, as well as to establish empathy with others, in addition to considering planning for the arrival of old age itself. Still in this direction, this work can contribute to the student of law in the development of the understanding that the legal system is fundamental in the regulation and, in the guarantee of rights in the context of a society. However, its mere existence and applicability does not guarantee that the human condition, human life, is in fact valued and prestigious in its existential exclusivity.

Keywords: old age; right; elderly protection.

Pare por um breve momento e tente imaginar a própria morte. Conseguiu? Caso a resposta seja negativa, não se preocupe, você não está sozinho. De acordo com uma pesquisa realizada pela Universidade de Rar Ilin em Israel, o cérebro humano não é capaz de conceber de forma concreta a própria morte.⁴ Este fato é processado apenas como algo que acontece com terceiros. Isso se deve a um mecanismo de sobrevivência desenvolvido ao longo do processo evolucionário. Ou seja, temos a ilusão de sermos eternos.

Na ilusão de que somos seres infinitos e na celebração da juventude nas sociedades contemporâneas, a velhice é negligenciada, silenciada e não planejada. A morte é certa para todos, mas é somente na velhice que essa condição necessariamente inerente aos seres humanos assume seu lugar na mente humana. (Pachá, 2018)

Estas considerações introdutórias foram extraídas da obra "Velhos são os Outros" de autoria da magistrada Andréa Maciel Pachá (1964 -). A autora formada em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, atuou como membro do Conselho Nacional de Justiça, foi vice-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros e coautora da cartilha Nova Lei de Adoção. Seu livro intitulado "Segredo de Justiça" (2014), inspirou uma série produzida pelo Fantástico em 2016. Também é autora das obras "A Vida não é Justa" (2012) e "Velhos são os Outros".

A obra "Velhos são os Outros" é um livro de crônicas publicado pela editora Intrínseca no ano de 2018 (a obra contém 207 páginas e está composta por 41 capítulos). Nessa obra, a autora busca "iluminar" as questões existenciais e jurídicas advindas da chegada da velhice com muita humanidade e sensibilidade. Questões comuns na perspectiva jurídica como interdições, desaparecimento e herança conduzem o leitor a refletir sobre a própria existência, bem como estabelecer empatia com o próximo, além de considerar o planejamento para a chegada da própria velhice.

4 SEU CÉREBRO FAZ DE TUDO PARA NÃO LIDAR COM A MORTE. Revista Galileu, 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2019/10/seu-cerebro-faz-de-tudo-para-nao-lidar-com-morte-segundo-estudo.html>

A idade é vista de diversas formas pelas pessoas. Alguns idosos vivem esse tempo de maneira gloriosa, outros, por sua vez, tornam-se melancólicos e inquietos, e para alguns a velhice é sinônimo de viver das memórias acumuladas ao longo da vida. (Pachá, 2018, p. 201). Outrossim, para milhões de idosos a velhice significa a continua luta pela sobrevivência na forma de subemprego, de cuidados dos netos para que os filhos possam trabalhar, na precariedade de uma vida dependente dos baixos benefícios previdenciários, de maus tratos e o recebimento de serviços públicos de baixa qualidade, dentre tantas outras formas de violência que tais seres humanos enfrentam na reta final de suas existências.

Andréa Pachá tem como inspiração para as narrativas presentes na obra personagens fictícios. Os mesmos vinculam-se a histórias reais protagonizadas por pessoas que ao longo dos anos passaram por audiências na vara de sucessões e tiveram suas causas decididas pela juíza.

De forma sucinta podemos citar alguns personagens do livro e destacá-los na forma como encararam a chegada da velhice. Para Cléo, por exemplo, a velhice é tempo de viver e desfrutar o amor de Frederico, viajar e aprender novas habilidades. Para João o medo é seu fiel companheiro de jornada, fazendo com que a lembrança do iminente fim esteja sempre presente. Catarina percebe que a vida passou a acontecer em câmera lenta, e está exausta de não ter suas vontades e escolhas respeitadas pela filha.

Em meio a tantas histórias citadas na obra, dois extremos podem ser observados durante esse estágio da vida. De um lado o total abandono e indiferença vivenciados por inúmeros idosos e do outro a superproteção dos filhos, como se a velhice fosse sinônimo de “perda da capacidade” e “autonomia”.

Oportuno destacar que o Código Civil Brasileiro, prescreve em sua norma as limitações referentes às capacidades para os atos da vida civil, partindo do pressuposto o aspecto cronológico da vida, sem impor limites a este, ou seja, o indivíduo quando se torna capaz, torna-se detentor da plenitude de seus atos e gerente de sua vida no âmbito civil, não havendo limitação com a idade, independente de esta apresentar-se avançada ou não.

Apontamentos Jurídicos

1. CAPACIDADE

As capacidades para o exercício dos atos da vida civil estão dispostas nos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002, com redação alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015. As capacidades são divididas em: totalmente incapazes, relativamente incapazes e plenamente capazes.

São considerados totalmente incapazes todos os menores de 16 anos os quais necessitam ser representados em todos os atos da vida civil. Os relativamente incapazes por sua vez, são assistidos para validade de seus atos e classificam-se neste caso, os maiores de 16 anos e menores de 18, os érbios habituais e viciados em tóxicos, os pródigos e todos aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade.

São considerados plenamente capazes para o pleno exercício dos atos civil os maiores de 18 anos. Ademais, a cessação da incapacidade pode ocorrer por meio do processo de emancipação, sendo está definida como a aquisição da capacidade civil antes da capacidade legal, como consta no art. 5º parágrafo único do Código Civil de 2002.

Não raro, idosos precisam lidar com o fato da incapacidade em decorrência do tratamento que recebem dos familiares e pessoas próximas. Nesse cenário, muitas vezes seus desejos são anulados e até desrespeitados por filhos que alegam saber o que é melhor para os pais.

De acordo com a redação do atual Código Civil, em nenhum momento ocorre a redução da capacidade por conta da idade - ainda que avançada - porém, a lei estabelece algumas restrições para determinados atos da vida civil. Pode-se citar como exemplo a impossibilidade de escolha do regime de bens para casamento após os 70 anos, sendo obrigatório o regime de separação total.

A imposição do regime de separação de bens quando um dos cônjuges tiver mais de 70 anos, como disposto no art. 1.641 inciso II do Código Civil, é um exemplo que nos permite observar como a vida biológica é objeto da norma. A lei procede dessa maneira por *presumir* uma maior vulnerabilidade emocional dos idosos e visa proteger seu patrimônio.

2. ESTATUTO DO IDOSO

Os idosos por seu turno são protegidos juridicamente por legislação própria. O Estatuto do Idoso, criado pela Lei nº 10.741 em 1º de outubro de 2003, é um microsistema jurídico que tem como propósito a inclusão social, a proteção da dignidade da pessoa idosa e seus direitos.

De acordo com o art. 1º do Estatuto, é classificado como idoso toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. A título de informação, na época em que o estatuto foi promulgado a população idosa era cerca de 15 milhões, atualmente, de acordo com o último senso do IBGE de 2018, a população idosa conta com mais de 28 milhões de indivíduos.⁵

O Estatuto do Idoso é composto por 118 artigos, abrange diversas temáticas como saúde, segurança, lazer, cultura. Ademais, estabelece os direitos fundamentais da pessoa idosa e medidas de proteção contra abusos e abandono.

De acordo com o art. 2º “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”. (Brasil, 2002)

Alguns exemplos de direitos conferidos pela lei para as pessoas idosas: proteção contra a negligência e discriminação, distribuição gratuita de medicamentos, assentos reservados em transportes coletivos, prioridade na tramitação de processos judiciais, entre outros.

5 Disponível em: <https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036>. Acesso em: 8 jan, 2021.

3. EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE

Para o Direito, a morte pode ser definida como a extinção da personalidade natural, personalidade esta adquirida com o nascimento em vida e extinta com a morte, seja ela real ou em decorrência de ausência. A morte gera efeitos na vida civil, ocorrendo a cessação dos direitos, deveres e obrigações, como por exemplo: a dissolução da sociedade conjugal, a extinção do poder familiar e interrupção de contratos personalíssimos e mandatos.

Outrossim, a morte é imparcial, mas a velhice é desigual, e até mesmo em alguns casos injusta. A ação do tempo pode ocorrer de diferentes formas. Para alguns, ela é generosa, como no caso de Maria José, história narrada no capítulo intitulado: “Senhora do próprio destino”. Aos 95 anos, Maria José pode decidir com autonomia e lucidez a solicitação do auto de interdição, para que seu neto sócio afetivo pudesse assumir a administração de seu patrimônio.

Porém, para outros, a velhice é dura e solitária, como ocorreu com Gilda, história narrada no capítulo intitulado: “Direito de envelhecer”. Aos 75 anos precisou assumir os cuidados da mãe doente e do filho divorciado e desempregado que retornou para casa. Ao contrário de tudo que Gilda desejava. Ter seu direito de poder viver a velhice em paz e ser cuidada por alguém.

Apesar da nossa programação biológica⁶ e da propagação da ideia de juventude promovida pela sociedade, a velhice e a morte um dia irão chegar para todos aqueles que por motivos inexplicáveis passaram pela vida desviando-se da morte sorradeira que ceifa a vida de milhões de seres humanos em plena juventude, ou mesmo em plena maturidade vital. Ou seja, mesmo considerando o fato de que a morte é condição inevitável da existência humana, alcançar a velhice e a oportunidade de encontrar-se com a morte é sob certos aspectos um privilégio que muitos seres humanos alcançam, mesmo que se considere para muitos a velhice ser sinônimo de dor, sofrimentos e violências. Tendo essa consciência é preciso planejamento para fazer com que suas vontades sejam respeitadas, bem como as alegrias e tristezas dessa fase da melhor forma possível.

