

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 19 | 2024
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

Mestrando Almir Teixeira Esquárquio (PPGD/FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

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

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

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. 19, no. 1
(jan./abr. 2024)- . - 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

AUTONOMIA PRIVADA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS:
NECESSIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....9
*PRIVATE AUTONOMY AND THE PROTECTION OF HUMAN
RIGHTS: NEED FOR CONVENTIONALITY CONTROL*

Lailson Braga Baeta Neves

A RELAÇÃO ENTRE CAPITALISMO, URBANIZAÇÃO, PÓS-MODERNIDADE E A
NOÇÃO DE BEM-VIVER NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO22
*THE RELATIONSHIP BETWEEN CAPITALISM, URBANIZATION, POSTMODERNITY, AND THE
NOTION OF WELL-BEING IN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM*

Hugo José de Oliveira Agrassar

Daniella Dias

TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO E O CONTROLE EXTER
NO CONSENSUAL REALIZADO PELAS CORTES DE CONTAS.....39
*TERM OF MANAGEMENT ADJUSTMENT AND THE CONSENSUS EXTERNAL
CONTROL PERFORMED BY THE CUTTING OF ACCOUNTS*

Jefferson Aparecido Dias

Carlos Alexandre Lima de Souza

Helois Helou Doca

RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTES DE
TRÂNSITO ENVOLVENDO VEÍCULOS AUTÔNOMOS.....51
CIVIL LIABILITY IN TRAFFIC ACCIDENTS INVOLVING AUTONOMOUS VEHICLES

Fabiane Margareth Giordani

Fernanda Corrêa Pavesi Lara

SMART CONTRACTS E A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS72
SMART CONTRACTS AND THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS

Alejandro Knaesel Arrabal

Jorge Stoeberl

Luiza Santi Anunziato

DIPLOMACIA ECONÔMICA E O AGRONEGÓCIO: UMA ANÁLISE DA
INTERSEÇÃO ENTRE COMÉRCIO E POLÍTICA NO CENÁRIO GLOBAL85
*ECONOMIC DIPLOMACY AND AGRIBUSINESS: AN ANALYSIS OF THE INTERSECTION
BETWEEN TRADE AND POLITICS IN THE GLOBAL SCENARIO*

Fabiane Velasquez Marafiga

A MEDIAÇÃO TRABALHISTA NA SOCIEDADE MODERNA:
FRATERNIDADE E EMPATIA COMO ELEMENTOS FUNDAMENTAIS103
LABOR MEDIATION IN MODERN SOCIETY: FRATERNITY AND EMPATHY AS FUNDAMENTAL ELEMENTS

Rosane Teresinha Carvalho Porto

Natália Ues Cury

MECANISMOS EXTRAPROCESSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS E AS NEGOCIAÇÕES REALIZADAS NO CASO SAMARCO	120
<i>EXTRAPROCEDURAL MECHANISMS FOR RESOLVING COLLECTIVE CONFLICTS AND THE NEGOTIATIONS CARRIED OUT IN THE SAMARCO CASE</i>	
Daniely Cristina da Silva Gregório Thaís Nanni Alexandrino Rodrigo Valente Giublin Teixeira	
TRIBUTAÇÃO E O (DES)CUMPRIMENTO CONSTITUCIONAL DE COMBATE EFETIVO À FOME NO BRASIL: A NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL ALIMENTAR	134
<i>TAXATION AND THE CONSTITUTIONAL (UN)FULFILLMENT OF AN EFFECTIVE BATTLE AGAINST HUNGER IN BRAZIL: THE NEED TO ESTABLISH A MINIMUM EXISTENTIAL FOOD ALLOWANCE</i>	
Mario Di Stefano Filho Marciano Buffon	
MANDATOS COLETIVOS COMO ESTRATÉGIA DE APERFEIÇOAMENTO DA REPRESENTATIVIDADE E CIDADANIA	150
<i>COLLECTIVE MANDATES A STRATEGY FOR IMPROVING REPRESENTATIVENESS AND CITIZENSHIP</i>	
Natal dos Reis Carvalho Junior	
O RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL DA DEFICIÊNCIA E A VISÃO SISTÊMICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: QUESTÕES ESSENCIAIS SOBRE AS AVALIAÇÕES BIOPSISSOCIAIS À LUZ DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	166
<i>THE ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL RECOGNITION OF DISABILITY AND THE SYSTEMIC UNDERSTANDING OF THE LEGAL SYSTEM: ESSENTIAL QUESTIONS ABOUT BIOPSYCHOSOCIAL ASSESSMENTS ACCORDING TO THE NEW YORK CONVENTION, THE FEDERAL CONSTITUTION AND THE STATUTE OF PERSONS WITH DISABILITIES</i>	
Rodrigo Zacharias Luiz Alberto David Araujo	
DO DIREITO INTEGRACIONAL AO DIREITO COMUNITÁRIO: UMA LEITURA HISTÓRICO-JURÍDICA A PARTIR DOS BLOCOS ECONÔMICOS.....	182
<i>FROM INTEGRATIONAL LAW TO COMMUNITY LAW: A LEGAL- HISTORY READING FROM THE ECONOMIC BLOCKS</i>	
Jamile Gonçalves Calissi	
O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE REPRESSÃO AOS PEQUENOS DANOS AOS CONSUMIDORES	204
<i>THE STRUCTURAL PROCESS AS AN INSTRUMENT OF REPRESSION OF MINOR DAMAGES TO CONSUMERS.</i>	
João Paulo Baeta Damasceno Dennis Verbicaro Gisele Santos Fernandes Goés	
DIREITO TRIBUTÁRIO DAS FAMÍLIAS: POR UMA AUTONOMIA EPISTEMOLÓGICA.....	220
<i>FAMILY TAX LAW: TOWARDS AN EPISTEMOLOGICAL AUTONOMY</i>	
Anderson Henrique Vieira Ana Paula Basso Talden Queiroz Farias	
A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS IDOSOS COM 70 ANOS OU MAIS	233
<i>THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE IMPOSITION OF THE REGIME OF MANDATORY SEPARATION OF PROPERTY ON ELDERLY PEOPLE AGED 70 OR OVER</i>	
Aline Andrighetto Lavínia Luz Ramos	

Comentários Jurisprudenciais

DIREITOS DAS FAMÍLIAS: EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO CIVIL250

FAMILY RIGHTS: EXISTENCE OF A STABLE UNION PARALLEL TO CIVIL MARRIAGE

Adriano da Silva Ribeiro

Keren da Silva Alcântara

Ludmila Aredes Brandão

EDITORIAL

O Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC (mestrado) apresenta a Revista *Meritum*, periódico tradicional e referência no Direito (Qualis-Capes A3), à comunidade acadêmica, com a missão de ser instrumento efetivo para a divulgação de trabalhos científicos desenvolvidos no Brasil e no exterior, em consonância com as linhas de pesquisa "Autonomia Privada, Regulação e Estratégia" e "Esfera Pública, Legitimidade, Controle".

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

A revista *Meritum* se caracteriza por divulgar o conhecimento gerado de investigações jurídicas que contribuam para a formação de profissionais com consciência jurídica crítica, habilitados não somente para o exercício da técnica-jurídica, como para pensar o Direito em seus aspectos científico, filosófico, histórico, sociológico e político.

De maneira crítica, autônoma e plural, neste número são abordados diversos temas e problemas do universo jurídico relacionados ao Estado Democrático de Direito e à efetivação de direitos. Busca-se analisar e debater perspectivas que auxiliem a interpretar criticamente nossa contemporaneidade e os desafios que dela advêm.

A propósito da edição 1 de 2024, os artigos submetidos à Revista *Meritum*, volume 19, foram avaliados pela Coordenação Editorial, que examinou a adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares e avançados, dentre outros. Na sequência, cada texto foi remetido a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer.

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

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro

Coordenação Editorial

AUTONOMIA PRIVADA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: NECESSIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

PRIVATE AUTONOMY AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: NEED FOR CONVENTIONALITY CONTROL

LAILSON BRAGA BAETA NEVES

RESUMO

Em virtude do status de pessoa jurídica, as empresas privadas possuem uma alta capacidade de influenciar a realidade política estatal, conduzindo os rumos da economia e violando os direitos humanos, sem que elas sejam devidamente identificadas. Como exemplo desta premissa, tem-se as tragédias que assolaram Mariana e Brumadinho. Estes tristes ocorridos demonstraram como ações nefastas de algumas empresas, protegidas por confusas legislações, fogem de suas responsabilidades e causam danos irreparáveis. Diante disto, este artigo analisa o alcance da autonomia privada em face da impunidade dessas empresas que se julgam acima das leis. Compreende-se que a responsabilidade pelos riscos gerados são exclusivamente do Estado, em razão da ausência de fiscalização ou de intervenção nestas empresas. Ainda, entende-se que há a necessidade de se estabelecer o diálogo hermenêutico entre os tribunais nacionais e internacionais, pautado no Sistema Internacional de Direitos Humanos, para corrigir tal equívoco de interpretação da autonomia privada. Por fim, conclui-se que a autonomia privada não pode ser negada, mas antes, deve ser limitada. Isto pro que, conforme demonstrado ao longo do trabalho, o mito da autonomia privada reforça a desresponsabilização de empresas, de todas as dimensões e nacionalidades, de suas ações violadoras dos direitos humanos. Ademais, tem-se a necessidade de uma hermenêutica que tenha como ponto de partida o lóculos dos oprimidos e não do opressor .

ABSTRACT

Reality of the state, leading the direction of the economy and violating human rights, without being properly identified. As an example of this premise, there are the tragedies that devastated Mariana and Brumadinho. These sad events demonstrated how harmful actions of some companies, protected by confusing legislation, escape their responsibilities and cause irreparable damage. In view of this, this article analyzes the scope of private autonomy in the face of the impunity of these companies that judge themselves above the laws. It is understood that the responsibility for the risks generated lies exclusively with the State, due to the lack of supervision or intervention in these companies. Furthermore, it is understood that there is a need to establish a hermeneutical dialogue between national and international courts, based on the International Human Rights System, to correct such misinterpretation of private autonomy. Finally, it is concluded that private autonomy cannot be denied, but rather must be limited. This is because, as demonstrated throughout the work, the myth of private autonomy reinforces the lack of responsibility of companies, of all dimensions and nationalities, for their actions that violate human rights. In addition, there is a need for a hermeneutics that has as its starting point the locules of the oppressed and not the oppressor.

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

NEVES, Lailson Braga Baeta. Autonomia privada e a proteção aos direitos humanos: necessidade do controle de convencionalidade. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 9-21, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9481>.

1. INTRODUÇÃO

Sob o manto mítico da pessoa jurídica, as empresas privadas influem na realidade política estatal, conduzem os rumos da economia e violam os direitos humanos, sem que sejam identificadas.

As tragédias ambientais de Mariana e de Brumadinho demonstram a ação nefasta dessas empresas que, protegidas por confusas legislações, fogem de suas responsabilidades e causam danos irreparáveis.¹

Neste artigo será analisado o alcance da autonomia privada em face da impunidade dessas empresas que se julgam acima das leis.

Afirma-se que as responsabilidades pelos riscos são unicamente do Estado devido à ausência de fiscalização ou de intervenção nas aludidas empresas.

Há, pois, necessidade de se estabelecer o diálogo hermenêutico entre os tribunais nacionais e internacionais, pautado no Sistema Internacional de Direitos Humanos, para corrigir tal equívoco de interpretação da autonomia privada.

2. O MITO DA AUTONOMIA PRIVADA

A questão crucial a ser suscitada abrange a exacerbação da autonomia privada, ou seja, a sua atribuição a um ente fictício e imaterial, que detém um enorme aparato material, e, no entanto, arca com uma responsabilidade limitada no que tange à autonomia e imaterialidade de sua existência.

Em tempo de globalização, a autonomia privada se torna a alavanca das relações sociais e comerciais no Direito Internacional, norteadas pela *Lex Mercatoria*, ou seja, há plena liberdade das partes de escolher o regramento próprio de suas obrigações, desde que tenham objeto lícito e possível.

Nas tratativas contratuais, ressalte-se que a autonomia privada se manifesta na liberdade das partes em fixarem o conteúdo de seus contratos, nos limites da lei. Nos contratos internacionais, se revela, também, na liberdade das partes decidirem a legislação que regerá os seus contratos.²

Nesse sentido, a redação da cláusula da legislação aplicável nos contratos internacionais, em exercício da autonomia privada das partes, é predominante aceita e adotada em convenções internacionais e legislações internas de diversos Estados.

1 Tragédias ambientais, tais como as produzidas, em 2015, pela Samarco, em Mariana; e em 2019, pela Vale, em Brumadinho, representaram uma mudança de paradigmas. Por um prisma, constituem atualização dos cenários de riscos passados, o que envolve a segurança na operação das atividades de mineração e suas barragens, especificamente os procedimentos de licenciamento, monitoramento e fiscalização, como também os relacionados à situação de saúde e riscos ambientais. Por outro, a partir do momento em que ocorrem, produzem novos cenários de riscos ambientais que se ampliam no espaço, perpassando do local ao regional, assim como no tempo, implicando consequências na saúde pública.

2 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teoria e prática*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

A autonomia privada torna-se, portanto, um mito. As empresas utilizam-se desta para o exercício do poder e manipulação, sem o devido controle ou com o controle limitado ou aparente.

Em outra vertente, existe o feixe normativo de direitos humanos que não pode ser obstaculizado no alcance de sua tutela.

A questão relativa aos direitos humanos, em razão de suas peculiaridades, deve ser refletida, pois, de forma especial, dentro do âmbito dos órgãos estatais e internacionais, que se destinam à sua proteção mais eficaz, de natureza fiscal e consultiva, ou de natureza judicial e contenciosa.

Deve-se, no entanto, partir do pressuposto jurídico inclusivo de que a parte vítima e seus familiares de uma tragédia ambiental causada por uma empresa não podem ser alijados, por exemplo, do processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em outro prisma, há de se questionar o alcance de um processo em que nem a vítima e nem o verdadeiro ofensor não são considerados sujeitos do Direito Internacional.

A questão que desafia as concepções tradicionais de responsabilidade internacional de direitos humanos refere-se ao postulado de acusação restrita aos Estados em relação à violação de direitos.

Essa concepção tradicional pertinente aos direitos humanos na esfera internacional merece ser ampliada, em face da necessidade de maior eficácia da tutela de violações perpetradas para além do manto estatal.

A gênese da discussão dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deriva do direito germânico mediante a doutrina da "Drittwirkung der Grundrechte", ou seja, a reflexão sobre efeitos frente a terceiros dos direitos fundamentais, formulada por Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha.³

Esta teoria desperta a consciência sobre o poder social e econômico exercido por determinados grupos privados, capaz de afetar muitos indivíduos. Em razão disso, há preceitos que reconhecem direitos fundamentais em face desses poderes privados.

Percebe-se que nas relações de trabalho se vislumbram, de forma evidente, as violações dos direitos fundamentais dos particulares por outro particular.

Não obstante, a discussão em torno da horizontalidade dos direitos básicos à dignidade humana não ultrapassou de maneira suficiente os problemas relativos à ordem interna de cada Estado para vislumbrar a problemática à luz do Direito Internacional.

Realmente, as concepções tradicionais quanto à responsabilidade internacional devem ser revistas para que as garantias relativas aos direitos humanos possam ser melhores asseguradas.

Evidentemente, não se pretende excluir a responsabilidade estatal quanto aos casos em que se deixou de assegurar ao cidadão os seus direitos em decorrência da ação nefasta de empresas.

Não se pode olvidar, todavia, a terceira blindagem da empresa que tem sido o próprio Estado, conforme demonstrado.

3 A igualdade formal, prevista na lei, tornou-se inócua frente à desigualdade material, presente na sociedade. Nas certas palavras de Mário Lúcio Quintão Soares, "na democracia liberal, a igualdade política entre os indivíduos, meramente formal, engendrou uma sociedade desequilibrada". Notou-se, assim, que não só o Estado, como também atores sociais, poderiam ser os violadores de direitos fundamentais. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da Globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 195.

Faz-se necessária, pois, que a tutela jurisdicional internacional pertinente à questão se torne mais eficaz, como forma de continuidade à proteção dos direitos humanos.

3. AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Na década de 70 do século passado, constata-se uma intensificação do processo de globalização, com uma acentuada circulação de bens, pessoas e serviços. Esse contexto é caracterizado por uma nova estruturação da economia, através de interações transnacionais, protagonizadas por agentes anônimos com amplos poderes decisórios.

Nesse sentido, a empresa transnacional foi gradualmente se sedimentando e substituindo o Estado como centro das relações econômicas.

Não obstante, apesar do significado das empresas transnacionais para o desenvolvimento da economia internacional, estas deixam um rastro de consequências negativas nos países hospedeiros.

Mazzuoli (2013, p. 468) classifica as empresas transnacionais, assim como a mídia global (que não deixa de ser um conglomerado de empresas), como sujeitos não formais de Direito Internacional que exercem influência (positiva ou negativa) na sociedade internacional.

Não obstante sua influência decisiva na economia, não restam dúvidas de que tais empresas são deixadas à margem de um controle jurídico, para o pleno exercício de sua autonomia privada.

Mazzuoli resgata a narrativa da atuação das empresas transnacionais no cenário internacional, imiscuindo-se na soberania estatal.

O impacto do fator econômico na vida da sociedade internacional tem, cada vez mais, feito aumentar as incertezas que rondam o conceito de soberania estatal, notadamente naquilo que se liga às grandes empresas transnacionais. Entende-se por *transnacionais* as empresas constituídas sob a lei de determinado Estado e que tem representações ou filiais em dois ou mais países, neles exercendo seu controle, acionário ou contratual, ainda que o seu capital venha de um único Estado ou de uma única pessoa. *Multinacionais*, por sua vez, são as empresas cujo capital provém de mais de um Estado, podendo ser *bilaterais* (com capital proveniente de dois países) ou *multilaterais* (com capital proveniente de três ou mais Estados). Contudo, são raras as vezes em que ambos os termos (transnacionais e multinacionais) são utilizados como sinônimos. (Mazzuoli, 2012, p. 469)

Embora não possam ser comparadas ou equiparadas às organizações internacionais, em face de sua finalidade lucrativa e por estarem sempre voltadas para seus próprios interesses, as empresas transnacionais são dotadas de um poder de influência mais contundente e perigoso do que outros entes.

No livre exercício de sua autonomia privada, podem influenciar os rumos da economia, tanto no âmbito internacional quanto no nacional, inclusive na formação e desenvolvimento das empresas nacionais de todos os portes, bem como manipular a vida de qualquer cidadão, no que diz respeito aos costumes, cultura, educação e meio ambiente, apenas para exemplificar.

Entretanto, até que a questão aqui posta em termos teóricos seja concretizada, nada impede que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheça em suas decisões a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado quando de suas violações dos direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais, sobretudo na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Nada impede, entretanto, que a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em suas funções consultivas, declarem o dever de tais organizações preservarem e respeitarem os direitos humanos, bem como de se responsabilizarem pelas violações perante as pessoas que sofrerem tais violações, sem prejuízos das sanções que os Estados em que se encontrem sediadas devam aplicar a estas, sob pena de responsabilização do Estado omissor.

4. POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E A JURISDIÇÃO INTERNA

O caso *Ximenes versus Brasil*, em que houve a primeira condenação do Brasil perante a Corte, se demonstra paradigmático em vários aspectos, no tocante a este diálogo, ou seja, em sua influência sobre o juiz interno ou a interação entre juiz internacional e juiz interno.

Não se pode olvidar que o Brasil, como membro do Sistema Americano de Direitos Humanos, aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a Convenção de Viena sobre os Tratados, que regulamenta a celebração, validação, termo e aplicação dos tratados internacionais.

O artigo 27 da Convenção de Viena afirma, expressamente, que os Estados não podem invocar o direito interno, para se escusar de aplicar os tratados internacionais.

A posição equivocada do Brasil, quando se aplicam princípios e regras de direitos humanos, implica que o tratado recepcionado tem eficácia imediata no direito interno, com força de norma constitucional, o que guarda relevância para este trabalho, pois quanto aos demais tratados o Supremo Tribunal Federal considera que se equiparam a legislação infraconstitucional, sujeitas ao regramento interno de aplicabilidade.

Com isso, não se pretende dizer que o Direito Internacional está em um patamar superior ao direito interno, mas que deve haver harmonização entre ambos e, por conseguinte, sintonia entre a atuação do juiz internacional e o juiz interno.

Para Mazzuoli (2013, p. 21), a aplicação interna do Direito Internacional não impede de se recorrer às normas do ordenamento jurídico interno de certo Estado em exclusivo benefício do Direito Internacional. *Não obstante, há específicas diferenças na aplicação deste direito nas relações internacionais. A tendência do constitucionalismo moderno, consoante os ditames do Sistema Internacional de Direitos Humanos, é de permitir a imediata aplicação do Direito Internacional pelos juízes e tribunais nacionais, sem a necessidade de norma interna que os materialize e lhes dê aplicabilidade. Trata-se da consagração da doutrina monista internacionalista no que tange às relações do Direito Internacional com o direito interno dos Estados.*

Quando se cuidam de crimes internacionais, estabelece-se uma inteiração entre juízes internacionais e juízes internos. Ou seja, há um diálogo entre os tribunais internacionais e os tribunais nacionais.

Nessa linha de argumentação, não se podem deixar impunes violações dos direitos humanos, especialmente de quando se tratam de atos de empresas multinacionais ou transnacionais.

Nesse sentido, há necessidade de se ampliar a leitura hermenêutica das violações de direitos humanos por parte dessas empresas, em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, entre a Corte Interamericana e os tribunais nacionais dos Estados partes.

Demonstra-se de suma importância que a Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolva uma hermenêutica pautada não só pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mas confrontada à realidade fática dos povos americanos, sobretudo os que sofrem com a pobreza, a discriminação, tais como os povos originários, os negros, as mulheres, os homossexuais, enfim, todos aqueles que vivem na periferia da visão eurocêntrica tradicional.

5. O POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE OS JUÍZES INTERNACIONAIS E NACIONAIS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Segundo Mazzuoli (2013, p. 410), o controle de convencionalidade consiste no processo de compatibilização vertical das normas domésticas com as normas contidas nas convenções internacionais sobre direitos humanos.

Partindo-se do pressuposto de que, normativamente, o tratado é material e formalmente constitucional, deve-se dividir, no Estado democrático de Direito, o controle de difuso de constitucionalidade com esse novo controle.

Daí decorre a possibilidade dialógica de integração entre o juiz internacional e o juiz interno, que perpassa desde o Supremo Tribunal Federal e se alastra até o juiz monocrático das mais recônditas comarcas do país.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem acolhendo tal teoria desde o julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros versus Chile*, extrato trazido por Mazzuoli:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de seus efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário *deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade'* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (Mazzuoli, 2013, p. 412)

A consolidação da jurisprudência quanto ao controle de convencionalidade se deu no Caso Cabrera Garcia e Montriél Flores versus México (Sales; Correa, 2013, p. 573) e Caso Gelman versus Uruguai (Sales; Correa, 2013, p. 579).

No Caso Gelman versus Uruguai, a Corte reconheceu a obrigação de todos os órgãos estatais, inclusive dos juízes, no que diz respeito à observância e preservação dos efeitos da Convenção Americana, ou seja, sua submissão à Convenção.

Mazzuoli (2013, p. 411) considera que se partindo da premissa de que os tratados relativos aos direitos humanos são acolhidos no Brasil no mesmo nível das normas constitucionais, compete ao Judiciário efetuar o controle concentrado e coletivo da convencionalidade, assim como o faz em relação à constitucionalidade.

Entende-se aqui, que em se tratando de tratados relativos aos direitos humanos, tendo em vista o seu status constitucional, sequer existe diferença entre o controle de convencionalidade e o de constitucionalidade em face da Constituição.

Indaga Mazzuoli (2013, p. 122): Como seria o controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil?

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê para qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. (Mazzuoli, 2013, p. 122)

Daí a importância de adoção de uma hermenêutica que seja condizente com uma visão que não seja meramente eurocêntrica ou norte-americana dos direitos humanos.

Ganha relevo, sobretudo, a reflexão sobre o papel do juiz em Estados, como o brasileiro, que adotam uma constituição democrática, mas conflituosa.

6. A FUNÇÃO DIALÓGICA DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O processo civil brasileiro está devidamente constitucionalizado. Apresenta-se a Constituição como centro norteador do sistema jurídico. Dela se projetam efeitos para as diversas funções e atividades estatais, que passam a se comunicar entre si e em sintonia com os princípios e regras irradiantes do texto constitucional.

Em virtude disso, o processo civil também deve se harmonizar com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, entre as quais a que assegura os princípios do contraditório e da ampla defesa aos litigantes no processo judicial, conforme art. 5º LV da Constituição.

Para o autor de uma ação judicial, desvenda-se a possibilidade de postular perante o Estado-juiz o interesse que pretende ver tutelado, assim como a respectiva prova de suas alegações. E para o réu, a garantia de ser comunicado sobre a demanda e de poder se contrapor em face dela, também por meio de alegações e da produção da prova correlata. Para ambos

os protagonistas do processo, representa a garantia de que terão suas argumentações efetivamente consideradas por ocasião do proferimento de qualquer decisão.

Uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito, portanto, é a certeza e segurança jurídica, mediante prestação jurisdicional adequada.

Para tanto, não basta ao juiz ter uma boa formação jurídica, mas é preciso que demonstre o compromisso ético-moral com a democracia.

O Código de Ética da Magistratura Nacional, em seu artigo 2º, dispõe que o magistrado deve se pautar pelo respeito à Constituição, às leis e buscar o fortalecimento das instituições e dos valores democráticos.

Em uma sequência lógica, o art. 3º estabelece que o magistrado tem o dever de buscar meios de garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, com intuito de assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

Não poderia ser diferente, tendo em vista a função do juiz, enquanto agente de garantia da cidadania e dos direitos humanos, sendo que estes não prosperam enquanto feixe decorrente da dignidade humana, da qual a solidariedade e a justiça são direitos derivados.

Por isso mesmo, a dignidade humana consiste em um princípio que deve ser um norteador hermenêutico, tanto para o juiz internacional, quanto para o juiz nacional.

De acordo com Teixeira (1999 p. 58), o sistema plural no Brasil não admite a adoção de um modelo único de juiz e que o critério de seleção prioriza o aspecto conhecimento-erudição em detrimento dos aspectos éticos vocacionais.

Entretanto, não se pode falar em comprometimento ético se nele não estiver contido um compromisso com a própria ordem democrática vigente.

Lado outro, não há que se falar em compromisso válido com a democracia se a própria estrutura do Judiciário é antidemocrática, posto que atrelada a uma legislação que, muitas vezes, não se coaduna com a Constituição em vigor e o Estado Democrático de Direito.

O compromisso ético só pode ser assegurado se o Judiciário, enquanto órgão estatal, bem como os seus membros, adotarem uma feição democrática legitimada pela práxis cotidiana e pela aproximação respeitosa com os jurisdicionados.

Esta feição passa por uma práxis discursiva mais abrangente, a fim de que os interessados na decisão possam participar de forma real e concreta na sua construção.

Vale dizer, o juiz deve verificar o 'locus' de onde fala, pautado na Constituição e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao qual o Brasil pertence.

7. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Conforme demonstrado, este controle consiste no mecanismo de direito internacional que permite a verificação da compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais em vigor no país, notadamente os de direitos humanos, ou seja, a norma doméstica pertinente

deve ser compatível com a ordem jurídica internacional que não viole os preceitos de direito internacional a que está obrigado o Estado.

O Estado deve, pois, adotar medidas no âmbito interno que possibilitem a compatibilidade das suas normas com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, além de se conscientizar sobre a interpretação das normas internas, conforme as disposições dos tratados internacionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nessa linha de argumentação, a obra A Corte Interamericana de Direitos Humanos, volume II, assinala hipóteses concretizadas de controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte, como um recurso hermenêutico.

Este controle se realiza com base no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, em consonância com o artigo 1º que assim prescrevem:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. *Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.*
2. *Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.*

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno.

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades.

Com isso, tem-se no texto em comento o fundamento legal para se fazer a leitura hermenêutica adequada para que o Estado parte, em especial o Judiciário, possa exercer o controle de convencionalidade.

Aliás, tratando-se de Estado-parte, é um dever o exercício de tal controle.

O Brasil, como signatário da Convenção, possui tal dever, em especial porque a o texto constitucional de 1988 determina a recepção dos tratados relativos aos direitos humanos como emenda constitucional, razão pela qual pode ser feito, tal controle, na forma dos controles constitucionais vigentes.

De outra sorte, a simples inobservância do artigo 2º já implica violação passível de ser julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de tal controle no âmbito internacional.

Assim, casos como a violação de direitos humanos por empresas privadas ou estatais, sem a devida intervenção do Estado brasileiro ou de qualquer outro Estado-parte, exigem a atuação jurisdicional da Corte.

Em relação a essa visão jurisprudencial, ressalte-se o posicionamento da Corte quanto ao dever dos Estados exercer tal controle internamente e que a falta de tal controle, em si, caracteriza-se em uma violação à Convenção e aos direitos humanos.

Percebe-se que a Corte tem controlado a convencionalidade das leis dos Estados-partes à Convenção, exercendo sua função de tribunal internacional de direitos humanos.

Não obstante, tão somente a partir de 2006 que a Corte passou a entender ser obrigação dos juízes e tribunais internos proceder ao exame de compatibilidade das leis domésticas com a Convenção (Oliveira, 2014, p. 19).

A construção jurisprudencial dos primeiros vinte anos da Corte levou à extensão da obrigação e possibilidades para o juiz interno, ampliação do rol de postulantes, restando ampliar na direção dos demandados que efetivamente violam e podem violar os direitos humanos.

A Corte tem sedimentado tal posicionamento em diversos casos, tais como “Almonacid Arellano Y Otros versus Chile”, “Loyaza Tamayo versus Peru”, “Barrios Altos versus Peru”, “La Última Tentación de Cristo” ou “Olmedo Bustos Y otros versus Chile.

O certo que a hermenêutica, em face do que dispõe o artigo 1º e 2º da Convenção, exige uma postura mais firme equilibrada e ousada em prol da preservação e garantia dos direitos humanos.

Entretanto, no Brasil, o STF tem ignorado tal disposição, sistematicamente, como o fez no caso da Ação Penal 470, visto que a Convenção assegura o duplo grau de jurisdição.

Este fato foi, lamentavelmente, ignorado pelo Supremo em sua decisão, bem como quando declarou a constitucionalidade da Lei de Anistia.

O problema, portanto, em tal caso, está no ‘locus’ dos magistrados que compõe a Corte e não na ausência de instrumental para a realização de um processo hermenêutico avançado e garantista.

8. A LEITURA HERMENÊUTICA DE CANÇADO TRINDADE SOBRE A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O saudoso Cançado Trindade nos legou uma visão holística dos direitos humanos e fez leitura hermenêutica adequada do artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, como uma base integradora do Direito Internacional com o direito doméstico.

Nessa linha de argumentação, os direitos humanos contemplam um todo que deve ser protegido em sua inteireza, quer seja no âmbito internacional, quer seja na justiça interna.

A compreensão de Cançado Trindade demonstra-se fundamental, pois passa, também, pela percepção dos diversos agentes e fontes violadoras dos direitos humanos:

En todo mio largo período como Juez Titular de la Corte Interamericana, he avanzado invariablemente una hermenéutica integradora de las disposiciones de protección de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana *inter se*, y, propia normativa de las distintas vertientes de protección internacional de los derechos de la persona humana como un todo (*infra*). Así, en numerosos Votos a lo largo de los años, ponderé que las normas relativas a derechos sustantivos en combinación con el deber general del artículo I (I) de la Convención Americana conllevan al reconocimiento ineludible de las

obligaciones erga omnes de protección para hacer frente a la actual y amenadora diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos humanos. (Trindade, 2013, p. 151)

Assim, todos os poderes do Estado e todos os seus agentes estão vinculados à proteção e as obrigações advindas da convencionalidade, em face do que dispõe o artigo 2º da Convenção.

No mesmo sentido, devem ser aplicados os deveres gerais advindos dos artigos 1º e 2º da Convenção, de harmonizar o direito interno com a normatização advinda desta e de adequar as normas internas em face do que dispõe a Convenção.

Demonstra-se, portanto, necessário o diálogo entre o direito internacional e o direito interno, no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, pois ambas as ordens jurídicas se encontram em constante interação.

Na obra “El Ejercicio de La Funcion Judicial Internacional”, realiza-se uma leitura hermenêutica sobre ampliação deste diálogo, ao afirmar a defesa temporal dos direitos humanos e aplicação imediata dos direitos humanos sociais e econômicos, tanto no âmbito internacional quanto no doméstico.

Nessa linha de reflexão, devem ser consideradas pela Corte, a qualquer tempo e durante, o sofrimento permanente ou as violações continuadas, ainda a sua durabilidade, como nos casos de desaparecimento de pessoas.

Assim, o mesmo raciocínio pode ser aplicado nos casos de violações empresariais que desafiam o tempo e, muitas vezes, a dimensão territorial.

Quanto à aplicação imediata dos direitos sociais e econômicos, incluindo-se aí à defesa do meio ambiente, não há como fazê-lo de modo efetivo, sem incluir os grandes violadores dos mesmos direitos mencionados, que são as empresas nacionais e transnacionais, bem como seus dirigentes e investidores.

Todavia, excetuando-se o caso Damião Ximenes, lamentavelmente, não se encontram outros casos de responsabilização de empresas pela Corte, mesmo diante dos casos de violação e destruição da cultura de determinadas comunidades, degradação do meio ambiente, ofensas a dignidade das pessoas, sobretudo trabalhadores.

Percebe-se, não obstante, que os argumentos de Cançado Trindade assinalam uma mudança de enfoque do Direito Internacional, passando-se de um entendimento centrado nos interesses dos Estados para outro universalista, adotando também uma visão principiológica. As projeções destes posicionamentos revelam a fundamentação destes mesmos direitos a partir de referenciais amplos, como o da “consciência humana” e o da “consciência jurídica universal”.

9. CONCLUSÃO

O que se conclui, neste artigo, é que o tabu, mais do que um mito, da autonomia privada não foi ultrapassado, só se encontrando mediante a devida tutela em um caso de uma empresa (Casa de Repouso Guararapes), mesmo assim da área médica e que exercia múnus público, a ser responsabilizada, ainda que indiretamente, pela Corte.

Portanto, os atos de violação aos direitos humanos, praticados por empresas de todas as dimensões e nacionalidades, permanecem acobertadas pelo tabu da autonomia privada.

Não que com isso se pretenda negar a existência de tal autonomia, mas esta não pode ser absoluta, a ponto de não esbarrar nos limites dos direitos humanos e fundamentais.

Recentemente, em Minas Gerais, mais especificamente no Município de Mariana, uma barreira de contenção da mineradora Samarco rompeu, causando cerca de dezesseis mortes, destruição de uma Vila de existência tradicional, matou a vida do Rio Doce e comprometeu todo o ecossistema de cerca de três estados federados.

A Samarco é constituída por capital nacional e internacional, o que estaria a justificar uma investigação de natureza internacional, tanto que fiscais da ONU já se fizeram presentes em Bento Rodrigues (a vila em questão).

Talvez esta catástrofe ambiental possa servir de novo paradigma para a compreensão da responsabilização em face da Corte Interamericana de Direitos Humanos das pessoas jurídicas de direito privado, sobretudo as de feição empresarial (transnacionais ou não), em face das violações e de seu imensurável potencial ofensivo dos direitos humanos.

Entretanto, tão somente a pesquisa condizente e próxima do conhecimento da realidade e dos destinatários da ação que se pretende, pode trazer uma resposta positiva a tal questionamento.

Portanto, apenas uma hermenêutica formulada por operadores jurídicos que partam do lócus do oprimido e não do opressor, pode responder, na prática, o questionamento ora suscitado.

Some-se a isso a necessidade de diálogo hermenêutico entre o juiz interno e o juiz internacional, aplicando-se o controle de convencionalidade, quer seja difuso quer seja concentrado, sobretudo no Brasil, visto que a própria Constituição equipara os tratados internacionais sobre direitos humanos ao texto constitucional.