Do mesmo modo, é necessário o desenvolvimento de um sentimento social de gratidão, de acolhida da vida e da presença dos idosos. Ou seja, a letra da lei pode prever a garantia de direitos, mas o que de fato garante qualidade de vida nesta condição final da existência é a mudança de postura dos seres humanos, da sociedade em geral em relação aos idosos. É preciso que nos desvencilhemos de posturas pragmáticas e utilitaristas em relação aos seres humanos, o que nos leva necessariamente ao desprezo pela condição do idoso porque inútil produtivamente.

Não é possível os jovens e adultos saberem com exatidão o que se passa internamente com os idosos, suas dúvidas, seus medos e incertezas, paixões e desejos, visto que ainda não passaram por essa etapa. Tendo isso em vista, o cultivo da empatia e do respeito é essencial. Afinal, como diz Caetano Veloso “somente cada um sabe a dor e a delícia de ser quem é”.

6 Neste trabalho, aborda-se a vida em sua dimensão biológica, na qual a biopolítica e o biopoder tornam-se os fatos políticos por excelência na modernidade. Suas práticas objetivam gerenciar a vida humana como forma de controle. Uma dessas manifestações apresenta-se na estrutura jurídica normatizadora. Classificar a vida em fases e determinar para cada uma delas padrões de comportamento torna-se determinante para a efetividade da gestão administrativa, política e jurídica da vida na modernidade. Por meio de uma revisão bibliográfica, com aportes filosóficos e legais, será possível concluir como a vida nas últimas décadas tem sido legislada, controlada, apreendida e categorizada, sobretudo em nosso sistema legal brasileiro. <https://sumarios.org/artigo/administrabilidade-jur%C3%ADdica-da-vida-desdobramentos-biopol%C3%ADticos-da-modernidade>

4. SOBRE A OBRA

Velhos são os outros é recomendado para todos os estudantes de direito, especialmente nas primeiras fases, visto que a obra permite uma visão prática de como conceitos aprendidos no início do curso são aplicados em casos concretos. A autora Andréa Pachá consegue com maestria demonstrar o equilíbrio necessário entre aplicar a norma e olhar com respeito para a história de cada um. Como diz a magistrada “a eficiência só faz sentido quando a serviço das pessoas”.

Sob outra perspectiva, a leitura da referida obra vai além das prerrogativas pragmáticas da formação de estudantes das primeiras fases do direito. Ou seja, a obra, elaborada por uma profissional do direito, propicia uma especial reflexão em torno da vida, mais especificamente em uma fase da vida que requer atenção e cuidados específicos.

Neste sentido, torna-se um convite que nos desvencilhemos de uma visão de ser humano e sociedade marcada pelo utilitarismo e pelo pragmatismo, que concebe o outro como algo, ou um ser a partir do qual podemos nos beneficiar materialmente e, até afetivamente por alguns instantes. É uma obra que incita os leitores a olhar para os seres humanos, no caso específico para os idosos como um fim em si mesmos e, não como meros meios a partir dos quais o capital extrai produtividade, lucro e, em determinadas condições os descartam, abandonando-os a sua própria condição.

Ainda nesta direção é, uma obra que pode contribuir ao estudante de direito no desenvolvimento da compreensão de que o ordenamento jurídico é fundamental no regramento e, na garantia de direitos no contexto de uma sociedade. Porém, sua mera existência e aplicabilidade não garante que a condição humana, a vida humana sejam de fato valorizada e prestigiada em sua exclusividade existencial.

REFERÊNCIA

PACHÁ, Andrea Maciel. **Velhos são os outros**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018

O EFEITO BACKLASH NO CASO DO INQUÉRITO 4.781

THE BACKLASH EFFECT IN THE CASE OF INQUIRY 4.781

DIOGO PAIVA PESSANHA¹

PAULO ROBERTO DOS SANTOS CORVAL²

RESUMO

Dentro de uma democracia, reações a atos do Estado são esperadas e até mesmo desejáveis. Apesar disso, essas reações podem adquirir contornos de diferentes intensidades e, no limite, até causar convulsões sociais e retrocessos em direitos adquiridos. A reação a atos judiciais, em específico, tem recebido atenção da literatura especializada sob o conceito de *backlash* ou de efeito *backlash*. Em um contexto de arrefecimento do processo de expansão de ideias e regimes democráticos e, ainda, sob influência da comunicação política por meio da internet e das redes sociais, o *backlash* é, aqui, analisado de acordo com a sua inserção nas teorias de Ronald Dworkin, Michael Klarman, Cass Sunstein e Robert Post e Reva Siegel. Em seguida, com o arcabouço teórico definido, o presente artigo se direciona ao estudo da repercussão política desencadeada em torno do Inquérito 4.781, o chamado “inquérito das *fake news*”, que corre sob sigilo no Supremo Tribunal Federal. Sem ignorar as limitações de acesso ao inteiro teor do Inquérito, a pesquisa que arrima o presente artigo, focando nas suas reverberações políticas, apoiou-se na estratégia de pesquisa qualitativa proposta por Samuel Sales Fonteles e no estudo de discursos proferidos sobre o Inquérito, com o propósito de avaliar se verificado o fenômeno do *backlash* nesse caso e seu eventual impacto. A hipótese é de que as reações ao inquérito se constituíram como uma forma de *backlash* de baixo ou médio impacto, impulsionado, em específico, pelo atual presidente da República e seus aliados.

Palavras-chave: backlash; inquérito 4.781; democracia; crise da democracia; fake news.

ABSTRACT

Within a democracy, reactions to State acts are expected and even desirable. Despite that, these reactions can acquire contours of different intensities, and at their limit, they can even cause social upheavals and setbacks in acquired rights. The reaction to judicial acts, in particular, have been studied by specialized literature under the nickname of backlash or backlash effect. In a context of cooling of the process of expansion of democratic ideas and regimes, and still under the influence of political communication through the internet and social networks, the backlash is analyzed here according to its insertion in the theories of Ronald Dworkin, Michael Klarman’s, Cass Sunstein and Robert Post and Reva Siegel. Then, with the theoretical framework defined, this article is directed to the study of the political repercussion triggered around Inquérito 4.781, the so-called “Inquérito das fake news”, which runs under secrecy in the Federal Supreme Court. Without ignoring the limitations of access

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Niterói, RJ, Brasil. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3298-5513>. LATTES iD: <https://lattes.cnpq.br/6741593007501950>.

2 Doutor em Ciência Política pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política (PPGCP) da Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, RJ, Brasil. Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor no mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor de Direito Financeiro e Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Coordenador do Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação (Geieft). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9210-1375>. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7221133491442018>.

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

PESSANHA, Diogo Paiva; CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. O efeito backlash no caso do Inquérito 4.781. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 314-333, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i1.9327>.

to the entire content of the Survey, the research that supports this article, focusing on its political reverberations, was based on the qualitative research strategy proposed by Samuel Sales Fonteles and on the study of speeches given about the Survey, with the purpose of evaluating whether the backlash phenomenon has been verified in this case and its possible impact. The hypothesis is that the reactions to the inquiry constituted a form of low or medium impact backlash, specifically driven by the current President of the Republic and his allies.

Keywords: *backlash*. inquiry 4.781; democracy; crisis of democracy; fake news.

1. INTRODUÇÃO

O Inquérito 4.781, chamado “inquérito das *fake news*”, desencadeou reações de grupos sociais e embate entre os Poderes, em específico, entre a presidência da República e o Supremo Tribunal Feral (STF).

Das possibilidades de reflexão acadêmica que o episódio, ainda em curso, oferece, questiona-se se as mobilizações contrárias à atuação do Supremo, nesse caso, caracterizariam manifestação do efeito *backlash* e qual sua intensidade.

O assunto merece atenção acadêmica, dentre outros motivos, porque o *backlash* pode se constituir como uma ameaça à lei, mas, também, servir de indicador de legitimidade democrática das instituições, amplificando sua relevância em um contexto, como o atual, de alta polarização política e de massiva utilização da internet e das redes sociais na construção do debate público e na percepção das diferentes intensidades das reações políticas aos atos emanados do Poder Judiciário.

Busca-se, portanto, neste artigo, abordar o instituto da teoria constitucional denominado *backlash* (ou efeito *backlash*) em relação às ações ou atos judiciais praticados pelo órgão máximo responsável pelo controle da constitucionalidade no país, objetivando, em específico, analisar o caso da repercussão política desencadeada em torno do Inquérito 4.781, que corre sob sigilo no STF.

A hipótese básica é de que, no caso do “inquérito das *fake news*”, ocorreram reações sociais e institucionais suficientes para caracterizar a presença do efeito *backlash*, conquanto de baixo ou médio impacto.

Metodologicamente, leva-se a efeito, ainda que de modo não exauriente, estudo bibliográfico no que tange ao enquadramento teórico do *backlash* para, em seguida, utilizando-se do estudo de caso do Inquérito 4.781, somar esforços à compreensão acadêmica atinente à forma como a internet e as redes sociais influenciam na percepção do instituto e se materializam em um contexto de reconhecida crise democrática. Para avaliar a intensidade do efeito *backlash* utilizou-se da estratégia de pesquisa qualitativa proposta por Samuel Sales Fonteles (2018), consistente na resolução de 10 (dez) perguntas-modelo, de forma a mensurar (em baixo, médio ou alto) o impacto do *backlash* em uma situação concreta.

Na próxima seção, discorrer-se-á, brevemente, sobre o impacto político do crescimento da internet nos regimes democráticos e o *backlash*. Na terceira seção apresentar-se-á o Inquérito 4.781 e suas repercussões, analisando-se a ocorrência e intensidade do efeito *backlash*. Na sequência, as conclusões.

2. A DEMOCRACIA SOB O JUGO DA INTERNET E O EFEITO BACKLASH

Conforme aponta Charles Tilly, “um regime é democrático na medida em que relações políticas entre o Estado e seus cidadãos engendram consultas amplas, igualitárias, protegidas e mutuamente vinculantes” (Tilly, 2012, p. 28), sendo a democratização um movimento de maior garantia desses critérios e a “desdemocratização” o movimento inverso.

A democracia, nessa perspectiva mais descritiva dos regimes políticos, não configura forma engessada, mas construção contínua em que podem ocorrer evoluções e involuções (Núñez, 2017, p. 5). E, nos últimos anos, a tendência global estaria a registrar movimentos no sentido da “desdemocratização”.

Estará em curso, de maneira sutil, uma constante erosão (Levitsky; Ziblatt, 2018), ao invés de uma crise de ruptura violenta dos regimes democráticos. Com efeito, percebe-se em escala internacional o florescimento de governantes que defendem valores divergentes aos principais pilares dos regimes e ideias de democracia, com recrudescimento de discursos e práticas de desvalorização das instâncias representativas e dos direitos humanos (Souza Neto, 2020), para não falar de ações governamentais de provável assédio institucional.³

Esse cenário crítico emergiu em um momento de intensa troca de informações promovida pelo crescente número de pessoas com acesso à internet⁴ e vasto dispêndio de tempo em frente às telas⁵. Favoreceu-se mesmo do uso das redes sociais como mecanismo de coleta e geração de informações, aproveitando-se, inclusive, da facilidade de disseminação de notícias falsas (*fake news*⁶) utilizadas para a construção de narrativas estratégicas nos conflitos político-eleitorais.

As redes sociais, afinal, não apenas aceleram a circulação comunicativa como, por meio de seus algoritmos, dão a enganosa impressão de que o leitor está em um espaço virtual dominado pelo consenso em torno de uma compreensão de mundo que lhe é peculiar.⁷ Se, por um lado, por seu intermédio, a opinião pública se amplia subjetivamente, pela maior abertura à fala das pessoas mais diversas, por outro, processos de automatização, algoritmos e mecanismos frágeis de controle dos conteúdos noticiados ao invés de otimizar a qualidade do debate demo-

3 O assédio institucional é considerado como prática constante do atual governo federal no Brasil, constringendo o funcionamento idôneo da Administração pública. Vem sendo conceito, no país, nos seguintes moldes: “(...) se caracteriza por um conjunto de discursos, falas e posicionamentos públicos, bem como imposições normativas e práticas administrativas, realizado ou emanado (direta ou indiretamente) por dirigentes e gestores públicos localizados em posições hierárquicas superiores, e que implica recorrentes ameaças, cerceamentos, constrangimentos, desautorizações, desqualificações e deslegitimações acerca de determinadas organizações públicas e suas missões institucionais e funções precípua” (Andeps/Afiipea, 2020, in: Aguiar, 2022, p. 52)

4 Segundo dados da pesquisa TIC - Domicílios, 50,9% dos domicílios brasileiros tinham acesso à internet em 2015. Em 2020, esse número passou para 83,2% dos domicílios. Fonte: CGI.br/NIC.br, CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (Cetic.br), Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros. Disponível em: https://data.cetic.br/explore/?pesquisa_id=1&unidade=Domic%C3%ADlios. Acesso em: 20 maio 2022.

5 Na mesma pesquisa, em 2015, 81,8% dos usuários de internet tinham a frequência de uso de todos os dias ou quase todos os dias. Em 2019, o número passou para 90,3% dos usuários.

6 O termo *fake news*, metodologicamente, pode ser entendido como “toda informação que, sendo de modo comprovável falsa, seja capaz de prejudicar terceiros e tenha sido forjada e/ou posta em circulação por negligência ou má-fé, neste caso, com vistas ao lucro fácil ou à manipulação política” (Frias Filho, 2018, p.43)

7 Ocorre o fenômeno que o ativista Eli Parisier (2012) denominou de “câmara de eco”, processo em que o filtro de conteúdo realizado pelos algoritmos de redes sociais, como o Facebook, seleciona automaticamente temas ou opiniões que apenas refletem e reiteram a opinião do usuário.

crático, simplifica-o e, paradoxalmente, restringi-o, não promovendo a pluralidade cognitiva que tão bem faz à democracia (Corval, 2016), mas o fechamento de convicções e sentimentos.

Isso se verificou, recentemente, no contexto da pandemia do novo coronavírus, em que o isolamento social intensificou as relações sociais e as manifestações políticas por meios digitais. Isolamento e vacinação, por exemplo, geraram intenso debate público e polarização sobre bases fáticas não raro distorcidas e, portanto, com baixo potencial de conduzir a decisões alinhadas às diretrizes e normas constitucionais em vigor. Fortes reações sociais, mobilizadas no ambiente virtual, também aparecem no que diz respeito às instituições democráticas tradicionais, com destaque e intensidade talvez inovadora no país, às críticas e reações às decisões emanadas do STF.

Mesmo quando se promove algum diálogo entre as instituições⁸ percebe-se, no país, uma renovada dinâmica. Cresce, ainda que em termos, talvez, mais simbólicos, um movimento que se identifica como sendo característico de uma atividade de hiperjudicialização de questões políticas na experiência constitucional contemporânea: “o órgão responsável pela jurisdição constitucional passa a exercer um protagonismo central na solução de casos sensíveis que dividem a sociedade, assumindo, muitas vezes, uma função contramajoritária” (Marmelstein, 2016, p. 2).

O *backlash*, nesse contexto, emerge como consequência provável da maior presença política da atividade jurisdicional, em específico do STF, nas reações das instituições e da população aos atos judiciais.

Pode-se definir o *backlash*, aliás, como “uma reação adversa não-desejada à atuação judicial (...), literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial” (Marmelstein, 2016, p. 3). Ou, ainda, em acepção amplificada, como “forte sentimento entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou na política” (Cambridge, 2022 *apud* Tavares, 2021, p. 12).

De acordo com Samuel Fonteles (2018, p. 41):

Em um sentido estrito, o backlash designa reações sociais (backlash nacional) ou estatais (backlash internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo*.

Essas reações podem se dar por meio das instituições representativas ou da manifestação direta da sociedade em passeatas, atos de desobediência civil e recusa de cumprimento da decisão. Algumas formas reativas de *backlash* são mencionadas por Hirschl (2009 *apud* Marmelstein, 2016, p. 3-4):

[A] revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal” (“court-packing”) por parte dos detentores do poder político; aplicação

8 Godoy e Machado Filho (2021, p. 120) definem a teoria dos diálogos da seguinte forma: “categoria invocada para qualificar a interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na interpretação e aplicação da Constituição como se fosse o resultado de uma conversa, e não de uma disputa sobre quem tem a melhor interpretação ou a última palavra sobre ela”.

de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade.

Pode mesmo a reação se verificar por parte de órgãos estatais. Marcelo Tavares (2022) destaca exatamente essa última modalidade, por ele denominada como *backlash* institucional⁹.

De forma objetiva, portanto, atos judiciais nem sempre são aceitos, passivamente, pelos fragmentados setores sociais representativos dos múltiplos interesses e ideias. Não raro há insatisfações. E, quando alguma decisão se mostra polêmica, ocasionando reações sociais e políticas a ponto de haver uma mobilização organizada para alterar o entendimento exarado, pode-se dizer que há, no caso, o fenômeno juridicamente reconhecido do *backlash* (Marmelstein, 2016).

Existem casos que no Brasil se vem reconhecendo emblemáticos do *backlash*. Um deles é o da “vaquejada”. Considerada, embora, prática esportiva e cultural no Nordeste do Brasil, em que “uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar o touro, puxando-o pelo rabo dentro de área demarcada” (Brasil, 2016), o Estado do Ceará promulgou norma regulamentadora (Lei nº 15.299/2013), a qual veio a ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República (ADI 4.983). O fundamento da inconstitucionalidade seria a afronta ao art. 225, §1º, VII, da Constituição da República, que resguarda contra a crueldade os animais. Defensores da prática tradicional, por sua vez, insistiam que a atividade esportiva e festiva, ocorrida há séculos, achava-se protegida como patrimônio cultural, na forma do art. 215, *caput* e §1º da Constituição (Marinho; Martins, 2018).

Ao apreciar a ação, o STF, por maioria apertada de 6 a 5, julgou inconstitucional a Lei do Estado do Ceará, sendo a decisão publicada em 06/10/2016. Alguns meses depois, o Congresso Nacional, acolhendo as manifestações contrárias, aprovou a Lei Federal nº 13.364/2016, considerando que o rodeio e a vaquejada como expressões artístico-culturais do “patrimônio cultural imaterial” (Brasil, 2016). Em clara superação do entendimento do STF, ademais, aprovou o Congresso emenda que acrescentou o §7º ao artigo 215 da Constituição de 1988, estabelecendo que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal”.

Deu-se, no caso, por reação do Congresso Nacional e dos setores ligados à prática da vaquejada, efetiva reação de contrariedade e superação da decisão judicial, característico *backlash* por via normativa.

Outro exemplo que a literatura costuma salientar, desta vez fora do Brasil, é o precedente estadunidense *Furman v Georgia*. Em 1972, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por 5 a 4 que a pena de morte, por ser cruel e incomum, violaria a oitava emenda da Constituição daquele país. Segundo George Marmelstein (2016, p. 5), a decisão gerou uma reviravolta surpreendente. Ao invés de produzir consenso em torno do tema, a decisão, na verdade, fortaleceu grupos conservadores que obtiveram, nas eleições seguintes, grandes vitórias políticas que tiveram como bandeira o endurecimento da legislação penal. Assim, de 1972, ano de julgamento do caso, até 1976, trinta e cinco estados e o governo federal reagiram ao julgado esta-

9 Define o autor: “O *backlash* institucional é uma reação dos Poderes Executivo e Legislativo a decisões judiciais mediante a influência em sua estrutura, forma de funcionamento, controle orçamentário, indicação de magistrados, modificação de competência ou restrição de garantias, de modo a reverter a tendência jurisprudencial ou a retirar poder decisório de tribunais” (Tavares, 2022, p. 14).

belecendo novas penas de morte (Somin, 2009), fato que aumentou a quantidade de estados que adotavam a pena de morte em relação à conjuntura anterior à decisão da Corte.