REFERÊNCIAS

- CASSESE, Antônio; MIREILLE, Delmas-Marty. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Tradução Silvio Antunha. Barueri-SP: Manole, 2004.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação – Crítica à Ideologia da Exclusão*. Tradução Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ENCARNAÇÃO, João Bosco. *Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica*. 3. ed. Lorena: Stiliano, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade I*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- OLIVEIRA, Márcio Luís (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- OST, François. *Contar a Lei, As Fontes do Imaginário Jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RIBEIRO, Evandro de Aguiar; TEREZO, Cristina Figueiredo. *Evolução Do Sistema Interamericano De Direitos Humanos: O Novo Direito Processual Internacional Dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/teorialiteraria/1861690>. Acesso em: 16 ago. 2015
- SALES, Giorgi Augustus Nogueira Peixe; CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Internacional de Direitos Humanos: Resumo das Sentenças*. Curitiba: CRV, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula. *Epistemologia do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SETE, Bruna Migliaccio; LIMA, Jairo Néia. *Eficácia Horizontal Dos Tratados Internacionais De Direitos Humanos À Luz Do Sistema Interamericano: Horizontal effectiveness of international treaties of human rights in inter american system*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cd940e3777d0717>. Acesso em: 16 dez. 2015.
- SILVEIRA, Daniel Barile. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua Jurisprudência*. Birigui -SP: Boreal, 2013.
- SILVEIRA, Daniel Barile. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua Jurisprudência*. v. 2. Birigui-SP: Boreal, 2014.
- TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Pela Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Appris, 2014.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El Ejercicio de La Funcion Judicial Internacional: Memórias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 3. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 05/01/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/01/2023
- Avaliação 1: 03/03/2023
- Avaliação 2: 22/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 23/09/2024
- Retorno rodada de correções: 15/10/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/10/2024

Equipe editorial envolvida

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

A RELAÇÃO ENTRE CAPITALISMO, URBANIZAÇÃO, PÓS-MODERNIDADE E A NOÇÃO DE BEM-VIVER NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

THE RELATIONSHIP BETWEEN CAPITALISM, URBANIZATION, POSTMODERNITY, AND THE NOTION OF WELL-BEING IN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

HUGO JOSÉ DE OLIVEIRA AGRASSAR¹
DANIELLA DIAS²

RESUMO

No pós-guerra de meados do século XX, tendo em vista a necessidade de recuperação dos países, surgiram valores que se expressam por meio de direitos de solidariedade, igualdade material, progressividade tributária, participação dos trabalhadores na gestão das empresas, educação pública, universal e de qualidade, dentre outras. Entretanto, a partir da década de 1980, a emergência do neoliberalismo trouxe consigo o aumento da desigualdade social e econômica. Em resposta, o início do século XXI foi marcado pelo surgimento de um movimento chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA), capitaneado pelas constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009, baseado no respeito à heterogeneidade dos povos tradicionais e na noção do bem-viver, com o propósito de reduzir as desigualdades sociais e econômicas nas cidades da América Latina. Esse artigo tem como objetivo analisar a relação entre capitalismo, urbanização e pós-modernidade a partir da noção de bem-viver do NCLA na busca de reduzir a segregação socioespacial e a desigualdade nas cidades. O método utilizado é o dedutivo, sendo a pesquisa fundada na revisão bibliográfica e documental.

1 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA), especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional (PPGD-CESUPA). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5333-5643>.

2 Professora Titular da Universidade Federal do Pará. Professora do Instituto de Ciências Jurídicas e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (1991); Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Pará (1993); Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal do Pará (1996); Especialista em Direito Agrário pelo CESUPA (2011) e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2001). Realizou investigação Pós-Doutoral na Universidade Carlos III de Madri na Espanha, junto ao Departamento de Direito Público Comparado e ao Instituto Pascual Madoz. Atualmente é Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará e Professora da Universidade Federal do Pará (Graduação e Pós-Graduação). LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/1345611606547188>.

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

AGRASSAR, Hugo José de Oliveira; DIAS, Daniella. A relação entre capitalismo, urbanização, pós-modernidade e a noção de bem-viver no novo constitucionalismo latino-americano. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 22-38, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9780>.

Conclui-se que as inovações constitucionais do NCLA na seara urbana, baseadas na noção de bem-viver, permitem a busca pela redução da desigualdade socioeconômica nas cidades, melhorando a qualidade de vida das populações subalternizadas.

Palavras-chave: capitalismo; novo constitucionalismo latino-americano; urbanização; desigualdade; neoliberalismo, bem-viver.

ABSTRACT

In the post-war period of the mid-twentieth century, in view of the need for countries to recover values that are expressed through rights of solidarity, material equality, tax progressivity, worker participation in business management, public, universal and quality education, among others. However, from the 1980s onwards, the emergence of neoliberalism brought with it an increase in social and economic inequality. In response, the beginning of the 21st century was marked by the emergence of a movement called New Latin American Constitutionalism (NCLA), led by the constitutions of Ecuador in 2008 and Bolivia in 2009, based on respect for the heterogeneity of traditional peoples and on the notion of well-being, with the aim of reducing social and economic inequalities in Latin America. This article aims to analyze the relationship between capitalism, postmodernity and urbanization from the NCLA notion of well-being to the search to reduce socio-spatial segregation and inequality in cities. The method used is deductive, and the research is based on a bibliographical and documental review. It is concluded that the NCLA constitutional innovations in the urban area, based on the notion of well-being, allow the search for the reduction of socioeconomic inequality in cities, improving the quality of life of subaltern populations.

Keywords: capitalismo; new latin american constitutionalism; urbanization; inequality; neoliberalism; well-being.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre capitalismo e urbanização é bastante significativa. O processo de industrialização, que é uma característica central do capitalismo, desempenha um papel fundamental na urbanização e a industrialização impulsiona o crescimento das cidades, pois atrai um maior volume demográfico e intensifica a urbanização, pois à medida que a atividade industrial se expande, mais pessoas migram para as áreas urbanas em busca de emprego e melhores condições de vida. Além disso, a industrialização aumenta o consumo nas cidades, o que leva a uma maior produção de mercadorias e ao aumento da atividade industrial.

A urbanização, por sua vez, também afeta o capitalismo, uma vez que as cidades se desenvolvem e se tornam centros de comércio, serviços e atividades econômica, aumentando a concentração de pessoas e recursos nas áreas urbanas, criando oportunidades para o crescimento econômico e o desenvolvimento de negócios. As cidades, então, se tornam locais de inovação, troca de ideias e concentração de capital, impulsionando ainda mais o sistema capitalista, o que por sua vez gera uma super acumulação do capital que ocasionará segregação no espaço urbano e um aumento significativo da desigualdade social nas cidades.

Desta feita, o capitalismo impulsiona a industrialização, que por sua vez impulsiona a urbanização com todas as mazelas de segregação socioespacial que é um fenômeno que ocorre nas cidades e consiste na marginalização de pessoas ou grupos sociais em determinadas áreas urbanas, geralmente periféricas e com acesso restrito a serviços e infraestrutura básica, causada por fatores econômicos, culturais, históricos ou raciais e pode resultar em desigual-

dades sociais e econômicas. A segregação socioespacial não se refere apenas à localização da moradia de cada grupo, mas também ao próprio processo de construção da cidade, como a distribuição de serviços públicos pela malha urbana e as oportunidades de emprego. Observa-se que esses processos estão intrinsecamente interligados e têm um impacto significativo na forma como as sociedades se organizam e se desenvolvem.

Contrapondo-se a esse sistema de segregação socioespacial surge a noção de bem-viver, conhecido como *buen vivir* ou *bien vivir*, que é uma noção presente no Novo Constitucionalismo Latino-Americano que busca uma nova forma de organização social, econômica e política, baseada em valores como a solidariedade, a cooperação, a harmonia com a natureza e a busca pelo bem-estar coletivo.

A noção do bem viver constitui-se em uma crítica ao modelo atual de desenvolvimento que prioriza o crescimento econômico em detrimento da qualidade de vida das pessoas e do meio ambiente, visando, também, a construção de uma qualidade de vida que inclua tanto as pessoas quanto a natureza.

O Estado do bem-viver é um exemplo de como essa noção pode ser aplicada na prática. Busca-se garantir o acesso aos direitos fundamentais, como a saúde, a educação, a alimentação e a moradia, além de promover a preservação do meio ambiente e a valorização das culturas locais.

O Estado do bem-viver também representa tentativa de frear esse processo de segregação por meio da prestação de serviços básicos gratuitos para a população por considerar que essa seria a saída para o desenvolvimento de um país.

Tais serviços públicos incluem a disponibilização de educação laica, gratuita e universal e do oferecimento de serviços básicos de saúde diretos (hospitais, tratamentos e consultas médicas) e indiretos (saneamento, auxílio no planejamento familiar e controle de natalidade, promoção de uma alimentação saudável, etc.).

Para desenvolver nos países os ideais do bem-viver, as Constituições Nacionais precisaram deixar de ser documentos não intervencionistas, como eram nos Estados liberais, para se tornarem conjuntos normativos dirigentes, como é o caso das constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919.

Tais constituições afirmaram os chamados direitos sociais e estabeleceram objetivos de justiça social em complementação aos direitos individuais, como é o exemplo paradigmático da Constituição da Bolívia de 2009.

Entretanto, com o surgimento, em fins do século XX, talvez da versão mais perversa do capitalismo, qual seja, o neoliberalismo, passou-se a se pregar exatamente o contrário do bem-viver: privatizações, carga tributária não progressiva, perda de qualidade nos sistemas públicos de saúde e educação, o aumento da desigualdade social e econômica na América Latina.

Também em fins do século XX, surgiu o chamado Neoconstitucionalismo, baseado no pós-positivismo e que prega a reaproximação do direito com a ética (leitura moral da constituição), o aumento da força normativa da Constituição (irradiação da força normativa da constituição para os outros ramos do direito), a expansão da jurisdição constitucional (judicialização da política e das relações sociais) e o desenvolvimento da nova dogmática da interpretação constitucional.

Surgiu, ainda, nesse contexto, o chamado Transconstitucionalismo, com o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas (estatais, transnacionais, internacionais e supranacionais), visando não à primazia de uma ordem ou jurisdição sobre a outra, mas sim à construção de uma racionalidade transversal que permitisse um diálogo construtivo entre as ordens jurídicas, tudo isso partindo da noção de bem-viver.

É nesse contexto histórico e de evolução constitucional que surge o chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA), buscando assegurar, apesar de grandes dificuldades endógenas e exógenas e obstáculos de todos os tipos, o regime democrático e o respeito às normas constitucionais a partir de uma organização política para a descolonização das nações e povos que se refere ao processo de emancipação e independência dos países e territórios que foram subjugados por outras nações, geralmente europeias, durante o período colonial. A descolonização é um conceito que envolve aspectos sociais, políticos, culturais e econômicos, e tem sido um tema de debate político e social em diversos países. Descolonizar os povos é uma tarefa complexa que envolve a reconstrução de sociedades e economias, a promoção de direitos humanos, a consolidação de instituições democráticas, além da reparação de danos causados pelo colonialismo e a promoção de relações equilibradas entre as nações envolvidas.

O presente artigo, desta feita, tem como objetivo analisar como o NCLA pode contribuir, na relação com o capitalismo, urbanização e pós-modernidade, para a redução das desigualdades e ao desenvolvimento urbano na América Latina sem segregação socioespacial a partir da noção do bem-viver.

Para tanto, está estruturado da seguinte forma: além desta introdução, a seção dois traz comentários sobre a relação entre capitalismo, urbanização e pós-modernidade; na seção três analisa-se como se estrutura a noção de bem-viver no NCLA; na quarta seção serão feitas considerações sobre o papel do bem-viver na superação da segregação socioespacial urbana e da desigualdade nas cidades, analisando-se alguns artigos da Constituição da Bolívia de 2009.

2. CAPITALISMO, URBANIZAÇÃO E PÓS-MODERNIDADE

O mundo capitalista tem produzido inúmeros e incontáveis efeitos sobre a sociedade, sobre o território e sobre a cultura. Em substituição à social-democracia surgiu o viés, até o presente momento, mais desigual do sistema capitalista, qual seja, o neoliberalismo, ainda baseado nas noções de colonização (imposição dos dominantes, metrópole, aos dominados, colônias).

O neoliberalismo prega justamente o contrário dos ideais dos primórdios da social democracia, aumentando a desigualdade, abandonando a noção de impostos progressivos, desregulamentando o sistema financeiro e precarizando as relações de trabalho, tendo efeitos devastadores na América Latina.

O capitalismo neoliberal é bem explicado por Dardot e Laval (2016), enquanto sistema que surgiu com a crise da social democracia, opondo-se a qualquer ação estatal que cause algum entrave aos interesses dos entes privados, fazendo com que a concorrência passasse a ser o princípio central da vida social e individual.

Um reflexo do neoliberalismo é o deslocamento dos centros de decisões, livres de restrições territoriais (restrições de localidade).

Em virtude disso, nota-se que o capital tende a mudar-se para locais que lhe sejam mais vantajosos, ou seja, lugares que prometam mais – alteridades –, independentemente de fronteiras geográficas, visto que os transportes e as viagens foram campos de mudanças rápidas e radicais, desencadeando um processo moderno de – erosão e solapamento das –totalidades – sociais e culturais localmente arraigadas –.

O encurtamento das distâncias em virtude da intensa globalização foi descrito como um fenômeno de amplificação da comunicação, não tendo a ver mais somente com a economia, mas sim com a cultura global, acelerou a mudança das cidades e da forma de viver nelas. Ressalte-se, aqui, que o neoliberalismo, inserido nesta globalização, afastou o papel intervencionista do estado, flexibilizando as leis trabalhistas e a proteção do meio ambiente, deixando as empresas livres para agirem no mercado através de oligopólios.

Essa relação entre globalização e neoliberalismo fez surgir o que Bauman chama de tempos líquidos (vivemos em tempos líquidos e nada é feito para durar) em uma sociedade individualista, carente de valores morais e com o futuro das novas gerações hipotecado ao sistema financeiro (substituiu-se o cartel das poupanças pelo cartel do cartão de crédito). Um efeito do consumismo gerado pela globalização é que os trabalhadores precisam trabalhar mais horas por dia para consumir mais e a linha entre trabalho e lazer desaparece, mas por outro lado tem de economizar (austeridade) para sobreviver, contradição essa que tem reflexos nas cidades.

Nesse sentido, para Bauman estamos vivendo nas cidades, a partir da globalização neoliberal, o chamado interregno que ocorre quando uma antiga maneira de ser não funciona mais, porém a nova maneira de ser ainda não foi inventada.

A pós-modernidade é caracterizada pela ideia de eficácia e não por noções morais (segundo Hanna Arendt, os nazistas eram pessoas ditas normais que cumpriam com – seus deveres – e não monstros), calcada apenas no valor liberdade, enquanto na modernidade os valores eram racionalidade, segurança e organização.

Na verdade, a utilização do termo “pós-moderno” implica que o contexto urbano está atualmente passando por uma fase de transição, na qual as características e princípios associados a ele durante o período moderno estão menos presentes, indicando até mesmo a ideia geral de que a experiência urbana que conhecíamos pode estar se esgotando. Isso sugere implicitamente que os novos traços que estão emergindo ainda não formam um modelo coeso o suficiente para proporcionar uma definição precisa e uma aplicação descomplicada do termo “pós-moderno” à cidade e ao espaço urbano (Mendes, 2011, p. 476).

Nessa junção de globalização, neoliberalismo, pós-modernidade e tempos líquidos surge uma nova espécie de território urbano com maior desigualdade social e menor interação entre as pessoas, observando-se que os shoppings centers são feitos para não encorajar as pessoas a pararem, a se olharem e a conversarem, mas sim apenas se divertirem olhando em volta.

As relações urbanas na modernidade (1550 d.C) eram modeladas não por mapas elegantes traçados uniformes e uniformizantes do território do estado, mas sim por incrustar na terra o grau de perfeição antes encontrado apenas na prancha de desenho.

Um reflexo da pós-modernidade na vida urbana é o crescimento dos bairros vigiados, espaços públicos com proteção cerrada e entrada controlada, o que em vez de unir as pessoas faz com que se evitem e vivam separadas, não havendo mais a questão de amar ou odiar tal vizinho, por exemplo. Hodiernamente, nos encontramos mais no mundo virtual do que pessoalmente (até mesmo antes da pandemia de COVID-19).

O medo urbano além de afastar as pessoas é caracterizado pelo medo dos crimes e dos criminosos, a culpa por esse estado de coisas pode ser atribuída ao individualismo pós-moderno.

Tal medo teve início com a desregulamentação ou redução do controle estatal, o que fez com que as casas nas cidades passassem a ser construídas para proteger seus habitantes e não para integrá-los nas comunidades às quais pertencem, conforme Bauman:

A segregação das novas elites globais; seu afastamento dos compromissos que tinham com o *populus* do local no passado; a distância crescente entre os espaços onde vivem os separatistas e o espaço onde habitam os que foram deixados para trás; estas são provavelmente as mais significativas das tendências sociais, culturais e políticas associadas à passagem da fase sólida para a fase líquida da modernidade (Bauman, 2010, p. 17).

Com tudo isso, as cidades passaram a ser depósitos de problemas causados pela globalização, pelo neoliberalismo e pela pós-modernidade, atraindo, segregando e servindo, muitas das vezes, como campos de refugiados para aqueles que foram expulsos da zona rural.

Apesar desses problemas, podemos apontar a cidade de Estocolmo³, capital da Suécia, como aquela que chegou mais perto da realização da utopia socialdemocrata com garantia de moradia adequada a todos os seus moradores e um inventário completo de comodidades que embelezavam a vida e forneciam uma existência protegida. Demonstra-se, assim, ser uma saída para o medo e a insegurança dos grandes centros urbanos, bem como para o respeito às diferenças e para a garantia da livre mobilidade pela cidade.

Por fim, Bauman afirma que – hoje compreendemos que esse – progresso para a civilização – não é uma conquista, mas uma permanente luta cotidiana. Combate jamais totalmente vitorioso, que muito provavelmente não alcançará sua meta, mas que continua a ser encorajado pela esperança de vencer – (Bauman, 2010, p. 42).

Em 2007, o planeta registrou que a população das cidades, pela primeira vez na história, superou quantitativamente a população rural. Esse aumento das populações das cidades agravará a questão da desigualdade nos centros urbanos.

A linha divisória entre zona rural e zona urbana se desfez aos poucos, seja pela expansão das cidades e regiões metropolitanas que se conurbaram, seja pelo crescimento do êxodo rural, observando-se que as populações das periferias são formadas por pessoas expulsas dos centros urbanos e trabalhadores expulsos da zona rural.

O aumento da população nas cidades tem suas consequências para a urbanização: habitações pobres ou informais, acesso inadequado a bens básicos como saneamento básico e também a insegurança quanto à posse das moradias, o que terá interferência direta nas ideias sobre o bem-viver cuja importância está nas soluções para o caos urbano ocasionado pela relação entre capitalismo neoliberal, globalização e pós-modernidade.

3 <https://www.estadao.com.br/amp/lifestyle/suecia-aposta-em-compartilhamento-de-habitacoes/>

3. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO (NCLA) E A NOÇÃO DE BEM-VIVER

O NCLA tem as seguintes características: i) a necessidade constituinte criada em momento de crise social e política; ii) a intenção de concluir o processo de independência e de colonização; iii) a intenção de valorização e de reposicionamento dos povos originários em respeito ao estado plurinacional; iv) a intenção de suscitar um alto nível de participação popular no processo de elaboração e concretização da Constituição; e v) a imposição de consideráveis limites à mudança formal do texto constitucional.

Os marcos constitucionais que podem ser indicados como elementos fundadores do NCLA são o pluralismo político (o que pode ser exemplificado pela cota de indígenas no parlamento, prevista na Constituição boliviana em seu art. 206, V) a separação entre a jurisdição originária e a comum, o Direito Comunitário, o alargamento das autonomias locais, a democracia intercultural e a criação de um Tribunal Constitucional plurinacional.

Pode-se, nesse sentido, conceituar o NCLA como sendo a aplicação da constituição democrática que busca romper com as dinâmicas opressoras da colonização do passado latino-americano, por intermédio da criação de um sistema plural de partidos políticos, melhorando a participação popular por meio das chamadas assembleias dos cidadãos e visando à inclusão efetiva dos povos tradicionais, dos pobres, dos enfermos, das mulheres e dos demais grupos vulneráveis que foram marginalizados historicamente.

Originalmente, as Constituições latino-americanas nasceram, em sua maioria, como resultados de um pacto entre liberais e conservadores e deram origem a organizações institucionais politicamente muito restritivas, que nada acrescentaram de construtivo para os povos tradicionais, pelo contrário, limitaram suas liberdades a partir da própria constituição.

Ainda dentro desse pacto entre liberais e conservadores, mas em uma tentativa de superá-lo, o novo constitucionalismo busca reivindicar a natureza revolucionária do constitucionalismo democrático para a emancipação e o crescimento dos povos. O novo constitucionalismo concebe a constituição como mandato direto do poder constituinte e fundamento último da razão de ser do poder constituído para as desigualdades econômicas e sociais e de estabelecer constitucionalmente o novo papel do Estado na economia.

Essa nova teoria constitucional surgiu, portanto, dos processos políticos e das transformações constitucionais que dominaram a vida social, política e cultural da América Latina no início do século XXI, protagonizadas pelos movimentos indígenas e outros movimentos e organizações sociais e populares, defendendo a refundação em questões políticas, sociais, econômicas e culturais, como um modelo de organização política para a descolonização das nações e dos povos.

A constitucionalização de diversas reivindicações historicamente desatendidas dos grupos vulneráveis latino-americanos, bem como a possibilidade de sua concretização por meio de mecanismos inerentes à democracia participativa (direta), é a vocação inclusiva do NCLA, que aponta para os fins e as funções do Estado Plurinacional, que são construir uma sociedade justa e harmoniosa baseada na descolonização, garantir o bem-estar e fomentar o respeito mútuo e o diálogo intracultural, intercultural e plurilíngüe, reafirmar e consolidar a unidade do país e preservar, como patrimônio histórico e humano, a diversidade plurinacional.

A busca por um constitucionalismo plural e multicultural na América Latina de cunho inclusivo é, portanto, o desafio a ser enfrentado pela Teoria do NCLA, baseado na noção de descolonialidade, pois, na medida em que deixa no passado o Estado colonial, republicano e neoliberal e assumimos o desafio histórico de construir, coletivamente, o Estado Social Unitário do Direito Comunitário Plurinacional, conforme o preâmbulo da constituição da Bolívia, o NCLA busca um novo modelo de Estado de Direito que visa garantir o exercício pleno da soberania popular, a superação do neoliberalismo e do colonialismo, estabelecendo uma relação diferente entre estado, mercado, sociedade e natureza, com base no ideal de viver bem, expresso em uma nova teoria política e constitucional em permanente construção.

Neste cenário de forte influência do estado plurinacional, há, ainda, uma maior força normativa em relação aos Direitos Sociais, Coletivos e do Meio Ambiente dentro do NCLA, revelado pelo chamado “bem-viver” para os povos latino-americanos.

Entende-se por – bem-viver – a forma mais coletiva de entender a vida, sem que se torne incompatível com os interesses individuais, significando, ainda, viver com as pessoas que se quer, conformar-se como se quer ser, ter oportunidade de fazer as coisas que se quer, e não viver num mundo puramente privado onde cada um está sujeito ao desígnio da sua própria individualidade.

É, portanto, neste cenário que passaremos a analisar, na seção seguinte, como o NCLA pode contribuir para a recuperação dos ideais desse bem-viver e sua efetiva implantação nas cidades da América Latina em superação ao capitalismo neoliberal e ao colonialismo, que impedem o seu pleno desenvolvimento, por intermédio da análise de alguns artigos da Constituição Boliviana de 2009.

4. A CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009 E OS IDEAIS DO BEM-VIVER NAS CIDADES

Conforme já dito, a noção de bem-viver ressurgiu como uma tentativa de reduzir a desigualdade nas cidades por meio de instrumentos redutores da segregação socioespacial urbana.

Todavia, a partir de 1980, o Estado fundado nesses valores perdeu força, com o avanço do neoliberalismo, que veio acompanhado de uma maior desigualdade no mundo.

A América Latina, apesar de Constituições de alguns países, como as de 1946 e de 1988 do Brasil, permaneceu uma região desigual e altamente explorada, justamente por não observar que a construção da identidade coletiva de um grupo é forjada num jogo de relações conflituosas em que o dito grupo, para se afirmar, busca algo em comum capaz de uni-lo.

Em resposta à exploração e visando combater a desigualdade, em momento de crise social e política, surgiu, como mencionado alhures, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, com os objetivos de concluir o processo de independência e de colonização, de valorização e de reposicionamento dos povos originários em respeito ao estado plurinacional, de suscitar um alto nível de participação popular no processo de elaboração e de concretização da Constituição e de impor consideráveis limites à mudança formal do texto constitucional.

A Constituição da Bolívia de 2009 ou Constitución Política del Estado (CPE), de 07/02/2009, é um exemplo do acima descrito Novo Constitucionalismo Latino-Americano e será analisada adiante, a fim de se verificar como pode contribuir para a recuperação dos ideais do bem-viver e para a sua efetiva implantação na América Latina.

A partir do preâmbulo da constituição boliviana, é possível notar que o povo, de composição plural, é inspirado nas lutas do passado e no levante indígena anticolonial, na independência e nas lutas populares (indígenas, sociais e sindicais) de libertação e nas lutas pela terra e pelo território, visando à construção de um novo Estado baseado no respeito e na igualdade entre todos. Para tal, é fundamental a observância dos princípios da soberania, dignidade, solidariedade, harmonia e equidade na distribuição e redistribuição do produto social, prevalecendo a busca pelo bem-viver com relação à pluralidade econômica, social, jurídica, política e cultural dos habitantes na convivência coletiva, com o adequado acesso à água, trabalho, educação, saúde e habitação para todos.

Outro ponto relevante, expresso no referido preâmbulo, diz respeito à necessidade de deixar-se no passado o antigo e relegado Estado colonial, republicano e neoliberal, passando-se a assumir o compromisso histórico de construir coletivamente o chamado Estado Unitário de Direito Plurinacional Comunitário como decorrência direta do NCLA, com o propósito de implantar um país democrático, produtivo, portador e incentivador da paz, comprometido, ainda, com o desenvolvimento integral e com a liberdade e a determinação dos povos.

Desta feita, já nas considerações introdutórias do preâmbulo, verifica-se a possibilidade de recuperação dos ideais do bem-viver para a sua efetiva implantação na América Latina, conforme as palavras de Dalmau (2011, p. 60):

Esa tranquilidad no se entiende por completo en castellano –buen vivir o vivir bien–, pero los quechuas o aymaras con suma qamaña o sumak kawsay lo entienden en términos propios. Significa vivir con la gente que quieres, conformándote como quieres ser, teniendo oportunidad de hacer las cosas que uno desea, y no vivir en un mundo puramente particular donde cada uno está sometido al designio de su propia individualidad. Es una forma más colectiva y placentera de entender la vida.

O bem-viver é um conceito que tem ganhado destaque nos últimos anos, especialmente no campo da filosofia e da educação. Trata-se de uma abordagem que busca promover a felicidade e o bem-estar das pessoas, não apenas em termos individuais, mas também coletivos e sociais. O bem-viver é uma visão holística que considera a interdependência entre os seres humanos e a natureza, e que valoriza a diversidade cultural e a solidariedade.

Nesse sentido, o bem-viver pode ser entendido como um estado de equilíbrio entre a felicidade e o significado. Isso significa que, para viver bem, é preciso encontrar um propósito na vida e sentir-se realizado com as escolhas que se faz. Além disso, é importante cultivar relações saudáveis e significativas com outras pessoas e com o meio ambiente. No contexto educacional, o bem-viver tem sido discutido como uma alternativa ao modelo tradicional de ensino, que muitas vezes se concentra apenas no desenvolvimento cognitivo dos alunos.

Na educação o bem-viver implica em valorizar a formação integral dos estudantes, levando em conta suas necessidades emocionais, sociais e culturais. Isso significa que a escola deve ser um espaço de acolhimento e de promoção da diversidade, onde os alunos possam desenvolver habilidades socioemocionais e aprender a conviver de forma saudável com os outros.

Além disso, o bem-viver também tem sido discutido no contexto da sustentabilidade e da preservação do meio ambiente. Nesse sentido, o bem-viver implica em reconhecer a interdependência entre os seres humanos e a natureza, e em adotar práticas que promovam a conservação dos recursos naturais e a redução do impacto ambiental.

Em resumo, o bem-viver é uma abordagem que busca promover a felicidade e o bem-estar das pessoas, levando em conta a interdependência entre os seres humanos e a natureza, a diversidade cultural e a solidariedade. No contexto educacional, o bem-viver implica em valorizar a formação integral dos estudantes, levando em conta suas necessidades emocionais, sociais e culturais. Já no contexto da sustentabilidade, o bem-viver implica em adotar práticas que promovam a conservação dos recursos naturais e a redução do impacto ambiental.

O conceito de “bem-viver” representa uma evolução da ideia do Estado de Bem-Estar Social da Social Democracia em várias medidas.

Enquanto o Estado de Bem-Estar Social se concentra principalmente no bem-estar material e na igualdade de oportunidades, o “bem-viver” incorpora uma abordagem mais holística, considerando o equilíbrio entre o indivíduo, a comunidade e a natureza. Ele valoriza as tradições, a espiritualidade e a harmonia com o meio ambiente, indo além do simples crescimento econômico.

O “bem-viver” também se distingue pela sua origem em culturas indígenas, especialmente na América Latina, e pela ênfase na coletividade, no respeito à diversidade e na busca pela felicidade além do acúmulo de bens materiais. Enquanto a Social Democracia busca garantir direitos sociais e reduzir as desigualdades por meio de políticas públicas, o “bem-viver” propõe uma transformação mais profunda nas relações sociais e na relação com a natureza, visando o florescimento humano em um sentido mais amplo.

Se, antes, o Estado neoliberal e colonial impedia até a elaboração de uma carta constitucional baseada na social-democracia, a partir do NCLA houve o respeito ao poder constituinte originário enquanto criador e receptor das normas constitucionais ao mesmo tempo, de modo que o povo elabora a constituição à qual se submeterá após sua promulgação, ficando também sob sua responsabilidade a reforma constitucional, sempre para melhorar as condições de vida da população através da supracitada noção de bem-viver, com a superação da mentalidade de não cumprimento das normas (constituições e leis), prática recorrente na América do Sul, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias.

Ao longo do texto constitucional, estão artigos que podem ser aplicados na prática política latino-americana, e não só na Bolívia, para a recuperação dos benefícios da social-democracia, principalmente, na busca da redução da desigualdade social e econômica da região.

No que diz respeito à educação, o artigo 17 da CPE determina que toda pessoa tem direito à educação em todos os níveis, de forma universal, produtiva, gratuita, abrangente e intercultural, sem discriminação, através de um sistema educacional aberto, humanístico, científico, técnico e tecnológico, produtivo, territorial, teórico e prático, libertador e revolucionário, crítico e solidário, o que é detalhado nos artigos 78 e 80 da mesma CPE.

Outro viés para uma possível recuperação dos ditos ideais do bem-viver na América Latina diz respeito à saúde.

A CPE afirma que a saúde, assim como a educação, é um direito de todos, estabelecendo, em seu artigo 18, que o sistema único de saúde será universal, gratuito, equitativo, intracultu-

ral, intercultural, participativo, com qualidade, cordialidade e controle social, baseado, ainda, nos princípios de solidariedade, eficiência e corresponsabilidade e se desenvolve por meio de políticas públicas em todos os níveis de governo.

E quando o assunto se relaciona às políticas públicas de proteção à saúde, o artigo 35 ordena que o Estado, em todos os níveis, garanta o direito à saúde, promovendo políticas públicas para a melhoria da qualidade de vida, do bem-estar coletivo e do livre acesso da população aos serviços de saúde, incluindo-se a medicina tradicional das nações e povos indígenas camponeses nativos.

As normas de proteção ao trabalho também não ficaram de fora do NCLA, nem da CPE. Em seu artigo 48, está determinado que as normas trabalhistas sejam interpretadas e aplicadas através dos princípios de proteção dos trabalhadores como principal força produtiva da sociedade, de primazia da relação de trabalho, de continuidade e estabilidade no emprego e de não discriminação.

Ainda no que diz respeito aos direitos trabalhistas, a CPE traz de volta a noção perdida de força participativa dos trabalhadores na administração das empresas em que labutam, conforme se vê no artigo 54, inciso III, no qual está expresso que os trabalhadores, em defesa de suas fontes de trabalho e na salvaguarda do interesse, podem reativar e reorganizar empresas em processo de falência ou de liquidação, encerradas ou abandonadas de forma injustificada, podendo formar empresas comunitárias, com a atuação conjunta do Estado.

Em relação à propriedade privada e à necessidade de cumprimento de sua função social, outro aspecto esquecido após o fracasso da social-democracia, a CPE, em seu artigo 56, descreve que toda pessoa tem direito à propriedade privada individual ou coletiva, desde que observe a sua função social, garantindo-se o uso dela se não prejudicar os interesses coletivos. O direito à sucessão hereditária também é garantido pela constituição boliviana, porém, para evitar a perpetuação de patrimônio, deve ser equilibrada com a tributação progressiva dos bens de herança, nos moldes de como foi feito pela social-democracia até 1980.

O sistema econômico previsto na CPE baseado nas noções do bem-viver e de fortalecimento da soberania econômica dos povos, prevê em seu artigo 306, que o modelo econômico é plural e visa melhorar a qualidade de vida de todos, devendo o Estado valorizar mais o ser humano é garantir o seu desenvolvimento por meio da redistribuição de superávits econômicos equitativos nas políticas sociais de saúde, de educação e culturais e para reinvestir no desenvolvimento econômico produtivo.

A tributação progressiva, por sua vez, também não foi deixada de lado pela CPE, que, em seu artigo 323, impõe que a política tributária seja baseada nos princípios da capacidade econômica, igualdade, progressividade, proporcionalidade, transparência, universalidade, controle, simplicidade administrativa e capacidade de cobrança.

A essência do bem-viver pode, ainda, ser destacada no art. 320, item 7, da CPE, no qual está expresso que a função do estado na economia é, principalmente, a de promover políticas públicas de distribuição equitativa da riqueza e dos recursos econômicos do país, evitando-se a desigualdade e a exclusão social e econômica, buscando-se, ainda, a erradicação da pobreza em suas múltiplas dimensões.

Essa imposição constitucional de política tributária e de promoção de políticas públicas fez com que, em 28/12/2020, o parlamento boliviano promulgasse, através da Lei n°. 1357,

o imposto sobre grandes fortunas, anual e permanente, cujos contribuintes são os nacionais e estrangeiros que permaneçam na Bolívia por mais de 183 dias no período de 12 meses, com alíquotas progressivas e graduais de 1,4% para pessoas com riqueza de 30 milhões a 40 milhões de pesos bolivianos, 1,9% de 40 milhões a 50 milhões e 2,4% para fortunas maiores, demonstrando, na prática, o papel do NCLA para a recuperação dos ideais do bem-viver, visto que a receita oriunda de tal tributo poderá ser utilizada para o benefício dos mais pobres, buscando reduzir a desigualdade social e econômica deixada pelo colonialismo e pelo neoliberalismo na América Latina.

Em outro trecho, a nova Constituição Política do estado boliviano reconhece o direito humano à moradia adequada junto a seus componentes no artigo 19, além de incluir a moradia como competência nacional, departamental, municipal e do povo originário (arts. 304, 299, 302, 298).

A propriedade coletiva da terra passou a ser protegida, sendo possível desenvolver projetos de moradia comunitária ou cooperativa, reconhecendo-se e protegendo-se a segurança jurídica da posse da terra (art. 393) em sua modalidade individual, coletiva e comunitária.

A referida carta constitucional reconhece o direito à água potável, ao esgoto, a energia elétrica, ao gás residencial, as telecomunicações e ao transporte (art. 20), além de considerar-se o direito a um meio ambiente saudável, protegido e equilibrado (art. 33), ressaltando-se que, apesar disso, a terra e a moradia são bens submetidos às leis do mercado especulativo, porém o estado obriga-se a regular o mercado da terra (art. 396) e a destinar maiores recursos econômicos específicos para moradia (art. 321).

Nota-se, assim, como tarefa constitucional a participação da sociedade civil no desenho de políticas públicas de forma organizada (art. 241), isto é, a gestão democrática das cidades, enquanto bases para uma verdadeira reforma urbana na América Latina a partir das autonomias em cada região, onde se incorporaram os princípios e a visão do direito ao bem-viver na cidade.

Assim, é possível notar, seja pelo preâmbulo, seja pelos artigos acima citados da CPE, que o NCLA, partindo da noção de descolonialidade e de abandono do neoliberalismo, representa, em sua essência, a possibilidade de recuperação dos ideais do bem-viver que merecem por serem, ao mesmo tempo, criadores e criaturas das normas constitucionais que regem suas vidas para uma saída ao que Marques chama de – cataclismos políticos e sociais – e para o verdadeiro renascimento da causa social latino-americana, sendo necessário – derrubar seus donos, país por país –, abrindo-se – tempos de rebelião e de mudança –.