A teoria constitucional avançou a pesquisa sobre o *backlash*, destacando-se, no Brasil, ao menos três abordagens. A do constitucionalismo democrático, dos professores de Yale Robert Post e Reva Siegel (2007). A perspectiva sustentada por Michael Klarman e Cass Sustein, e, ainda, a construção que toma por referência a teoria jurídica de Ronald Dworkin, conforme se recolhe nas obras de Vera Karam e José Arthur (2018), Alex Saito Ramalho (2021) e Samuel Sales Fonteles (2018).

Ronald Dworkin, na sua teoria de superação do positivismo jurídico, postula que nos chamados *hard cases*, em que a aplicação da lei não seria clara, haveria, o juiz, margem ampliada de discricionariedade para decidir com base em princípios. Em suas decisões, ao juiz, compreendido metaforicamente como “juiz Hércules”, cabe atentar para os precedentes do sistema (Cabral, 2007) e resguardar a equidade, construindo um percurso narrativo, na decisão, que se assemelha a um “romance em cadeia”. Havendo um descompasso moral no precedente empregado para a construção da nova decisão é possível, pela aplicação de princípio, mediante a construção narrativa de justificativas fortes e mais harmonizadas com as exigências morais, é possível superar o precedente ou mesmo a orientação da regra legal.

Eventual reação, por meio do *backlash*, nada ou pouco importaria para a construção da justificação da decisão. O “juiz Hércules”, considerado virtuoso e apto a proferir decisões com equidade, não sofreria interferências externas como o *backlash*. Chueiri e Macedo, nessa direção, comentam que o *backlash* não deveria ser considerado no processo de decisão dos juízes:

o Judiciário é responsável por assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, os quais, muitas vezes, serão trunfos contra a maioria, a despeito das possíveis reações contrárias à decisão. Em outras palavras, para o juiz dworkiniano, este não pode se guiar por receios de reações violentas (*backlash*) e ultrajantes, pelo contrário, deve justamente reafirmar o compromisso da comunidade com a justiça e o igual respeito a cada cidadão (Chueiri; Macedo, 2018, p.131).

Michael Klarman e Cass Sunstein, por outro lado, aceitariam não só a existência no fenômeno como também a sua interferência na decisão judicial, ainda que não atribuam maior potencial construtivo ao *backlash* (Willeman, 2013).

Para Klarman, que em seus escritos põe em relevo, com ênfase, os casos *Brown v Board of Education*¹⁰ e *Goodridge v. Department of Good Health*¹¹, o *backlash* seria uma forma de fracasso do Poder Judiciário, visto que a decisão proferida geraria também efeitos contrários aos pretendidos. O *backlash* ocorreria, basicamente, segundo o autor, porque os julgamentos aumentariam a interferência do Judiciário na condução da política, assuntos de prioridade funcional do Legislativo e do Executivo (Moraes, 2020), abrindo espaço a uma postura judicial de “ativismo” que altera a ordem que, supostamente, para os críticos, a mudança social deveria ter ocorrido (Klarman, 2005).

10 O caso decidiu que a segregação racial de crianças em escolas públicas seria inconstitucional, tendo como backlash o retardamento do progresso racial no sul do país, segundo afirma Klarman (Klarman, 2011 *apud* Marmelstein, 2016, p. 8).

11 O caso decidiu que a negação de licenças de casamento para casais do mesmo sexo violava a Constituição do Estado de Massachussets, como afirma Melina Carla (Britto, 2020, p.63).

Decisões judiciais polêmicas gerariam um efeito *backlash* como forma de resistência, significando, ao fim e ao cabo, uma forma de retrocesso em relação ao direito beneficiado pela própria decisão (Britto, 2020, p. 67). Na visão de Klarman, os juízes não deveriam ter a última palavra sobre questões sensíveis, bem como não deveriam agir de forma vanguardista ou aventureira, mas sim, de modo contido para, exatamente, evitar o *backlash* e seus potenciais efeitos inesperados.

Posição próxima a de Klarman é a de Cass Sunstein, autor reconhecido pela defesa do minimalismo judicial, ou seja, pela compreensão de que o Judiciário, em suas decisões, em específico naquelas mais complexas e de relevância social, deveria adotar uma posição não ativista. Reforçando os escritos de Alexandre Bickel, postula para o Judiciário as virtudes passivas, consistentes da utilização do bom senso, da sensibilidade política e até do silêncio intencional da Cortes (Bickel, 1986 *apud* Chueiri; Macedo, 2018, p. 134), de maneira a evitar reações sociais hostis.

Contra a fundamentação narrativa de Dworkin, ao estilo do romance em cadeia alicerçado em uma leitura moral, Sunstein defende que o julgador deve agir de forma contida (raciocínio horizontal, entendido como estreiteza na decisão) e, preferencialmente, evitar se aprofundar além do necessário para justificar o decidido (raciocínio vertical, entendido como limitação ao aprofundamento) (Fonteles, 2018, p. 36). Adotando posicionamento de autocontenção os juízes tornariam os erros judiciais menos frequentes e menos danosos, deixando mais espaço democrático para enfrentamento dos pontos não abrangidos pela decisão judicial. Reduzir-se-ia o custo político das decisões do Judiciário, mantendo, com os demais Poderes, os fardos de suas responsabilidades (Moraes, 2020, p. 78). A forma minimalista de decidir favoreceria, enfim, a democracia deliberativa e fortaleceria o diálogo institucional, fortalecendo processos decisórios mais maduras e seguros para casos complexos (Soncin, 2021, p. 67).

Como uma forma de analisar o posicionamento das Cortes e a ocorrência e influência do *backlash*, Cass Sunstein se vale de um recurso retórico de imaginação de quatro mundos hipotéticos possíveis: o Olimpo, a Terra dos Anciãos, a Terra Lochner e Atenas.

No primeiro, o Olimpo, as decisões judiciais são sempre confiavelmente corretas e a oposição pública, quando ocorre, está sempre errada (Sunstein, 2007). O significado constitucional aduzido pelos julgadores envolveria posicionamentos morais, mas a opinião pública neste cenário seria fraca e ilegítima. O *backlash*, aí, deveria ser tratado com indiferença, visto que, quando ocorresse, não teria qualquer expressividade e estaria seguramente com uma posição moralmente errada (Pereira, 2021).

Na Terra dos Anciãos, os juízes seriam os intérpretes mais capazes da Constituição. A Constituição deve ser interpretada em consonância com o significado concreto das palavras usadas na Carta (Ramalho, 2018, p. 43). Todos os juízes seriam autoconscientes e inequivocamente originalistas (Sunstein, 2007 *apud* Tedesco, 2021, p.27). O *backlash* se manifestaria como fenômeno indiferente, visto que a opinião popular não teria autoridade interpretativa e as reações sociais não prevaleceriam, de forma alguma, sobre o sentido extraído da Constituição. A lei é interpretada de forma textual ou de acordo com a vontade do legislador, não importando, por isso, a opinião da sociedade. A única exceção prevista por Sunstein seria, nesse mundo fictício, a de o julgador, excepcionalmente, valer-se do que chama de “doutrinas de justiciabilidade” como espaço de manobra para evitar reações negativas (Tedesco, 2021, p. 27).

Na Terra *Lochner* (alusão à *Era Lochner*¹² no constitucionalismo estadunidense, constantemente associada ao ativismo judicial conservador), o significado constitucional, além da fidelidade à lei e à constituição, seria também produto dos julgamentos políticos e morais do julgador. Lacunas legais e ambiguidades seriam colmatadas pelo julgador mediante recurso às diretrizes políticas e valores morais. A ocorrência de erros judiciais seria possível, razão pela qual os julgadores, para limitar mesmo a possibilidade do erro, deveria considerar em sua interpretação a possibilidade de ocorrência do *backlash* (Tedesco, 2021, p.28).

Para Flávia Tedesco (2021, p. 28), nesse terceiro mundo abstrato o constitucionalismo popular existiria e o Judiciário, nas suas decisões, levaria em conta a interpretação da população. O *backlash*, por conseguinte, não só deveria ser considerado, mas também considerado útil para os julgadores ao permitir que a opinião pública, cujo posicionamento é mais valoroso, chegasse aos juízes.

Por fim, o quarto e último mundo, Atenas. Este cenário representaria uma democracia imaginária e em pleno funcionamento, onde os juízes julgam de forma refletida, porém, ainda com o risco de erros. Todos os julgamentos mereceriam respeito, por razões democráticas, independentemente se estão certos ou não (Tedesco, 2021, p.28), devendo os julgadores, necessariamente, levar em consideração o *backlash* quando proferissem suas decisões, visto que o fenômeno espelharia o entendimento da sociedade sobre temas sensíveis:

Considerando essas circunstâncias, as Cortes Constitucionais necessitam precaver-se do efeito *backlash* independentemente dos erros e acertos dos magistrados, pois sempre haverá decisões manifestamente boas ou ruins. Também não significa que o povo está sempre correto. O motivo para a cautela do tribunal quanto à possibilidade de *backlash* é que o fenômeno espelha o entendimento da sociedade sobre temas sensíveis, bem como a melhor concepção acerca dos direitos fundamentais, e por isso, essas opiniões devem ser respeitadas. A razão principal é a ocorrência do autogoverno, que pressupõe ser governado pelos próprios juízos, mas não pressupõe que a sociedade esteja certa e as Cortes equivocadas (Ramalho, 2021, p.45).

Cass Sunstein não postula, para a realidade histórica, a ocorrência perfeita dessas hipóteses argumentativas, mas delas extrai uma necessidade, de certo modo utilitarista, de o Judiciário levar em conta no processo decisório o *backlash* (Ramalho, 2021, p.45). Como ressalta Samuel Sales Fonteles (2018, p. 39):

Uma das poucas conclusões apontadas por Sunstein é de que, não sendo a Suprema Corte norteamericana um Olimpo e tampouco uma Terra de Anciãos, pelo menos na maioria dos casos extremos, o risco do *backlash* deve ser levado em consideração. E é exatamente essa maneira utilitarista de pensar, computando os custos e ganhos de uma eventual decisão desafiadora de uma revolta social, que originou as críticas da Yale Law School (Robert Post e Reva Siegel).

Robert Post e Reva Siegel, enfim, reputando insuficientes as abordagens de Dworkin, Klarman e Sustein, ressignificam a importância do *backlash* nos processos decisórios judiciais mediante o chamado constitucionalismo democrático.

12 Período da história legal dos Estados Unidos da América que remonta à transição do século XIX para o século XX. Recebeu este nome por causa do famoso precedente *Lochner v New York*, em que a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias, privilegiando a liberdade contratual em face dos direitos trabalhistas, constantemente qualificada como um ativismo judicial conservador.

A teoria constitucional de Post e Siegel tem o intuito de proteger os direitos constitucionais, assegurando aos cidadãos direitos inerentes à democracia. A própria manifestação de uma controvérsia pública, como a reação a uma decisão judicial, é, aí, entendida como parte da democracia e da liberdade. Nas palavras de Post e Siegel:

Resistência popular significa que os americanos desejam que as autoridades cumpram a Constituição de formas que reflitam o entendimento deles acerca dos ideais constitucionais. Este desejo não pode ser ignorado. Uma lacuna grande e persistente entre o entendimento profissional e popular sobre a Constituição, sobre questões que importam para o público, podem ameaçar a legitimidade democrática da Constituição (tradução nossa)¹³ (Post; Siegel, 2007, p. 379)

O constitucionalismo democrático seria uma proposta para entender formas de reforçar a aplicação da Constituição mesmo em situações de conflito. Não que seja conferido total protagonismo à sociedade para a interpretação da Constituição¹⁴. Mas, para os autores, à jurisdição constitucional, além da observância às normas e aos direitos previstos na Constituição, cumpre não olvidar as manifestações sociais:

Ao contrário do constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não pretende tirar a Constituição para longe dos tribunais. O constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial dos direitos democráticos aplicados judicialmente na política americana. Ao contrário de um foco juriscêntrico nas Cortes, o constitucionalismo democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público tem guiando e legitimando as instituições e as práticas de *judicial review*. Julgamentos constitucionais baseados em uma razão jurídica profissional somente podem adquirir legitimidade democrática se essa razão profissional está enraizada em valores e ideais populares (tradução nossa)¹⁵ (Post; Siegel, 2007, p.379)

O *backlash*, nessa abordagem, é afastado da ótica juriscêntrica e ameaçadora da autoridade judicial e da solidariedade social (Post; Siegel, 2007, p. 390). O conflito e a reação, no constitucionalismo democrático, ao invés de uma ameaça são os reais promotores da legitimidade da ordem constitucional e social (Post; Siegel, 2007, p. 405). Na síntese de Vera Karam e José Arthur (Chueiri; Macedo, 2018, p. 138):

O constitucionalismo democrático não vê com o entusiasmo de Dworkin o protagonismo do Poder Judiciário, tampouco cede às exortações minimalistas em defesa das virtudes passivas. Para Siegel e Post, o foco da teoria constitucional progressista não é nem pode estar na Jurisdição constitucional, na figura do juiz virtuoso ou do juiz silencioso, mas em uma interessante articulação entre o direito e a política numa sociedade plural e heterogênea

O constitucionalismo democrático, portanto, é uma teoria que enxerga o *backlash* como um fenômeno que ao mesmo tempo que expressaria o desejo do povo de influenciar o con-

13 "Popular resistance signifies that Americans desire officials to enforce the Constitution in ways that reflect their understanding of constitutional ideals. This desire cannot be ignored. A large and persistent gap between professional and popular understandings of the Constitution, about questions that matter to the public, can threaten the democratic legitimacy of constitutional law".

14 Como aponta Samuel Sales Fonteles (2018, p. 46), a teoria nos remete, no contexto europeu, à sociedade aberta dos intérpretes da constituição, preconizada por Peter Häberle.

15 "Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review. Constitutional judgments based on professional legal reason can acquire democratic legitimacy only if professional reason is rooted in popular values and ideals".

teúdo da Constituição pode, paradoxalmente, configurar uma ameaça à independência da lei: “Backlash é onde a integridade das normas legais colide com a necessidade de legitimidade democrática da nossa ordem constitucional (tradução nossa)¹⁶ (Post; Siegel, 2007, p. 376). Conforme asseveram Chueiri e Macedo (2018, p. 142), a teoria “contribui para manter aceso o vínculo entre política e direito, sem descurar da autoridade da Constituição”.

Ainda que se possa dizer que haja custos provenientes dos efeitos do *backlash*, a tensão social nele expressada é inerente à ordem democrática, devendo, por isso, os significados atribuídos à Constituição admitirem a influência dos anseios populares ao mesmo tempo que resguardem a integridade do Estado de Direito (Pereira, 2021, p.66).

Post e Siegel (Post; Siegel, 2007, p. 405) não deixam dúvida:

Quando os cidadãos invocam a Constituição como base para criticar decisões judiciais, eles estão expressando seu distanciamento do governo por meio de uma identificação com a Constituição. Para demonstrar que a Constituição justifica seus ideais, eles apelam a memórias e princípios que compartilham com outros quem eles pretendem persuadir. Estas tradições de argumentação guiam os disputantes a invocar a Constituição como um poderoso símbolo de compromissos americanos em comum. Dessa e de outras formas, o *backlash* pode fortalecer a coesão social e a legitimidade constitucional em uma nação normativamente heterogênea como a nossa, que se vale de antigas práticas de argumentação para lutar pelo significado de uma tradição constitucional compartilhada (tradução nossa).¹⁷

3. O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS

O Inquérito 4.781, também conhecido como Inquérito das Fake News, foi iniciado pela Portaria GP N° 69, de 14 de março de 2019, pelo então presidente do (STF), Dias Toffoli. A investigação arrimou sua abertura no art. 43 do Regimento Interno da Corte. Segundo os autos do próprio inquérito, seu objeto é:

a investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito (Brasil, 2019).

16 “Backlash is where the integrity of the rule of law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy”.

17 “When citizens invoke the Constitution as a basis for criticizing judicial decisions, they are expressing their estrangement from government by identifying with the Constitution. To demonstrate that the Constitution vindicates their ideals, they appeal to memories and principles they share with others whom they hope to persuade. These traditions of argument guide disputants to invoke the Constitution as a powerful symbol of common American commitments. In these and other ways, backlash can strengthen social cohesion and constitutional legitimacy in a normatively heterogeneous nation like our own, which draws upon longstanding practices of argument to struggle over the meaning of a shared constitutional tradition.

Este inquérito despertou polêmicas e tem sido alvo de debates políticos, sociais e jurídicos, porquanto no rol de investigados se encontram presentes autoridades como o Presidente da República e parlamentares, figurando, ainda, o Supremo Tribunal Federal e seus Ministros, a um só tempo, como vítimas, investigadores e julgadores das condutas ilícitas nele apuradas.

Desde a sua instauração até o momento em que se pôs termo à pesquisa que lastreou o presente artigo, junho de 2022, foram determinadas a oitiva de parlamentares, a busca e a apreensão de objetos dos investigados e a prisão de envolvidos (Agência O Globo, 2022). O inquérito já ultrapassa três anos de tramitação.

De acordo com o arcabouço teórico sumariado na seção anterior, caracteriza-se, nessas reações à atuação do STF, o *backlash*? É possível mensurá-lo?

Tomemos como referência o “indicador de impacto *backlash*”, proposto por Samuel Sales Fonteles (2018) em dissertação de mestrado na qual se propôs a mensurar o *backlash* em precedentes estadunidenses considerados como paradigmáticos: *Roe v. Wade*¹⁸ (1973) e *Brown v. Board of Education*¹⁹ (1954). Acresçamos, ainda a utilização do método por Alex Saito Ramalho (2021), em tese de doutorado na qual efetivou exame quantitativo de julgamentos do STF apontados pela doutrina como geradoras de *backlash* associado à análise qualitativa obtida, em diferentes marcos temporais, do citado “indicador de impacto”, de forma a analisar o impacto das mídias sociais e o fenômeno do *backlash* cibernético.²⁰

Em síntese, conforme Fonteles (2018, p. 81-82), o cálculo do indicador consiste na avaliação de 10 (dez) formas de exteriorização do *backlash*²¹. Cada uma dessas expressões foram transformadas em perguntas que podem ser respondidas em três escalas de intensidade: 0 (zero), caso a manifestação do *backlash* seja ausente; 0,5 (zero vírgula cinco), caso a mani-

18 O caso representou a descriminalização do aborto nos EUA em determinadas hipóteses e suscita questionamentos até os dias atuais, conforme apontado por Cássio Casagrande (Casagrande, 2022).