Krenak (2019) alerta que ao abandonarmos a noção do bem-viver estamos nos tornando uma humanidade zumbi que não tolera tanto prazer e tanta fruição de vida, passando a pregar o fim do mundo como uma possibilidade de fazer a humanidade desistir dos próprios sonhos, sendo importante adiar esse fim do mundo para que possamos contar mais uma história.

O ocidente ou a civilização chamava os povos tradicionais de bárbaros, imprimindo contra eles uma guerra sem fim, visando civilizá-los e integrá-los ao clube da dita humanidade ocidental, o que é bem demonstrado no livro *As veias abertas da América Latina* de Eduardo Galeano (2018).

Quando nos é mostrado como os povos do Caribe, América Central, da Guatemala, dos Andes e do resto da América do Sul tinham a noção de que essa ideia de civilização era equivocada, fica claro que nós humanos somos partes do todo e que talvez essa noção retire um

pouco da vaidade da humanidade que pensamos ser, além de reduzir a falta de reverência que temos para com a natureza que caminha conosco no cosmos.

Dito isto, o conceito de bem-viver nas cidades é polissêmico e tem muitas interpretações e tendências.

Em geral, o bem-viver é uma experiência que busca uma vida mais harmônica e equilibrada, tanto para as pessoas quanto para o meio ambiente. Algumas das principais características do bem-viver nas cidades incluem:

1. **Sustentabilidade:** O bem-viver busca uma relação mais equilibrada entre as pessoas e o meio ambiente, promovendo a sustentabilidade e a preservação dos recursos naturais.
2. **Participação:** O bem-viver valoriza a participação das pessoas na gestão das cidades, promovendo a democracia participativa e a construção coletiva de soluções.
3. **Diversidade:** O bem-viver reconhece e valoriza a diversidade cultural e social das cidades, promovendo a inclusão e o respeito às diferenças.
4. **Qualidade de vida:** O bem-viver busca promover a qualidade de vida das pessoas, garantindo acesso a serviços públicos de qualidade, como saúde, educação, transporte e lazer.

O bem-viver nas cidades, portanto, pode ser visto como uma alternativa ao modelo de desenvolvimento urbano baseado no crescimento econômico e na exploração dos recursos naturais, que muitas vezes leva à exclusão social, à degradação ambiental e à desigualdade. Em vez disso, o bem-viver busca uma abordagem mais integrada e sustentável para o desenvolvimento urbano, que valoriza a participação das pessoas e a preservação do meio ambiente.

5. CONCLUSÃO

No presente artigo, procurou-se, analisar a relação entre capitalismo, pós-modernidade e urbanização, relacionando-a com a evolução constitucional nos estados nacionais (neoconstitucionalismo, transconstitucionalismo, etc.), apontando-se para o aumento da segregação socioespacial urbana decorrente do neoliberalismo, com base nos sistemas educacional, tributário, trabalhista e habitacional.

Por sua vez, o capitalismo e a urbanização são fenômenos que têm impactado profundamente a região latino-americana, gerando desigualdades sociais e econômicas, exclusão e marginalização. O novo constitucionalismo latino-americano busca enfrentar esses problemas, propondo uma nova forma de organização social e política que valorize a diversidade cultural e a pluralidade de formas de vida.

Já a pós-modernidade tem sido vista como um momento histórico em que as grandes narrativas e os valores universais são questionados, dando lugar a múltiplas formas de expressão cultural e política. O novo constitucionalismo latino-americano tem sido influenciado por essa perspectiva crítica, buscando superar as limitações do modelo de Estado de Direito uninacional e construir um novo modelo de democracia participativa e pluralista.

As noções básicas do chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA), inserido na evolução das constituições na região, calcado no pluralismo político (cota de indígenas no parlamento), na separação entre a jurisdição originária e a comum, no Direito Comunitário, no alargamento das autonomias locais, na democracia intercultural e na criação de um Tribunal Constitucional plurinacional demonstram que ele é uma evolução da social-democracia.

Concomitantemente a essas noções básicas, resta evidente a busca do NCLA pela descolonização da América Latina e pelo premente abandono do sistema capitalista neoliberal para dar vez ao chamado “bem-viver”, o que implica garantir o exercício pleno da soberania popular, assumindo o desafio histórico de construir, coletivamente, o Estado Social Unitário do Direito Comunitário Plurinacional. Essa busca pela descolonização ganhou relevo pela força normativa das constituições em relação aos direitos sociais, coletivos e do meio ambiente, conforme os princípios do NCLA.

Nesse aspecto, as inovações constitucionais do NCLA apontam para o papel desse novo constitucionalismo nos ideais do bem-viver, conforme se pode ver em alguns artigos da constituição da Bolívia de 2009 (Constitución Política del Estado - CPE), principalmente os referentes ao seu preâmbulo, às políticas educacionais, de saúde, trabalhistas e tributárias, bem como às relativas à função social da propriedade e do sistema econômico adotado para valorizar mais o ser humano e garantir o seu desenvolvimento por meio da redistribuição de superávits econômicos equitativos. Verificou-se, por conseguinte, que a essência do bem-viver foi destacada no art. 320, item 7, da CPE, no qual está expresso que a função do Estado na economia é, principalmente, a de promover políticas públicas de distribuição equitativa da riqueza e dos recursos econômicos do país, evitando-se a desigualdade, a exclusão social e econômica, buscando-se erradicar a pobreza em suas múltiplas dimensões, reconhecendo-se o direito humano à moradia adequada junto a seus componentes no artigo 19, além de incluir a moradia como competência nacional, departamental, municipal e do povo originário (arts. 304, 299, 302, 298).

Desta feita, o novo constitucionalismo latino-americano enquanto um movimento que busca redefinir o papel do direito e dos direitos humanos na região, levando em conta as particularidades históricas, culturais e sociais dos países latino-americanos, baseia-se na noção de bem-viver, também conhecida como *buen vivir*, que têm sido fundamental para a construção desse novo paradigma constitucional.

O novo constitucionalismo latino-americano, portanto, propõe uma nova forma de organização social e política que valorize a diversidade cultural e a pluralidade de formas de vida, enfrentando as desigualdades geradas pelo capitalismo, pela pós-modernidade e pela urbanização, sendo a noção de bem-viver fundamental para a construção desse novo paradigma urbano constitucional, que busca superar as limitações do modelo de Estado de Direito uninacional e construir um novo modelo de democracia participativa e pluralista, influenciado pela perspectiva crítica da pós-modernidade nas cidades, principalmente com o viés de reduzir a segregação socioespacial urbana das populações subalternizadas.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Desafios da Justiça Brasileira frente ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano: diversidade e minorias. In: NOVO Constitucionalismo Latino-Americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2014. p. 119 – 143.
- BASTOS, Elísio Augusto Velloso; LIMA, Caroline Figueiredo. Os marcos do novo constitucionalismo latino-americano à luz do Estado Plurinacional da Bolívia. *Revista Videre, Dourados*, MS, v. 11, n. 21, p. 68-79, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/9571/5160>. Acesso em: 29 out. 2020.
- BEJARANO, Ana María; SEGURA, Renata. Asambleas constituyentes y democracia: una lectura crítica del nuevo constitucionalismo en la región andina. *Revista des Departamento de Ciencia Política da Facultad de Ciencias Sociales da Universidad de los Andes*. Tema: Constituciones andinas en debate(s), p. 19-48, sept./dic, 2013 . Disponível em: <http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint79.2013.02>. Acesso em: 29 out. 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar , 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo nas cidades*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010 .
- BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado (CPE), de 07 de fevereiro de 2009*. Disponível em: <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>. Acesso em: 29 out. 2020.
- BOLÍVIA. *Ley n° 1357, de 28 de diciembre de 2020*. Disponível em: https://siip.produccion.gob.bo/repSIIP2/files/normativa_12345_2912202080d1.pdf&ved=2ahUKewiRioK014TuAhXLHLkGHcxPAEYQFjACegQIDRAB&usg=AOvVaw3_gs7zgGT3loF3_GUfPrV . Acesso em: 29 out. 2020.
- BRAGA, Célia. *O bem viver em recife: uma abordagem do cotidiano de moradores do Casarão do Cordeiro*. 2014. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2014.
- DALMAU, Rubén Martínez. Análisis Crítico del Derecho Constitucional desde la Perspectiva del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Entrevista. *Thémis Revista de Derecho* 67, p. 49-62, 2015.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo; ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016 .
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A teoria da constituição à luz dos movimentos do constitucionalismo (moderno), do neoconstitucionalismo (contemporâneo), do transconstitucionalismo e do constitucionalismo (latino-americano) plurinacional. In: NOVO Constitucionalismo Latino-Americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 37-64.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. São Paulo: L&M pocket, 2018.
- GARCIA, Marcos. Direitos humanos do bem viver: entre o conceito de bem viver e o novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, v. 1, n. 2, p. 246–265, 2015.
- GARGARELA, Roberto. El Constitucionalismo latino-americano y la sala de máquinas de la Constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional*, n. 48, p. 289-305, 2011.
- GARGARELA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano : promesas e interrogantes. *CEPAL, Serie Políticas Sociales, Santiago de Chile*, n. 153, nov. 2009.
- GOMES, Ana Cecília de Barros; SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito à Comunicação no Novo Constitucionalismo Latino-Americano: o caso boliviano. In: NOVO Constitucionalismo Latino-Americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 65 - 75.
- HARVEY, David. *17 contradições e o fim do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2016 .
- KOWARICK, Lúcio. *A espoliação urbana*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993 .
- KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

LEGALE, Siddharta. O que é a vida segundo as Cortes Constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano? *Revista Publicum Rio de Janeiro*, n. 2, p. 222-244, 2016.

LEMOS, Walter Gustavo da Silva; BELLO, Enzo. Bem Viver e Comum: alternativas do constitucionalismo econômico latino-americano ao modelo capitalista de produtivismo extrativista. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 158-184 mai./ago. 2019.

MAIO, Fernando Joaquim Ferreira; CUNHA, Belinda Pereira (org.). *América Latina em foco : perspectivas multidisciplinares sobre direitos humanos e ambientais*. Recife: EDUFPRPE, 2017.

MAMANI, Juan Ramos. *Nuevo Constitucionalismo Social Comunitario desde America Latina*. In: NOVO Constitucionalismo Latino-Americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juizes. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 02-17.

MARQUEZ, Gabriel Garcia. *Eu não vim fazer um discurso*. São Paulo: Record, 2011.

MEDICI, Alejandro. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico*. Disponível em: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/1.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

MELO, Alisson. Natureza, bem-viver e desenvolvimento com equidade: uma introdução ao novo constitucionalismo econômico latino-americano. *R. Fac. Dir. UFG*, v. 40, n.2, p. 64-90, jul./dez. 2016.

MELO, Talita Lessa. *O paradigma do Buen Vivir para as cidades na América Latina: Reflexões para uma estratégia alternativa frente ao neoliberalismo global*. 2017. Dissertação (Mestrado Integração Latino-Americana) - Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, 2017.

MENDES, Luís. Cidade pós-moderna, gentrificação e a produção social do espaço fragmentado. *Cadernos Metrópole*, São Paulo, v. 13, n. 26, p. 473-495, jul./dez. 2011.

MIGNOLO, Walter. Desafios decoloniais hoje. *Epistemologia do Sul*, Foz do Iguaçu /Paraná, p. 12-32, 2017.

PASTOR, Roberto Viciano. Constitucionalismo de Transición y nuevo constitucionalismo latino -americano em el pensamiento de Carlos de Cabo. *Constitucionalismo Crítico: Liber Amocorum Carlos de Cabo Martín*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 1225 - 1243.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano : fundamentos para una construcción doctrinal*. Trabalho defendido no Congresso Mundial de Constitucionalistas, 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construccion_doctrinal. Acesso em: 29 out. 2020.

PIKETTY, Thomas. *Capital e ideologia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

PRZEWORSKI, Adam. A social-democracia como fenômeno histórico. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 15, out. 1988.

QJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. *Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

UGARTE, Pedro Salazar. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/22.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. O Estado Plurinacional na América Latina: diálogo conceitual entre multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In: NOVO Constitucionalismo Latino-Americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juizes. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 18 a 36.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina*. Academia brasileira de Direito Constitucional. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 23/12/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/12/2023
- Avaliação 1: 12/01/2024
- Avaliação 2: 12/01/2024
- Decisão editorial preliminar: 13/01/2024
- Retorno rodada de correções: 25/01/2024
- Decisão editorial/aprovado: 14/02/2024

Equipe editorial envolvida

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

TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO E O CONTROLE EXTERNO CONSENSUAL REALIZADO PELAS CORTES DE CONTAS

TERM OF MANAGEMENT ADJUSTMENT AND THE CONSENSUS EXTERNAL CONTROL PERFORMED BY THE CUTTING OF ACCOUNTS

JEFFERSON APARECIDO DIAS¹
CARLOS ALEXANDRE LIMA DE SOUZA²
HELOISA HELOU DOCA³

RESUMO

O estudo analisa o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), instrumento consensual que reflete a evolução da Administração Pública. Como ferramenta de democracia participativa, o TAG tem sido amplamente utilizado pelas Cortes de Contas. O trabalho busca explorar sua natureza jurídica no contexto da administração pública contemporânea, focada na consensualidade, e sua conformidade com o controle externo exercido pelas Cortes de Contas. O TAG é apresentado como instrumento voluntário que auxilia no controle financeiro e promove a eficiência da gestão pública, alinhado a um modelo de controle mais ativo dos Tribunais de Contas, voltado à efetividade dos direitos fundamentais e à dignidade humana. O estudo aborda a evolução da Administração Pública até o modelo consensual, a origem e funções dos Tribunais de Contas no Brasil, e os aspectos jurídicos, funcionais e requisitos do TAG. A pesquisa utiliza método dedutivo, com análise de literatura especializada e jurisprudência nacional.

Palavras-chave: democracia consensual; controle financeiro: cortes de contas; termo de ajustamento de gestão.

- 1 Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha (Espanha). Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da UNIMAR (Universidade de Marília). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-3101-1621>.
- 2 Doutorando e Mestre em Direito pela UNIMAR (Universidade de Marília). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino e Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Magistratura do Paraná. Advogado público e professor universitário.
- 3 Doutora e Mestre em Letras pela UNESP (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho). Professora da UNIMAR (Universidade de Marília).

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

DIAS, Jefferson Aparecido; SOUZA, Carlos Alexandre Lima de; DOCA, Heloisa Helou. Termo de ajustamento de gestão e o controle externo consensual realizado pelas cortes de Contas. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 39-50, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.8933>.

ABSTRACT

The study analyzes the Management Adjustment Term (TAG), a consensual instrument reflecting the evolution of Public Administration. As a tool of participatory democracy, the TAG has been widely adopted by Audit Courts. The research aims to explore its legal nature within contemporary public administration, focused on consensuality, and its alignment with the external oversight conducted by Audit Courts. The TAG is presented as a voluntary instrument that supports financial oversight and promotes public management efficiency, aligned with a more active control model by Audit Courts, aimed at ensuring fundamental rights and human dignity. The study addresses the evolution of Public Administration towards the consensual model, the origin and functions of Audit Courts in Brazil, and the legal, functional, and procedural aspects of the TAG. The research employs a deductive method, analyzing specialized literature and national case law.

Keywords: consensual democracy; financial control; account cuts; management adjustment term.

1. INTRODUÇÃO

Desde a independência do Brasil, a Administração Pública vem evoluindo e promovendo mudanças na atuação do Estado e da administração, caminhando, desta forma, para uma democracia mais participativa e consensual. É certo que a eficiência e a eficácia já constavam do art. 74, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas a Emenda Constitucional nº 19/98, ao constitucionalizar a eficiência como um dos princípios norteadores da Administração Pública, redefiniu o papel do Estado e da Administração Pública, criando uma lógica de estruturação na busca de resultados eficazes na prestação dos serviços públicos.

Essa redefinição vai no sentido de desburocratizar, de reacender o debate acerca da ética, da transparência e dos caminhos públicos, revelando na contemporaneidade uma Administração Pública consensual, vez que o modelo tradicional não propiciava o alcance à eficiência administrativa, nem concretizava os interesses públicos atuais.

Nesse contexto, a consensualidade ganha espaço na Administração Pública como faceta da própria democracia participativa, procurando garantir o exercício dos direitos fundamentais a fim de garantir a dignidade humana. Com isso, o controle externo sofre uma releitura de suas funções, pois mudanças no órgão de contas se fizeram necessárias para que atuasse de forma corretiva, numa democracia consensual, e não simplesmente na tradicional fiscalização sancionatória.

Assim, na busca de soluções consensuais quanto às questões fiscais, os Tribunais de Contas passaram a instituir o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG que, segundo as lições de Luciano Ferraz, é ferramenta de aprimoramento da gestão pública, destinada a permitir a correção mais rápida e consensual das falhas verificadas pelos órgãos de controle, a fim de atingir os objetivos da eficiência na Administração Pública, sem a necessidade de adoção de medidas coercitivas.

Dessa forma, o trabalho analisará o TAG como ferramenta de adesão voluntária, fruto da evolução da Administração Pública, que se presta a incluir as Cortes de Contas como instituições também responsáveis pela existência de uma democracia consensual, voltada à própria dignidade humana.

2. MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública brasileira nasce com a Independência do país e para atingir o atual modelo consensual passou por diversas transformações. Historicamente, verificou-se que o atual modelo importou verdadeira conquista democrática em que permitiu que os administrados pudessem participar, opinar, na gestão pública, participando das decisões das políticas públicas. Vigorando até meados da década de 30, o modelo patrimonialista, em que os Governantes tratavam o Estado como extensão de seus patrimônios, foi levado em pauta. Tratou de uma forma de dominação tradicional marcada pela crença nas tradições, ou seja, as leis advinham dos costumes da sociedade em que os membros de linhagens familiares é que detinham o poder. Edson Nascimento (2020, p. 32) aponta que:

No patrimonialismo, o monarca gasta as rendas pessoais e as obtidas pelo Estado junto à sociedade, ora para assuntos de caráter pessoal, ora para assuntos de governo. Como o termo sugere, o Estado acaba se tornando um patrimônio de seu governante, o que classifica na atualidade o patrimonialismo como uma prática distante, ultrapassada e injusta.

O modelo patrimonialista era de um governo centralizador e administrado em favor da classe político-social. Nesse modelo de gestão pública, o particularismo reinava, servia de ascensão social, com evidente distanciamento do Estado dos interesses da nação (Campante, 2003, p. 154).

Esse modelo, conhecido como administração irresponsável, contribuiu para a má gestão da coisa pública, propiciando a corrupção e o clientelismo, marcados por privilégios pessoais que faziam que o interesse privado sobrepusesse ao interesse público. Nesse período, o ingresso no serviço público era por indicação, traduzindo a gestão em relações pessoais em que havia a confusão entre o que é público e o que é privado, inexistindo sistema de controle.

Já o modelo burocrático surge em 1938 com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, que tinha a função de auxiliar o Chefe do Poder Executivo, bem como coordenar e fiscalizar a Administração Pública. A busca da eficiência e de resultados se tornam o mantra desse modelo, contudo, criaram-se excessivos procedimentos administrativos, tornando a Administração Pública “rígida”. De qualquer forma, esse modelo representou uma grande transformação do Estado e serviu de caminho para o modelo gerencial.

O marco da administração gerencial se deu com a edição do Decreto-Lei nº 200/67, que promoveu uma reforma na Administração Pública, redefinindo o papel do Estado e tentando superar a rigidez burocrática. Esse modelo desburocratiza a Administração Pública, dando-lhe maior dinamismo operacional, flexibilizando o controle e simplificando os procedimentos e atos administrativos, tudo com o objetivo de permitir a colaboração entre Estado, sociedade e indivíduos, focando no controle de resultados e não mais no controle do processo.

Há uma flexibilização dos mecanismos de controle, em que a gestão pública passa a se concentrar na eficiência e qualidade da prestação dos serviços públicos, almejando a redução de custos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), apelidada de Constituição Cidadã, estabilizou de vez a participação popular nas decisões governamentais, criando mecanismo de controle e participação para que a coisa pública tenha resultados a favor da população. Nesse sentido, em sua redação original, ao tratar da “fiscalização contábil, financeira e orçamentária” exercida pelo Poder Legislativo, a Constituição adotou, em seu art. 74, inciso II, a eficiência e a eficácia como uma das premissas do controle interno a ser mantido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A Emenda Constitucional nº 19/98, por sua vez, ampliou a adoção da eficiência, ao prevê-la como um dos princípios norteadores de toda a Administração Pública, inaugurando uma nova fase na relação entre ela e a sociedade, com a adoção da desburocratização, descentralização, transparência, *accountability*, ética, profissionalismo, competitividade e enfoque no cidadão (Grotti, 2006, p. 2).

Para Gabardo (2002, p. 146), “a expressão eficiência possui múltiplos sentidos, com semelhanças e afinidades, mantendo-se, contudo, suas diferenças, que variam conforme os autores e as teorias a serem considerados”.

Tal princípio surge em um contexto de reforma do Estado, em que se pretende criar tanto uma lógica de atuação do agente público, esperando-se dele melhores desempenhos e resultados, como uma lógica de estruturação da administração, com o fim de alcançar resultados eficazes na prestação dos serviços públicos (Di Pietro, 2014, p. 84).

Cristalinamente, evidenciou-se a adoção de uma democracia consensual e de participação, em que a população pudesse ser respeitada em seus anseios. Tratou-se de evidente redemocratização política que buscou aniquilar o autoritarismo militar, avançando em direção à cidadania e dignidade da pessoa humana, consolidando o Estado Democrático de Direito. Lijphart (2019, p. 55) esclarece que democracia consensual é aquela destinada à maioria do povo, em que todos que possam ser afetados pela decisão governamental devem ter o direito de participar da decisão, seja diretamente ou por representantes.

Mônica Leal e Grégora Hoffmann (2021, p. 514) afirmam que, atualmente, vive-se um constitucionalismo transformador, pois, para garantir a existência dos direitos humanos, os problemas jurídicos estão passando por diversas ordens jurídicas, como as Cortes de Contas, promovendo mudanças sociais profundas.

Lijphart (2019, p. 55-71) pormenoriza a adoção do modelo democrático consensual em várias nações da Europa e Oceania, inclusive expondo algumas características marcantes. Ao analisar a forma e sistema de governo adotados pelo Brasil não pairam dúvidas que o modelo de democracia consensual brasileiro se apresente como modelo próprio, uníssono, porém, contendo vários elementos existentes nos modelos das nações apresentadas por Lijphart.

Nessa evolução democrática da Administração Pública, o sistema de controle, em especial as Cortes de Contas, também tiveram uma releitura e alargamento de suas funções constitucionais, bem como também passaram a atuar numa democracia consensual, não simplesmente utilizando o procedimento ordinário com imposições de sanções, mas procurando também preservar o patrimônio público, como sói o Termo de Ajustamento de Gestão.

3. AS CORTES DE CONTAS E SUAS NOVAS FUNÇÕES DEMOCRÁTICAS

No Brasil, o controle das contas públicas surge em 1680, época do Brasil Colônia, com a criação das Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta da Fazenda de Rio de Janeiro, ambas Juntas sob a jurisdição de Portugal. Assim, inicialmente, coube à Coroa portuguesa o controle dos recursos públicos no Brasil, que atrelava a escrituração contábil da Colônia.

Com a instalação da família real no Brasil, em 11 de março de 1808, assim como se dera em 1761, em Portugal, instala-se na Colônia Brasileira, por ordem de Dom João VI, o Erário Régio, também chamado de Real Erário, Real Fazenda, Tesouro Público ou Tesouro Geral. Ainda nesse ano, para acompanhar as despesas públicas, cria-se o Conselho de Fazenda, vindo a ser transformado em Tesouro da Fazenda, com a Constituição de 1824.

Conforme aponta Edson Simões (2014, p. 55) “As primeiras tentativas de implantação de uma Corte de Contas ocorreram na fase imperial (1822-1889), após a Carta Outorgada, em 1824, por D. Pedro I.”. Em 23 de junho de 1826, surge a primeira tentativa de criação de Tribunal de Contas no Brasil com Senadores Felisberto Caldeira Brandt (Visconde de Barbacena) e José Inácio Borges, apresentando ao Senado do Império projeto de lei com criação de um Tribunal de Contas assemelhado ao francês, modelo romano que é marcado pela existência de um órgão colegiado em que seus membros possuem prerrogativas e impedimentos iguais aos do Poder Judiciário. A proposta foi combatida pelo Presidente do Senado, Conde de Baependi⁴.

Por seu turno, Wremyr Scliar (2007, p. 160) observa que, durante a ocupação holandesa do Nordeste brasileiro no século XVII, Maurício de Nassau instituiu um “órgão adequado à fiscalização e tomada de contas de sua gestão, composto de cinco pessoas de muita idoneidade”.

As discussões para a criação de um Tribunal de Contas no Brasil duraram quase um século. Ao longo dos anos, várias propostas foram discutidas, inclusive a de Marques de Abrantes, em 1838, que atribuía função judicante. Manoel Alves Branco, Ministro de Império e da Fazenda, apresenta proposta, em 1845, seguido por Pimenta Bueno, em 1857; José de Alencar, em 1861; Gaspar Silveira Martins, em 1878; Visconde de Ouro Preto, em 1879 e por João Alfredo, em 1889. (Simões, 2014, p. 58-59)

Com a Proclamação da República, o Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890, de iniciativa do Ministro da Fazenda Ruy Barbosa, criou o Tribunal de Contas da União, o qual foi constitucionalizado com a Carta Magna de 1891 como Órgão público e autônomo. Contudo, a instalação do Tribunal de Contas da União somente se dera em 17 de janeiro de 1893, por intermédio do Ministro da Fazenda, Serzedello Corrêa, no governo de Floriano Peixoto.

Inicialmente, o Tribunal tivera competência para examinar, revisar e julgar todas as operações relacionadas à receita e despesas da União, cuja fiscalização era feita através do sistema de registro prévio. Ainda, a Constituição de 1891 atribuiu a competência para liquidar contas da receita e despesas e verificar sua legalidade antes de apresentá-las ao Congresso Nacional.

Já a Constituição de 1934 ampliou as competências do Tribunal de Contas, outorgando-lhe a função de proceder ao acompanhamento da execução orçamentária, do registro prévio das

4 Brás Carneiro Nogueira da Costa Gama (1812-1887). Foi presidente do Senado (1885-1886) e governador da província de Pernambuco (1868). Era gentil-homem da Câmara do 2o Império.

despesas e dos contratos, bem como de proceder ao julgamento das contas dos responsáveis por bens e dinheiro público e oferecer parecer prévio sobre as contas do Presidente da República. Pontes de Miranda (1967, p. 248) ponderou que:

A Constituição de 1934 considerou-o órgão de cooperação nas atividades governamentais. Ao antigo Tribunal de Contas – que a Constituição manteve (art.99: é mantido) – o texto de 1934 conferiu, assim, a mais, a atribuição de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos em toda a sua extensão. O acréscimo, em vez de o tornar órgão cooperador do Poder Executivo, acentuou o elemento judiciário que já ele tinha, inclusive pelo modo de composição e garantias de seus membros.

A Constituição “Polaca”, inspirada no modelo polonês e outorgada por Getúlio Vargas, iniciou o período do Estado Novo mantendo a constitucionalização do Tribunal de Contas, com as competências previstas na anterior Carta, retirando apenas a do prévio parecer nas contas presidenciais. A Carta de 1946 acrescentou a função de julgar a legalidade da concessão de aposentadorias.

Na Constituição de 1967 houve o enfraquecimento do Tribunal de Contas, sendo excluída a função de examinar e julgar previamente os atos e contratos geradores de despesas e a de julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, tendo o Tribunal competência apenas para a apreciação da legalidade para fins de registro.

Em 5 de outubro de 1988, a instituição do Tribunal de Contas é fortalecida com o advento da Constituição Cidadã, passando a ter como principal função a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos, na administração pública direta ou indireta, incluindo as empresas públicas e sociedades de economia mista. Auditorias, inspeções, atuação em processos licitatórios e julgamento de contas passaram a ser a rotina das Cortes de Contas.

Com desenvolvimento do Estado, a Administração Pública, no exercício de suas funções, passou a ser sujeita a múltiplos controles, “no afã de impedir-se que desagarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ...” (Mello, 2007, p. 899), as funções dos Tribunais de Contas tiveram que ser majoradas, vez que o “... modelo tradicional, imperativo e burocrático, não é mais aceito como um mecanismo para o alcance de eficiência administrativa ...” (Zelink, 2019, p. 358).

Eduardo Gualazzi (1992, p. 187) afirma que Tribunal de Contas pode ser definido como “órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional.”

Assim, na contramão da tradição das instituições de controle criadas nos séculos XVII e XIX na Europa (Speck, 2000, p. 29), com abordagem neo-institucionalista, fruto do modelo gerencial, os Tribunais de Contas no Brasil vêm exercendo grande participação democrática no controle do uso da coisa pública, coibindo os escassos recursos públicos.

Como ferramenta de participação democrática, transmudando para um modelo consensual, surge o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), ferramenta que procura efetivar direitos fundamentais, importando numa verdadeira justiça multiportas, inserindo as Cortes de Contas numa democracia consensualista de estrutura participativa.

4. CONTROLE EXTERNO E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO

Na democracia, todo gestor público está sujeito a diversos controles, sendo esse necessário à vida democrática (Lima, 2018, p. 724). Conforme exposto alhures, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) ampliou a matéria de controle externo sobre a administração pública nos arts. 70, 71, 73 e 75, tutelando as atribuições do Tribunal de Contas da União (TCU) – as quais, por simetria, são aplicáveis aos Tribunais de Contas dos demais entes federativos.

Esse controle tem por finalidade de assegurar que a Administração consoante com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, podendo ser entendido como um conjunto de ações por uma estrutura organizada na entidade controladora, destinado a uma governança democrática, com prestação de serviços públicos na melhor forma possível.

A evolução da administração pública para um modelo consensual, baseado na interação entre administrados e administradores, também atingiu os órgãos de controle externo, fazendo com que readequassem suas funções. Assim, além das atribuições constitucionais conferidas às Cortes de Contas, as atividades fiscalizatórias das cortes de contas ampliaram-se, a partir de uma interpretação sistemática em face de outros mandamentos constitucionais, como os que estabelecem os princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º, respectivamente), os princípios que regem a administração pública (art. 37) e o princípio da consensualidade, com o fim de zelar pela ordem jurídica, buscando dar efetividade aos direitos fundamentais. Nesse raciocínio, Ricardo Lobo Torres aponta que os Tribunais de Contas:

[...] têm uma relação profunda e essencial com as finanças públicas.

Dependem, para a sua integridade e defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado, ao mesmo tempo em que lhe fornecem o fundamento da legalidade e da legitimidade. Os direitos fundamentais se relacionam com os diversos aspectos das finanças públicas. (Torres, 1993, p. 33)

Na busca de uma solução consensual e voltada para a eficiência da Administração Pública, o TAG importa na assunção de compromissos pelo responsável das atividades da gestão pública, assumindo obrigações e metas perante a Corte de Contas para correção de potenciais irregularidades, funcionando como ferramenta de controle. Assim, apresenta-se como mecanismo de consenso entre o órgão controlador e o controlado.

O TAG nada mais é que um acordo celebrado entre o Tribunal de Contas e os seus jurisdicionados (aqueles que prestam contas), permitindo que o gestor público assumira um compromisso para que determinada situação irregular seja sanada, e que, por consequência, o gestor não sofra nenhum tipo de sanção. Trata-se de instrumento semelhante ao termo de ajustamento de conduta prevista na lei a Ação Cível Pública. Barroso Filho (2014, p. 400) leciona:

[...] consubstancia um acordo de vontades entre controlador e controlado, que, diante da inobservância de princípios e regras constitucionais e legais, de procedimentos, do não alcance de políticas estabelecidas – condutas essas sujeitas a sanção –, pactuam objetivos a serem cumpridos, correção de rumo a ser implementada, e que o descumprimento resulta na aplicação de sanção.

O objetivo é obter a regularização voluntária de atos e procedimentos irregulares sujeitos a fiscalizações da Corte de Contas. Assim, o TAG permitirá que o gestor público regularize situações irregulares, sanando-as, para que não seja responsabilizado com aplicações de sanções, funcionando até como instrumento preventivo.

Defende Luciano Ferraz (2011, p. 04) que o TAG é a moderna tendência da Administração Pública, sendo instrumento imbuído de consensualidade e desprovido do autoritarismo, sendo alternativa viável para que não seja necessário aplicar o poder coercitivo e eventuais sanções.

Dessa forma, a administração consensual impõe “[...] à administração pública o dever de, sempre que possível, buscar a solução para as questões jurídicas e conflitos que vivencia pela via do consenso” (Ferraz, 2011, p. 3).

Ao normatizar o TAG como forma de autocomposição, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por meio da Resolução nº 59 de 1º de fevereiro de 2017, conceituou:

Art. 2º Considera-se Termo de Ajustamento de Gestão o instrumento de controle vocacionado à adequação e regularização voluntária de atos e procedimentos administrativos sujeitos à fiscalização do Tribunal, mediante a fixação de prazo razoável para que o responsável adote providências ao exato cumprimento da lei, dos princípios que regem a administração pública e das decisões não definitivas emanadas deste Tribunal. (Paraná, 2017, p. 40-41)

Importante ressaltar que o TAG é meio alternativo à aplicação do processo sancionador ordinário. Ele é aplicado de acordo com a situação existente e por ato discricionário do controlador, não importando em direito subjetivo do controlado, além de conviver regularmente em concorrência com o procedimento ordinário sancionador.

O instrumento possui caráter eminentemente conciliatório, tendo sua raiz no desejo voluntário de afastamento da antijuridicidade da conduta, quando isto for juridicamente possível. Essa solução negociada de conflito faz com que o controlado tenha ações ativas, deixando de ser mero espectador.

A ideia do TAG está fulcrada na dialética, técnica grega, em que por meio de opiniões opostas se instala o diálogo, iniciam-se os confrontos no sentido de um procedimento crítico, baseados na prudência. Conforme Viehweg (2008, p. 13), “[...] se trata de reconduzir todo juízo, com apoio em valorações topicamente argumentadas, a uma plausibilidade que se apresenta como racionalidade social evidente”.

A instituição do TAG possui substrato jurídico no princípio da eficiência bem como nas disposições do art. 71, inciso IX, da CRFB, que permite interpretações no sentido de possibilitar que o Tribunal de Contas estabeleça prazo ao controlado, que deve sanar a irregularidade, mesmo que este prazo surja por meio de um acordo.

Esse princípio reforça a ideia de que a Administração Pública deve buscar os melhores resultados, bem como o melhor desempenho possível dos agentes públicos e políticos. Waldo Fazzio Júnior (2007, p. 10) entende que:

[...] administrar com eficiência é maximizar o resultado social colimado pela lei. O princípio da eficiência é o instrumento para se obter a eficácia, e esta, conforme os princípios e os objetivos constitucionais, identifica-se com os objetivos superiores da cidadania e da dignidade humana.

Carvalho Filho (2019, p. 108) assevera que o núcleo do princípio da eficiência é a produtividade e economicidade, a fim de que se reduzam os desperdícios de dinheiro público, impondo na execução dos serviços públicos a presteza com perfeição e rendimento funcional.

A obediência ao princípio da eficiência trata de efetivo dever constitucional da Administração Pública, e que não alcança somente os serviços públicos destinados à população, mas também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas.

Além do princípio da eficiência, Cláudia Costa Araújo e Marília Souza Diniz Alves (2012, p. 87) sustentam que o TAG também atende a outros por três princípios: o da consensualidade, da voluntariedade e da boa-fé.

A consensualidade impõe à Administração Pública o dever de, sempre que possível, buscar a solução para questões jurídicas e conflitos pela via do consenso, buscando alternativas negociadas com o controlado para garantir a melhor gestão dos recursos públicos.

A voluntariedade impõe que os controlados participem do TAG de forma livre e sem qualquer coação. Assim, imposição unilateral do TAG ao controlado, sem que ele expresse fielmente sua vontade, importará em negócio jurídico viciado, sujeito à anulação nos termos do art. 171 do Código Civil. Assim, para que, inclusive, reste preservada a moralidade na Administração Pública, a vontade de aderir ao TAG deve ser livre.

Quanto à boa-fé, essa deve fazer parte também do TAG, pois, a má-fé ou a existência de dolo já impede a concretização do ajustamento consensual, devendo o órgão controlador dar prosseguimento nas medidas ordinárias existentes.

Além dos princípios acima mencionados, a existência do TAG também se baseia nos poderes implícitos dos Tribunais de Contas, que inclusive fundamenta o poder geral de cautela das cortes de contas, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal na análise do Mandado de Segurança nº 24.510, de relatoria da Ministra Ellen Gracie (Brasil, 2003).

Assim, o TCU e os TCEs estão incumbidos, constitucionalmente, de zelarem pela prevalência do interesse público, inclusive prevenindo lesões ao Erário, o que se conclui da interpretação do art. 71 da CRFB de 1988, não sendo necessário permitir que ocorra o efetivo dano ou prejuízo ao Erário para que as Cortes de Contas atuem, uma vez que elas também possuem funções preventivas.

Corroborando os fundamentos acima, a legitimidade do TAG também encontra amparo na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, a qual expressamente autorizou a Administração Pública a celebrar compromissos com os interessados como forma de solução de conflitos na esfera administrativa (art. 26), numa evidente valorização da administração consensual. Ao regulamentar a LINDB, o Decreto nº 9.830/19, expressamente previu a possibilidade do TAG:

Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o termo de ajustamento de gestão será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

§ 3º A assinatura de termo de ajustamento de gestão será comunicada ao órgão central do sistema de controle interno (Brasil, 2019).

Se não bastasse, o art. 59, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, numa interpretação teleológica, também legitima a implantação do Termo de Reajustamento de Conduta no controle externo.

Por fim, quanto à forma, cada Tribunal de Contas deverá indicar em seus instrumentos normativos o padrão a ser adotado. Contudo, devido à proximidade do TAG com o termo de ajustamento de conduta, previsto na lei de ação civil pública, pode-se concluir que na sua tabulação deverá constar as autoridades signatárias, obrigações assumidas com as respectivas metas pactuadas e os prazos para implemento das obrigações, sendo inadmissível qualquer forma que promova o desvio de recursos públicos.

Nesse sentido, o Estado de Minas Gerais, ao adotar o TAG, previu que a sua assinatura suspenderá a aplicação de penalidades ou sanções, ficando o processo sobrestado, porém, devendo o controlador acompanhar sua execução. Além disso, quanto aos efeitos decorrentes do TAG, previu que não serão retroativos se resultarem no desfazimento de atos administrativos ampliativos de direito, salvo nos casos de comprovada má-fé (Minas Gerais, 2012).

Assim, a instituição do TAG se coaduna com a democracia consensualista, funções fiscalizatórias promovidas pelas Cortes de Contas, importando numa nova forma de fiscalizar o patrimônio público.

5. CONCLUSÕES

Do estudo, observa-se que a Administração Pública, desde o império, vem evoluindo para um modelo que almeja preservar a coisa pública, refletindo diretamente na gestão pública. A eficiência na Administração Pública passou a ser o objetivo da melhoria dos serviços públicos, influenciando diretamente o sistema de controle externo.

Somados a uma democracia consensual, e para participarem ativamente dessa mudança de paradigma, os Tribunais de Contas passaram por uma releitura de suas funções institucionais, passando a ser mais ativos nesse processo evolutivo da Administração Pública, voltando para uma atuação mais consensual.

Para isso, as Cortes de Contas estão implantando no controle externo o Termo de Ajustamento de Gestão, ferramenta democrática que procura dar maior efetividade na busca da eficiência administrativa, de forma consensual e com participação voluntária do controlado, o compromisso procurará sanar as irregularidades verificadas no controle e resolvê-las.

Em suma, o TAG surge como ferramenta administrativa que insere a atuação das Cortes de Contas numa democracia consensual, que na busca da eficiência dos serviços públicos, espelhada no Termo de Ajustamento de conduta, vem se apresentado como solução, e com farta adesão pelas Cortes de Contas dos Estados.

REFERÊNCIAS

- ATHIAS, Daniel Tobias. Institutional bypass – o exemplo do regime diferenciado de contratações (RDC). *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDFFE*, Belo Horizonte , ano 3, n. 3, mar./ago. 2013.
- BARROSO FILHO, Angerico Alves. Avaliação do termo de ajuste de gestão como instrumento do controle consensual da administração pública. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 391- 415 , jul./dez. 2014.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 157, nº 111 , p. 04-06, 11 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.510-7 DF*. Relatora Min. Ellen Gracie. Data do Julgamento: 19 de novembro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 19 nov . 2024.
- CAMPANTE, Rubens. Goyatás. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 1, p. 153-193, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo - v. 6*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanela. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética , 2002.
- GROTTI, Dinora Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 6, maio/jul. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=113>. Acesso em: 16 nov. 2024 .
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig; HOFFMANN, Grégora Beatriz. O constitucionalismo transformador e o “diálogo inevitável”: a influência do ius constitutionale commune na consolidação do estado de direito na américa latina. *Revista Argumentum*, v. 22, n. 2, p. 507-528, mai/ago. 2022. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1312>. Acesso em: 16 nov. 2024 .
- LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo – teoria e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método , 2018.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Tradução Vera Caputo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros , 2007.
- MINAS GERAIS. *Lei Complementar nº 102, de 17 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas e dá outras providências. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2008. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LCP/102/2008/?cons=1>. Acesso em: 19 nov. 2024.
- NASCIMENTO, Edson Ronaldo. *Gestão pública*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020 .
- PARANÁ. *Resolução do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. n. 59, de 1º de fevereiro de 2017*. Normatiza o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Curitiba, PR, n. 1530, 7 fev. 2017. p. 40-41.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a EC n.01, de 1969, t.III*. São Paulo: RT, 1970 .
- SCLIAR, Wremyr. *Democracia e controle externo da administração pública*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4311/1/396052.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2024.
- SIMÕES, Edson. *Tribunais de contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva , 2014.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, p. 31-45, 1993. Disponível em: <https://bit.ly/2W8pBZP>. Acesso em: 19 nov. 2024.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência – Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5. ed. Tradução Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ZELINSKI, Renata. O termo de ajustamento de gestão de controle externo: a novel experiência no âmbito do tribunal de contas do estado do Paraná. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 356-383, jan./jun. 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 07/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/03/2023
- Avaliação 1: 24/09/2024
- Avaliação 2: 30/10/2024
- Decisão editorial preliminar: 17/11/2024
- Retorno rodada de correções: 03/12/2024
- Decisão editorial/aprovado: 03/12/2024

Equipe editorial envolvida

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

RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTES DE TRÂNSITO ENVOLVENDO VEÍCULOS AUTÔNOMOS

CIVIL LIABILITY IN TRAFFIC ACCIDENTS INVOLVING AUTONOMOUS VEHICLES

FABIANE MARGARETH GIORDANI¹
FERNANDA CORRÊA PAVESI LARA²

RESUMO

As novas tecnologias estão mais presentes no cotidiano do ser humano e, neste universo, os veículos automotores adquirem cada vez mais autonomia. No entanto, a tecnologia inteligente não é isenta de causar danos aos usuários ou a terceiros. Neste contexto, a responsabilidade civil é o instituto legal que busca tutelar direitos violados por meio da reparação dos danos. Este trabalho tem como objetivo analisar a adequação dos elementos da responsabilidade civil pelo risco da atividade e pelo fato do produto, previstas no parágrafo único do art.927 do Código Civil e no art.12 do Código de Defesa do Consumidor, a situações fáticas de acidentes envolvendo a inteligência artificial. A elaboração do artigo valeu-se do método dedutivo, e da pesquisa bibliográfica a doutrinadores civilistas e a artigos científicos publicados em sites especializados na inteligência artificial e em temas de direito civil. A pesquisa corrobora a tese de que existem lacunas na normativa tradicional para lidar com problemáticas emergentes do uso de sistemas autônomos devido a mais intensiva aplicação da inteligência artificial.

Palavras-chave: inteligência artificial; consumidor; responsabilidade civil; risco; veículo autônomo.

ABSTRACT

New technologies are increasingly present in the daily life of the human being and, in this universe motor vehicles acquire more and more autonomy. However, smart technology could cause harm to users or third parties. Liability is a legal instrument able to guarantee victims will be compensated of tort. This study aims to analyse the elements of civil liability in an hipotetic situation, according Civil Law article 927, base on risk theory; and Consumer Law article12, based on product defect. The research elaboration used the deductive method and its main source

- 1 Graduação em Direito junto à PUC-PR, atualmente faz estágio na área de Direito junto ao Ministério Público da União, na Procuradoria Municipal do Trabalho. Formada em Economia acumulou experiência em funções administrativa e comercial em empresa estrangeira. Lattes ID: <https://lattes.cnpq.br/5167123854488615>. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0008-9658-6144>.
- 2 Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade UniCesumar, desenvolvido com bolsa pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (módulo Taxas). Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina. Bacharel em Direito pelo UniCesumar. Advogada. Lattes ID: <https://lattes.cnpq.br/7388198291636030>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3121-7996>.

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

GIORDANI, Fabiane Margareth; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi. Responsabilidade civil em acidentes de trânsito envolvendo veículos autônomos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 51-71, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9704>.

were civil law authors and scientific articles published in artificial intelligence and civil law specializes sites. The research corroborates the thesis that there are gaps in the traditional normative to deal with emerging problems of the use of autonomous systems due to the more intensive application of artificial intelligence.

Keywords: artificial intelligence; autonomous vehicle; civil liability; consumer; risk .

1. INTRODUÇÃO

As novas tecnologias são sempre mais presentes no cotidiano do ser humano por trazerem benefícios como segurança, precisão e rapidez, em diversas áreas. Neste universo, os veículos automotores adquirem maior autonomia por meio da adoção da inteligência artificial. A expectativa é que a maior autonomia destes meios seja benéfica à redução dos acidentes de trânsito.

No entanto, as novas invenções não são isentas de apresentarem problemas de mau funcionamento, ou defeitos de projeção que podem acarretar danos aos seus usuários ou a terceiros. Neste contexto, em que o uso da inteligência artificial (I.A.) resulta em sistemas capazes de tomar decisões com autonomia ou praticar condutas imprevisíveis, questiona-se a aptidão da atual normativa para regular novos problemas relacionados à I.A., ou a necessidade de uma normativa específica para esse fim.

No que diz respeito ao instituto da responsabilidade civil, debates³ suscitados por normativas⁴ europeias identificam possíveis lacunas para o enfrentamento de problemáticas advindas do uso da I.A. No Brasil, tramitam projetos de lei⁵ que consideram fazer recair sobre supervisores ou agentes da I.A. a responsabilidade por danos advindos de seu uso.

Dentro da disciplina ordinária da responsabilidade civil, o parágrafo único do art.927 da legislação civilista prevê a imputação objetiva da responsabilidade por danos aquele que assumiu o risco de desenvolver atividade considerada arriscada ou perigosa. Nas relações de consumo, o art.12 também dispensa a culpa na responsabilização por danos causados pelo fato do produto.

O objetivo deste trabalho é examinar a adequação dos elementos da responsabilidade civil pelo risco criado pela atividade e pelo fato do produto, previstas nos dispositivos mencionados, às condições fáticas hipotizadas de um acidente envolvendo um veículo autônomo conduzido por inteligência artificial .

Inicia-se o artigo conceituando a inteligência artificial e descrevendo suas principais características, conforme o estado de arte atual. Em seguida, examinam-se as teorias mencionadas, que forneceram respaldo ao legislador civilista, analisando-se os requisitos que obrigam a reparação do dano diante das situações hipotéticas.

3 "Tradicionalmente, tomamos ou o operador/fabricante da máquina responsável pelas consequências de sua operação ou 'ninguém' (em casos em que nenhuma falha pessoal possa ser identificada). Agora pode ser demonstrado que há uma crescente classe de ações de máquinas, onde as formas tradicionais de atribuição de responsabilidade não são compatíveis com nosso senso de justiça e com a estrutura moral da sociedade, porque ninguém tem controle suficiente sobre as ações da máquina para poder assumir a responsabilidade por eles [...] (Matthias *apud* Tepedino; Silva, 2019, p. 69)

4 A Resolução de 16/02/2017, trata da Responsabilidade civil em seus dispositivos 49-59. (Tepedino; Silva, 2019, p. 69)

5 Tramitam no Congresso os PL nº 21/2020, PL nº 5.051/2019 e o PLnº 872/2021, que tratam do tema (Brasil, Senado Federal, 2022)

2. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA APLICAÇÃO EM VEÍCULOS AUTÔNOMOS

Cunhado na década de cinquenta, pelo cientista da computação norte americano John McCarthy, o termo Inteligência Artificial (I.A.) tem ganho notoriedade desde então. O cientista integrou uma equipe de pesquisadores que deu início aos estudos na área da aprendizagem e da inteligência que pudessem ser objeto de simulação por parte de uma máquina. No final daquela mesma década a equipe começou a estudar o chamado *machine learning*, cujo objetivo era treinar um dispositivo mecânico para permiti-lo tomar decisões autonomamente. (Kaufman, 2018).

O campo da I.A. busca compreender como é o processo de pensamento do ser humano e construir entidades inteligentes. Na atualidade, existem diversos subcampos de estudo, abrangendo tarefas gerais como a aprendizagem e a percepção, ou atividades mais específicas como jogar xadrez e dirigir um carro em estrada movimentada, por exemplo (Russel; Norvig, 2021, p. 2).

Russel e Norvig (2021) identificam quatro diferentes estratégias, utilizadas ao longo da história, para estudar e desenvolver a I.A. Duas delas centradas nos seres humanos, utilizam-se do método empírico, envolvendo hipóteses e confirmações experimentais. As demais estratégias, voltadas para as leis do pensamento racional, valem-se de método que combina matemática e engenharia.

As abordagens centradas no ser humano objetivam criar uma inteligência artificial baseada no modo de pensar⁶ e de agir⁷ dos seres humanos, ou seja que utilize as etapas de raciocínio de um ser humano na resolução de um problema. O sucesso, neste caso, é mensurado em termos de fidelidade ao desempenho humano.

Depois que tivermos uma teoria da mente suficientemente precisa, será possível expressar a teoria como um programa de computador. Se os comportamentos de entrada/saída e sincronização do programa coincidirem com os comportamentos humanos correspondentes, isso será a evidência de que alguns dos mecanismos do programa também podem estar operando nos seres humanos. (Russel; Norvig, 2021, p. 4)

As abordagens do pensamento racional, por outro lado, buscam decodificar o pensamento ideal, ou seja, aquele que segue processos de raciocínio considerados irrefutáveis, pensamentos que já na época dos filósofos gregos eram considerados corretos. Nesta abordagem, a ênfase recai sobre a correta inferência. (Russel; Norvig, 2021, p. 5)

O agente racional é aquele que age para obter o melhor resultado. “Agir racionalmente é raciocinar de modo lógico até a conclusão de que dada ação alcançará as metas pretendidas e, depois, agir de acordo com essa conclusão” (Russel; Norvig, 2021, p. 5).

Certamente todos os programas de computador realizam alguma coisa, mas espera-se que um agente computacional faça mais: opere sob controle autônomo, perceba seu ambiente, persista por um período de tempo prolongado,

6 Existem três maneiras de determinar como os seres humanos pensam. O campo interdisciplinar da ciência cognitiva, por exemplo, reúne modelos computacionais da I.A. e técnicas experimentais da psicologia para buscar criar teorias sobre o funcionamento da mente humana. Isso também seria possível por meio da introspecção ou da observação de imagens cerebrais quando o cérebro encontra-se em ação. (Russel; Norvig, 2021, p. 4)

7 O teste de Turing, proposto por Alan Turing (1950), identificou seis disciplinas nas quais uma I.A. deve demonstrar ser hábil: processamento de linguagem natural, representação de conhecimento, raciocínio automatizado, aprendizado de máquina, visão computacional para perceber objetos e robótica para manipular objetos e movimentar-se. (Russel; Norvig, 2021, p. 3)

adapte-se a mudanças e seja capaz de criar e perseguir metas. Um agente racional é aquele que age para alcançar o melhor resultado ou, quando há incerteza, o melhor resultado esperado. (Russel; Norvig, 2021, p. 5)

Gabriel (2022, p. 15), por outro lado, afirma existirem duas abordagens sobre a inteligência. A simbólica teria inspirado a programação de máquinas e derivaria do pensamento lógico orientado pela matemática. O simbolismo procura descrever abstratamente os processos que geram comportamento inteligente.

[...] colocando pensamentos em ordem concatenada para gerar soluções. O método parte de um conceito mental, gerando regras que o descrevam (linguagem computacional) e sendo estruturado de cima (ideia) para baixo (comandos específicos). Nesse sentido, tudo o que é processado deve ser programado a priori, e os sistemas seguem sempre o mesmo *script*. (Gabriel, 2022, p. 15)

A segunda linha, denominada conexionista teria inspirado a aprendizagem de máquina, sendo voltada para a inteligência emergente da fisiologia humana. O conexionismo considera a inteligência fruto da forma como o cérebro humano funciona e é organizado. (Gabriel, 2022, p. 15)

[...] as decisões não são geradas por encadeamento de ideias preestabelecidas de cima para baixo, mas por meio de processamento em camadas de neurônios especializados que interagem e aprendem como agir da melhor maneira (de baixo para cima). Esse não é um processo de repetição, mas de treinamento e aprendizagem, em que as soluções emergem por meio de tentativa e erro, evoluindo. (Gabriel, 2022, p. 16)

A linha conexionista mencionada por Gabriel (2022, p. 16) que ao invés de replicar um pensamento, cujos resultados são predeterminados, valoriza a inteligência obtida por meio do treinamento e aprendizagem, que gera soluções por meio de um processo evolutivo de tentativa e erro, seria a base da I.A. atual.

A inteligência, em sentido amplo, diz Gabriel (2022, p. 54), mede o nível de efetividade de um sistema em solucionar problemas. A fim de ser efetivo um sistema necessita de quatro fatores:

[...] capacidade de processamento (para pensar sobre o problema); dados (que definam o problema); capacidade de aprendizagem (memória para lembrar de resultados anteriores e, a partir daí, repensar para melhorar); capacidade de automodificar (para aplicar mudanças determinadas pela aprendizagem, de forma a melhorar o processo) (Gabriel, 2022, p. 55)

O sistema será mais inteligente, segundo a autora, quanto melhores forem os fatores mencionados, pois a solução dada por ele tenderia a ser mais efetiva.

2.1 A APLICAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM VEÍCULOS AUTÔNOMOS

Os Veículos autônomos (V.A.s) são classificados entre os níveis 1 e 5, com base no conteúdo de tecnologia e funcionalidades que os tornam objeto com maior autonomia. Em um V.A. classificado de nível 5⁸, por exemplo, a I.A. tem controle total da velocidade e da direção do veículo durante seu deslocamento (Pinheiro; Borges; Mello, 2019, p. 255).

8 Automação total, em todas as situações. Neste caso, não seria necessário ficar em posição para conduzir o veículo, podendo o motorista dormir dentro do próprio veículo quando quiser. (Notícias da Jaguar, 2018)

Gabriel (2022, p. 59) classifica a I.A. conforme o grau de inteligência do sistema. Os veículos autônomos utilizariam a I.A. especializada em apenas uma área, conhecida como I.A. Fraca ou Inteligência Artificial Limitada (ANI). Estas podem tratar uma grande quantidade de dados e fazer cálculos complexos rapidamente, mas com um único objetivo.

No que se refere ao nível de consciência, a I.A. Fraca utilizada nos V.A.s é capaz de observar a velocidade e a direção dos outros carros para decidir o que fazer. Essa atividade requer a identificação de objetos e o monitoramento por um lapso de tempo. (Gabriel, 2022, p. 60)

A tecnologia usada nos carros autônomos utiliza uma combinação de computadores, software e sensores (*hardware*) que se comunicam entre si, com o carro, e em alguns casos, com o operador humano. Os sensores (*hardware*) em geral incluem uma combinação de radar, lasers, *lidar*⁹, sensores ultrasônicos, câmeras, sistema GPS e computadores [...] (Colonna, 2012, p. 87, tradução nossa)

2.1.1 INTERAÇÃO COM PEDESTRES

Colonna (2012, p. 90), em seu artigo sobre veículos autônomos e responsabilidade por danos, escrito há mais de uma década, afirmava que a tecnologia utilizada pelos V.A.s, naquela época, precisava melhorar sua reatividade diante dos imprevistos encontrados em ambientes dinâmicos, como era o caso dos centros urbanos.

A fim de circular em espaços frequentados por pessoas, o sistema de navegação de um veículo autônomo deve ser capaz de antecipar as reações das pessoas. Portanto, a criação de um modelo que simule o movimento dos pedestres ao redor dos veículos é considerado fundamental para a segura circulação entre carros autônomos e pedestres em ambientes urbanos (Prédhumeau *et al.*, 2022, p. 1386).

A interação entre veículos e pessoas, compartilhando os mesmos espaços físicos, tem sido simulada por modelos que buscam individualizar o comportamento apresentado por cada indivíduo presente no ambiente e, por este motivo, são denominados modelos de abordagem microscópicas. Estas são subdivididas em: modelo *expert* e modelo *data-driven* (Prédhumeau *et al.*, 2022, p. 1386).

Os modelos *expert* existentes, segundo Prédhumeau *et al.* (2022, p. 1386), como o SFM (*Social Force Movement*) seriam utilizados para gerar os melhores percursos a serem seguidos por multidões em movimento, mas não seriam concebidos para reproduzir ou prever com acurácia a trajetória a ser percorrida por um indivíduo.

Os modelos chamados *data-driven*, apesar de serem mais precisos na previsão das trajetórias feitas por pedestres quando interagem com veículos, requerem um volume de dados robusto para treinar o sistema, e tais dados são raros.

A fim de ser utilizada na navegação de um veículo autônomo, a previsão da trajetória a ser adotada pelos pedestres teria que ser feita em tempo real. Diante da limitação das mencionadas abordagens, Prédhumeau *et al.* (2022, p. 1386) sugerem um novo modelo de tomada de decisão para gerenciar os conflitos na interação entre pedestres e veículos autônomos.

9 Lidar é similar a um radar, usado para monitorar objetos durante um voo de avião. O lidar utiliza feixes curtos de laser para detectar partículas ou gases na atmosfera. (Colonna, 2012, p. 87, tradução nossa)

O modelo proposto por Prédhumeau *et al.* (2022, p. 1417) combina um modelo *expert*, como o *Social Force Movement* (SFM), com uma nova abordagem na tomada de decisão, utilizando conceitos da ciência cognitiva e da acidentologia¹⁰. O modelo identifica comportamentos humanos que não são mapeados com precisão pelo SFM, como poderia ser: correr para atravessar a rua, parar para esperar sem desviar dos obstáculos ou permanecer parado em um grupo de pessoas, apresentando melhores resultados na previsão dos indivíduos quando interação com veículos autônomos.

2.1.2 NAVEGAÇÃO SEGURA NO TRÂNSITO

Outro aspecto a ser desenvolvido diz respeito à forma como o veículo autônomo circula no trânsito, ou seja, na interação com os demais veículos e no respeito e observação às regras de trânsito. O sistema de navegação deve ser seguro e confiável.

Neste sentido, um importante estudo foi idealizado pela agência americana DARPA¹¹ entre 2004 e 2007. O desenvolvimento da tecnologia de navegação autônoma para veículos automotores foi proposto como desafio pela agência que, oferecendo prêmios em dinheiro, procurou despertar o interesse na ciência e na engenharia. (Urmson *et al.*, 2009)

O desafio estabelecido pela DARPA exigia que os veículos demonstrassem características consideradas inteligentes como: obedecer regras de trânsito ao navegar pelas estradas, saber estacionar, atravessar cruzamentos, e lidar com situações inesperadas de forma independente. (Urmson *et al.*, 2009, p. 18)

O desafio envolvia testes classificatórios em três diferentes habilidades dos veículos autônomos, habilitando-os para o evento final, ou seja, a competição entre os melhores. O desafio era direcionado especificamente ao desenvolvimento de algoritmos e *softwares* que lidassem com a direção, mesmo em situações inesperadas. Os veículos que efetuassem qualquer manobra ilegal, incorreta ou considerada arriscada, eram desclassificados da competição.

A primeira habilidade testada foi a capacidade dos V.A.s juntarem-se a um denso tráfego de veículos em movimento, demonstrando rapidez em avaliar e estabelecer uma correta distância dos demais veículos. Para muitos V.A.s este foi considerado o desafio mais difícil por envolver um complexo raciocínio com obstáculos em movimento. (Urmson *et al.*, 2009, p. 26)

A segunda habilidade testada foi a capacidade dos V.A.s se orientarem com propriedade por vias urbanas, evitando colidir em outros veículos estacionados e desviando corretamente de outros objetos parados. O terceiro e último teste classificatório consistia em demonstrar saber fazer a escolha correta diante de um cruzamento com quatro diferentes direções, e a capacidade de recalcular sua trajetória diante de um obstáculo inesperado, como uma rua momentaneamente bloqueada. (Urmson *et al.*, 2009, p. 26-27)

10 Acidentologia, é uma Ciência considerada fundamental para a compreensão das causas da sinistralidade rodoviária, e está voltada para a melhoria da segurança nas vias de comunicação rodoviárias. Estuda a origem, o desenvolvimento e os efeitos dos fenômenos físicos, complexos e heterogêneos resultantes dos acidentes de tráfego automóvel. (Instituto De Investigação E Formação Rodoviária. Centro de Formação - Acidentologia)

11 *Defense Advanced Research Projects Agency*. A agência Americana DARPA foi criada no período da Guerra Fria entre USA e URSS, mais precisamente no período de lançamento da Sputnik, em 1957. É considerada um ecossistema de inovação, envolvendo profissionais dos meios acadêmicos, corporativos e governamentais. (Darpa. About Darpa.)

A competição final envolveu onze finalistas, mas somente seis completaram o percurso. O veículo vencedor do desafio criado pela DARPA foi desenvolvido por um time de pesquisadores e estudantes da *Carnegie Mellon University*, *General Motors*, *Caterpillar*, *Continental*, e *Intel*. Batizado com o apelido de *Boss*, o veículo vencedor utilizava um motor elétrico, permitindo o controle computacional dos pedais de freio, do câmbio e da coluna de direção. A fim de ter uma visão panorâmica de 360° ao redor de si, *Boss* possuía uma combinação de 17 sensores. (Urmson *et al.*, 2009, p. 19)

A fim de navegar em meio ao tráfego de modo seguro, o *software* do V.A. deveria ser confiável e funcionar em tempo real. Os 60 processos envolvidos na navegação do *Boss* foram agregados em quatro grupos de componentes:

- Componentes **percepção** fazem a interface com os vários sensores do veículo, e utiliza técnicas probabilísticas para estimar a posição atual e futura de outros veículos, por exemplo;
- Componentes **planejamento da missão** verificam qual a estrada mais rápida, dentro de uma rede estradal;
- Componentes de **execução comportamental**, executam o planejamento da missão, levando em consideração o tráfego e outras características do ambiente;
- Componentes de **planejamento do movimento**, geram e executam a trajetória mais segura até o seu destino. (Urmson *et al.*, 2009, p. 20-21)

O *software* utilizado pelo *Boss* era composto por módulos considerados chave por viabilizarem a navegação inteligente no trânsito: um continha o mapeamento de obstáculos estáticos e em movimento, assim como a posição e a velocidade do próprio *Boss*; outro módulo detectava e traçava os movimentos de objetos; o módulo responsável por movimentar o veículo de maneira segura pelo ambiente; o módulo que buscava garantir que o veículo observasse a preferência nos cruzamentos; e por fim, o módulo pensado para garantir que o veículo conseguisse lidar com *bugs* de sistema, situações inesperadas e possíveis comportamentos ilegais assumidos por outros veículos presentes no ambiente. (Urmson *et al.*, 2009, p. 21-23)

2.2 FALHAS E DEFEITOS DOS SOFTWARES UTILIZADOS NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E STANDARDS RELACIONADOS AOS VEÍCULOS AUTÔNOMOS

Avaliar as diversas variáveis que fazem parte de um programa de computador, a fim de identificar possíveis erros, é possível por meio dos chamados programas de verificação de erros. No entanto, alertam Pinheiro, Borges e De Mello (2019), estes programas também não são isentos de falhas.

Mencionando a posição do IEEE¹² americano com relação a falhas e defeitos nos *softwares*, considerados sinônimos para a instituição americana, seriam problemas de qualidade e comportamento, identificados após o *software* ter sido entregue ao usuário. (Pinheiro; Borges; De Mello, 2019, p. 250)

12 IEEE Institute of Electrical and Electronics Engineers, Conselho de Engenheiros Elétricos e Eletrônicos.

A I.A. é uma tecnologia poderosa e, como tal, impõe perigos em potencial, através de armas autônomas letais, brechas de segurança e privacidade, efeitos colaterais indesejados, erros não intencionais e uso malicioso. Aqueles que trabalham com tecnologia de I.A. têm um imperativo ético para reduzir esses perigos de forma responsável. (Russel; Norvig, 2022, p. 912)

Um método de categorização, ou taxonomia, dos sistemas de direção automatizada para veículos automotores é prevista na instrução ISO/SAE PAS 22736:2021. As definições detalhadas para seis níveis de automação veicular variam desde o nível zero de automação até o nível 5, para aqueles completamente automatizados. (ISO, 2021)

A Organização Internacional de Normalização (ISO) publicou a instrução ISO 22737:2021 do sistema de transporte Inteligente para veículo autônomo de baixa velocidade. O documento indica os requisitos mínimos de desempenho do veículo, as exigências a serem observadas pelo sistema e os procedimentos a serem seguidos para os testes. O padrão ISO é considerado como uma “fórmula que descreve o melhor modo de fazer algo” e permite o seguro desenvolvimento deste meio alternativo de transporte. (ISO, 2021)

Outras indústrias há muito têm padrões de segurança. Por exemplo, ISO 26262 é um padrão internacional para a segurança de automóveis, que descreve como desenvolver, produzir, operar e fazer a manutenção de veículos de maneira segura. A indústria de I.A. ainda não se encontra nesse nível de clareza, embora existam algumas iniciativas em andamento, como a norma IEEE P7001, um padrão que define o design ético para inteligência artificial e sistemas autônomos. (Russel; Norvig, 2022, p. 904)

Neste sentido, Alves e Ferman (2022) mencionam a necessidade de uma infraestrutura de qualidade, capaz de certificar que os produtos regidos por uma I.A. respeitem as conformidades técnicas. O relatório Global Quality Infrastructure Index de 2020 identifica a infraestrutura de qualidade como um sistema de instituições que devem garantir a definição e o controle dos critérios de qualidade. (Harmes-Liedtke; Di Matteo, 2021, p. 5)

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO RISCO CRIADO

“Atividade de risco pressupõe uma atividade, isto é, uma série contínua e coordenada de atos, não já um ato isoladamente perigoso que, apesar de lícita, ostenta potencialidade lesiva de grau superior ao normal [...]”. (Pereira, 2022, p. 387)

Segundo Cabral (2012), uma parte da doutrina entende que risco é a probabilidade de dano. O mesmo autor evidencia que a legislação brasileira não se baseia no conceito de perigo¹³ mas adota uma interpretação mais abrangente do termo “risco”, abarcando desta forma atividades perigosas e atividades que, “quando normalmente desenvolvidas, sejam implicadoras de riscos aos direitos de outrem” (Cabral, 2012, p. 107)

13 O Diploma italiano preceitua que “aquele que ocasionar prejuízo a outro no exercício de uma atividade perigosa por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, ficará obrigado ao ressarcimento se não provar ter adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano”, significando que o risco abrangido por esta cláusula se caracteriza pelo exercício de uma atividade perigosa por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados. (Cabral, 2012, p. 106)

Distinguindo “risco” de “perigo”, Cabral (2013, p. 107) explica que se fala em “risco” quando o dano puder ser imputado a uma decisão, enquanto “perigo” ocorre aleatoriamente, independente de uma tomada de decisão, isto é, quando os danos não guardam relação com uma decisão.

Portanto, quando se afirmar que a responsabilidade objetiva tem como fundamento a teoria do risco, no Brasil, é necessário considerar que o termo risco possui um significado amplo. O conceito envolve condutas com elevado potencial de causar danos a outrem, ditas perigosas¹⁴, e também aquelas com alguma possibilidade de violar direito alheio. (Aguiar *apud* Cabral, 2013, p. 108)

Diversas teorias procuraram definir a concepção de risco adotada pelo legislador no parágrafo único do art. 927, mas Caio Mário Pereira, considerado seu idealizador, defende a teoria do risco criado. Segundo esta teoria, quem coloca em funcionamento uma atividade, deve se responsabilizar pelos danos que esta atividade venha a gerar para os demais indivíduos.

A adoção da teoria do risco criado pelo parágrafo único do art. 927 mostra-se, portanto, conforme à sistemática do Código Civil e aos valores constitucionais. Àquele que, com sua atividade, cria risco elevado de dano, atribui-se o ônus de arcar com os prejuízos por ela causados. Obriga-se, assim, o agente a internalizar o custo em sua atividade, evitando-se que a vítima suporte, sozinha, o dano por ele causado, em homenagem ao princípio da solidariedade social. (Tepedino; Terra; Guedes, 2023, p. 142)

Tartuce (2022, p. 400)¹⁵, embora compreenda o parágrafo único do art.927 do código civil da mesma forma que Caio Mário Pereira e Gustavo Tepedino, a batiza de teoria do risco da atividade ou risco profissional. “[...] a teoria do risco da atividade ou risco profissional, evidenciada quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, aos direitos de outrem, nos moldes do que consta da segunda parte do art. 927, parágrafo único, do CC/2002.” (Tartuce, 2022, p. 400)

Procurando esclarecer melhor o conteúdo de “atividade de risco” referida no parágrafo único do art. 927, Caio Mário Pereira (2022, p. 404) cita o Enunciado n. 448 da V Jornada de Direito Civil de 2012 que, segundo o autor, pretendeu dar um norte ao conceito aberto do dispositivo civilista.

A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência”. (Enunciado N.448 da V Jornada de Direito Civil *apud* Pereira, 2022, p. 404)

Tepedino, Terra e Guedes (2023, p. 143) também mencionam como critérios que podem auxiliar na determinação do risco de uma atividade: regulamentação da administração pública e o valor do prêmio do seguro.

14 Antes do advento do Código Civil de 2002, a responsabilidade objetiva era aplicada aos casos de consumo, onde há desequilíbrio entre as partes, ou quando uma das partes exercia atividade com elevado potencial lesivo, como a exploração de energia nuclear e o transporte aéreo. (Tepedino; Terra; Guedes, 2023, p. 138)

15 A *teoria do risco criado*, para Tartuce, consiste na criação de risco por parte de um indivíduo, uma pessoa ou uma coisa, como prevê o art.938 do Código Civil. (Tartuce, 2022, p. 400)

3.1 FUNDAMENTOS E ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELO RISCO CRIADO

Citando a consagração dos princípios da dignidade humana da pessoa e da solidariedade social, trazidos pela Constituição Federal de 1988, Pereira (2021, p. 71) associa estes valores ao desenvolvimento tecnológico para justificar o incremento da importância do dano ressarcível, em detrimento da conduta do agente, em matéria de responsabilidade civil.

Cabral (2012, p. 57), fazendo eco a Caio Mário, conclui que os princípios constitucionais causaram uma alteração no panorama dos institutos civilistas. No que diz respeito à responsabilidade civil, assevera o autor, passou-se a dar ênfase ao responsável pelo dano, e não ao culpado ou ao causador do dano.

Se antes o dano não causado por culpa de outrem era considerado um risco que, assim como o caso fortuito, deveria ser suportado por quem o sofreu, agora, com a adoção da cláusula geral de responsabilidade objetiva, aquele que cria risco de dano a outrem devido à atividade que desenvolve, tem o ônus de arcar com os prejuízos por ela gerados. (Pereira, 2022, p. 400). “No sistema de reparação civil atual, a proteção à pessoa humana desempenha papel central. A responsabilidade civil desloca seu foco do agente causador para a vítima do dano injusto, alterando-se os critérios da reparação.” (Pereira, 2022, p. 32)

Pereira (2022, p. 32) evidencia a tendência da doutrina da responsabilidade civil em buscar aumentar as garantias oferecidas à vítima. Na opinião do autor, a teoria do risco criado seria “mais democrática e mais humana” por levar em conta a pessoa da vítima. Como Tartuce (2022), Pereira (2022) considera a previsão do parágrafo único do art.927 um avanço da teoria da culpa em direção da tutela da pessoa humana, da vítima de danos.