19 Ver nota de rodapé nº 11.

20 Foram analisadas por Ramalho, com o auxílio do indicador, seis decisões: 1- o caso da contribuição previdenciária de inativos (ADI nº 2.010), 2- a superação de entendimento que vantagens de caráter pessoal não entrariam no cômputo do teto remuneratório (ADI nº 14), 3- o caso que permitiu o aborto de fetos anencéfalos (ADPF nº 54), 4- o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo (ADPF nº 132 e ADI nº 4.277), 5- o famoso caso da vaquejada (ADI nº 4.983) que restou superado por edição de lei posterior, e, por fim, 6- o caso de execução da pena privativa de liberdade após o julgamento em segunda instância (ADCs nº 43,44 e 54). A metodologia é apta a analisar a ocorrência de *backlash* no Inquérito 4.781. Apesar de não se tratar de uma decisão de caráter constitucional, como nos estudos referidos, o inquérito das *fake news* é um procedimento que inegavelmente tem gerado reações da sociedade, dos poderes Executivo, Legislativo e do próprio STF, enquadrando-se como ato judicial de grande repercussão e objeto de reações.E

21 Estas as perguntas que expressa as 10 (dez) formas de exteriorização do *backlash*: a) A decisão recebeu críticas explícitas e contumazes em veículos de mídia diversificados ou por parte de autoridades em pronunciamentos públicos? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte); b) A decisão foi questionada em protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles ou demais manifestações reativas da sociedade civil? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte); c) O tema foi instrumentalizado como plataforma nas candidaturas eleitorais? O resultado das eleições imediatamente subsequentes à decisão proclamou como vencedores candidatos que se comprometeram a confrontar a medida (decisão, lei ou resultado de consulta popular), produzindo um panorama eleitoral que destoava do tradicionalmente observado na última década? Ou ainda: ocorreu a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política e cuja atuação vai ao encontro da medida controversa? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte. A primeira pergunta representa um impacto fraco. As demais, um resultado forte); d) A decisão desafiou reações legislativas crônicas ou generalizadas (na hipótese de decisão nacional e reação estadual)? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte); e) A composição da Corte sofreu alterações em função do julgado controverso por meio de indicações tendentes a alterar o perfil do colegiado? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte); f) Houve (tentativas de) impeachment de Ministros das Cortes (ou recall para remoção de juizes)? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte); g) Os distúrbios civis atingiram o patamar de uma significativa recusa ao cumprimento da decisão, caracterizando uma ampla desobediência civil? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte); h) A decisão deixou de ser cumprida por agentes públicos e autoridades, no intuito deliberado de ignorá-la? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte); i) A decisão gerou atos arbitrários de *court packing*, cortes no orçamento ou outras medidas de ataque institucional? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte); j) É possível verificar uma relação entre a decisão e atentados ou conflitos armados, como guerras civis? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte) (Fonteles, 2018).

festação seja fraca; 1 (um), caso a manifestação seja forte. A média aritmética do resultado obtido é calculada e, então, para o resultado final, construído períodos de variação de 0 (zero) a 1 (um), sendo o intervalo de 0,1 a 0,3 considerado um *backlash* de baixo impacto, o intervalo de 0,35 a 0,6 um *backlash* de médio impacto e o intervalo de 0,65 a 1 um *backlash* de alto impacto.

No caso do Inquérito 4.781 – que, reitere-se, tramita sob sigilo, permitindo-nos construir as respostas para o indicar apenas com base nos documentos divulgados e em notícias de fontes idôneas²² – vejamos se é possível dizer que restou caracterizado o backlash e, em que nível de expressão, por meio da aplicação da série de dez perguntas e respostas, lembrando que existe a possibilidade de três formas de resposta, sendo atribuída uma nota para cada uma delas da seguinte forma- Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte.

a) O inquérito recebeu críticas explícitas e contumazes em veículos de mídia diversificados ou por parte de autoridades em pronunciamentos públicos?

Resposta: O inquérito recebeu críticas principalmente por parte de aliados do governo, considerando que os investigados são, em sua maior parte, apoiadores do presidente (Brandino, 2022). Assim, a base aliada (composta por políticos e influenciadores digitais) e o próprio Presidente da República são os principais autores das críticas, visto que o inquérito tem causado consequências políticas indesejáveis. Pontuação: 0,5; sim, de maneira fraca.

b) O inquérito foi questionado em protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles ou demais manifestações reativas da sociedade civil?

Resposta: No período desde que se iniciou o inquérito, houve diversas manifestações de oposição e de apoio ao governo. Porém, a pauta contrária ao inquérito das fake news, muitas vezes consubstanciada em críticas ao seu relator, Ministro Alexandre de Moraes, só foi notada em manifestações de apoio ao governo (CNN Brasil, 2022). Isto apenas reforça o referido na pergunta anterior e ilustra o constante atrito entre o Supremo Tribunal Federal e o Presidente da República. Pontuação: 0,5; sim, de maneira fraca. haver, em relação a elas, referência

c) O tema foi instrumentalizado como plataforma nas candidaturas eleitorais? O resultado das eleições imediatamente subsequentes à decisão proclamou como vencedores candidatos que se comprometeram a confrontar a medida (decisão, lei ou resultado de consulta popular), produzindo um panorama eleitoral que destoa do tradicionalmente observado na última década? Ou ainda: ocorreu a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política e cuja atuação vai ao encontro da medida controversa?

Resposta: Desde o início do inquérito, houve eleições a nível municipal e nacional. Neste ponto, não se tem notícia de políticos se utilizando do tema como plataforma eleitoral a nível municipal. Ainda, com relação às eleições a nível nacional, se considera que o inquérito pode ter relevância no discurso de candidatos, principalmente apoiadores de Jair Bolsonaro, de ódio direcionado ao STF, com ataques principalmente ao relator do inquérito, Ministro Alexandre de Moraes. Neste contexto, os candidatos considerados bolsonaristas obtiveram vitórias nas

22 Considerando a pluralidade de fontes possíveis, no presente estudo optou-se por escolher 2 (dois) jornais digitais de grande visualização para que fossem respondidas as perguntas: Folha de São Paulo e CNN Brasil. Em ambos os sites, foi feita a pesquisa do termo “inquérito das fake news”, entre aspas, de forma a procurar a incidência exata do termo. Ainda, foram consideradas notícias que, mesmo que não tivessem a incidência direta do termo, também tivessem possível correlação com o inquérito. Essa delimitação da pesquisa se mostrou necessária de forma a tornar a metodologia mais objetiva e facilmente replicável, ressaltado o grau de subjetividade inerente às próprias perguntas.

eleições do corrente ano (Gabriel; Bragon, 2022), razão pela qual considera-se que há possível relação de causa e efeito. Pontuação: 0,5; sim, de maneira fraca.s;

d) O inquérito desafiou reações legislativas crônicas ou generalizadas (na hipótese de decisão nacional e reação estadual)?

Resposta: Apesar de algumas reações legislativas pontuais²³ (Uribe, 2022) e de pouca força, não se vislumbra qualquer reação legislativa generalizada ou crônica que visasse interferir com o decorrer do inquérito. Pontuação: 0; não.

e) A composição da Corte sofreu alterações em função do inquérito, por meio de indicações tendentes a alterar o perfil do colegiado?

Resposta: O presidente Jair Bolsonaro indicou dois Ministros de caráter conservador para a Corte: Kássio Nunes Marques e André Mendonça. Em ambas as indicações, houve sinalização concreta de que os ministros seriam “família” (Chaib *et al.*, 2020), numa clara referência à comunhão de valores e ideias, fator comum em indicações políticas para Tribunais. Neste contexto, há decisão do Ministro Nunes Marques suspendendo decisão que cassava mandato de aliado do presidente por disseminação de notícias falsas (Arbex, 2022), bem como pedidos de vista considerados estratégicos feitos por André Mendonça em recursos que envolvem o inquérito (Marques, 2022). Assim, considera-se que ambos os ministros têm posições contrárias ao inquérito, razão pela qual, concretamente, a Corte sofreu alterações no perfil do colegiado. Pontuação: 1,0; sim, de maneira forte.

f) Houve (tentativas de) impeachment de Ministros das Cortes (ou recall para remoção de juízes)?

Resposta: Na forma do art. 41 da Lei 1.079/50, todo cidadão pode denunciar perante o Senado Ministros do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, considerando o contexto de atrito entre os poderes, existe uma série de pedidos de impeachment realizados, tendo, no ano de 2022, 9 pedidos de impeachment de ministros do STF e, no ano de 2021, 25 pedidos, segundo consulta ao site do Senado Federal²⁴. Dentre esses, tem especial relevância o realizado pelo próprio Presidente da República na qualidade de cidadão, na Petição (SF) n° 20 de 2021 (Bolsonaro, 2021), em que foi requerido o pedido de *impeachment* do relator do inquérito, Alexandre de Moraes, por supostas inconstitucionalidades. Apesar disso, nem este pedido nem qualquer outro teve solidez para gerar qualquer possibilidade real de impeachment de ministros da Corte. Pontuação: 0,5; sim, de maneira fraca.

g) Os distúrbios civis atingiram o patamar de uma significativa recusa ao cumprimento da decisão, caracterizando uma ampla desobediência civil?

Resposta: As reações civis se limitaram às manifestações majoritariamente pacíficas nas ruas, não se havendo em falar em ampla desobediência civil. Pontuação: 0; não.

h) As decisões deixaram de ser cumpridas por agentes públicos e autoridades, no intuito deliberado de ignorá-las?

23 Como a tentativa de dar poder ao Congresso Nacional para anular decisões não unânimes proferidas pelo STF.

24 Site do Senado Federal. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecacao=Projetos+e+Mat%C3%A9rias++Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=impeachment&ano=2021&p=3>

Resposta: As decisões decorrentes do inquérito geraram pedidos de prisão, busca e apreensão, entre outras medidas noticiadas, não havendo qualquer sinal de recusa deliberada de autoridades em cumpri-las. Pontuação: 0; não.

i) O inquérito gerou atos arbitrários de *court packing*, cortes no orçamento ou outras medidas de ataque institucional?