Os elementos da responsabilidade civil objetiva, dentro do contexto do risco criado são portanto: o dano a ser reparado, a existência de uma atividade deflagradora deste dano, e a relação de causalidade entre o direito violado e a atividade mencionada. (Tepedino; Terra; Guedes, 2023, p. 137)

Se é certo que na teoria da culpa é fundamental verificar a existência do erro de conduta ou infração de uma norma preexistente, na doutrina do risco este fator é ausente. Não há cogitar do bom ou mau comportamento do agente. O que se evidencia é o fato do agente, causador do prejuízo. (Pereira, 2022, p. 401)

A indenização a ser paga a título de reparação por responsabilidade civil depende da comprovação do dano material ou imaterial suportado por alguém. “A palavra “dano”, que decorre do latino *damnum*, tem muitas acepções, significando, em suma, a presença de um prejuízo real, um mal, um detrimento, uma perda a alguém.” (Tartuce, 2022, p. 279). Independentemente da extensão destes danos, o responsável por estes tem o dever de reparar. A avaliação do valor a ser indenizado, por outro lado, levará em conta a extensão do dano. (Pereira, 2022)

3.1.1 A ATIVIDADE DE TRANSPORTE COMO DEFLAGRADORA DO RISCO

A atividade deflagradora do dano seria a atividade de risco que, como mencionado em precedência, consiste em uma série de atos contínuos e coordenados, com alto potencial lesivo ou capaz de gerar algum dano a terceiros.

O ato de dirigir ou transportar pessoas se enquadraria como atividade de risco?

Tartuce (2022, p. 816) admite que dirigir um veículo de grande porte, com frequência, represente algum tipo de risco aos direitos de outrem. No entanto, mencionando a não aprovação de enunciado doutrinário em defesa da tese da responsabilidade objetiva, na VII Jornada de Direito Civil, admite que o assunto seja difícil e controverso. Além disso, o debate sobre a culpa, como elemento da responsabilidade civil em acidentes de trânsito, ainda predomina na maior parte da jurisprudência brasileira, afirma o autor.

No entanto, a obrigatoriedade do pagamento do seguro DPVAT faz supor que o ato de dirigir seja perigoso. (Tartuce, 2022, p. 816). E do ponto de vista estatístico, tem-se que no âmbito dos transportes¹⁶, a frequência de acidentes envolvendo veículos automotores é superior aquela de acidentes aéreos, por exemplo. (Tepedino; Terra; Guedes, 2023, p. 143).

Marco Aurélio Bezerra de Melo (*apud* Tartuce, 2022, p. 815), mencionando exemplos como a empresa de fogos de artifício e a prática de frescobol de jogadores de alto nível em proximidade a banhistas, entende que a norma do parágrafo único, do art.927 do Código Civil “discipline a proteção da sociedade diante de práticas perigosas que, mesmo com toda a cautela, poderão acarretar dano a alguém.” Neste sentido, não considera que o ato de dirigir veículo automotor comporte algum risco do tipo.

Dependendo das circunstâncias é possível que uma qualificadora venha a atrair a aplicação da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva. Tepedino, Terra e Guedes (2023, p. 144) dão como exemplo a atividade de magistério desenvolvida em um laboratório onde sejam executados experimentos científicos. Tal situação pode alterar a qualificação da simples atividade de magistério, elevando seu risco de dano.

Por outro lado, Marcelo Marques Cabral, cuja obra já foi citada diversas vezes neste trabalho, propõe a aplicação do mencionado dispositivo civil para acidentes de trânsito, inclusive para casos de atropelamento.

Wesley Louzada Bernardo (*apud* Tartuce, 2022, p. 815) também defende a aplicação da teoria do risco criado para casos de atropelamento ou colisão com veículos estacionados.

3.1.2 A IMPORTÂNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade consiste em um elo de ligação entre o dano e o evento causador deste dano. “[...] na responsabilidade objetiva o nexo é constituído pela lei, que qualifica a conduta, ou por uma atividade de risco desempenhada pelo autor do dano” (Tartuce, 2022, p. 227). Este elemento ganha importância na teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que o elemento culpa deixa de ser considerado um critério apto na determinação do dever de indenizar. (Tepedino; Terra; Guedes, 2023, p. 86)

16 Com a entrada em vigor do atual código civil, este passou a disciplinar o transporte de um local para outro de pessoas ou coisas, como previa o art.178 da Constituição Federal. O art.734 do mencionado código, determina que o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior. Trata-se de uma obrigação de resultado do transportador, diante da cláusula de incolumidade de levar a pessoa ou a coisa ao destino, com total segurança. Diante da presença de obrigação dessa natureza, tem-se reconhecido há tempos a correspondente responsabilidade objetiva do transportador. (Tartuce, 2022, p. 767)

Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade. (Pereira, 2022, p. 379)

Segundo Tepedino, Terra e Guedes (2023, p. 86), o nexo de causalidade desempenha um duplo papel na responsabilidade civil, permitindo determinar o responsável pelo resultado danoso e verificar a extensão do dano a ser indenizado.

Considerado de difícil determinação, o nexo de causalidade deu origem a diversas teorias voltadas a definir os limites da noção jurídica de causa. No Brasil, predomina, na jurisprudência, a teoria da causa direta e imediata. (Tepedino; Terra; Guedes, 2023, p. 88). “**Art. 403.** Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (Lei 10.406/2002) (Brasil, 2002).

O dispositivo civilista, embora inserido no título que trata das obrigações, foi estendido à responsabilidade extracontratual, pela doutrina. Sua interpretação leva a concluir-se que são consideradas causas aquelas vinculadas ao dano direta ou imediatamente, mesmo na ausência de um contrato entre o comitente e o preposto.

3.2 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE PELO RISCO CRIADO

Se o dano a ser indenizado tiver sido causado por fatores diversos da atividade de risco criada pelo agente diz-se que há quebra ou exclusão do nexo de causalidade. Ocorrendo esta situação não há que se falar no dever de indenizar por parte do agente.

Quando pode ocorrer esta exclusão?

Quando a dar causa ao dano foi exclusivamente a própria vítima. Neste caso, há uma transposição do nexo de causalidade para a conduta praticada por ela, em detrimento do agente supostamente causador do dano. Diz-se que há ruptura do nexo de causalidade e, conseqüentemente, exclusão da responsabilidade de reparação.

Caso de fortuito externo ou força maior também podem quebrar o nexo de causalidade, excluindo a responsabilidade do agente. (Cabral, 2013, p. 117)

Na hipótese da consecução da atividade de dirigir veículo automotor, por exemplo, a quebra de barra de direção, problemas nos burrinhos de freios etc., só podem ser caracterizados como fortuito interno, não sendo produtores do corte do nexo de causa e efeito entre a conduta de dirigir e o dano imputável ao motorista do veículo, persistindo o seu dever de indenizar. Ao contrário, caso se reste comprovado que o fato se caracteriza como fortuito externo, a responsabilidade é de ser excluída. (Cabral, 2012, p. 118)

O fortuito é externo quando o evento imprevisível não tiver relação direta e imediata com a atividade de risco desenvolvida pelo agente.

O fortuito é interno quando o evento imprevisível se relacionar direta e imediatamente à atividade de risco desenvolvida pelo agente. Em tal caso não há rompimento do nexo causal, na responsabilidade objetiva.

Por fim, quando equiparado ao fortuito externo, o fato de terceiro também tem o condão de excluir a responsabilidade pelo rompimento do nexos de causalidade.

Em relação à atividade exercida por empresa de ônibus, o STJ entende que os acidentes ocorridos em autoestradas, mesmo que por culpa exclusiva de terceiros, configuram fortuitos internos, incapazes, como tal, de afastar a responsabilidade civil do transportador (Pereira, 2022, p.405)

[...] assaltos a ônibus, por exemplo, é de se entender, não poderá excluir a responsabilidade do transportador de reparar os danos deles oriundos, considerando a ligação invariável entre a atividade de transporte e os riscos de ocorrências de crimes da espécie, mormente nas grandes capitais brasileiras, caracterizando-se como fato de terceiro equiparado a fortuito interno. (Cabral, 2021, p. 118)

Somente se o fato de terceiro não puder ser equiparado ao fortuito externo a responsabilidade objetiva se confirma dando direito à reparação de danos.

3.3 ANÁLISE DOS CASOS FÁTICOS

Se o simples ato de conduzir um veículo automotor não constitui uma atividade, no sentido que o legislador quis dar ao termo mencionado no parágrafo único do art.927 do Código Civil, o mesmo não se pode afirmar da atividade desenvolvida pelas empresas e motoristas autônomos de aplicativo, que executam com habitualidade o ato de dirigir.

Fazendo uma analogia da atividade de magistério desenvolvida no laboratório, mencionada no ponto 3.1, “a”, e a atividade desempenhada pelos motoristas de aplicativo, caso estes venham a usar veículos autônomos ainda em fase de desenvolvimento, pode-se supor que, em tal caso, a nova situação altere o risco potencial da atividade causar danos a terceiros.

Considerando-se duas situações fáticas, para uma empresa de aplicativo que efetua transporte de pessoas, durante o trafegar de seu veículo autônomo pelas vias urbanas, em interação com os pedestres e demais objetos presentes no ambiente, elaborou-se um quadro analisando os elementos da responsabilidade civil objetiva pelo risco criado pela empresa, ou condutor autônomo, de aplicativo.

Quadro 1 – Elementos da responsabilidade civil objetiva pelo risco criado, nas situações fáticas hipotizadas, para um V.A. em interação com pedestres e obstáculos móveis e imóveis

Situações fáticas	Dano	Nexo de causalidade
V.A. de empresa de aplicativo, ou motorista de aplicativo: 1. atropela pedestre que atravessa rua na faixa, ou que se encontra parado na calçada; ou 2. colide contra um objeto parado.	1. Dano material ao pedestre; 2. Dano material ao objeto.	1. Não há rompimento do nexos de causalidade entre a atividade de transporte e o dano gerado diretamente por ela. A atividade de conduzir veículo automotor, qualificada pelo uso de um meio de transporte em fase de desenvolvimento, incrementa o risco da atividade já considerada estatisticamente arriscada. Aquele que desenvolve a atividade responde pelo dano. 2. Idem

Fonte: adaptação de circunstâncias propostas por Guedes na CJSUBIA do Senado Federal, 2022.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO

Identificado no art.48 do ADCT da Constituição Federal de 1988 como “agente a ser [...] protegido de forma especial” (Benjamin; Marques; Bessa, 2014, p. 74), o consumidor brasileiro passou a ser tutelado, concretamente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a partir de 1990.

Theodoro JR (2022, p. 48) evidencia que o CDC, em seu art.6º, inciso I, estabelece ser direito do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos à proteção à vida, saúde e segurança.

Portanto, a proteção estabelecida pelo dispositivo consumeirista é voltada para o consumidor (ou alguém equiparado a ele por lei¹⁷), quando este se relaciona com o fornecedor e demais sujeitos mencionados no artigo. Pode-se concluir que a responsabilidade civil, nessa matéria, pressupõe que o causador do dano seja alguém dentro da cadeia de produção e colocação do produto no mercado. (Theodoro JR, 2021, p. 65)

[...] O CDC quebra a *summa divisa* entre responsabilidade contratual e extra-contratual, pois agora o importante é a segurança das vítimas consumidoras que deve ser assegurada por toda a cadeia de fornecedores, sejam eles contratantes diretos (responsabilidade contratual) ou não (por exemplo, fabricantes) com os consumidores. (Benjamin; Marques; Bessa, 2014, p. 74)

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a responsabilidade objetiva em que não há cogitação de culpa, ou seja, presentes os pressupostos da responsabilidade, quais sejam o defeito, o dano e o nexo causal, o responsável legal não se exime do dever de indenizar. (Tepedino; Terra; Guedes, 2021, p. 247)

Rizzato Nunes (2021, p. 45) afirma que “[...] haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.”

[...] a Lei n. 8.078 regula o polo de consumo, isto é, pretende controlar os produtos e serviços oferecidos, postos à disposição, distribuídos e vendidos no mercado de consumo e que foram produzidos para serem vendidos, independentemente do uso que se vá deles fazer.

[...] toda vez que o produto e/ou o serviço puderem ser utilizados como bem de consumo, incide na relação as regras do CDC. Vale [...] para a água e a eletricidade que se fornece e para o dinheiro que é emprestado por um banco porque tais bens são utilizados tanto por consumidores como por fornecedores. (Nunes, 2021, p. 45)

A compra e venda não é o único negócio jurídico capaz de dar ensejo ao dever de indenizar por acidente de consumo. Benjamin *et al.* (2014, p. 172) menciona ainda o *leasing* e a permuta.

4.1 FUNDAMENTO E ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO PELO FATO DO PRODUTO

Publicado em 1990, o Código de Defesa do Consumidor teve seu anteprojeto idealizado antes da Constituição Federal de 1988. A sua criação se deveu à “evidente superioridade do fornecedor frente ao consumidor em suas relações contratuais.” (Theodoro JR, 2021, p. 3)

A Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, inciso XXXII, conferiu ao Estado a função de promover a defesa do consumidor e, no art. 48 do ADCT, estabeleceu o prazo para que o Congresso Nacional regulamentasse esta tutela. (Theodoro JR, 2021, p. 3)

A responsabilidade civil nas relações de consumo, segundo Cavalieri Filho (2022), está estruturada no princípio da segurança, evidenciado no artigo 12, dentre outros artigos do Código de Defesa do Consumidor. O mencionado dispositivo ressalta que independe de culpa a responsabilização do fabricante, do produtor, do construtor, nacional ou estrangeiro, e do importador, em caso de danos causados ao consumidor.

O direito a segurança, assim como o de proteção à vida e à saúde, fundamenta o dever de cuidado do fornecedor em relação aos consumidores, quando aquele coloca no mercado, a disposição deste, um novo produto ou serviço. (Benjamin; Marques; Bessa, 2014)

A fim de fazer atuar a responsabilidade civil objetiva, no caso do fato do produto, três elementos são essenciais: a existência do defeito do produto; a ocorrência da lesão, isto é, um dano material ou extrapatrimonial à vítima; e a relação de causalidade entre o defeito do produto e a lesão à vítima. (Theodoro JR, 2021, p. 71)

4.1.1 O DEFEITO OU VÍCIO POR INSEGURANÇA E O CASO DOS VEÍCULOS AUTOMOTORES

Theodoro JR (2021, p. 67) explica que no CDC as anomalias verificadas nos produtos geram o chamado “acidente de consumo”. A responsabilidade gerada pelo fato do produto diz respeito ao vício por insegurança, e se verifica na colocação de tais bens no mercado.

Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 163), conceituam vício de qualidade por insegurança como sendo uma desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas que os consumidores têm deles, e a capacidade de provocar acidentes de consumo.

O conceito de vício de qualidade por insegurança abrange, portanto, dois elementos, sem os quais não se poderia considerar um vício de qualidade por insegurança: a desconformidade em relação às expectativas legítimas do consumidor e a capacidade de provocar acidentes.

A desconformidade em relação às expectativas do consumidor ocorre quando, em razão de um defeito, o produto apresenta um funcionamento que se desvia dos padrões alcançados pelo estágio de desenvolvimento técnico naquela época. O desvio no funcionamento do produto, portanto, faz com que o grau de segurança padrão também seja diferente do esperado, além de gerar frustração das expectativas legítimas que o consumidor tinha com relação ao uso do bem. (Benjamin; Marques; Bessa, 2014, p. 165)

O Código de Defesa do Consumidor define, em seus art.12, par.s 1º e 2º, que um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, sendo relevan-

tes: sua apresentação, o uso e os riscos que dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação.

A noção de defeito do produto é ampla, incluindo aquele decorrente da criação ou concepção do produto, assim como da sua produção e da ausência de informação. Neste último caso, um acidente pode ocorrer em razão de o fornecedor não ter oferecido informações suficientes e adequadas sobre a utilização segura de determinado produto. (Tepedino; Terra; Guedes, 2021, p. 249)

[...] no que tange à responsabilidade civil, a divisão [entre periculosidade inerente e periculosidade adquirida] produz consequências significativas. Ao direito do consumidor importa, fundamentalmente, a periculosidade adquirida. [...] (Calais-Auloy *apud* Benjamin *et al.*, 2014, p. 165)

O produto pode passar a ter uma periculosidade adquirida¹⁸, ou seja, o seu mau funcionamento imprevisto, pode ser causado por um dos seguintes tipos de defeito (Tepedino; Terra; Guedes, 2021):

- Defeito de fabricação: alheio à vontade do fornecedor, este defeito tem origem no processo de industrialização provocando imperfeições que não permitem aos produtos desempenharem suas funções de acordo com quanto desejado. Segundo Benjamin, Marques e Bessa (2014) são inevitáveis, previsíveis estatisticamente e com manifestação limitada.
- Defeito de concepção (design ou projeto): normalmente decorre de uma decisão do próprio fornecedor, e caracteriza-se pela inevitabilidade, dificuldade de previsão e manifestação universal, ou seja, possui um potencial de danosidade coletiva maior do que no caso do defeito de fabricação.
- Defeito de comercialização (informação ou instrução): ocorre quando há deficiência ou ausência de cumprimento do dever de informar, fazendo com que uma periculosidade inerente torne-se periculosidade adquirida. (Benjamin; Marques; Bessa, 2014, p. 177)

[...] em todos, porém, há uma nota comum: são defeitos que carregam para o produto uma potencialidade danosa, que, por certo, pode existir em todo e qualquer produto, até no mais inofensivo, assim como é latente nas mercadorias chamadas perigosas (explosivos, materiais inflamáveis, venenos). Há no entanto, uma profunda diferença na espécie: o defeito em tela introduz no produto uma potencialidade danosa por ele normalmente não possuída e, assim, inesperada para o consumidor ou usuário comum. (Leães *apud* Benjamin *et al.*, 2014, p. 168)

Existe ainda o defeito que pode decorrer do risco de desenvolvimento, isto é, que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto, sendo descoberto após um período de tempo. (Vetri *apud* Benjamin; Marques; Bessa, 2014, p. 182)

Segundo Theodoro (2021, p. 78) entendimento doutrinário considera que o legislador teria afastado o risco de desenvolvimento adotando o posicionamento da Diretiva 374/1985, da Comu-

18 Bens de **periculosidade adquirida**: São bens que se tornam perigosos após apresentarem algum defeito. Portanto é imprevisível a sua periculosidade. (Benjamin; Marques; Bessa, 2014, p. 166-169). Entretanto, decisão do STJ não autorizou que a montadora de veículo se eximisse de sua responsabilidade em razão de defeito no *air bag*, considerado mecanismo de segurança de **periculosidade inerente**. Portanto, o fato de um produto ser classificado como sendo de periculosidade inerente não afasta a responsabilidade do fornecedor, se comprovado o defeito. (Theodoro, 2021, p. 77)

nidade Europeia¹⁹, a qual garante a exclusão da responsabilidade do fornecedor em seu artigo 7º. Os adeptos desta corrente entendem que, não há “que se falar em responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, se no momento em que o produto foi concebido estava apto a ser consumido ou utilizado e atendia às exigências tecnológicas do momento” (Stoco *apud* Kallas, 2018, p. 111)

Por outro lado, uma parte da doutrina entende que o defeito de um produto existe desde a sua concepção sendo intrínseco a ele já no momento em que é lançado no mercado, mesmo que em razão dos conhecimentos técnicos e científicos não havia como se saber de sua existência. Portanto, nesse sentido, não se deveria cogitar a exclusão de responsabilidade do fornecedor do produto. (Kallas , 2018)

4.2 EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE

O art.12, em seu parágrafo 3º, determina a inversão do ônus da prova, em decorrência da lei (*ope legis*), a fim de que os sujeitos passivos da relação provem a exclusão de sua responsabilidade. O dispositivo legal prevê um número determinado de situações, como é o caso da comprovação, por parte dos integrantes da cadeia produtiva, de não terem colocado o produto no mercado, por tratar-se de um falso.

A segunda possibilidade de eximir-se da responsabilidade é comprovando a inexistência do defeito. Neste caso, o fornecedor pode provar que, embora o dano possa ter sido provocado por determinado produto, a causa não deve ser imputada a um defeito do produto em questão.

A comprovação de que a vítima consumidora ou um terceiro sejam os verdadeiros responsáveis pelo dano é outra possibilidade que o fornecedor possui de excluir a sua responsabilidade.

Embora o CDC não mencione a possibilidade de exclusão de responsabilidade do fornecedor por caso fortuito e força maior, previstas no Código Civil, Benjamin, Marques e Bessa (2014), consideram que a regra civilista seja aplicável também aos casos de acidentes de consumo.

Com relação ao caso fortuito, decisões do STJ têm feito a distinção entre fortuito interno e externo, excluindo a responsabilidade do fornecedor somente nos casos de fortuito externo, ou seja, nos casos em que o risco envolvido não seja inerente à atividade econômica do fornecedor.

No caso do defeito decorrente do risco de desenvolvimento, o CDC não faz menção a este tipo de defeito como excludente de responsabilidade. Pinheiro, Borges e De Mello (2019, p. 251-252) mencionam a existência de uma corrente de doutrinadores favoráveis à exclusão de responsabilidade do fornecedor. “[...] o fornecedor se exime da responsabilidade se comprovar que à época em que colocou o seu produto no mercado, a comunidade científica desconhecia os riscos a ele inerente.” (Theodoro, 2021, p. 78)

Por outro lado, jurisprudência²⁰ do STJ considerou o risco de desenvolvimento como defeito pré-existente, tratando-o como fortuito interno e responsabilizando laboratório farmacêutico pelos danos causados ao consumidor.

19 [...] Considerando que, com vista a proteger a integridade física do consumidor e os seus bens, a qualidade defeituosa de um produto não deve ser determinada com base numa inaptidão do produto para utilização, mas com base numa falta da segurança que o público em geral pode legitimamente esperar; que esta segurança se avalia excluindo qualquer utilização abusiva do produto que não seja razoável nas circunstâncias em causa; [...]. Art.7º O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: [...] e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito; (EUR-Lex. 85 /374/CEE)

20 REsp 1.774.372 Ementa [...]8. O risco do desenvolvimento, entendido como aquele que não podia ser conhecido ou evitado no momento em que o medicamento foi colocado em circulação, constitui defeito existente desde o momento da concepção

Elias Kallás Filho e Luciana Barboza Leal (2018) levantam a hipótese da aplicação do conceito de risco de desenvolvimento como atenuante da responsabilidade do fornecedor, com fundamento na previsão do Código de Defesa do Consumidor de que deve ser considerada a época em que o produto foi posto no mercado. Na opinião os autores, a inexistência de previsão legal no ordenamento pátrio inviabilizaria o uso do risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade.

4.3 ANÁLISE DOS CASOS FÁTICOS

Hipotizando-se um veículo autônomo nível 5 adquirido para uso em uma frota de empresa que faz transporte de pessoas por meio de contato de aplicativo, ou por um autônomo que adquire veículo autônomo para ter período de descanso enquanto trabalha.

Considerando-se duas situações fáticas, passíveis de ocorrer durante o tráfego deste veículo autônomo pelas vias urbanas, em sua interação com os pedestres e demais objetos presentes no ambiente, elaborou-se um quadro analisando os elementos da responsabilidade civil por acidente de consumo.

Quadro 2 – Elementos da responsabilidade civil por acidente de consumo, nas situações fáticas hipotizadas, para um V.A. em interação com pedestres e obstáculos móveis e imóveis

Situações fáticas	Dano	Defeito	Nexo de causalidade
V.A. atropela: 1. pedestre que atravessa a rua na faixa, ou se encontra parado na calçada, ou; 2. colide contra um objeto parado.	1. Dano material ao pedestre; 2. dano material objeto.	a) presença de defeito de fabricação, concepção ou informação. b) presença de defeito decorrente de risco de desenvolvimento.	a) há nexo de causalidade, portanto a responsabilidade é do fornecedor, a menos que o proprietário do V.A. tenha deixado de seguir as instruções de uso, apesar de bem informado. Neste segundo caso o consumidor assume os danos causados ao pedestre e ao objeto. b1) Com base em uma parte da doutrina não há nexo de causalidade em presença de defeito por risco de desenvolvimento. Em tal caso, se estaria diante de uma excludente da responsabilidade civil do fornecedor por acidente de consumo. Consequentemente o consumidor se responsabilizaria pelos danos ao pedestre e ao objeto. b2) Com base em julgados referentes ao uso de medicamentos o risco de desenvolvimento é um defeito pré existente, portanto um fortuito interno de responsabilidade do fornecedor. b3) Com base na hipótese de considerar o risco de desenvolvimento uma atenuante da responsabilidade do fornecedor, ter-se-ia uma responsabilidade concorrente entre consumidor e fornecedor.

Fonte: adaptação de circunstâncias propostas por Guedes na CJSUBIA do Senado Federal, 2022.

do produto, embora não perceptível a priori, caracterizando, pois, hipótese de fortuito interno. 9. Embora a bula seja o mais importante documento sanitário de veiculação de informações técnico-científicas e orientadoras sobre um medicamento, não pode o fabricante se aproveitar da tramitação administrativa do pedido de atualização junto a Anvisa para se eximir do dever de dar, prontamente, amplo conhecimento ao público – pacientes e profissionais da área de saúde –, por qualquer outro meio de comunicação, dos riscos inerentes ao uso do remédio que fez circular no mercado de consumo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os veículos com direção autônoma inserem-se no contexto da aplicação sempre mais intensiva das novas tecnologias na vida cotidiana dos indivíduos. Concebidos com a expectativa de reduzirem os acidentes de trânsito, como outras tecnologias em desenvolvimento, despertam preocupação com relação a possíveis danos que venham a causar durante seu uso.

A possibilidade de aplicação de normativas nacionais vigentes a casos de acidentes de trânsito com danos, envolvendo novas tecnologias, orientou esta pesquisa. Tendo como objeto tecnológico os veículos autônomos, procurou-se identificar os elementos úteis a caracterizar a responsabilidade civil pelo risco criado e pelo fato do produto.

Nas relações paritárias, em que o proprietário de um veículo autônomo venha a criar o risco de violar direitos alheios ao exercer sua atividade, todas as hipóteses fáticas consideradas resultaram na responsabilização daquele que desenvolve a atividade de risco.

Na perspectiva do consumidor, diante do silêncio legal com relação aos riscos de desenvolvimento, as hipóteses fáticas levantadas resultaram em três possíveis alternativas. Aquela aplicada pelos Tribunais Superiores nos julgados sobre medicamentos, ou seja, responsabilização do fornecedor por danos aos consumidores, pode ser a mais provável.

No universo das situações analisadas, e na ótica de tutela aos direitos das vítimas, conclui-se que a norma civilista seja mais abrangente se comparada àquela consumista. No entanto, destaca-se a alternativa sobre a atenuante da responsabilização do fornecedor, que se apresenta ao mesmo tempo em prol da proteção do consumidor e menos onerosa, do ponto de vista dos investimentos necessários às pesquisas de desenvolvimento de produto, financiadas pelos fornecedores.

Seria necessário, também, aprofundar reflexões sobre situações que considerem falhas específicas atribuíveis à inteligência artificial, como o comportamento inesperado ou efeitos colaterais indesejados, resultantes da capacidade da I.A. de criar novas soluções diante de problemas com os quais se depara, por exemplo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Isabela W.; FERMAM, Ricardo K. S. Avaliação da infraestrutura da qualidade aplicada aos veículos autônomos no cenário brasileiro. *Cadernos De Prospecção*, Salvador, v. 15, n. 2, p. 430-47, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/46748/26462>. Acesso em: 9 set. 2022.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. D.O.U. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. D.O.U. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm#art118. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Sessão 03/02/2022. A Presidência determina, com fundamento no art. 48, parágrafo 1º, do Regimento Interno, e em atendimento ao Requerimento nº 1.593, de 2021, a tramitação conjunta do Projeto

de Lei nº 21, de 2020, com os Projetos de Lei nºs 5.051, de 2019, e 872, de 2021, por tratarem de tema correlato. *Diário do Senado Federal*, nº 2, 4 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/109210?sequencia=29> Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP 1.774.372- RS (2018/0272691-3)*. Recorrente: Boehringer Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda; Maria Amélia Souza da Rocha – espólio. Recorrido: os mesmos. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 5 de maio de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271774372%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271774372%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271774372%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271774372%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 16 set. 2024

CABRAL, Marcelo M. *Da Responsabilidade Civil do Condutor de Veículo Automotor* - Coleção Rubens Limongi, v. 11. São Paulo: Editora Método, 2013. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4453-7/>. Acesso em: 08 maio 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Barueri: Atlas, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 3 dez. 2022.

COLONNA, Kyle. Autonomous Cars and Tort Liability. *Journal of Law, Technology & the Internet*, v. 4, n. 4, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2325879>. Acesso em: 9 Set. 2022.

DARPA. *About Darpa*. Disponível em: <http://www.darpa.mil/about-us/about-darpa> Acesso em: 10 Jan. 2023.

DEBATES sobre inteligência artificial – Painel 10 Regimes de Responsabilidade Civil. CJSUBIA. Moderador: Felipe Medon; Danilo Doneda. Painelistas: Anderson Schreiber; Caitlin Mulholland; Nelson Rosenvald; Gisela Sampaio Guedes. Brasília: TV Senado, 2022. 1 vídeo (3:38). Disponível em: <https://youtu.be/I8PgkmCNafA>. Acesso em: 9 out. 2022.

EUR-Lex. 85 /374/CEE, de 25 de julho de 1985. Relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estadosmembros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374> Acesso em: 21 maio 2023.

GABRIEL, Martha. *Inteligência Artificial: Do Zero ao Metaverso*. Barueri: Atlas, 2022. E-book . ISBN 9786559773336. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773336/>. Acesso em: 4 abr. 2023.

HARMES-LIEDTKE, Ulrich; DI MATTEO, Juan José Oteiza. *Global Quality Infrastructure Index. REPORT 2020*. Germany, Argentina, 2021. Disponível em: <https://gqii.org>. Acesso em: 13 jan. 2023.

INSTITUTO DE INVESTIGAÇÃO E FORMAÇÃO RODOVIÁRIA. Centro de Formação - Acidentologia. Disponível em: <https://ifr.pt/acidentologia/>. Acesso em: 4 abr. 2023.

INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. *ISO 22737: 2021 Intelligent transport systems – Low-speed automated driving (LSAD) systems for predefined routes – Performance requirements, system requirements and performance test procedures*. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/73767.html>. Acesso em: 18 Jan. 2023.

INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION . *ISO/SAE PAS 22736:2021 Taxonomy and definitions for terms related to driving automation systems for on-road motor vehicles*. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/73766.html>. Acesso em: 18 Jan. 2023

KALLÁS F. E.; LEAL, L. B. “Risco de Desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: Atenuante da Responsabilidade do Fornecedor pelo Fato do Produto.” *Revista Jurídica Direito & Paz*, 2018, n. 38, p. 97-115. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/822>. Acesso em: 18 set. 2024.

KAUFMAN, Dora. Capítulo 1 – Breve História da Inteligência Artificial até os dias de hoje. In: KAUFMAN, Dora. *A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana?* Barueri, SP: Estação das Letras e Cores, 2018. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=Fh-WDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false Acesso em: 16 set. 2022.

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555935255. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555935255/>. Acesso em: 2 abr. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da S. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2022 . Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/> Acesso em: 21 jul. 2022.

PINHEIRO, G. P.; BORGES, M. R.; DE MELLO, F. L. "Danos Envolvendo Veículos Autônomos e a Responsabilidade Civil Do Fornecedor. *Revista Brasileira De Direito Civil*, 2019 . v. 21 (3). Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/472/315>Acesso em: 9 set. 2022.

PRÉDHUMEAU , Manon; MANCHEVA, Lyubs; DUGDALE, Julie; SPALANZANI, Anne. Agent-Based Modeling for Predicting Pedestrian Trajectories Around an Autonomous Vehicle. *Journal of Artificial Intelligence Research*, v. 73, p. 1 385-1433, abr. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1613/jair.1.13425>Acesso em: 13 Dez. 2022.

RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial*. Tradução Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: LTC, 2021 . Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595156104/>. Acesso em: 6 dez. 2022.

RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial: Uma Abordagem Moderna*. Tradução Daniel Vieira; Flávio Soares Corrêa da Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2022. *E-book*. ISBN 9788595159495. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595159495/>. Acesso em: 25 maio 2023.

SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2018 .

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. ISBN 9786559645251. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/>. Acesso em: 18 maio 2023.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. "Desafios da Inteligência Artificial em matéria de responsabilidade civil." *Revista Brasileira De Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/465/308>. Acesso em: 9 set. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. *Fundamentos do Direito Civil - Responsabilidade Civil - Vol. 4*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/>. Acesso em: 6 out. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v. 4. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647590/>. Acesso em: 8 maio 2023.

THEODORO JR., Humberto. **Direitos do Consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense , 2021. *E-book*. ISBN 9 788530992941. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 20 maio 2023.

URMSON, Chris *et al.* Autonomous Driving in Traffic: Boss and the Urban Challenge. *AI Magazine*, v. 30, n. 2, p. 17-28, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1609/aimag.v30i2.2238>Acesso em: 12 Dez. 2022 .

EM quanto tempo os carros autônomos serão o novo padrão no Brasil? *Notícias da Jaguar*, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jaguarbrasil.com.br/news/em-quanto-tempo-os-carros-autonomos-serao-o-novo-padrao.html>. Acesso em: 08 de set. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/12/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 22/12/2023
- Avaliação 1: 17/08/2024
- Avaliação 2: 09/09/2024
- Decisão editorial preliminar: 13/09/2024
- Retorno rodada de correções: 24/09/2024
- Decisão editorial/aprovado: 17/11/2024

Equipe editorial envolvida

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

SMART CONTRACTS E A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

SMART CONTRACTS AND THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS

ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL¹

JORGE STOEBERL²

LUIZA SANTI ANUNZIATO³

RESUMO

A era digital trouxe para o cenário dos direitos obrigacionais a categoria *Smart Contracts*, genericamente caracterizada como um instrumento de fácil uso e alto grau de eficiência. Produto de pesquisa bibliográfica e análise discursiva, o presente artigo avalia a (in)adequação desse novel instrumento contratual frente ao princípio da função social do contrato. O estudo aponta para a incompatibilidade entre os *Smart Contracts* e o referido princípio, haja vista tratar-se de um aporte técnico instrumental que, na sua caracterização, reproduz o ideário das relações jurídicas do Código Civil de 1916, extremamente individualista, aspecto dissonante frente ao Código Civil de 2002 e com a Constituição Federal de 1988, que introduziram nas relações privadas uma perspectiva voltada para o coletivo e à preocupação com o bem-estar comum.

Palavras-chave: *smart contract*; *blockchain*; função social do contrato; era digital; tecnologia.

ABSTRACT

The digital age has brought Smart Contracts into the environment for the use of mandatory rights, generally as an instrument of easy efficiency and a high degree of efficiency. Product of bibliographical research and discursive analysis, the article evaluates the (in)adequacy of the contractual instrument ahead of the principle of the social function of the contract. The study points to the incompatibility between Smart Contracts and the principle, given that it is an instrumental technical dimension that, in its characterization, reproduces the ideals of the legal relations of the Civil Code of 1916, extremely individualistic, a dissonant aspect compared to the Civil Code of 1916. Civil of 1916, extremely individualistic, dissonant aspect compared to the Civil Code of 1916 Civil of 2002 with

1 Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPq-FURB). Vice-líder do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB). Membro da AGIT – Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau – FURB. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0957562986221644>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0927-6957>.

2 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Fundação Universidade Regional de Blumenau - FURB. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau - FURB. Professor nas disciplinas de Direito Civil e Direito Empresarial da Fundação Universidade Regional de Blumenau. Membro do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Advogado atuante nas áreas de Direito Civil e Direito Empresarial. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/9515587924330500>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1666-4410>.

3 Pós-graduanda em Direito Previdenciário pelo Centro Universitário Educacional UNINTER, Membro do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogada. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/7618990733499740>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7661-4832>.

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

ARRABAL, Alejandro Knaesel; STOEBERL, Jorge; ANUNZIATO, Luiza Santi. Smart contracts e a função social dos contratos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 72-84, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9373>.

the Federal Constitution of 1988, which are introduced in the alternatives a perspective and perspective for the collective and the concern for the common well-being.

Keywords: smart contract; blockchain; social function of contracts; digital age; technology.

1. INTRODUÇÃO

A vida é irremediavelmente ligada à expectativa de evolução, na medida que o ser humano se percebe inconcluso (Freire, 2014), em permanente expectativa de mudança do seu entorno e de si na busca de condições melhores de existência. Assim, a evolução e a humanidade são conceitos integrados frente às criações e descobertas realizadas ao longo da história.

No século XX, o desenvolvimento da microeletrônica garantiu as condições técnicas para o surgimento dos computadores, bem como possibilitou o aperfeiçoamento dos sistemas de telecomunicações. Da integração desses fatores emergiram as redes telemáticas e a Internet (Castells, 2010). Com a incorporação da Tecnologia Informacional em praticamente todos os âmbitos da vida humana, ela se tornou fator fundamental para o mundo contemporâneo, responsável pela inovação, desenvolvimento, progresso e modernização de tudo que atualmente é praticado, criado e produzido (Schwab, 2016).

O Direito não escapa a essa realidade. Mediador das relações humanas nos mais diversos contextos, dentre os quais o consumerista e o empresarial, cumpre ao Direito reconhecer o papel e a importância das Tecnologias de Informação integradas ao cotidiano jurídico. No âmbito das relações contratuais, a tecnologia se apresenta sob novas formas e modalidades, dentre as quais encontram-se os *Smart Contracts*.

Considerando esses aspectos, o presente trabalho procura avaliar a incidência do princípio da função social do contrato em relação a instrumentalização dos *Smart Contracts*, o que implica considerar também se o modelo operacional que caracteriza essa tecnologia se adequa à disciplina contratual brasileira já existente. Realizado a partir de revisão bibliográfica e análise discursiva, o trabalho encontra-se estruturado em três unidades. A primeira dispõe do princípio da função social do contrato. A segunda procura caracterizar o *Smart Contract* na sua dimensão formal técnica. Por fim, a terceira propõe o cotejo entre o *Smart Contract* e o princípio da função social do contrato.

2. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

As relações interpessoais são orientadas pelo primado da liberdade, de modo que, salvo prévia disposição legal, ninguém será obrigado a agir ou deixar de agir (Brasil, CF/1988, art. 5º, II). Se por um lado a liberdade pauta a vida cotidiana, por outro, a complexidade social reivindica do sistema normativo a disciplina necessária e suficiente para proporcionar segurança aos negócios jurídicos.

Na perspectiva do Estado Liberal, Theodoro JR. (2014, p. 17) afirma que “todo o sistema contratual se inspira no indivíduo e se limita, subjetiva e objetivamente à esfera pessoal e patrimonial dos contratantes”. Contudo, ao longo dos séculos XIX e XX erigiu-se um modelo de Estado Social que, entre outros fatores:

[...] não poderia deixar de refletir sobre a teoria do contrato, visto que é por meio dele que o mercado implementa suas operações de circulação das riquezas. Por isso, não se abandonam os princípios clássicos que vinham informando a teoria do contrato sob o domínio das ideias liberais, mas se lhe acrescentam outros, que vieram a diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais (Theodoro JR., 2014, p. 17).

A Constituição da República (Brasil, 1988), também chamada de Constituição Cidadã⁴, na mesma dimensão que consagra os direitos e garantias de cariz individual (art. 5º), prestigia as expectativas da sociedade, sendo raras, portanto, as situações de fato em que os interesses coletivos são mitigados em detrimento de garantias individuais⁵. Ainda, o Código Civil de 2002 deixou de lado a perspectiva individualista trazida pelo Código de 1916, inserindo o princípio da socialidade em prol da tutela do interesse coletivo. A Constituição anterior já estabeleceu que o uso da propriedade estaria condicionado ao bem-estar social (Brasil, 1946, art. 147). Assim, 42 anos depois, a Constituição de 1988 incorporou a socialidade proposta na Constituição de 1946 à propriedade (Brasil, 1988, art. 5º, XXIII), aspecto que se estendeu às relações contratuais.

Tepedino, Konder e Bandeira (2021, p. 37) observam que “o processo de constitucionalização do direito civil reflete-se, no âmbito do direito contratual, não somente na compreensão do conceito e da função do contrato, mas principalmente na normativa geral que disciplina o exercício da liberdade de contratar”. Nesse sentido, “a dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora da dogmática do direito civil brasileiro”, desdobrando-se em compromissos que transcendem a órbita dos interesses individuais envolvidos, consubstanciados no resguardo de pretensões sociais.

Ancorado em Norberto Bobbio, Rulli Neto (2013, p. 183) afirma que o Direito revela “caráter instrumental como coação e como força organizada – a passagem da teoria estrutural para a teoria funcional é também a passagem da teoria formal para a teoria sociológica – a realidade jurídica está ligada, necessariamente, ao meio político, econômico, axiológico etc.”.

A função social do contrato, nesse sentido, encontra-se expressa no art. 421 do Código Civil de 2002 nos seguintes termos: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

No Liberalismo, o contrato era autônomo, ou seja, estava vinculado basicamente à vontade dos contratantes. A liberdade contratual, o cumprimento obrigatório e a eficácia relativa dos contratos apenas aos contratantes eram os três postulados básicos da Teoria da Autonomia da Vontade. Agora, temos que prestar atenção à funcionalidade do contrato, ou seja, será funcional, cumprirá, portanto, a sua função no plano social o contrato que, sem desservir aos interesses individuais, (porque evidentemente ele está a serviço dos interesses

4 Rocha (2008, p. 136) explica que “[...] a nova Carta Magna ficou conhecida como a ‘Constituição Cidadã’ pelo fato de, entre outros avanços, ter incluído em seu âmbito mecanismos de participação no processo decisório federal e local. Com referência à participação direta, a Constituição destaca o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular”.

5 Exemplo disso diz respeito a questão dos direitos de personalidade.

individuais) também não discrepe dos interesses sociais que justifiquem a existência daquele contrato. Portanto, a função social do contrato integra-se ao conceito de contrato (Pasqualotto, 2002, p. 228).

A função social do contrato vincula a materialização das pretensões das partes envolvidas a todo o entorno social. Ainda que por óbvio o contrato sirva diretamente aos contratantes, de modo reflexo ele assume efeitos que devem se harmonizar com as expectativas do coletivo. O conceito evoca a noção “de que o contrato visa a atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais. O poder negocial é, assim, funcionalizado, submetido a interesses coletivos ou sociais” (Gomes, 2019, p. 38).

Observa Rulli Neto (2013, p. 184) que:

O direito contratual tem seus fundamentos observados sob o ângulo coletivo, não algo que diga respeito apenas às partes, porque, se assim fosse, o direito seria instrumento de opressão, especialmente se partisse da falsa premissa de igualdade dos contratantes. [...] Para que a função social alcance os mais fracos e oprimidos, é necessário olhar a dogmática a partir do fenômeno social.

Desta forma, o princípio da autonomia da vontade precisa integrar-se ao interesse social, porquanto terceiros podem ser atingidos pelos efeitos extracontratuais pactuados entre as partes (Efing; Santos, 2018).

A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório (Pereira, 2018, p. 10).

O princípio da função social do contrato deve dialogar com os outros princípios do direito contratual, visando a efetivação das pretensões individuais, sem que estas prejudiquem a coletividade. Isto posto, é possível, portanto, que terceiros intervenham no contrato quando forem direta ou indiretamente (Pereira, 2018, p. 11).

O Código Civil e a Constituição da República (Brasil, 1988) não permitem que os contratantes desconsiderem direitos relacionados “a vida, a imagem, a privacidade e a integridade física”, por exemplo, a pretexto de se exigir uma determinada prestação. (Gagliano; Pamplona Filho, 2021, p. 27). Não apenas os direitos relativos à dignidade humana, mas também aqueles previstos no artigo 6º da Constituição da República (Brasil, 1988), tais como: saúde, trabalho, segurança e demais direitos coletivos devem ser protegidos, inclusive no âmbito particular.

A função social determina que os contraentes, ou seja, as partes, além de observarem seus interesses pessoais, considerem os interesses extracontratuais socialmente relevantes que serão atingidos pelo contrato, assim, o princípio serve de parâmetro para averiguar como as relações individuais afetam o coletivo (Oliveira; Silva, 2013).

O princípio traz o prisma do espírito coletivo e da otimização das relações jurídicas, visando que as relações interpessoais se perfectibilizem de maneira a não prejudicarem terceiros, independentemente da atuação do Estado.

3. SMART CONTRACT

O termo “*Smart*” ocupou de forma expressiva o discurso tecnológico. Telefones, televisores, relógios, automóveis, até mesmo cidades recebem o adjetivo de “inteligentes”, na medida que integram certos elementos de Tecnologia da Informação, ou simplesmente desempenham determinadas tarefas de modo mais eficiente.

Telles (2018, p. 14) explica que:

De uma forma genérica, algo “smart” aponta para qualquer conceito, ideia ou ferramenta que proporcione uma forma mais inteligente de realizar ou desempenhar algo. Um veículo “smart” possui ferramentas que facilitam a localização, permitem que o proprietário identifique problemas e realize manutenções sem grande trabalho. Uma TV “smart” conecta-se a outros dispositivos, economiza energia, dá avisos e lembretes ao usuário. Tudo isso é, de certo modo, “smart”. Porém, facilidade e conveniência não são sinônimos de uma filosofia ou pensamento “smart”.

Contudo, é preciso observar que a categoria *Smart Contract* ou “contrato inteligente” é produto de um imaginário, não necessariamente comprometido com a precisão terminológica que a ciência jurídica frequentemente demanda.

Marchsin (2022) informa que o conceito de contrato inteligente remonta aos anos 1990, cujo modelo foi proposto pelo cientista da computação Nick Szabo (1997), o qual afirma que os *Smart Contracts* “combinam protocolos com interfaces de usuário para formalizar e proteger relacionamentos em redes de computadores”. Considera ainda que o emprego de mecanismos de segurança criptográficos e outros recursos, pode garantir a execução de cláusulas especificadas em termos de algoritmo, contra violação pelas partes envolvidas e interferência maliciosa de terceiros.

Segundo Efing e Santos (2018, p. 54), o *Smart Contract* compreende “um programa de computador escrito em uma linguagem que pode ser lida por outro computador ou máquina e que será executado automaticamente após a realização de certa condição estabelecida em código, sem a intermediação de terceiros”. Ou seja, o *Smart Contract* é um programa executado dentro de um sistema operacional em um dispositivo tecnológico.

Smart Contracts são criados na conhecida fórmula de programação computacional “se x, então y”, isto é, se implementada certa condição, será cumprida a prestação contraposta. Exemplo ilustrativo de *Smart Contract*, facilmente percebido, são as máquinas automáticas de venda de refrigerantes. Se, o contratante inserir a máquina o valor x, lhe será entregue o produto y. Ou seja, implementada a condição estabelecida pelo contratado (preço), que será lida pela máquina, em códigos computacionais, tem-se a contraprestação ao contratante (produto) (Efing; Santos, 2018, p. 54).

Os contratos inteligentes operam por meio de uma plataforma digital conhecida como *Blockchain* (em tradução livre refere-se a uma “cadeia de blocos”), “desenvolvida em 2008 para viabilizar as operações da moeda digital *Bitcoin*”⁶ (Marchsin, 2022, p. 14). Trata-se de “um banco de dados de transações organizado cronologicamente em uma rede de computadores”

6 Considera-se “como marco zero da criação do Bitcoin a data de 31 de outubro de 2008, quando Satoshi Nakamoto publicou o artigo em inglês ‘Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System’. Entretanto, vale lembrar que o Bitcoin não foi a primeira moeda digital, a grande diferença é que nenhuma outra criptomoeda obteve o sucesso obtido pelo Bitcoin” (Moraes, 2021, p. 9).

(Divino, 2018) Sua principal destinação é transformar transações em procedimentos fiáveis e seguros (Gomes, 2018).

Podemos programar uma Blockchain para gravar praticamente todos os ativos de valor que podemos expressar em código. Além de operações financeiras, é também possível rastrear votos, procedimentos médicos, reivindicações de seguro, certidões de nascimento, óbito e casamento, ações, títulos de propriedade, graus de escolaridade e até as origens e a segurança de medicamentos e dos ingredientes da nossa refeição (Marchsin, 2022, p. 19).

O que garante a inviolabilidade da “cadeia de blocos” é o consenso descentralizado, ou seja, um conjunto de informações que precisam da concordância de todos os agentes conforme parâmetros previamente estabelecidos, sem a necessidade da intervenção de um terceiro na relação (Gomes, 2018).

O consenso descentralizado é alcançado pela validação de registros descentralizados, que geralmente é assegurado por uma comunidade de utilizadores que funcionam como “*recordkeepers*”. É esta característica que torna o sistema, alegadamente, incorruptível (Gomes, 2018, p. 46).

Para que não sejam inclusas transações falsas ou ilegítimas, usuários do sistema devem realizar a verificação do dado incluso, sem alterar as cadeias já construídas. Uma transação só será inclusa em um bloco da cadeia quando os usuários realizarem a sua validação (Divino, 2018).

Seguindo o padrão *Blockchain*, uma vez que são inseridos os códigos do *Smart Contract* no sistema, não há como alterar os dados correspondentes. Contudo, os códigos serão executados apenas quando as condições estabelecidas pelas partes forem cumpridas. (Efing; Santos, 2018).

Assim, o *Smart Contract* não precisa que as partes o executem, mas que definam previamente as condições para a sua execução, o que se dará de forma automatizada. Um *Smart Contract*, portanto, é um código computacional que, por meio de algoritmos, transforma uma relação obrigacional tradicional em uma obrigação na forma digital, proporcionando a garantia de cumprimento da obrigação pactuada.

A primeira característica do *Smart Contract* é que ele não é escrito na linguagem humana e sim em código de máquina, ou melhor, em linguagens de programação (Rey, 2019). Não se trata, portanto, de um instrumento contratual convencional, seja em suporte físico ou mesmo em texto legível no computador. Ele é um conjunto de instruções em linguagem computacional que, nessa condição, assume a forma de algoritmo.

Baseia-se no conceito de “*code is law*”⁷, ou seja, o código é a lei e quando os requisitos estipulados são preenchidos, procede-se à execução (Silva; Pinto, 2019). Assim, considerando que o contrato é uma estrutura algorítmica, ele é programado conforme a linguagem acordada em um software (Divino, 2018).

A segunda característica do *Smart Contract* é a autoexecutabilidade. A partir do momento em que os requisitos pré-estabelecidos foram atendidos, não há como obstar a execução. Por conta disso são auto aplicáveis ou auto executáveis.

7 Lawrence Lessig (2006) desenvolve esse conceito considerando que as estruturas lógicas (algorítmicas) que constituem a rede global de computadores, ordenam as condições de possibilidade dos relacionamentos mediados por essas tecnologias.

Assumem principal destaque, nesse contexto, a descentralização (a apontar para a desnecessidade de se recorrer a um agente intermediador para a realização de uma transação financeira), a segurança providenciada pela rede e a celeridade com que é possível efetuar trocas das mais variadas escalas de valores (Silva; Pinto, 2019, p. 3).

A característica da autoexecutabilidade precisa ser cuidadosamente estudada e avaliada quando as partes cogitam a utilização do *Smart Contract*, isso porque o judiciário é impotente para impedir sua execução. Não há espaço para ajuizar uma ação por violação quando a violação é impossível (Werbach; Cornell, 2017, tradução livre).

Por se tratar de um sistema algorítmico criptografado e descentralizado, a probabilidade de execução e adimplemento são altíssimas. Contudo, não existe programa capaz de garantir 100% o adimplemento da obrigação e o cumprimento do contrato em sua integralidade, haja vista a hipótese, ainda que remota, de manipulação furtiva do sistema.

O *Smart Contract* é apresentado como uma solução digital para o problema do inadimplemento, da dupla interpretação de cláusulas ou de intervenção de terceiros na execução. Contudo, nenhuma regra pode ser interpretada como absoluta e algumas das características mais marcantes do *Smart Contract* podem funcionar de forma inversa, acarretando situações que precisarão ser resolvidas por um terceiro estranho à relação contratual.

A partir disso pode-se colocar sob suspeita os conceitos de “inteligente” e “autoexecutável” conferidos ao *Smart Contract*, visto que “ainda são dependentes da capacidade humana de traduzir a linguagem humana (e, inclusive, o jargão jurídico) para linguagem computacional” (Faleiros JR., 2022).

Conforme já mencionado, o *Smart Contract* opera por meio da tecnologia Blockchain, e, em que pese haver diversos métodos para a sua implementação, atualmente a principal tecnologia utilizada para os *Smart Contracts* é a plataforma *Ethereum*⁸.

Ethereum, segundo seus criadores, é como um computador mundial que se aproxima de uma máquina virtual, denominada como *Ethereum Virtual Machine* (EVM), com uma linguagem de computação completa, também conhecida como linguagem de Turing, capaz de resolver diversos problemas usando linguagem computacional de script universal conhecida como *Solidity*⁹, contudo passível de futuro desenvolvimento e atualizações. Ainda segundo Buterin, (2014), *Ethereum* é utilizada para literalmente construir quaisquer atributos matematicamente descritíveis através do mecanismo de contratos. Referida linguagem permite aos desenvolvedores de todas partes do mundo escrever seus próprios contratos, distribuindo-os na rede descentralizada do *Ethereum* (Luciano, 2018, p. 911).

O *Smart Contract* pode ser implementado em qualquer *Blockchain*, contudo, a plataforma *Ethereum* foi desenvolvida especificamente para isso. Há plataformas que procuram facilitar a implementação de *Smart Contract*, destinadas a usuários que desconheçam as técnicas e recursos de programação. Uma delas é a *Confideal*¹⁰, embora funcione dentro da *Ethereum* (Bitcoin, 2017).

8 Confira em: <https://ethereum.org>

9 Confira em: <https://docs.soliditylang.org/en/v0.8.17/>

10 Confira em: <https://confideal.io>

Independentemente da plataforma, para desenvolver o *Smart Contract* é necessário que o sistema esteja vinculado aos bens ou serviços do contrato para bloqueá-los e desbloqueá-los automaticamente (Cardoso, 2018). As partes devem possuir uma assinatura digital para que possam assinar os termos do contrato com suas chaves criptografadas.

Entusiastas acreditam no potencial revolucionário dos *Smart Contracts* para as mais diversas transações no *e-commerce*. O contrato inteligente pode potencializar as vendas realizadas na internet pelo fato de não requerer confiança (*trustless*) entre as partes para que a venda ocorra (Alharby; Moorsel, 2017).

Imagine-se que um usuário efetuou uma compra em um site de *e-commerce*. Ao finalizar a compra, assinou um *Smart Contract* que vincula o pagamento ao recebimento do produto. Assim, apenas com o envio da informação ao *Smart Contract* que o produto foi efetivamente entregue o pagamento é efetuado. Outro exemplo de utilização do *Smart Contract* diz respeito ao pagamento de royalties por direitos autorais relacionados a execução musical on-line. O titular de um fonograma poderia registrar seus direitos no *Blockchain*. O *Smart Contract*, então, “força” o pagamento toda vez que a música for usada para fins comerciais. A plataforma Ujo¹¹, por exemplo, emprega o *Smart Contracts* na gestão de direitos patrimoniais relacionados a execução musical (Alharby; Moorsel, 2017, tradução livre).

Verifica-se também a aplicação dos *Smart Contracts* para transações relacionadas a imóveis, carros, entre outros bens, assim como para serviços. A *Propy*¹², empresa localizada no Vale do Silício, comercializa imóveis internacionalmente por meio de *Smart Contracts*. Ela atua como uma imobiliária e cartório de escrituras descentralizadas. A primeira venda realizada pela empresa foi realizada por meio da *Ethereum* (Criptofácil, 2017).

Assim, necessário reforçar que, em que pese o contrato inteligente esteja confinado ao meio digital, os objetos do contrato não necessariamente estão. Conforme os exemplos acima, é plenamente possível utilizar um *Smart Contract* em transações de bens corpóreos como a compra e venda de imóveis, e não apenas bens ou direitos incorpóreos, como é o caso dos royalties ou os próprios bitcoins.

A simplicidade do procedimento é o seu maior atrativo, de modo que a desburocratização sugere vantagens para operações cujos bens envolvidos encontram-se on e off-line.

4. OS SMART CONTRACTS E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Considerando as singularidades atinentes aos *Smart Contracts*, para que o modelo seja nacionalmente admitido, é necessário respeitar “todas as normas gerais e princípios estabelecidos para regulação dos negócios jurídicos” (Efig; Santos, 2018).

Aqui é preciso destacar um aspecto simples, porém determinante em relação ao tema. Não raro escapa ao emprego cotidiano da palavra “contrato” a diferença entre a sua caracte-

11 Confira em: <https://ujomusic.com>

12 Confira em: <https://propy.com>

rização como um *acordo de vontades*, e o *instrumento* a partir do qual o acordo é firmado. O contrato enquanto negócio jurídico apresenta dupla dimensão: uma que ordem estipulatória intersubjetiva que, a rigor, prescinde qualquer formalidade específica, e outra de caráter material, em que o contrato se apresenta como um conjunto de disposições materializadas em um documento (Gomes, 2019, p. 15).

Ao tratar de *Smart Contracts* no campo da indústria, Petroni, Gonçalves e Martins (2022, p. 148) consideram que os “contratos são **documentos** que **ratificam um acordo de vontades** entre as partes, com o objetivo de adquirir, proteger, transferir, modificar, preservar ou extinguir direitos”. Afirmam, ainda, que “a ideia de um contrato inteligente é **automatizar a sua execução**, utilizando algoritmos de comunicação, em uma rede de computadores com interfaces acessíveis às partes”.

No campo jurídico, Tepedino, Konder e Bandeira (2021, p. 6) explicam que:

O contrato é tido como espécie do gênero negócio jurídico, reunido já não tanto pela sua estruturação na manifestação de vontade, mas por sua função de **autorregulação de interesses**. Considera-se, nessa perspectiva, o contrato como o **negócio jurídico, bilateral em sua formação e patrimonial no seu objeto, destinado a autorregulamentar interesses**. [...] a palavra empenhada é suficiente para criar vínculo jurídico, **prescindindo, em regra, de qualquer formalidade na expressão do consentimento** ou mesmo da chancela estatal. Completa-se, afinal, com a força obrigatória do contrato, princípio fundamental do direito contratual, a exigir que os pactos sejam cumpridos.

Isto posto, observa-se que os *Smart Contracts* se situam basicamente na *esfera instrumental*, oferecendo suporte à manifestação e à execução das pretensões envolvidas. A referida tecnologia não alcança fatores prejudiciais volitivos e de mérito, a exemplo de vícios de consentimento, lesão, estado de perigo, onerosidade excessiva ou mesmo licitude do objeto. O *Smart Contract* agiliza o trâmite, mas não é capaz de incidir sobre aspectos que transcendem a instrumentalização das operações que suportam, exceto quando o objeto do contrato e/ou as respectivas obrigações sejam de caráter digital.

Considerando o princípio processual do acesso à justiça, é totalmente lícito que os contraentes busquem o Poder Judiciário para solucionar um conflito de mérito envolvendo a aplicação de *Smart Contracts*. Contudo, o que inicialmente se apresenta como garantia de eficiência e segurança nos *Smart Contracts*, diante de algum impasse que seja ajuizado, as peculiaridades tecnológicas da instrumentalização nesses contratos podem revelar-se como obstáculos à tramitação processual célere, visto que as cláusulas neles contidas compreendem algoritmos criptografados, o que poderá demandar atuação pericial.

[...] Trata-se de modelo idealizado para um momento no qual seja possível, pela “matematização” da linguagem contratual, delegar todos os elementos conformadores da estrutura clausular das obrigações a um algoritmo “inteligente”, que compreenda, por exemplo, a linguagem natural (falada ou escrita por humanos) e consiga convertê-la em parâmetros matemáticos. Não se atingiu esse patamar do desenvolvimento tecnológico, ainda, e a própria adjetivação que qualifica tais instrumentos (“inteligentes”) desfalece diante da realidade [...] (Faleiros JR., 2022).

Do ponto de vista estritamente técnico instrumental, não há meios de alterar o código do contrato para inserir ou excluir cláusulas, da mesma forma como não há meios para impedir sua execução, uma vez que os requisitos pré-definidos sejam atendidos. Assim, vislumbra-se

que um contrato criptografado que afeta pretensões de terceiros e implica onerosidade excessiva a uma das partes ou não prevê exceções, contém um aspecto prejudicial ao cumprimento do princípio da função social dos contratos. O que se verifica como proeminente nessa característica específica do *Smart Contract* é sua indiferença aos aspectos subjetivos e exteriores relativos ao acordo entre as partes.

Nesse sentido, Levy (2017) considera que os contratos inteligentes se concentram no plano instrumental (técnico) dos contratos, excluindo os contextos sociais nos quais operam e as formas complexas pelas quais as pessoas os utilizam.

O princípio da função social do contrato procura conferir proteção jurídica aos contraentes e a terceiros, reduzindo os efeitos negativos que uma contratação individualista possa acarretar. Assim, a estrita automação proporcionada pelos *Smart Contracts*, em um contexto sociojurídico mais amplo, transfigura-se em potencial insegurança, uma vez que os pressupostos relativos à boa-fé, por exemplo, dão lugar a um modelo relacional rigorosamente tecnicista.

O propósito de facilitar transações comerciais que acompanha o desenvolvimento tecnológico dos *Smart Contracts* não pode desconsiderar o fato de que sua modelagem computacional rígida, de certa forma, colide com a ordem jurídica contratualista em seus atuais parâmetros. Conforme Nalin (2014) “sustentar posições radicais e extremas, seja em favor dos interesses do mercado, seja em favor dos anseios sociais, é iniciativa fadada ao fracasso, já que assim procedendo o intérprete terá uma visão parcial do complexo sistema jurídico”.

Diante desta análise, observa-se que o *Smart Contract* se aproxima do ideário das relações jurídicas que se encontrava no Código de 1916, de caráter individualista, aspecto dissonante com o Código Civil de 2002 e com a Constituição da República (Brasil, 1988), que introduziram nas relações privadas uma perspectiva voltada para o coletivo e preocupação com o bem-estar comum.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito – assim como as tecnologias – na condição de produto do meio social em que está inserido, deve se manter em constante evolução para acompanhar as mudanças da vida.

Nesse contexto, os *Smart Contracts* são fruto de uma realidade computacional em desenvolvimento, cujas potencialidades e desafios não há como nesse momento dimensionar integralmente. Na esteira de uma visão significativamente otimista das Tecnologias de Informação, são lançadas promessas orientadas por concepções produtivistas e pautadas na eficiência que, de modo geral, precisam dialogar com outras dimensões da realidade humana, a fim de modelar parâmetros mais adequados de implementação.

As características marcantes e convidativas do *Smart Contract* não podem ser transformadas em barreiras que mitiguem ou mesmo inviabilizem reivindicações de direitos junto ao Poder Judiciário. Nesse sentido, é necessário ponderar sobre quais são as hipóteses mais adequadas ao emprego de *Smart Contracts*.

Observa-se que os *Smart Contracts* se distanciam do princípio da função social do contrato, na medida que seus pressupostos técnicos e sua vocação estritamente instrumental não corresponde aos desígnios do referido princípio.

REFERÊNCIAS

- ALHARBY, Maher; MOORSEL, Aad Van. A systematic mapping study on current research topics in smart contracts. *International Journal of Computer Science & Information Technology*, v. 9, n. 5, p.151 -164, out. 2017. Disponível em: <https://www.doi.org/10.5121/ijcsit.2017.9511>. Acesso em: 17 Set. 2020.
- BITCOIN. PR. Confideal, a smart contract management plataforma announces the start of their Initial Coin Offering (ICO) after garnering cooperation with 13 companies and creating an MVP. *Bitcoin.com*, 2 nov. 2017. Disponível em: <https://news.bitcoin.com/pr-confideal-a-smart-contract-management-platform-announces-the-start-of-their-initial-coin-offering-ico-after-garnering-cooperation-with-13-companies-and-creating-an-mvp/>. Acesso em: 10 Set. 2020.
- 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: 15 jun. 2020.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 18 set. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.
- CARDOSO, Bruno. Contratos inteligentes: descubra o que são e como funcionam. *Site Bruno Cardoso*, 21 abr. 2018. Disponível em: <https://brunocardosoadv.com/contratos-inteligentes/>. Acesso em: 20 set. 2020.
- CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. 2. ed. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2010. v. 1.
- CRIFTOFÁCIL. Propy anuncia a primeira compra de imóveis no mundo via *Ethereum*. *CriptoFácil*, out. 2017. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/propy-anuncia-primeira-compra-de-imoveis-no-mundo-via-ethereum/>. Acesso em: 13 nov. 2020.
- DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. *Smart contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, n. 6, 2018. Disponível em: http://cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2771_2808.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.
- EFING, Antonio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. Análise dos *smart contracts* à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. *Direito e Desenvolvimento*, v. 9, n. 2, p. 49-64, dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.755>. Acesso em: 26 ago. 2020.
- FALEIROS JR., José Luiz de Moura. Contratos algorítmicos e onerosidade excessiva: as consequências da inflexibilidade. *Civilistica.com*, v. 11, n. 2, p. 1-13, out. 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/852>. Acesso em: 22 out. 2022.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 56. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 4.
- GOMES, Delber Pinto. Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e *Smart Contracts*. *Revista Eletrônica de Direito*, n. 3, v. 17, p. 39-55, out. 2018. Disponível em: <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2018-nordm-3/contratos-ex-machina-breves-notas-sobre-a-introducao-da-tecnologia-blockchain-e-smart-contracts/>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [on-line].
- LESSIG, Lawrence. *CODE*. New York: Basic Books, 2006. Disponível em: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/f/fd/Code_v2.pdf Acesso em: 3 Ago. 2022.
- LEVY, Karen E. C. Book-smart, not street-smart: blockchain-based smart contracts and the social workings of law. *Engaging Science, Technology, and Society*, Boston, v. 3. p. 1-15, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.17351/ests2017.107>. Acesso em: 22 out. 2022.
- LUCIANO, Romulo Benites de Souza. Aplicação da *smart contract* nos contratos de gás natural: uma análise exploratória. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 22, n. 6, nov./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/01982-7849rac2018180136>. Acesso em: 1 set. 2020.
- MARCHSIN, Karina Bastos K. *Blockchain e smart contracts: as inovações no âmbito do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2022.

- MORAES, Alexandre Fernandes D. *Bitcoin e blockchain: a revolução das moedas digitais*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 115, 2014. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/133>. Acesso em: 22 out. 2022.
- OLIVEIRA, Herrington Santos; SILVA, Paulo César Nunes da. A função social do contrato no código civil de 2002: aspectos práticos e relevantes acerca do instituto. *Revista Videre*, v. 5, n. 10, 2013. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/1442>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Princípios básicos do direito contratual no novo código civil. *Revista EMERJ*, Rio Grande do Sul, p. 219-235, fev./jun. 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_219.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos: declaração unilateral de vontade; responsabilidade civil*. v. 3. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PETRONI, Benedito Cristiano Aparecido; GONÇALVES, Rodrigo Franco; MARTINS, Geraldo José Dolce Uzum. Plataforma *Blockchain e Smart Contracts* com Api's para Manufatura Indústria 4.0. *Revista FSA*, v. 19, n. 4, p. 141-156, abr. 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12819/2022.19.4.8>. Acesso em: 21 out. 2022.
- REY, Jorge Feliu. *Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado*. Redes – *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 7, n. 3. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v7i3.6120> Acesso em: 20 ago. 2020.
- ROCHA, Enid. A Constituição Cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social: avanços e desafios. In: VAZ, Flavio Tonelli; MUSSE, Juliano Sander; SANTOS, Rodolfo Fonseca dos Santos (coord.). *20 anos da constituição cidadã: avaliação e desafio da seguridade social*. Brasília: Anfip, 2008.
- RULLI NETO, Antônio. *Função social contrato*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.
- SILVA, Rodrigo da Guia; PINTO, Melanie Dreyer Breitenbach. Contratos inteligentes (*Smart Contracts*): esses estranhos (des)conhecidos. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 5, out./dez. 2019.
- SZABO, Nick. Formalizing and securing relationships on public network. *First Monday*, v. 2, n. 9, set. 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.5210/fm.v2i9.548>. Acesso em: 10 Out. 2022.
- TELLES, André. *O futuro é smart: como as novas tecnologias estão redesenhando os negócios e o mundo em que vivemos*. Curitiba: Pucpress, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 3 [on-line].
- THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. Contracts ex machina. *Duke Law Journal*, Durhan, v. 67, n. 2, p. 313-382, nov. 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol67/iss2/2/>. Acesso em: 8 set. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 23/02/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/02/2023
- Avaliação 1: 27/09/2024
- Avaliação 2: 27/09/2024
- Decisão editorial preliminar: 27/09/2024
- Retorno rodada de correções: 04/10/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/10/2024

Equipe editorial envolvida

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

DIPLOMACIA ECONÔMICA E O AGRONEGÓCIO: UMA ANÁLISE DA INTERSEÇÃO ENTRE COMÉRCIO E POLÍTICA NO CENÁRIO GLOBAL

ECONOMIC DIPLOMACY AND AGRIBUSINESS:
AN ANALYSIS OF THE INTERSECTION BETWEEN TRADE
AND POLITICS IN THE GLOBAL SCENARIO

FABIANE VELASQUEZ MARAFIGA¹

RESUMO

Este artigo investiga o papel dos atores do agronegócio no contexto da diplomacia econômica, ao indagar, como problema de pesquisa, o modo como esses atores influenciam e são influenciados pelas dinâmicas da diplomacia econômica global. A pesquisa conjectura, como hipótese, que tanto atores estatais quanto não estatais desempenham papéis cruciais na definição e implementação da diplomacia econômica, afetando diretamente o comércio internacional do agronegócio. O objetivo geral do manuscrito é desvendar a complexidade das relações entre diplomacia econômica e agronegócio, ao se centrar na análise dos modelos teóricos de diplomacia econômica, a identificação dos principais atores envolvidos e a exploração de suas estratégias e influências. O marco teórico engloba teorias de diplomacia econômica e estudos sobre o agronegócio, nomeadamente nas perspectivas de Robert Putnam e Helen Milner, utilizando metodologia interdisciplinar que combina análise teórica e investigação empírica de fontes secundárias.

Palavras-chave: agronegócio; comércio internacional; diplomacia do agronegócio; direito internacional ; grupos de interesse não personalizados.

ABSTRACT

This article investigates the role of agribusiness actors within the context of economic diplomacy, by questioning, as a research problem, how these actors influence and are influenced by the dynamics of global economic diplomacy. The research posits, as a hypothesis, that both state and non-state actors play crucial roles in defining and implementing economic diplomacy, directly affecting international agribusiness trade. The overarching goal of the manuscript is to unravel the complexity of the relationships between economic diplomacy and agribusiness, focusing on the analysis of economic diplomacy theoretical models, identifying the key stakeholders involved, and exploring their strategies and influences. The theoretical framework encompasses theories of economic diplomacy and studies on agribusiness, notably from the perspectives of Robert Putnam and Helen

¹ Mestra em Direito da Empresa e dos Negócios pela Unisinos (Rio Grande do Sul). Possui graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2007) e graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Santa Maria (2002). Possui Especialização em Direito do Estado pela Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes e Especialização em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Possui MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (2013) e MBA Internacional em Business and Management, nos Estados Unidos, em Irvine, pela University of California (2014). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/5655984421454545>. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0007-5547-4317>.

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

MARAFIGA, Fabiane Velasquez. Diplomacia econômica e o agronegócio: uma análise da interseção entre comércio e política no cenário global. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 85-102, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9892>.

Milner, utilizing an interdisciplinary methodology that combines theoretical analysis and empirical investigation of secondary sources.

Keywords: *agribusiness; international trade; agribusiness diplomacy; international law; non-personalized interest groups.*

1. INTRODUÇÃO

Este artigo investiga o papel dos atores do agronegócio no contexto da diplomacia econômica, ao indagar, como problema de pesquisa, o modo como esses atores influenciam e são influenciados pelas dinâmicas da diplomacia econômica global. A pesquisa conjectura, como hipótese, que tanto atores estatais quanto não estatais desempenham papéis cruciais na definição e implementação da diplomacia econômica, afetando diretamente o comércio internacional do agronegócio.

A aderência deste texto à área de concentração “Instituições sociais, direito e democracia” e à linha de pesquisa “Autonomia privada, regulação e estratégia” é evidente na medida em que explora como os atores do agronegócio, tanto estatais quanto não estatais, influenciam e são influenciados pelas dinâmicas da diplomacia econômica global. A análise do papel desses atores no contexto da regulação e das estratégias econômicas, bem como a interação entre autonomia privada e intervenção estatal, reflete diretamente as preocupações centrais da linha de pesquisa. Além disso, a investigação sobre a proteção dos interesses comerciais do agronegócio no cenário internacional e a promoção de políticas econômicas sustentáveis nos limites normativos e éticos do Estado Democrático de Direito está alinhada com os objetivos de compreensão e interpretação das instituições sociais no ambiente democrático. O desenvolvimento do artigo busca analisar a complexa interação entre diplomacia econômica e agronegócio, com destaque para a importância dos atores estatais e não estatais no fomento e na proteção dos interesses comerciais do setor no cenário internacional. Discute-se como essa dinâmica influencia as políticas externas e as estratégias de mercado, ressaltando o papel crucial da diplomacia econômica na promoção do agronegócio brasileiro. O texto enfatiza a necessidade de abordagem colaborativa entre governo e setor privado para maximizar a competitividade e a sustentabilidade do agronegócio globalmente. Por fim, sugere a identificação de novo grupo de atores não estatais: os Grupos de Interesse não personalizados.