Resposta: Apesar de discursos neste sentido, não houve qualquer ato de *court packing* (tentativa arbitrária de modificar a composição do Tribunal). Não há notícia também de qualquer corte no orçamento, e as medidas de ataque institucional, apesar de constantes, substanciam-se majoritariamente em discursos, inseridos dentro do contexto de atrito entre a cúpula do Executivo e o Supremo Tribunal Federal. É considerado que o auge das demonstrações de atrito ocorreu com o desfile de 7 de setembro de 2021, com a presença de veículos de guerra em frente ao Tribunal Superior e discurso inflamado do Presidente (Folha de São Paulo, 2021) Apesar disso, os atos se constituíram como mera ameaça, uma constante desde o início do governo, razão pela qual não serão consideradas substanciais no presente tópico. Pontuação: 0; não.

j) É possível verificar uma relação entre o inquérito e atentados ou conflitos armados, como guerras civis?

Resposta: Não se tem notícia de qualquer conflito ou atentado que se enquadre na presente questão. Pontuação: 0; não.

A soma de toda a pontuação atribuída é 3,0. O numeral do indicador obtido, apurado pela média, é de 0,3. Dentro do indicador de impacto *backlash* já referido, o valor de 0,3 é considerado de baixo impacto. Segundo a metodologia aplicada, portanto, o inquérito das fake news gerou reações sociais e institucionais suficientes para que seja considerado presente, no caso, um *backlash*.

De forma a dialogar com os estudos já realizados que se valeram da mesma metodologia aplicamos o teste aqui efetivado aos casos analisados por Samuel Sales Fonteles (2018) – os dois precedentes estadunidenses descritos nas duas primeiras linhas da tabela abaixo – e Alex Saito Ramalho (2021) – os seis julgados descritos nas demais linhas da tabela:

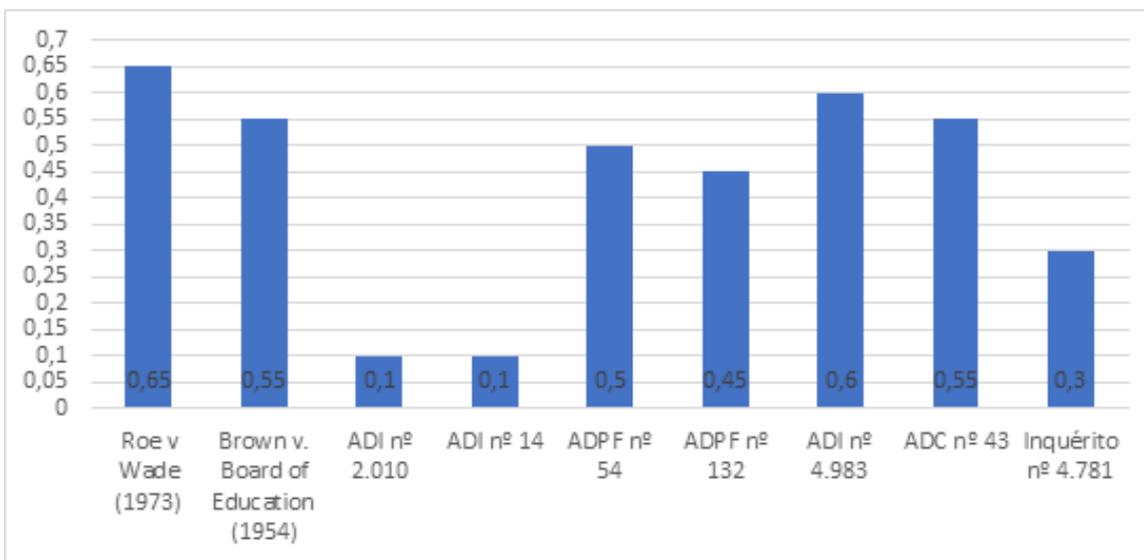
Tabela 1 – Indicadores de impacto *backlash* em Fonteles (2018) e Ramalho (2021)

Casos:	Indicador obtido:
Roe v. Wade (1973)	0,65
Brown v. Board of Education (1954)	0,55
Contribuição previdenciária de inativos (ADI nº 2.010)	0,1
Superação do entendimento que vantagens de caráter pessoal não entrariam no cômputo do teto remuneratório (ADI nº 14)	0,1
Permissão ao aborto de fetos anencéfalos (ADPF nº 54)	0,5
Reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo (ADPF nº 132 e ADI nº 4.277)	0,45
Vaquejada (ADI nº 4.983)	0,6
Execução da pena privativa de liberdade após o julgamento em segunda instância (ADCs nº 43,44 e 54)	0,55

Fonte: Elaborado pelo autor (2022) com base em dados de Fonteles (2018) e Ramalho (2021).

A imagem gráfica auxilia a visualização:

Gráfico 1 – Comparativo de indicadores de impacto *backlash*



Fonte: Elaborado pelo autor (2022) com base em dados do presente estudo e dados de Fonteles (2018) e Ramalho (2021).

4. CONCLUSÃO: O BACKLASH CIBERNÉTICO E OS ENGENHEIROS DO CAOS

Trabalhamos com a hipótese, que veio a se confirmar, de que o inquérito das fake news gerou reações sociais aptas a serem consideradas com um *backlash* de baixo impacto. Com efeito, deve ser ressaltado que entende-se o *backlash* como um fenômeno social repleto de complexidade e subjetividades que uma metodologia de pesquisa, sozinha, é incapaz de absorver o significado do fenômeno em sua totalidade.

Por isso, faz-se necessário que a análise do *backlash* também parta de pressupostos teóricos já estabelecidos e também que novos conceitos sejam construídos.

Na análise do presente caso, há uma questão emblemática: parte do próprio objeto do inquérito (notícias falsas e disparos em massa nas redes sociais) ilustra uma novidadeira forma de manifestação a desafiar, inclusive, a caracterização do instituto do *backlash*: o *backlash cibernético*, na conceituação de Alex Saito Ramalho (2021).

Esta forma de *backlash*, para além dos ambientes públicos tradicionais, coletaria as reações na internet e nas mídias sociais (Ramalho, 2021, p. 191). E, considerando que o Inquérito 4.781 perpassou toda a pandemia do coronavírus e as épocas de isolamento social, em que as principais formas de comunicação social se davam através das redes sociais, essa constatação não pode passar ao olvido.

O *backlash* cibernético requer cautelas e atenção, visto que os meios digitais têm se mostrado aptos a um direcionamento falseado da opinião pública em escala e forma sem precedentes. Noutros dizeres, as formas contemporâneas de comunicação e reação podem, talvez, subverter a própria ideia de reação, dando azo a “falsos *backlashes*”.

Segundo destaca Alex Ramalho (Ramalho, 2021, p. 224):

[A]s vicissitudes presentes na internet e nas mídias sociais interferem na espontaneidade dos movimentos e engajamentos no âmbito virtual, o que dificulta a utilização desses instrumentos como meio de conscientização social e de oxigenação do sistema democrático.

Não seria difícil, no atual cenário, que grupos com intenção de direcionamento de pautas e criadores de notícias falsas com fins políticos se constitua em efetivos “engenheiros do caos” (Empoli, 2019), aproveitando-se de toda a infraestrutura de informação trazida pelas mídias sociais para conduzirem conteúdos, a seu talante, a públicos específicos na internet, não raro relacionados a posicionamentos radicais e ultranacionalistas.

Neste contexto, entende-se que o *backlash* cibernético, em sua contradição, também vem contribuindo de forma importante no *backlash* diagnosticado no inquérito das fake news. Apesar de ter sido considerado que a reação mais forte foi institucional, originada por parte do próprio Executivo, por meio da indicação de ministros tendentes a alterar o perfil do STF, as demais reações consideradas de maneira fraca não se deram de forma institucional, mas sim, pela população em geral e autoridades: manifestações nas ruas, eleição de candidatos aliados, tentativas de *impeachment* de ministros e críticas por autoridades. Neste ponto, as manifestações nas ruas provavelmente foram as que mais tiveram influência das redes sociais, visto que estas manifestações tradicionalmente têm sido convocadas e divulgadas através da internet.

A metodologia de análise também demonstra que o inquérito 4.781 tende a causar desacordos mormente entre os grupos aliados ao Presidente Jair Bolsonaro. Isto ocorre pois, desde a sua eleição, o Presidente tem sido acusado de se beneficiar da disseminação e disparo de notícias falsas para obter benefícios eleitorais. Assim, como dentre os investigados do inquérito estão o próprio presidente e diversos dos seus aliados, as reações sociais e institucionais contrárias ao procedimento geralmente têm partido de aliados ou simpatizantes com os ideais disseminados por Bolsonaro e seu clã.

Estas reações têm, portanto, o intuito de minar o andamento do inquérito de forma a evitar possíveis indiciamentos. Frente a isto, considerando que as reações são originadas dos próprios investigados e seus apoiadores, devem os ministros do Supremo Tribunal Federal adotarem o posicionamento proposto por Ronald Dworkin frente ao *backlash* - agindo de forma a ignorar as reações sociais e se importando mormente com a aplicação da lei.

Na teoria do constitucionalismo democrático, este posicionamento poderia ser justificado visto que o *backlash*, no presente caso, se mostra como uma ameaça à independência da lei e ao próprio funcionamento do Poder Judiciário, na medida em que se têm ataques diretos à Corte e aos seus ministros²⁵. Ainda, não haveria ponto positivo do *backlash* neste caso, pois não haveria qualquer questão de legitimidade democrática envolvida: temos os investigados

25 Estes ataques, inclusive, vêm sendo investigado por outros procedimentos dentro do STF, como por exemplo o já arquivado “inquérito dos atos antidemocráticos”.

e seus aliados se insurgindo contra o inquérito como tentativa de se esquivarem de possíveis responsabilizações penais.