O objetivo geral do manuscrito é desvendar a complexidade das relações entre diplomacia econômica e agronegócio, ao se centrar na análise dos modelos teóricos de diplomacia econômica, a identificação dos principais atores envolvidos e a exploração de suas estratégias e influências.

A justificativa do estudo reside na crescente importância do agronegócio no comércio internacional e na necessidade de compreender os mecanismos de sua promoção e proteção em um cenário globalizado. O marco teórico engloba teorias de diplomacia econômica e estudos sobre o agronegócio, nomeadamente nas perspectivas de Robert Putnam e Helen Milner, utilizando metodologia interdisciplinar que combina análise teórica e investigação empírica de fontes secundárias.

2. DIPLOMACIA ECONÔMICA: PANO DE FUNDO DOS ATORES DO AGRONEGÓCIO

A diplomacia pode ser conceituada como atividade restrita às relações entre os Estados e conduzida por agentes dos Ministérios de Relações Exteriores, os diplomatas (Magalhães, 1996). Contudo, as definições contemporâneas do termo ampliam o seu âmbito, incorporando outros protagonistas. Nesse sentido, considera-se a diplomacia como mecanismo de representação, comunicação e negociação por meio do qual os Estados e outros atores internacionais conduzem seus negócios (Saner; Yiu, 2001). Nenhum desses, porém, se relaciona à diplomacia econômica, dado o seu propósito específico (Bayne; Woolcock, 2007).

Para sua compreensão, necessário investigar o conceito de diplomacia comercial. Esta pode ser definida como “[...] atividade conduzida pelos representantes do Estado com vista à promoção dos negócios”, e busca “[...] fortalecer o desenvolvimento comercial, por meio de uma série de promoções de negócios e facilitação de atividades” (Simon, 2012, p. 4).

A diplomacia econômica, por sua vez, refere-se às relações econômicas internacionais, com uma ampla gama de temáticas e atores. Trata-se, pois, de processo por meio do qual os países, em suas relações internacionais, buscam maximizar ganhos, seja no comércio, no setor de investimentos ou em outras formas de intercâmbio economicamente benéficas. Nelas os atores se beneficiam das vantagens comparativas, atuando em dimensões bilaterais, regionais e multilaterais (Kishan, 2007), e não há o monopólio das entidades estatais, dos agentes oficiais dos Ministérios das Relações Exteriores ou da Economia, dos serviços diplomáticos e comerciais, bem como de agências promocionais.

A diplomacia econômica se viu sobremaneira impulsionada pelo avanço do comércio internacional com o fim da Guerra Fria. Desde então, os países passaram a buscar a integração com o sistema econômico internacional, abrindo-se à competição externa e aumentando o fluxo de comércio e investimentos internacionais. Teve-se, pois, a globalização² e, consequentemente, a interdependência das nações (Bayne; Woolcock, 2007). Destaque, também, para a consolidação do Sistema Multilateral do Comércio, com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995. Essa estrutura jurídica, altamente complexa e vigente no comércio internacional, deu maior especificidade às normas, demandando amplo conhecimento técnico especializado³ (Machado, 2009).

A atuação brasileira nas negociações da Rodada Doha, por exemplo, foi marcada pelas noções de diplomacia comercial. Isso porque “[...] os atores domésticos do setor agrícola participaram de forma ativa” e “a colaboração entre o governo brasileiro e esses atores foi importante para a elaboração da agenda do Brasil para as negociações” (Simon, 2012, p. 3). Tal fato denota que o Ministério das Relações Exteriores deixou de ser o único responsável pela condução da diplomacia, passando a dividir espaço de sua atuação com outros ministérios e

2 Segundo Luis Carlos Delorme Prado (2009), o termo globalização, substituindo termos como “internacionalização” ou “transnacionalização”, começou a ser utilizado a partir da década de 1980. “Originalmente, esta ideia era sustentada por setores que defendiam a maior participação em países em desenvolvimento, em especial os NICs (*New Industrialized Countries*) Latino-Americanos e Asiáticos [*sic*] em uma economia administrada internacionalmente” (Prado, 2009, p. 2). Na década de 1990, no entanto, é que o termo ganhou destaque, ganhando acepções positiva e normativa. Quanto à primeira, o termo descreve “[...] o processo de integração da economia mundial”; já a segunda prescreve “[...] uma estratégia de desenvolvimento baseada na rápida integração com a economia mundial” (Prado, 2009, p. 1-2).

3 Conhecimentos biológicos e fitossanitários são exemplos dessa especificidade demandada.

com novos atores, estatais e não estatais, como, por exemplo, as assessoriais e secretarias de relações internacionais, as associações privadas e as confederações de setores econômicos.

Na tentativa de desenvolver esse novo paradigma diplomático do agronegócio no Brasil, em janeiro de 2019, o Itamaraty alterou o perfil de sua atuação com a criação do Departamento da Promoção do Agronegócio. “Além de incrementar o número e o escopo de ações e iniciativas [...]”, passou a visar a exploração das sinergias “[...] entre duas frentes tradicionais de sua atuação: a política comercial e a promoção comercial. Assim, cada vez mais se conjugam esforços de abertura de mercado e ações de promoção dos setores exportadores” (Brasil, 2020).

No entanto, para o adequado desenvolvimento da diplomacia econômica no Brasil, imperioso reconhecer de que modo são edificadas as relações comerciais, notadamente, por meio dos papéis que os atores exercem nesse cenário, compreendendo-os, ainda, no contexto da diplomacia econômica e do agronegócio.

3. MODELOS TEÓRICOS PARA ANÁLISE DA DIPLOMACIA ECONÔMICA

As relações internacionais em seu conceito clássico compreendem o Estado como uma figura ímpar e inseparável, com juízos políticos invariáveis e obviamente aprazados. Nesse cenário, o Poder Executivo orienta restritamente as deliberações da política externa, desprezando a pertinência da conversação entre os agentes domésticos no processo de tomada de decisão. A disposição do país é o poder potencializado, e sua atuação é balizada pelas imposições e viabilidades externas. Dessa forma, o contexto interno dos Estados não pode ser vislumbrado (Shima, 2015).⁴

Nos anos 1990, a globalização vivificou mudanças profundas em esfera internacional. Essas oscilações impactaram diretamente na internacionalização das economias, no aumento das movimentações financeiras e comerciais entre os países e em modificações na agenda diplomática de várias noções. A reestruturação das relações econômicas globais fez com que agentes estreates procurassem inclusão no processo de criação da política externa, já que as resoluções globais começaram a sensibilizar e gerar consequências distributivas superiores em âmbitos econômico e social (Figueira, 2009).

O Estado, no entanto, não pode mais ser interpretado como um ente unitário e isolado. Os países ao se relacionarem, modificam o ambiente internacional e processam alterações também no ambiente doméstico. Assim:

[...] interpretar a decisão de política externa considerando o Estado como ator unificado e unitário, pode introduzir um viés analítico fazendo com que sejam desconsiderados os interesses divergentes decorrentes dos efeitos diversos

4 Sérgio Danese (2018) analisa o desempenho de diplomatas, mostrando que a diplomacia de chefes de estado e governo só pode ser compreendida com base no exercício de liderança e a combinação peculiar entre a política interna e a política externa de qualquer país que a utilize. É nesse sentido que o autor indica que a diplomacia presidencial tem a ver com o poder. “Poder interno de iniciativa, que não é de natureza burocrática, para dar prioridade a temas de política externa. Poder externo, que também não é burocrático, para perseguir políticas que justifiquem o esforço, os riscos e a *exposure* do Primeiro Mandatário e que sejam, ademais, aptas a responder as expectativas que se criam com sua participação direta na ação externa de seu país” (Danese, 2018, p. 259).

para os atores. Ou seja, a posição do tomador de decisão vai ser tanto mais confiável quanto maior for o respaldo doméstico a ela. Dessa maneira, o respaldo interno atesta credibilidade ao que o negociador se propõe dentro da negociação (Pagliari, 2010).

Nesse sentido, diversas teorias se formaram com a intenção de esclarecer o complexo processo que antecede as tomadas de decisões sobre as matérias internacionais, com reflexos no ambiente doméstico, levando em conta os atores, instituições, preferências, características de liderança e regras decisórias (Shima, 2015).

Existem correntes teóricas que analisam as variáveis doméstica e internacional. Por meio dessas, o sentido de diplomacia econômica pode ser alcançado. Nessa linha, destacam-se dois autores que serão tratados nesta seção: Robert Putnam (2010) e Helen Milner (1997). O modelo teórico de Putnam trabalha os dois níveis – o doméstico e o internacional –, além do processo de negociação. Já Milner analisa as relações, compreendendo as preferências e os mecanismos de influência sobre a política externa.

3.1 MODELO TEÓRICO DE ROBERT PUTNAM: OS JOGOS DE DOIS NÍVEIS

Os estudos de Robert Putnam e o metafórico Jogos de Dois Níveis dá o passo inicial para outras pesquisas voltadas para a integração das arenas interna e externa em processos de negociação internacional. Para Putnam (2010), a política doméstica e as relações internacionais estão vinculadas. Segundo o autor:

No nível nacional, os grupos domésticos perseguem seu interesse pressionando o governo a adotar políticas favoráveis a seus interesses e os políticos buscam o poder constituindo coalizões entre esses grupos. No nível internacional, os governos nacionais buscam maximizar suas próprias habilidades de satisfazer as pressões domésticas, enquanto minimizam as consequências adversas das evoluções externas. Nenhum dos dois jogos pode ser ignorado pelos tomadores de decisão, pois seus países permanecem ao mesmo tempo interdependentes e soberanos (Putnam, 2010, p. 151).

De acordo com esse modelo, no nível internacional, o negociador avalia o contexto e toma suas decisões, que podem trazer maiores benefícios em relação aos demais países. No nível doméstico, há diversos atores com interesses e objetivos diferenciados. Neste, o negociador leva em consideração as preferências dos jogadores, as coalizões e as instituições, superando a concepção do Estado como um ente unitário (Shima, 2015). Além disso,

[...] em negociações internacionais, mais especificamente no plano externo, há países que lutam para obter mais vantagens comerciais para si. Já no plano interno, existem grupos de interesse que pressionam o governo para que ele adote medidas que lhes favoreçam. Desse modo, na teoria dos jogos de dois níveis, os chefes de governo estão posicionados estrategicamente entre dois tabuleiros: um formado pela política doméstica e o outro, pelas negociações internacionais (Diverio; Silva; Mielitz Netto, 2016, p. 240).

No Jogos de Dois Níveis, os tomadores de decisão, o negociador-chefe ou o representante do Estado procuram responder aos interesses dos atores domésticos e, simultaneamente, enfrentar os constrangimentos do sistema internacional. Nisso tudo há um processo dinâmico que se inicia com exigências do nível doméstico e que podem ocorrer antes do início das negociações.

Nesse modelo, ainda, as preferências são mutáveis; os tomadores de decisão usam as articulações de modo estratégico para atingir os melhores resultados possíveis de uma negociação, que satisfaçam tanto o nível internacional (parceiros internacionais e coalizões) quanto o nível doméstico (Shima, 2015).

No modelo idealizado por Putnam (2010), os negociadores também alteram a estrutura de ganhos esperada por cada um dos envolvidos. O nível doméstico depende da distribuição de poder, das preferências dos atores e das possíveis coalizões que possam se formar. Já o nível internacional está relacionado às estratégias dos negociadores e às forças que se opõem (forças isolacionistas) ou que apoiam os negociadores (forças universalistas) (Shima, 2015).

O modelo de Putnam sustenta que quanto mais o negociador, no controle doméstico, tiver reduzido o poder de decisão, maiores serão as chances de acordo de nível doméstico, pois isso limita o escopo para concessões e força a outra parte a alterar seu próprio poder de barganha. Em sentido oposto, caso o negociador tenha um poder de decisão doméstico mais alargado, estará em uma posição mais fraca de negociação internacional e poderá ser mais pressionado, porque as outras partes negociadoras procurarão fazer uso de todas as possibilidades de concessão ao compromisso (Putnam, 2010). É o que conclui o autor, ao analisar os vetores de força e autonomia do Estado, afirmando que “[...] quanto mais forte for a autonomia de um Estado em relação às pressões domésticas, mais fraca é sua posição relativa ao barganhar internacionalmente” (Putnam, 2010, p. 162).

Segundo Nicholas Bayne e Stephen Woolcock (2007), aplicando a lógica de Putnam nos países em desenvolvimento, os negociadores desses países possuem mercados domésticos menores e posições mais fracas no mercado internacional do que os países desenvolvidos, pois têm dificuldade de ratificação dos acordos.

Ademais, a estrutura doméstica, caracterizada por interesses heterogêneos, dá ao negociador, principalmente nos países desenvolvidos, mais oportunidades de construir alianças e, conseqüentemente, coalizões em acordos internacionais em favor do nível internacional, ou, no mínimo, garantir apoio necessário para posterior ratificação do acordo. Assim, o governo que está internamente dividido, tem maior chance de chegar a um acordo internacional, pois tem margem de manobra maior do que aquele que está firmemente empenhado em uma única proposta (Putnam, 2010).

O respaldo no ambiente interno é extremamente importante para o processo de negociação internacional, pois, sem contar com ele, ao negociador pode ficar inviável o cumprimento do acordado. De tal modo, o respaldo doméstico atesta credibilidade ao que o negociador propõe dentro da negociação. Pois toda a barganha entre os negociadores no nível internacional (nível I) para alcançar um acordo vai demandar uma etapa doméstica (nível II do processo) para a ratificação ou não do acordo, bem como sua implantação (Pagliari, 2010).

Por outro lado, nos países em que a estrutura doméstica for mais homogênea e a maioria se opuser a uma decisão no nível internacional, o negociador poderá tentar alterar os ganhos esperados do nível doméstico com o nível internacional. Isso significa que, nessas situações, as variáveis internacionais podem influenciar consideravelmente a alteração das preferências internas, e induzir, no ambiente doméstico, a compreensão de que estas podem vir a ser benéficas. Um exemplo disso seria a maioria do nível doméstico opondo-se a uma determinada política, mas com alguns membros dispostos a mudar seu voto em troca de mais postos de

trabalho. Se essa negociação estivesse limitada ao nível doméstico, essa troca não seria tecnicamente viável, mas se o negociador puder intermediar um acordo internacional que ofereça mais empregos, ele poderá derrubar o resultado inicial da mesa doméstica (Putnam, 2010).

Logo, a realização de acordos no cenário internacional depende, em última instância, da capacidade dos governos em conseguir ratificação do nível 2. As soluções que causam pouco desgaste político doméstico e com maiores chances de aceitação formam o chamado “conjunto vencedor”. Claramente, o tamanho do conjunto vencedor influencia o potencial de acordos internacionais: quanto maior, maiores as chances, e vice-versa. Menos intuitivo é a conclusão de que países com conjuntos vencedores pequenos tendem a levar vantagens na negociação, pois podem extrair mais concessões sem compensações correspondentes (o que Putnam chama de “exploração do mais forte pelo mais fraco”) (Badin, 2003, p. 5).

Assim, pode-se concluir que, pelo modelo proposto por Putnam, os movimentos do âmbito internacional podem alterar o nível doméstico, bem como as estratégias elaboradas no plano doméstico podem alterar as decisões no nível internacional. As preferências manifestadas pelos negociadores no nível internacional levam em consideração tanto as possibilidades e constrangimentos oferecidos por outros países, como as preferências do nível doméstico e a possibilidade de ratificação posterior. Em suma, a política externa é resultante de interação dinâmica entre os níveis doméstico e internacional (Shima, 2015).

Importante destacar, assim, que a política doméstica e as relações internacionais estão intrinsecamente vinculadas. Há, portanto, um jogo de política doméstica e internacional, e o modelo teórico de Putnam contribui para desvendar esse quebra-cabeça. Contudo, a teoria de Putnam é fruto de abordagem empírica, limitando-se a explicar os resultados das coalizões em diversos momentos históricos no cenário do comércio internacional. Por meio da aplicação dos conceitos de Putnam (2010), serão evidenciados os papéis de alguns atores de destaque no cenário do agronegócio brasileiro, e de que modo esses foram fundamentais para o crescimento do comércio internacional do país.

3.2 O MODELO TEÓRICO DE HELEN MILNER

No mesmo sentido de Putnam (2010), Helen Milner (1997) leciona que, para a compreensão do comportamento dos Estados nas relações internacionais, é preciso conhecer a importância da associação dos níveis doméstico e internacional. Afirma a autora que os tomadores de decisão recebem influências simultâneas dos níveis doméstico e internacional. No âmbito doméstico, os atores pressionam o governo a adotar políticas que atendam aos seus interesses. Já no sistema internacional, os governos nacionais buscam maximizar as possibilidades de atender às demandas dos atores domésticos.

Nas relações internacionais, as correntes tradicionais concebem uma hierarquia estruturada na política doméstica, com um setor responsável por elaborar decisões que atendam aos interesses dos seus cidadãos; o Estado, portanto, é soberano. Essa perspectiva não acontece no nível internacional, no qual não há uma ordem hierárquica entre os Estados e sim um conjunto de muitos atores independentes e que são responsáveis por sua sobrevivência.

Constata-se, porém, que o ambiente doméstico é composto por diversos atores com suas preferências, e o processo de tomada de decisão é dividido entre eles de forma não hierarquizada. Já no sistema internacional, há certa previsibilidade para tomadas de decisão, coalizões ou para negociações. Os países não podem confiar somente no seu poder para garantir sua sobrevivência. Tanto no nível doméstico quanto no nível internacional, nenhum grupo está no topo; não há países exercendo poder ou autoridade sobre os demais nas tomadas de decisão, coalizões ou negociações. As relações implicam em influência recíproca e divisão de poderes distintos entre os grupos (Milner, 1997).

Há, no nível doméstico, três variáveis para que se possa estabelecer em que posição negociadora se insere o Estado. A primeira variável são as preferências-interesses-políticas dos atores domésticos, os quais diferem entre si. Essa é composta por três atores: membros do Poder Executivo, membros do Poder Legislativo e grupo de interesses. No entanto, alguns atores são mais pacíficos e, com isso, estão mais próximos das preferências estrangeiras; outros mais beligerantes (Shima, 2015).

Assim, os Poderes Executivos enfrentam uma questão fundamental em relação à estratégia de negociação, pois precisam se preocupar em encontrar uma estratégia que seja politicamente viável tanto interna quanto externamente. Portanto, os tomadores de decisão se deparam com um dilema estratégico na medida em que movimentos racionais para um ator em um jogo podem não o ser em outro. Esta lógica torna-se relevante num sistema de Estados crescentemente dependentes, onde o tomador de decisão central atua de maneira estratégica para obter ganhos, simultaneamente, em ambos os jogos (Pagliari, 2010, p. 75).

Enquanto os grupos de interesse visam o aumento de seus ganhos, os membros dos Poderes Executivo e Legislativo possuem o objetivo principal de manutenção de seus cargos políticos e reeleição. Suas conveniências são formadas por dois fatores: o andamento da economia e as preferências dos grupos que os apoiam. Eles buscam manter a base de apoio dos grupos que os ajudam a chegar no poder (Shima, 2015).

Explicitando o impacto das negociações internacionais nos ambientes internos, Maria Izabel Valladão de Carvalho (2010, p. 409) afirma que os “[...] acordos internacionais produzem efeitos distributivos domésticos e geram ganhadores e perdedores, que se mobilizam para influenciar as decisões externas”; os ganhadores, cada vez com mais poder, e os perdedores, com menor força interna. Desse modo, a política doméstica se encontra “[...] vinculada à política internacional, e os atores que se mobilizam são múltiplos e variados, para além do Executivo e do Legislativo” (Carvalho, 2010, p. 409).

Outro ponto que cabe destacar é que políticas que promovem a economia favorecem os atores políticos, que tendem a permanecer em seus cargos. Logo, políticas de cooperação internacional que melhoram aspectos da economia são enfatizadas, e as que ferem a economia, como, por exemplo, aumentando o desemprego ou a inflação, são combatidas internamente (Milner, 1997).

Já as demandas dos grupos domésticos variam de acordo com os impactos das decisões sobre os seus interesses. Alguns grupos podem pressionar para que o governo imponha barreiras protecionistas à importação de determinados produtos, assim como outros podem buscar maior liberalização. O aumento da barganha desses atores provém da retirada ou manu-

tenção do apoio eleitoral (Shima, 2015). Um exemplo é a Sociedade Rural Brasileira, que tem o compromisso de atuar na articulação de ações, buscando “[...] assegurar a valorização, a eficiência e competitividade do agronegócio brasileiro” (Quem..., 2021). Essa atuação é realizada, principalmente, por meio do “Instituto Pensar Agro”,

[...] que apoia a Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA) – que congrega mais de 200 Deputados Federais e Senadores –, a SRB também tem o compromisso de atuar na articulação de ações, no sentido de assumir a liderança, criar movimentos, questionar, impactar e influenciar a tomada de decisões [sic] em diversos âmbitos, como autarquias públicas, Governos, Congresso Nacional, Ministérios, Secretarias, Tribunais de Justiça, além de movimentos empresariais no Brasil e nas comunidades internacionais. Também congrega o Fórum Paulista do Agronegócio, órgão constituído para prestar cooperação técnica junto a Frente Parlamentar do Agronegócio Paulista (SP-AGRO) (Quem..., 2021).

A segunda variável do modelo teórico de Helen Milner são as instituições políticas. Elas influenciam diretamente o processo de tomada de decisão. As instituições políticas definem quais atores irão participar do processo de formulação de posicionamentos externos de um país e delimitam as funções que cada um poderá desempenhar.

A análise das instituições políticas serve como instrumento de avaliação do processo decisório de política externa. As instituições políticas moldam o processo, do qual as preferências são agregadas domesticamente. Os protagonistas que influenciam a tomada de decisão têm escolhas distintas em relação a temas específicos. As preferências de alguns grupos têm maior peso em detrimento de outras no processo de decisão. Os atores buscam se aproximar das instituições para que possam privilegiar suas demandas, assim como as instituições tendem a se mobilizar e privilegiar alguns atores que têm objetivos mais próximos. Há um jogo de interesses e preferências, em que se agrupam pessoas que pensam de forma semelhante e possuem interesses que se coadunam (Shima, 2015).

Milner (1997) indica, ainda, uma terceira variável de análise, que é a distribuição de informações. Os diversos atores dispõem de diferentes níveis de informações, verdadeiras ou não, mais ou menos completas. Aqueles que possuem informações incompletas não têm a mesma capacidade de decisão se comparados com os que possuem informações mais contundentes e próximas da verdade, e que, assim, figuram em condição de vantagem política.

Então, membros dos Poderes Executivo possuem vantagens informacionais sobre os outros atores domésticos e, muitas vezes, informações privadas sobre os países estrangeiros. Assim, há uma assimetria de informação e, conseqüentemente, o domínio do Poder Executivo sobre os demais Poderes, no que se refere à política externa (Milner, 1997).

Já os grupos de interesse também são muito bem-informados sobre os temas ligados ao seu âmbito. Não é de hoje que é forte a atuação da bancada ruralista, influenciando as decisões agrícolas do país. A Frente Parlamentar da Agropecuária, por exemplo, possui forte atuação no Poder Legislativo, operando em defesa dos interesses do setor agrícola, com objetivo precípua de estimular a ampliação de políticas públicas para o desenvolvimento do agronegócio nacional (Frente Parlamentar da Agropecuária, 2020).

No agronegócio brasileiro, diversos grupos de interesse têm atuação de destaque, pois são verdadeiros provedores de informações. Nesse aspecto, destaque para os *Grupos de Inte-*

resse não personalizados, mencionados anteriormente na seção 3.2 deste trabalho (Atores), que fazem circular a informação de modo ágil e estratégico, buscando influenciar os atores governamentais. Além disso, por trabalharem como categorias articuladas, também influenciam políticas em favor de suas demandas.

4. ATORES

Com a globalização e a expansão das burocracias estatais, o número de atores envolvidos na formulação do processo da diplomacia econômica aumentou consideravelmente, ampliando, também, as dificuldades em estabelecer posicionamentos externos e internos. Nesse sentido, a diplomacia econômica:

[...] ultrapassa as chancelarias ou qualquer círculo fechado de burocratas. Todos os órgãos do governo que têm competências econômicas e operam internacionalmente estão se engajando na diplomacia econômica [...]. Ministros e chefes de governo, parlamentos, órgãos públicos e subnacionais passam a ter influência. Uma grande variedade de atores não estatais também se envolve na diplomacia econômica, tanto por meio da definição de políticas de governo quanto como jogadores independentes em suas áreas de domínio (Bayne; Woolcock, 2007, p. 3).

Por essa razão é importante compreender de modo mais amplo a atuação dos Estados, o que se dá por meio dos atores estatais e pela atuação cada vez mais direta dos atores não estatais.

4.1 DOS ATORES ESTATAIS

A estrutura do Poder Executivo se modifica nos diferentes sistemas políticos. Contudo, três atores podem ser destacados: (i) Chefes de Estado e Ministros de Estado; (ii) as burocracias e (iii) as agências regulatórias e administrativas (Macdonald; Woolcock, 2007).

No processo de formulação de política, os Chefes de Estado e Ministros – no caso do Brasil, pode-se verificar a crescente participação ativa e efetiva na concepção e na execução da política externa em temas específicos. Na diplomacia contemporânea, os ministros têm assumido um papel mais discreto nas negociações, como ocorrido nas conferências da OMC (Simon, 2012).

No caso do Brasil, a participação ativa e efetiva do Chefe de Estado caracteriza a diplomacia presidencial, distinta da diplomacia tradicional. Essa ocorre quando o Presidente excede ao que corresponderia a atuação simplesmente protocolar.⁵ Também no Brasil, os Ministros de Estado e altos funcionários são nomeados pelo Presidente, e não pelo partido majoritário, como no parlamentarismo. Isso aumenta a capacidade de o Chefe de Governo montar estruturas administrativas vinculadas ao seu projeto político e o seu poder de nomeação independente dos arranjos políticos (Loureiro, 1999).

5 A participação dos Chefes de Estado passou a ser notada no Governo de Fernando Henrique e Luiz Inácio Lula da Silva (Danese, 1999).

Nas burocracias, as pastas ministeriais do Poder Executivo têm o papel de administrar a política e oferecer aconselhamento especializado. Seus funcionários públicos têm o papel de implementar as decisões tomadas pelos políticos em termos de praticidade e com a capacidade de execução das decisões (Shima, 2015).

Na diplomacia econômica, muitos atores do Poder operam de forma articulada por meio de comitês ministeriais, comissões especializadas e grupos de trabalho, de acordo com os interesses nacionais (Shima, 2015). Nenhum ator do Poder Executivo pode monopolizar as decisões da política comercial, de modo que o caminho para a tomada de decisão requer a coordenação entre vários departamentos e agências que têm atuação no setor da política de comércio exterior, exceto quando os presidentes decidem intervir sozinhos para implementar a política comercial de forma unilateral (Macdonald; Woolcock, 2007).

Segundo Helen V. Milner (1997) e Robert Putnam (2010), observando o cenário constitucional e político norte-americano, ao Poder Legislativo cabe exercer importante papel no campo da diplomacia econômica, devendo ratificar os acordos internacionais formulados pelo Poder Executivo.

No Brasil, destaque para a Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA), um dos atores do legislativo mais significativos. Sua origem remonta ao período da Assembleia Nacional Constituinte, entre 1987 e 1988, em que um grupo de parlamentares ligados à agropecuária deu os primeiros passos na defesa dos interesses do setor, denominado Frente Ampla Ruralista. A atuação parlamentar da bancada ruralista permaneceu até 1995, quando foi fundada a FPA. Entre seus objetivos está o de estimular e ampliar “[...] políticas públicas para o desenvolvimento do agronegócio nacional” (Frente Parlamentar da Agropecuária, 2020). Contudo, no Brasil, os legisladores não participam de forma direta dos processos de negociações internacionais, de modo que sua relevância decorre do poder de aprovação ou veto de acordos internacionais.

Os atores governamentais operam na diplomacia por meio de atração de investimentos e de acordos de cooperação na área econômica, buscando estabelecer pactos com outros países e formar redes transnacionais de cooperação – a paradiplomacia. Nessa, as atividades são desenvolvidas de forma paralela à diplomacia central, com o intuito de efetivar ações do plano externo, impulsionando a cooperação internacional e fomentando o desenvolvimento local (Shima, 2015).

Um dos atores públicos brasileiros de destaque é o Ministério das Relações Exteriores (MRE), encarregado da representação do Brasil no exterior em fóruns internacionais, multilaterais e regionais. É esse órgão que apresenta o país nas negociações internacionais. Embora o MRE participe, no âmbito interno, da formulação das posições negociadoras brasileiras, em geral, o posicionamento específico do Brasil nos temas agrícolas é influenciado pelos órgãos reguladores, principalmente o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) (Naidin; Veiga; Rios, 2020, p. 97).

Outro ator governamental de destaque é o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Criado desde 1960, o MAPA é responsável pela formulação da política agrícola nacional e participa da construção das posições técnicas setoriais do país nas negociações agrícolas internacionais, regionais, bilaterais ou multilaterais. Entre suas funções, estão a de promover políticas que assegurem a sanidade animal e vegetal, em linha com os compromissos internacionais do país (Naidin; Veiga; Rios, 2020, p. 97). Na estrutura do MAPA, destaque,

ainda, para o Departamento de Promoção do Agronegócio (DP-Agro), cujo objetivo é estimular o país a “[...] se consolidar como provedor mundial de matérias primas vegetais e alimentos de qualidade” (Brasil, 2016).

Cabe destacar o papel relevante exercido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) em conjunto com o MAPA. A atuação de ambos os atores permite a análise de normas técnicas, sanitárias e fitossanitárias que afetam a produção de produtos agrícolas no Brasil. Cabe ao MAPA a produção de normas e regulamentos referentes às inspeções das exportações e das importações de produtos de origem animal, atestando sua qualidade e segurança. Além disso, o ministério atua na fiscalização das mercadorias, visando a conformidade entre a legislação de inspeção sanitária brasileira e as normas exigidas pelos mercados de destino de produtos de exportação (Naidin; Veiga; Rios, 2020, p. 97).

A administração das tarifas e das cotas de importação, bem como da defesa comercial, é de responsabilidade do Ministério da Economia. Muitas das decisões sobre a política comercial agrícola são levadas à Câmara do Comércio Exterior (CAMEX), órgão colegiado localizado nesse ministério, no qual o MAPA tem assento. Assim, embora o MAPA não tenha a atribuição de administrar a política tarifária e de defesa comercial, representa as visões da agricultura no foro da CAMEX (Naidin; Veiga; Rios, 2020, p. 97).

Um mecanismo relevante para a atuação internacional do MAPA é a figura do adido agrícola, que exerce o papel de assessoramento em assuntos agrícolas junto às missões diplomáticas brasileiras. Criada em 2008, pelo Decreto nº 6.464, de 27 de junho de 2008 (Brasil, 2008), com alterações realizadas no ano de 2020, por meio do Decreto nº 10.516 (Brasil, 2020), a função desempenhada pelos adidos agrícolas tem sido considerada relevante por representantes do setor produtivo. Os adidos agrícolas são designados pela Presidência da República por indicação do Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em consulta com o MRE. Atualmente, há 25 adidos agrícolas em atuação em 23 países ou blocos.

Entre as funções dos adidos agrícolas incluem a busca de melhores condições de acesso aos mercados externos para os produtos do agronegócio brasileiro; a prospecção de novas oportunidades para os produtos do setor; o acompanhamento e a elaboração de relatórios sobre políticas agrícolas e legislações dos mercados locais que possam afetar o agronegócio brasileiro; dentre outras questões.

Já no Ministério da Economia, nos termos Decreto nº 10.044, de 4 de outubro de 2019, destaque, também, para a CAMEX, que tem por objetivo:

Art. 1º [...] a formulação, a adoção, a implementação e a coordenação de políticas e de atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços, aos investimentos estrangeiros diretos, aos investimentos brasileiros no exterior e ao financiamento às exportações, com vistas a promover o aumento da produtividade da economia brasileira e da competitividade internacional do País (Brasil, 2019).

Já no âmbito da CAMEX se encontra o Comitê-Executivo de Gestão. Nos termos do art. 8º, do Decreto nº 10.044/2019 (Brasil, 2019), compõem o referido órgão o Ministro da Economia, que o preside, representantes da Presidência da República, do MRE e do MAPA, quatro Secretários Especiais do Ministério da Economia (Comércio Exterior e Assuntos Internacionais; Produtividade, Emprego e Competitividade; Receita Federal; Fazenda).

4.2 ATORES NÃO ESTATAIS

No grupo dos atores não estatais estão as Organizações Não Governamentais, as empresas transnacionais e os Grupos de Interesse, que vêm conquistando espaço no campo da diplomacia (Shima, 2015). Esses atores canalizam reivindicações por meio da mídia, do engajamento político e da participação direta junto aos formuladores de política, evidenciando-se por meio da atuação e da organização baseadas na *expertise* técnica superior em relação aos representantes dos governos – que, muitas vezes, não acompanham as profundas e rápidas transformações ocorridas no cenário internacional (Shima, 2015).

Em relação às Organizações Não Governamentais (ONGs), essas operam tanto no âmbito nacional quanto internacional, e englobam atuação diversificada, desde a proteção ao meio ambiente às questões econômicas internacionais, propondo soluções políticas na arena internacional, buscando influenciar a agenda internacional. No campo da diplomacia econômica é crescente sua importância, assumindo papel de ativistas políticos com grande visibilidade junto à opinião pública internacional com grandes mobilizações populares. As ONGs promovem redes de comunicação, que facilitam a circulação de informação e de reivindicações em dimensão global, o que gera a capacidade de exercer influência sobre os governos e sobre as dinâmicas dos organismos internacionais (Figueira, 2011).

Já as empresas transnacionais⁶ são importantes atores não estatais que operam em escala global. Buscam transpor fronteiras nacionais, mas conservam suas bases em um determinado país (Shima, 2015). As empresas transnacionais não deixam de ser atores nacionais, uma vez que suas bases principais permanecem atreladas a um Estado. Trata-se de empresa originária de um país, com atividades estáveis, que controla filiais em pelo menos dois países estrangeiros, nos quais realiza mais de 10% do seu lucro bruto (Paulet, 2009). Elas desenvolvem suas próprias redes de articulação internacional e atuam por meio de *lobbies* junto aos governos ou mediante a opinião pública, até mesmo por meio de campanhas publicitárias, promovendo políticas de responsabilidade social.

Por fim, os Grupos de Interesse, regra geral, organizam-se por meio de confederações, associações, empresas e conglomerados, baseando posições compostas por preferências dos atores. Representam, então, interesses específicos, como os agrícolas, que atuam por meio de *lobbies* junto ao governo, com o objetivo de promover demandas no processo de formulação da política externa econômica (Milner, 1997).

Um dos exemplos de Grupos de Interesses são as confederações. Essas representam os interesses gerais de um determinado segmento da economia, tal como o Sistema CNA⁷, composto pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), que representa os produtores rurais brasileiros de pequeno, médio e grande portes, o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), que atua como um instrumento para formação profissional rural e

6 A diferença entre as multinacionais para as transnacionais é que as primeiras possuem várias sedes. Já as segundas possuem uma única sede. Alguns exemplos são as empresas como Cargil, Bunge, Monsanto, Syngenta, entre outras (Shima, 2015).

7 O Sistema CNA, ligado à Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), vincula-se à administração paraestatal. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a administração paraestatal “caracteriza-se pela instituição, por lei, de um ente privado criado para atuar ao lado do Estado, recebendo *delegação legal* para a prática de atividades administrativas públicas, mas sem vínculo de qualquer natureza com a hierarquia da Administração Pública. No direito positivo brasileiro, são exemplos de entidades tradicionais da *administração associada paraestatal*, os serviços sociais autônomos, expressamente excluídos da administração indireta” (Moreira Neto, 2014, grifos do autor).

promoção social e qualidade de vida de homens e mulheres do campo, e o Instituto CNA, que desenvolve estudos e pesquisas na área social e no agronegócio. Como entidade de cúpula do setor agrícola, a CNA defende os interesses dos produtores junto ao Governo Federal, ao Congresso Nacional e aos tribunais superiores. Embora não façam parte de seu sistema formal, a CNA congrega associações e lideranças políticas e rurais em todo o país (Naidin; Veiga; Rios, 2020, p. 104). A CNA desenvolve intensa atividade de articulação com órgãos do Executivo e com o Poder Legislativo, buscando influenciar as políticas públicas que afetam o agronegócio.