Assim, as reações analisadas que constituíram um *backlash* de baixo impacto na forma do indicador de impacto *backlash* se mostram, na verdade, como um instrumento dos investigados e seus aliados para mostrar resistência ao inquérito. Sendo nítida essa correlação, podemos concluir que não deve a investigação ceder frente a interesses particulares, devendo ter seu regular seguimento desconsiderando as reações referidas. Neste ponto, porém, não se pretende legitimar as ilegalidades cometidas no âmbito do inquérito, como a presença de um objeto de investigação extremamente amplo, o sigilo do procedimento e a usurpação de funções do Ministério Público (Coelho, 2020), sendo um imperativo ao Estado democrático de direito que as ilegalidades sejam sanadas e o devido procedimento legal seja observado.

Nesse contexto, a manutenção dos procedimentos investigatórios para apurarem possíveis infrações, seja os deflagrados pela Polícia ou pelo próprio Supremo Tribunal Federal, deve ser um imperativo, não permitindo qualquer interferência externa. Porém, deve ser o próprio Judiciário o balizador dos procedimentos para que nunca se ceda à máxima maquiavélica de que “os fins justificam os meios”, devendo o procedimento investigatório respeitar estritamente os parâmetros legais, sob pena de se abrir um precedente com potencial de vilipendiar o corolário democrático de respeito ao devido processo legal e aos direitos fundamentais.

Por tudo isso, o presente trabalho pretende ser um diagnóstico atual do contexto brasileiro. As conclusões a que se chega por meio do estudo de caso servem para ilustrar que as mostras de oposição e tentativas de interferência do presidente são medidas que vão de encontro às bases da democracia, denotando, também, uma tentativa de cooptação do Estado para atender a interesses particulares. Esses fatores somados às constantes crises políticas, causadas, muitas vezes, pelas próprias ações irresponsáveis do presidente, demonstram que a cadeira de presidência está ocupada por um verdadeiro “engenheiro do caos”, que dia após dia parece se espelhar no imperador Nero e querer incendiar a nossa Roma para o seu próprio deleite.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Monique Florencio de. **Estudo introdutório e plano de organização do livro**. In: ASSÉDIO institucional no Brasil: avanço do autoritarismo e desconstrução do Estado. Brasília: EDUEPB, 2022.
- ARBEX, Thaís. Nunes Marques derruba decisão do TSE que havia cassado deputado bolsonarista. **CNN Brasil**, 2 jun. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/nunes-marques-derruba-decisao-do-tse-que-havia-cassado-deputado-bolsonarista/>. Acesso em: 4 out. 2022.
- BELO, Eliseu Antônio da Silva. A emenda da vaquejada e o efeito backlash. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 74, out./dez. 2019.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BÔAS FILHO, Orlando Villas. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 108, p. 651-696, 2013.
- BOLSONARO, Cidadão Jair Messias. **Petição (SF) nº 20, de 2021**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149531>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRANDINO, Géssica. Veja o que se sabe contra investigados no inquérito das fake news do STF; Daniel Silveira é um dos alvos. **Folhajes**, A Folha de São Paulo, 17 fev. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/veja-o-que-se-sabe-contra-investigados-no-inquerito-das-fake-news-do-stf-daniel-silveira-e-um-dos-alvos.shtml>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Feral. **ADPF nº 662 MC**. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4.781**. Decisão determinando a busca e apreensão de investigados. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 5 maio 2022.

BRITTO, Melina Carla de Souza. **Juristocracia e backlash como expressões da insuficiência do arranjo institucional do constitucionalismo liberal**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2020.

CABRAL, Gustavo César Machado. O juiz Hércules de Dworkin, a equidade e o pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, ano 15, v. 15, n. 15, p. 9-23, 2007.

CASAGRANDE, Cássio. O Direito ao aborto nos EUA vai acabar? **Revista Jota**, 6 set. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/o-direito-ao-aborto-nos-eua-vai-acabar-06092021>. Acesso em: 2 maio 2022.

COELHO, Gabriela. MP deve participar de investigações no inquérito das fake news, diz PGR. **CNN Brasil**, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mp-deve-participar-de-investigacoes-no-inquerito-das-fake-news-diz-pgr/>. Acesso em: 4 out. 2022.

CHAIB, Julia; URIBE, Gustavo; CARVALHO, Daniel. Bolsonaro anuncia indicação de Kássio Nunes para vaga de Celso de Mello no STF. **Folha de São Paulo**, 1 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/10/bolsonaro-anuncia-kassio-nunes-para-vaga-de-celso-de-mello-no-stf.shtml>. Acesso em: 4 out. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam; MACEDO, José Arthur Castillo de Macedo. Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. **Sequência**, Florianópolis, v. 39, n. 80, p. 123-150, 2018. Disponível em: Acesso em: 26 maio 2022.

CNN Brasil. Atos pró-Bolsonaro têm ataques contra o STF. **CNN Brasil**, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/atos-pro-bolsonaro-tem-ataques-contra-o-stf/>. Acesso em: 22 jun. 2022.

CORVAL, Paulo R. S. Felizes os que creem. **Revista Estudos Políticos**: publicação eletrônica semestral do Laboratório de Estudos Hum(e)anos (UFF), Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 230-255, dez. 2016. Disponível em: <http://revistaestudos-politicos.com/>. Acesso em:

DWORKIN, RONALD. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos**. Tradução Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. Bolsonaro ameaça o STF de golpe, exorta a desobediência à Justiça e diz que só sai morto. **Folha de São Paulo**, 7 set. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/na-paulista-bolsonaro-repete-ameacas-golpistas-ao-stf-e-diz-que-canalhas-nunca-irao-prende-lo.shtml>. Acesso em: 4 out. 2022.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, 2018.

FONTES, Francisco Lucas de Lima *et al.* Da democracia participativa à desdemocratização no Brasil: instituições de participação em crise. **Research, Society and Development**, v. 11, n. 5, p. e48911528534, 2022.

FRIAS FILHO, Otavio. O que é falso sobre fake news. **Revista Usp**, n. 116, p. 39-44, 2018.

GABRIEL, João; BRAGON, Ranier. Bolsonaro elege aliados e faz deputado mais votado, mas familiares e advogado fracassam. **Folha de São Paulo**, 3 out. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/10/bolsonaro-elege-aliados-e-faz-deputado-mais-votado-mas-familiares-e-advogado-fracassam.shtml>. Acesso em: 4 out. 2022.

GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: Possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. **RIL Brasília**, ano 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022.

HANSEN, Gilvan Luiz; TOSTES, Eduardo Chow Martino; HANSEN, Gabriel da Fonseca e Cunha. **Fake news, crises institucionais e pós-verdade**. Livro de Artículos. I Seminário Internacional sobre Democracia, Cidadania y Estado de Derecho, p.10-23. Vigo: Universidad de Vigo e Universidade Federal Fluminense, 2019.

KLARMAN, Michael J. Brown and Lawrence (and Goodridge). **104 Mich. L. Rev.** p. 431-445, 2005.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. *In*: HART Lecture at Georgetown Law Center. Speaker's Notes. 31Mar. 2011.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2018.

MARQUES, José. Mendonça, do STF, suspende 'pacote de julgamentos' de Moraes que mira Bolsonaro. **Folha de São Paulo**, 12 ago. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/08/mendonca-do-stf-suspende-pacote-de-julgamentos-de-moraes-que-mira-bolsonaro.shtml>. Publicação: 12/08/2022. Acesso em: 4 out. 2022.

MARINHO, Rodrigo Fonseca; MARTINS, Julia Parreiras. Os poderes Judiciário e Legislativo no caso da vaquejada: "efeito backlash". **Revista Athenas**, ano VII, v. I, 2018.

MARMELSTEIN, George. **Efeito backlash da jurisdição constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. [S. l. : s. n.], 2016. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 1 maio 2021.

MORAES, Felipe Sarraf de. **Limite da função atípica de legislar e efeito backlash**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2020.

PARISIER, Eli. **O filtro invisível**. Editora Zahar, 2012.

PEREIRA, Nathália Sena Horta. **Efeito backlash**: uma análise do instituto e seus efeitos. Orientador: Marcelo Campos Galuppo. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-433, 2007.

RAMALHO, Alex Saito. **As reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual**. Orientador: Alexandre de Moraes. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Concorrente, 2020.

SOMIN, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo. **Minnesota Law Review**, v. 566, 2009.

SONCIN, Angela Carolina. **Controle de constitucionalidade e o efeito backlash**: dilemas e desafios no contexto dos diálogos institucionais. 2021, Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2021.

SUNSTEIN, Cass Robert. Backlash's Travels. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, 2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O backlash institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no Direito Previdenciário e Assistencial. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 11-33, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p11. Acesso em:

TEDESCO, Flávia Maria Machado Alves. **O backlash e a legitimação do judiciário**: análise exemplificada pela prisão em segunda instância. Orientador: Orlando Luiz Zanon Júnior. 2021. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2021.

TILLY, Charles. **Democracia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

URIBE, Gustavo. Deputado propõe PEC que permite ao Legislativo anular decisões do Supremo. **CNN Brasil**, 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/deputado-propoe-pec-que-permite-ao-legislativo-anular-decisoes-do-supremo/>. Acesso em: 4 out. 2022.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. **R. bras. de Dir. Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 109-138, jan./mar. 2013.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 15/10/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/10/2022
- Avaliação 1: 21/02/2023
- Avaliação 2: 09/06/2023
- Decisão editorial preliminar: 09/06/2023
- Retorno rodada de correções: 14/08/2023
- Decisão editorial/aprovado: 08/09/2023

Equipe editorial envolvida

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