Já as associações representam setores econômicos com interesses específicos têm o objetivo de influenciar a formulação de políticas que favoreçam seus interesses, que variam com o peso e grau de influência (Shima, 2015). Entre as associações, cite-se a Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), criada em 1993, e que tem entre seus objetivos contribuir para a integração internacional da economia brasileira. A atuação da entidade se dá por meio de comitês, entre os quais está o Comitê de Comércio Internacional, que tem entre suas atividades: (i) a participação ativa em negociações internacionais de comércio; (ii) o monitoramento das alterações tarifárias; (iii) a discussão e auxílio à utilização dos instrumentos de defesa comercial (*dumping*, subsídios e medidas compensatórias); (iv) a atuação para mitigação de barreiras não tarifárias às exportações brasileiras; (v) a promoção da imagem do agronegócio brasileiro; (vi) a desburocratização do comércio exterior; e a interlocução junto aos órgãos governamentais (Naidin; Veiga; Rios, 2020, p. 105). Os membros da ABAG combinam associações setoriais, empresas do agronegócio, mas também prestadores de serviços para o setor, incluindo diversos bancos e agentes financeiros.

Há diversas associações setoriais empresariais no âmbito do agronegócio brasileiro, muito atuantes na defesa dos interesses de seus associados. Um exemplo é a Associação Brasileira das Indústrias e Óleos Vegetais (ABIOVE). Em geral, essas organizações desenvolvem intensa atividade de identificação de interesses e de articulação junto a órgãos do setor público (Executivo e Legislativo). Em sua atividade de defesa dos interesses exportadores, algumas dessas entidades contribuem com a elaboração de estudos técnicos, contratação de consultorias e assessoria jurídica para municiar o governo com informações para as negociações comerciais no mecanismo de solução de controvérsias na OMC (Naidin; Veiga; Rios, 2020, p. 107).

Esses atores não estatais passaram a demandar maior participação na formulação da política externa nacional, principalmente pelos impactos das negociações internacionais nos seus interesses. Observa-se, portanto, maior organização e mobilização desses atores, influenciando o processo de tomada de decisão governamental nas políticas nacionais e, também, nas negociações internacionais (Macdonald; Woolcock, 2007).

4.3 GRUPOS DE INTERESSE NÃO PERSONALIZADOS

Como fruto dessa mobilização, aliada à intensificação das mídias sociais, o modelo de atuação de diversos Grupos de Interesses também se alterou. Surgem, assim, o que se pode denominar de *Grupos de Interesse não personalizados*. Trata-se de agrupamentos, cujo meio de comunicação predominante é o digital, e que reúne pequenos espectros de determinado setor, interessados na promoção do comércio internacional e, por conseguinte, na melhor articulação da diplomacia econômica.

Um dos Grupos de Interesse não personalizados de destaque no cenário do agronegócio brasileiro é o Núcleo Feminino do Agronegócio (NFA). Embora não dotado de personalidade jurídica, o NFA reúne 31 produtoras rurais de diversos Estados brasileiros e busca compartilhar experiências e informações, com o intuito de aprimorar os “[...] processos dentro das propriedades” (Afinal..., [2020?]). Realizando reuniões mensais – mas com um contato permanente de suas membras –, o NFA também divulga o conhecimento ligado ao agronegócio, além de promover e estreitar tratativas comerciais e políticas.

Outro modelo de Grupos de Interesse não personalizados em expansão no país é o Grupo Pecuária Brasil Rosa (GPB Rosa). Almejando amplificar a influência feminina no cenário do agronegócio, o GPB Rosa é um grupo exclusivo de mulheres desse ramo que, por meio de redes sociais, principalmente o *WhatsApp*, engaja as participantes nas mais diversas questões, principalmente técnicas, comerciais e políticas (GPB Rosa, [2016?]).

Cabe destacar, no entanto, que a relevância e força desses Grupos de Interesse independe da ausência ou complexidade de sua estrutura jurídica; o papel desses atores no cenário da diplomacia econômica do agronegócio, por exemplo, está ligado à relevância das informações que reúnem, aliando conhecimento à análise estratégica, seja no campo técnico, comercial ou político. Muitas vezes, destaque-se, considerando a rápida veiculação das informações no meio digital, os Grupos de Interesse não personalizados podem vir a ter mais força do que os Grupos de Interesse dotados de personalidade jurídica, já que unem os setores de modo mais dinâmico, com respostas e articulações ágeis, até mesmo no campo político. Esses arranjos, assim, têm a capacidade de ressoar em diversas esferas, em oposição a outros setores, até o plano internacional.

5. CONCLUSÃO

Este estudo confirmou a hipótese inicial de que a diplomacia econômica desempenha um papel fundamental na promoção e proteção do agronegócio no cenário internacional. A análise detalhada do objetivo geral revelou como os atores estatais e não estatais interagem de maneira complexa, cada um contribuindo com estratégias distintas para fortalecer a presença global do agronegócio brasileiro.

Os resultados destacaram a importância de uma abordagem colaborativa entre o governo e o setor privado, evidenciando que as políticas de diplomacia econômica precisam ser alinhadas com os interesses comerciais do agronegócio para serem eficazes. Além disso, a pesquisa apontou para a necessidade de adaptação contínua das estratégias à dinâmica global, considerando as constantes mudanças no comércio internacional e nas relações diplomáticas.

Do ponto de vista prático, o estudo oferece perspectiva para formuladores de políticas e empresários do agronegócio, sugerindo caminhos para a otimização da diplomacia econômica como ferramenta de desenvolvimento do setor – principalmente por meio dos Grupos de Interesse não personalizados. Teoricamente, contribui para a literatura ao integrar conceitos de Direito Internacional, Relações Internacionais e Economia, propondo um modelo analítico que pode ser aplicado a outros setores econômicos.

Apesar dos resultados, estudos futuros poderiam explorar casos específicos de sucesso e fracasso na diplomacia econômica do agronegócio, analisando as estratégias em diferentes contextos geopolíticos e econômicos.

A confirmação da hipótese sublinha a interdependência entre diplomacia econômica e agronegócio, enfatizando a necessidade de estratégias bem definidas que considerem a multiplicidade de atores e interesses envolvidos. Este estudo reitera a relevância de abordagens interdisciplinares no entendimento das complexas relações que moldam o comércio internacional e as políticas externas contemporâneas, contribuindo para a consolidação do agronegócio brasileiro como um *player* global influente.

REFERÊNCIAS

- AFINAL, o que é o NFA? *NFA*, [S. l.], [2020?]. Disponível em: <https://nfa-agro.com.br/afinal-oque-e-o-nfa/>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- BADIN, Cláudio. Inovação na gestão ao mercado externo. *RAE Eletrônica*, São Paulo, v. 2, n. 1, jun. 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1676-56482003000100005>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- BAYNE, Nicholas; WOOLCOCK, Stephen. *The new economic diplomacy: decision-making and negotiation in international economic relations*. 2. ed. Ashgate: Cornwall, 2007.
- BRASIL. Decreto nº 6.464, de 27 de maio de 2008. Dispõe sobre a designação e atuação de adidos agrícolas junto a missões diplomáticas brasileiras no exterior, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6464.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.
- BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Promoção internacional*. Brasília, DF: MAPA, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/relacoes-internacionais/promocao-internacional>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Promoção do agronegócio*. Brasília, DF: Ministério das Relações Exteriores, [2020]. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/21605-promocao-do-agronegocio>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Condicionantes internacionais e domésticos: o Brasil e o G-20 nas negociações agrícolas da Rodada Doha. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 53, n. 2, p. 405-445, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582010000200005>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- DANESE, Sérgio. Diplomacia presidencial (1988). In: LAFER, Celso. *Relações internacionais, política externa e diplomacia brasileira: pensamento e ação*. Brasília, DF: FUNAG, 2018. p. 257-261.
- DIVERIO, Tamara Silvana Menuzzi; SILVA, Luiz Gustavo Zuliani da; MIELITZ NETTO, Carlos Guilherme Adalberto. Debates teóricos das relações internacionais, política externa e a interação entre o nível internacional e o doméstico. *Revista História: debates e tendências*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 230-244, 2016. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rhdt/article/view/6268/3773>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- FIGUEIRA, Ariane Cristine Roder. *Introdução à análise de política externa*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FIGUEIRA, Ariane Cristine Roder. *Processo decisório em política externa no Brasil*. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-01122009-122258/publico/ARIANE_C_RODER_FIGUEIRA.pdf. Acesso :
- FRENTE PARLAMENTAR DA AGROPECUÁRIA. *História da FPA*. [S. l.]: FPA, 2020. Disponível em: <https://fpagropecuaria.org.br/historia-da-fpa/>. Acesso em: 19 fev. 2024. GPB Rosa [Grupo restrito]. [S. l.], [2016?]. Disponível em: <http://whatsapp.com>. Acesso em: 19 fev. 2024.

KISHAN, Rana. Economic diplomacy: the experience of developing countries. In: BAYNE, Nicholas; WOOLCOCK, Stephen. *The new economic diplomacy: decision-making and negotiation in international economic relations*. 2. ed. Ashgate: Cornwall, 2007. p. 201-220.

MACDONALD, Kate; WOOLCOCK, Stephen. State actors in economic diplomacy. In: BAYNE, Nicholas; WOOLCOCK, Stephen. *The new economic diplomacy: decision-making and negotiation in international economic relations*. 2. ed. Ashgate: Cornwall, 2007. p. 63-76.

MACHADO, Ana Paula Cunha. *A formulação da política comercial externa agrícola: condicionantes internacionais e domésticos da transformação institucional do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento*. 2009. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7180/1/2009_AnaPaulaCunhaMachado.pdf. Acesso em: 19 fev. 2024.

MAGALHÃES, José Calvet. *A diplomacia pura*. 2. ed. Venda Nova: Bertrand, 1996.

MILNER, Helen V. *Interests, institutions, and information: domestic politics and international relations*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

NAIDIN, Leane Cornet; VEIGA, Pedro da Motta; RIOS, Sandra Polónia. *Diplomacia Alimentar: qual o apetite do Brasil no cenário mundial? – A regulação internacional da produção e do comércio de alimentos*. [S. l.]: Instituto Escolhas, 2020. Disponível em: https://www.escolhas.org/wp-content/uploads/2020/04/RELAT%C3%93RIO_Diplomacia-Alimentar_A-regula%C3%A7%C3%A3o-internacional-da-producao-e-comercio-de-alimentos_02abril2020.pdf. Acesso em: 19 fev. 2024.

PAGLIARI, Graciela de Conti. Jogos de dois níveis: considerações acerca da política de informática brasileira. *Carta Internacional*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 74-81, 2010. Disponível em: <https://www.cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/550>. Acesso em: 19 fev. 2024.

PAULET, Gean P. *A mundialização*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. *Globalização: notas sobre um conceito controverso*. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2009.

PUTNAM, Robert. Diplomacia e política doméstica: a lógica dos jogos de dois níveis. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 147-174, jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 fev. 2024.

QUEM somos. *Sociedade Rural Brasileira*, [S. l.], 2021. Acesso em: 19 fev. 2024.

SANER, Raymond; YIU, Lichia. International Economic Diplomacy: mutations in postmodern times. *Netherlands Institute of International Relations*, Annual Meeting of directors of diplomatic academies in Vienna, 2001. p. 1-41.

SHIMA, Silvana Simon. *Diplomacia econômica brasileira: as negociações agrícolas da rodada Doha*. Curitiba: Appris, 2015.

SIMON, Silvana Aline Soares. *Diplomacia econômica brasileira: as negociações agrícolas da Rodada Doha (2003-2008)*. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 21/02/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 22/02/2024
- Avaliação 1: 26/02/2024
- Avaliação 2: 25/05/2024
- Decisão editorial preliminar: 17/06/2024
- Retorno rodada de correções: 27/06/2024
- Decisão editorial/aprovado: 04/07/2024

Fabiane Velasquez Marafiga

Equipe editorial envolvida

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

A MEDIAÇÃO TRABALHISTA NA SOCIEDADE MODERNA: FRATERNIDADE E EMPATIA COMO ELEMENTOS FUNDAMENTAIS

LABOR MEDIATION IN MODERN SOCIETY:
FRATERNITY AND EMPATHY AS FUNDAMENTAL ELEMENTS

ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO¹
NATÁLIA UES CURY²

RESUMO

No presente estudo pretendeu-se analisar a necessidade de mudança de paradigmas ao acesso à justiça, que pode ser alcançado por outros caminhos, principalmente pelas formas complementares de solução de conflitos, em especial a mediação, em razão da maneira pela qual o conflito e suas ramificações são tratadas. Para isso, menciona-se sobre a fraternidade e a empatia como elementos transformadores das relações humanas. Em razão disso questiona-se: de que modo a fraternidade e a empatia podem, por intermédio da mediação trabalhista, contribuir para uma cultura de paz social? Trata-se de uma pesquisa bibliográfica com utilização do método de abordagem hipotético dedutivo. Após a realização da pesquisa, foi possível chegar ao entendimento de que é necessária uma mudança estrutural de paradigmas e mentalidade – do adversarial para o diálogo. Ademais, afirma-se que a fraternidade e a empatia são componentes transformadores das relações humanas que, aliados à mediação de conflitos trabalhistas, podem contribuir para a transformação da cultura brasileira de abordagem violenta e adversarial de conflito em uma cultura de paz social.

Palavras-chave: acesso à justiça; conflitos; empatia; fraternidade; mediação.

- 1 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC/RS. Mestre em Direito na área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade La Salle, sob a orientação do Dr. Daniel Achutti. Pós-Doutoranda pela Universidade Federal do Rio Grande Sul (UFRGS) sob orientação da Dra. Luciane Cardoso Barzotto. Especialização pela PUC/RS em Docência no Ensino Superior. Especialização pela PUC/RS em Nova Educação, Metodologias e foco no aluno. Professora Permanente na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Professora na graduação em direito e na Pós Lato Sensu na UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). Integrante do grupo de pesquisa Direito e Fraternidade da UFRGS (Capes/CNPQ). Integrante da equipe de trabalho do projeto Rede de cooperação Academia e de pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de monitoração eletrônica e integração de banco de dados (EditalProcad/Capes n.16/2020). Pesquisadora Recém-Doutora ARD- FAPERGS: Fundo de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (Edital FAPERGS 10/2020). Coordenadora da Rede de mediação sanitária na América Latina (2021). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1875-5079>.
- 2 Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas de Cacoal (2015). Pós-Graduada (Lato Sensu) em Formação Docente para o Ensino Superior pelas Faculdades Integradas de Cacoal (2019). Pós- Graduada (lato sensu) em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2018) pela IBMEC São Paulo. Advogada desde junho de 2017. Mestranda em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Integrante do Grupo de Pesquisa em Biopolítica e Direitos Humanos. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/9617836902124097>.

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

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; CURY, Natália Ues. A mediação trabalhista na sociedade moderna: fraternidade e empatia como elementos fundamentais. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 103-119, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.8935>.

ABSTRACT

This study aims to analyze the need for a paradigm shift in access to justice, which can be achieved through other means, mainly through complementary forms of conflict resolution, especially mediation, due to the way in which conflict and its ramifications are handled. To this end, fraternity and empathy are mentioned as elements that transform human relations. Therefore, the question is: how can fraternity and empathy, through labor mediation, contribute to a culture of social peace? This is a bibliographical research using the hypothetical-deductive approach method. After conducting the research, it was possible to reach the understanding that a structural change in paradigms and mentality is necessary – from adversarial to dialogue. Furthermore, it is stated that fraternity and empathy are transformative components of human relations that, combined with labor conflict mediation, can contribute to the transformation of the Brazilian culture of a violent and adversarial approach to conflict into a culture of social peace.

Keywords: access to justice; conflicts; empathy; fraternity; mediation.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, grande parte da sociedade tem a ideia de que o processo é a única maneira de resolver um conflito. Essa cultura colabora para o estímulo de um sistema de justiça baseado em um viés adversarial, isto é, as partes acreditam que são adversárias e agem na intenção de vencer.

Ademais, a procura pelo Estado Juiz se dá, na maioria das vezes, pelo fato de que os sujeitos litigantes confiam muito mais em um juiz togado. Outro fator considerável é a falta de interesse e desconhecimento, não somente das partes litigantes, mas também de muitos advogados, sobre esses métodos complementares de solução de conflitos.

Entretanto, importante destacar que o Estado dá a solução do conflito, porém não o pacifica, o que, geralmente, acaba gerando, em um futuro próximo, uma reincidência do conflito.

Em razão disso questiona-se: de que modo a fraternidade e a empatia podem, por intermédio da mediação trabalhista, contribuir para uma cultura de paz social?

Destarte, parte-se do pressuposto de que o conflito trabalhado de maneira construtiva é fundamental para que divergências futuras sejam, do mesmo modo, melhor resolvidas. Para isso, as partes teriam que optar pelos meios complementares de solução de conflitos, especialmente a mediação com suas técnicas, para facilitar a comunicação e prevenir os conflitos.

Se houver racionalidade comunicativa, a pacificação do conflito é mais fácil de acontecer. Deve-se buscar a harmonia e o Direito Fraterno auxiliará nessa busca. Outrossim, entre as diversas e complexas emoções humanas, destaca-se aquelas que estimulam a pacificação das relações sociais. Neste sentido, ressalta-se uma perspectiva para empatia como um componente essencial na busca por uma mudança de paradigma nas relações sociais, edificando nas partes envolvidas a consciência de que, ninguém melhor do que eles próprios possuem a faculdade de decidir a respeito do assunto que os une, de forma a transformar a cultura brasileira de abordagem violenta e adversarial de conflito para o desenvolvimento e concretização de uma cultura de paz social.

Dessa maneira, o artigo é dividido em três partes: a primeira, há o estudo da necessidade de mudança de paradigmas ao acesso à justiça, que pode ser alcançado por outros caminhos, principalmente pelas vias extrajudiciais, isto é, as formas complementares de solução de con-

flitos; a segunda, traz as formas de solução de conflitos trabalhistas e seus pontos relevantes, voltando o olhar para a mediação em razão da maneira pela qual o conflito e suas ramificações são tratadas; a terceira, aborda sobre a fraternidade e a empatia como elementos fundamentais na resolução de conflitos, principalmente nos extrajudiciais, ora objeto de estudo.

2. ACESSO À JUSTIÇA E A NECESSIDADE DE MUDANÇA DE PARADIGMA NO MUNDO ATUAL

Diante da provocação do interessado na atividade jurisdicional, o Estado não poderá negar-se a realizá-la, haja vista estar perante um dever e não de mera faculdade. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, corrobora tal raciocínio afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988). Em outras palavras, a norma constitucional está a garantir que nenhuma lei poderá impedir que qualquer interessado busque a ajuda do Poder Judiciário quando estiver diante de ameaça ou lesão a algum direito. Assim, o cidadão, por entender que o Poder Judiciário é a única fonte de acesso à justiça, tem como hábito levar seus conflitos aos órgãos que o representam em busca de uma prestação jurisdicional, culminando com a cultura do litígio, ou seja, judicialização excessiva.

Ademais, embora o previsto no artigo supracitado, no que tange ao âmbito trabalhista, pode-se observar que a Reforma Trabalhista dificulta o acesso à justiça, mitigando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, presente também no artigo 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário:

“Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza” (Brasil, 1992).

O acesso à justiça, consignado nesse tratado de Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil com status de emenda constitucional, estabelece a gratuidade de justiça como meio de materialização do princípio da isonomia que garante acesso à justiça para os menos favorecidos, proporcionando uma estabilidade democrática. Contudo, a Reforma Trabalhista de 2017 não trouxe em seu teor o pleno acesso à justiça ao trabalhador que fosse a parte hipossuficiente.

Conforme a Reforma, a dificuldade de acesso à justiça trabalhista inicia-se com a não permissão à concessão do benefício da justiça gratuita aos trabalhadores que recebam salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social ou que não logrem a comprovação da insuficiência de recursos para custear as despesas processuais (§§ 3º e 4º do art. 790 e art. 790-B, *caput* e §4º da CLT) (Brasil, 1943).

Ademais, os artigos 790-B e 791-A, §4º da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) (Brasil, 1943) dão ao jurisdicionado uma justiça gratuita parcial, ou seja, que não integra honorários advocatícios sucumbenciais (de 5% a 15%) e tampouco os honorários periciais (que em muitos casos ultrapassam o valor das custas processuais), mesmo que a parte seja reconhecidamente necessitada e pobre na acepção jurídica do termo, possibilitando, ainda, a penhora de créditos em outros processos para pagamentos das despesas supramencionadas. Desse modo, essa

falta de proteção jurídica se materializa no momento em que passa a ser um risco para o trabalhador o ato de pleitear os seus direitos trabalhistas.

Embora a Reforma Trabalhista trazer tais temáticas, o STF (Supremo Tribunal Federal), em outubro de 2021, julgou a ADI (Ação Direita de Inconstitucionalidade) 5766, ajuizada pela PGR (Procuradoria-Geral da República) contra os dispositivos da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) que alteram a gratuidade da justiça dos trabalhadores que comprovem a hipossuficiência. A maioria do STF votou pela inconstitucionalidade dos trechos do artigo 790-B, *caput* e §4º e o artigo 791-A, §4º, que fazem com que o trabalhador pague honorários periciais e sucumbenciais caso seja a parte vencida, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita (Brasil, 2021).

Destarte, o acesso à justiça é um direito essencial e resulta de um sistema judicial eficiente e eficaz, vinculando-se ao modelo político do Estado e à hermenêutica do direito processual como meio de concretização dos direitos reconhecidos e positivados pelo próprio Estado (Leite, 2018, p. 55).

As formas de solução de conflitos trabalhistas quais sejam, a mediação, a conciliação e a arbitragem, por sua vez, ampliam o acesso à justiça para o alcance, não apenas da solução de conflitos, mas também para prevenir e gerir futuras situações conflituosas, sem judicializar, de maneira desburocratizada, segura, a baixo custo e em grande parte ocorre de maneira rápida.

A esse respeito, pode-se observar que a Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 (Conselho Nacional de Justiça, 2010) estabelece ao Poder Judiciário o dever de formular políticas públicas para tratar de maneira adequada os problemas jurídicos e os conflitos de interesse. Segundo Orsini (2019, p. 231-234), observa-se que, nos últimos anos, o Brasil tem vivenciado uma transformação no tratamento de conflitos. Argumenta que, com o Movimento “Conciliar é legal”, bem como a Resolução do CNJ nº 125/2010 a publicação das Leis 13.105/15 (CPC/15) e 13.140/15 (Lei de Mediação), a ideia do processo como única maneira de resolver o conflito e a cultura da sentença “vem cedendo espaço para formas que se antes eram alternativas, hoje são complementares”. Ainda para a autora, a iniciativa do CNJ em estimular a mudança de paradigma para o tratamento de conflitos na esfera do Poder Judiciário chegou a resultados consideráveis.

Importante destacar que o Brasil possui uma cultura que colabora para o estímulo de um sistema de justiça estruturado sob um viés adversarial, uma vez que a grande parte dos indivíduos se ensina a manter ou suprimir o conflito, e que as instituições são criadas para lidar com relações adversárias. Sem contar, é claro, que a maioria das faculdades de Direito no Brasil pouco ou nada lecionam acerca de conteúdos fundamentais para a mudança do ponto de vista do conflito.

Silva e Vitale (2019, p. 247) asseveram que na grande parte dos contextos conflituosos, as partes acreditam que são adversárias e agem na intenção de vencer, como objetivo a ser buscado, o que indica um sentido pejorativo inerente ao termo ‘conflito’, na maioria dos casos em que é citado.

Parte-se do pressuposto de que trabalhar os conflitos de maneira construtiva é fundamental para que divergências futuras sejam, do mesmo modo, melhor resolvidas. Silva e Vitale (2019, p. 248) afirmam que, em casos onde há a cooperação na busca da melhor solução para as divergências, há uma soma de esforços, de forma que todos serão responsáveis pelo

resultado alcançado, assim, “haverá uma maior percepção de que o conflito, se bem conduzido pelos envolvidos, pode ser visto como algo positivo”.

Quando bem trabalhado, o conflito acarreta mudanças de atitudes e, conseqüentemente, melhora o convívio entre as partes, isto é, pode ser um meio impulsionador de mudanças construtivas. Conseguir um acordo no final de uma demanda, frequentemente soluciona certa questão pontual, contudo deixa em aberto outras questões que, por ventura, regressarão ao conflito em momento futuro.

Assim, a realização, com frequência, da escuta empática e do exercício da alteridade pelos envolvidos no conflito, em que cada um reconhece e legitima o lugar do outro, poderá gerar processos de intercompreensão para a obtenção de objetivos comuns e para a ressignificação da relação continuada, preparando-os para poderem lidar com os conflitos futuros de maneira cooperativa e não destrutiva. Tal comunicação, contribui para a dissolução de implicâncias, desconfianças, má percepções e/ou preconceitos, fazendo emergir cidadãos mais conscientes, valorosos e alertas, expandindo tal conduta para toda a sociedade e para governos (Orsini, 2019, p. 238-239).

Dessa maneira, a intenção é incentivar os indivíduos para que eles vejam o conflito sob um ângulo diferenciado, que seja produtivo ao invés de ser destrutivo, sob a ótica da cooperação, do diálogo e da empatia. Silva e Vitale (2019, p. 249) alegam que a “transformação do conflito está intimamente vinculada ao conceito de ‘comunicação não violenta’” e, complementam dizendo que, tal modelo de comunicação possui alguns pressupostos essenciais: “observar sem avaliar; expressar como nos sentimos; reconhecer as necessidades que estão por trás de nossos sentimentos; e perceber o que gostaríamos de pedir aos outros”.

No que diz respeito à comunicação não violenta, Rosenberg (2019, p. 7) sabiamente ensina que:

[...]é um modo de ser, de pensar e de viver. Seu propósito é inspirar conexões sinceras entre as pessoas de maneira que as necessidades de todos sejam atendidas por meio da doação compassiva. [...] é o idioma da compaixão. [...] nos ensina a expressar o que está vivo em nós e a enxergar o que está vivo nos outros.

Entretanto, ressalta-se que, os espaços judiciais não deixarão de serem relevantes, porém, é necessário consolidar a cultura de que o acesso à justiça pode ser alcançado por outros caminhos, principalmente pelas vias extrajudiciais.

3. FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS E SEUS PONTOS RELEVANTES: UM OLHAR VOLTADO PARA A MEDIAÇÃO

A partir da Revolução Industrial e a conseqüente exploração do trabalho prestado em troca de salário, deu-se início às lutas da classe trabalhadores por melhores condições de trabalho e de vida, bem como o surgimento de direitos sociais. Com a intervenção direta do Estado nas relações privadas para dar proteção social aos trabalhadores e para determinar regras na relação

de trabalho, deu origem ao Direito do Trabalho. “Do mesmo modo, só há como falar em direito processual do trabalho a partir desse marco histórico” (Pamplona Filho; Souza, 2020, p. 36).

As relações de trabalho, por abrangerem parcela relevante da vida das pessoas, assim como experimentarem contínuos impactos das alterações econômicas e sociais, também apontam uma série de conflitos. “[...] O ramo justralhista tem por escopo valorizar as condições de contratação da força de trabalho na ordem socioeconômica, buscando proporcionar ao ser humano condições dignas de sobrevivência, situação que, por conseguinte, propicia conflitos” (Santos, 2020, p. 154). Nesse contexto, os conflitos nascidos das relações de trabalho, por assim dizer, podem ser solucionados através de vários modos, sejam relacionados ou não ao aparato estatal. Assim, fala-se em “autodefesa, autocomposição e heterocomposição, sendo estes dois últimos denominados, também, substitutivos da jurisdição ou equivalentes jurisdicionais” (Santos, 2020, p. 155).

No pretérito, quando ainda não havia uma ordem jurídica formada, e conseqüentemente a figura do Estado-juiz e tampouco de normas, a autodefesa, também conhecida como autotutela, foi o modo de solução mais usado. Nesse sistema não haviam parâmetros a serem respeitados e, assim, a vontade do mais forte prevalecia sobre o mais fraco. Hodiernamente, a autodefesa é uma exceção, uma vez que foi substituída por outras maneiras de pacificação dos conflitos, sendo permitida apenas por previsão legal.

Com a evolução da sociedade, a humanidade buscou aniquilar os conflitos por intermédio de negociação, abandonando o uso da força. Dessa maneira, tem-se a autocomposição, que é aquela em que as próprias partes envolvidas buscam finalizar o conflito, isto é, a solução não é imposta por um terceiro. Esse sistema pode ser classificado em unilateral e bilateral. “Unilateralmente, pode ocorrer quando o autor renuncia à sua pretensão [...] ou no momento em que o réu reconhece a procedência do pedido efetuado pelo autor [...]” e, ainda, “bilateralmente, a autocomposição se manifesta quando as partes envolvidas no conflito fazem concessões recíprocas (transação). A autocomposição pode ser visualizada quando da realização da transação, da conciliação ou da mediação.” (Santos, 2020, p. 156).

Por sua vez, na heterocomposição há dois tipos de técnicas de solução de conflitos que apontam, como principal característica, a imposição para a solução do conflito, isto é, nesse sistema, um terceiro é quem impõem uma solução, cabendo às partes interessadas apenas o cumprimento da respectiva determinação. As referidas técnicas são a arbitragem e a jurisdição.

Em que pese a Justiça do Trabalho ser, tradicionalmente, a *Justiça da Conciliação*, uma vez que o art. 764 da CLT determina que os Juízes do Trabalho devem instigar seus bons ofícios e persuasão para tentar conseguir a conciliação (Schiavi, p. 27), destaca-se na presente pesquisa a técnica da mediação pelos motivos que a seguir serão expostos.

3.1 MEDIAÇÃO

Como parte do método autocompositivo de tratamento de conflitos, a mediação distingue-se dos demais porque trata o conflito e todas as prováveis ramificações proveniente das questões principais, enfatizando os interesses e necessidades de todos aqueles que estiverem envolvidos. Desse modo, o principal foco a ser trabalhado pelo mediador é a comunicação, de

forma a alcançar um nível de igualdade e reconhecimento bilateral que torne possível o empoderamento das partes envolvidas na construção da melhor solução para o conflito.

O mediador deve voltar sua atenção para proporcionar uma comunicação eficiente entre os mediandos, com troca de informações e escuta mútua, concentrando-se em incentivar as necessidades e o reconhecimento entre os envolvidos. Assim, “a mediação poderá ser reconhecida como instrumento que mais se aproxima da plena satisfação das partes” (Silva; Vitale, 2019, p. 258).

Silva e Vitale (2019, p. 257) mencionam que o principal desafio da mediação de conflitos é promover a construção de um consenso, pelas próprias partes, que seja justo para ambas. Ademais, as autoras complementam dizendo que objetivo maior “não é o acordo em si, mas o reestabelecimento da comunicação e a promoção da participação”.

Na seara jurisdicional, há uma tendência de efetuar acordos a qualquer custo. Há discussões “no sentido de que o Estado não deveria direcionar e regulamentar a mediação, que não pertence aos mecanismos formais”, especialmente devido ao papel que o Judiciário possui quanto à capacitação dos mediadores (Silva; Vitale, 2019, p. 257). Na prática, refere-se a situações que vêm sendo questionadas, mas que se fundamenta pelo fato de que ainda há na sociedade a cultura do litígio, onde existe a procura pelo Judiciário para resolver qualquer tipo de disputa, fazendo com que este ambiente se torne perfeito para investir nos métodos autocompositivos. Entretanto, vale dizer que, trabalhar os conflitos pelos meios consensuais, ainda que no Judiciário, é a maneira de entregar à sociedade a autonomia para administrar seus conflitos e suas vidas.

Iniciativas de uma mediação extrajudicial, por estarem mais cerca dos indivíduos que os ambientes judiciais, tanto estrutural quanto geograficamente, permitem o acesso a recursos para abordagem das demandas, formando caminhos para a atuação e gestão dos conflitos. Por intermédio de uma metodologia de mediação focada à efetiva atuação, à compreensão e ao incentivo na transformação da maneira de se abordar um conflito é que se incentiva uma mudança cultural, passando da adversarialidade ao diálogo.

Silva e Vitale (2019, p. 252-254) trazem diversas técnicas fundamentais utilizadas na prática da mediação para facilitar a comunicação e prevenir os conflitos. Na técnica da escuta o mediador deve demonstrar e ser atencioso e receptivo com a parte interlocutora, mantendo sempre o contato visual, de forma que aquele que está falando se sinta ouvido. Através da técnica da recontextualização ou paráfrase o mediador estimulará as partes a prestarem atenção a dado contexto fático por outro enfoque, para que entendam determinada questão, interesse, comportamento ou situação de maneira positiva para extraírem soluções também positivas.

Outra técnica é a da audição, baseada na habilidade que o mediador tem de identificar a solução de um determinado conflito através do discurso das partes pois, geralmente, elas mesmas propõem soluções sem perceberem que estão assim fazendo. A técnica do silêncio é aquela em que o silêncio do mediador leva as partes refletirem, ainda que rapidamente, sobre a maneira como estão agindo. Já a técnica do reforço positivo ou afago é aquela em que o mediador ressalva e valoriza os aspectos positivos das partes durante todo o procedimento.

Na técnica da inversão de papéis o mediador incentiva uma parte a se colocar no lugar da outra, para que veja o contexto também sob o ângulo da outra parte, com o objetivo de fazê-las refletir sobre a situação do outro. Por outro lado, a técnica de gerar opções, também chamada

de *brainstorming* ou chuva de ideias, estimula as partes para que elas pensem nas possíveis soluções para o conflito. A técnica da normalização é aquela que faz com que as partes sintam o conflito como algo normal, que faz parte da rotina das pessoas, e que sejam provocadas a percebê-lo como uma oportunidade de melhorar a relação entre os envolvidos.

Já a técnica da organização de questões é usada quando os mediandos perdem o foco da discussão e o mediador retoma a discussão lembrando as partes das questões que foram pontuadas no começo da sessão como agenda a ser seguida durante a mediação. Na técnica de validação dos sentimentos, o mediador deve estar alerta para não demonstrar concordância ou apoio ao sentimento da parte, mas tão somente reconhecimento, isto é, validar o sentimento por meio da compreensão do que a parte está sentindo, além de demonstrar que esta foi ouvida com zelo. Quanto à técnica do teste de realidade, o mediador leva a parte a realizar uma comparação do seu 'mundo interno' com o 'mundo externo'.

As sessões individuais, também conhecidas como *caucus*, são encontros privados entre cada um dos envolvidos e o mediador, em separado. Essa é uma técnica que pode ser usada logo após a primeira sessão conjunta, quando as partes revelarem os fatos e o mediador notar que a comunicação ou algum outro detalhe precisa ser melhor trabalhado, assim como ao longo da sessão, se o mediador ou qualquer das partes acharem apropriado. Aconselha-se que sempre que acontecer uma sessão privada com uma das partes, aconteça também com a outra, sempre prezando para que haja o mesmo número de sessão entre elas.

Destarte, "o mediador deve desenvolver a sensibilidade de atuar de forma diversificada entre as possíveis técnicas a serem utilizadas, para a realização de uma mediação proveitosa" e, para que isso ocorra, o profissional "deve ser devidamente capacitado e, além de conhecer as técnicas, saber o momento mais oportuno para a sua aplicação, de acordo com as peculiaridades de cada caso (Silva; Vitale, 2019, p. 255).

Desse modo, mediação leva em consideração o tempo dos indivíduos, tempo esse que é necessário para que reflitam a sua visão a respeito do conflito e aperfeiçoem suas relações interpessoais e grupais pela realização contínua do diálogo e do reconhecimento, o que não podem ser obtidos por acordos, muito menos por metas. Assim, a falta de capacitação devida dos mediadores e, à vista disso, os conflitos forem trabalhados de maneira inadequada, não haverá legitimidade no consenso das partes envolvidas e não se terá atingido o efetivo acesso à justiça (Silva; Vitale, 2019, p. 258).

O acesso à justiça no Brasil ainda é difícil para uma fração importante da população devido à falta de conhecimento jurídico, isto é, a ausência de informação sobre seus direitos. Por este motivo, Orsini (2019, p. 239) aponta que "a mediação deve ser a mais acessível possível, desburocratizada e minimamente regulada, aproximando as pessoas de uma forma diferenciada de realização de justiça e de uma oportunidade para a melhoria na qualidade de vida". A autora argumenta ainda que não se trata de uma política judiciária, e sim de um serviço universal, e que por isso, a mediação não pode ser motivada somente como técnica de redução de demandas pela via do acordo e de celeridade processual.

Para Orsini (2019, p. 236) enquanto a lógica da mediação judicial for a lógica da resolução de conflitos para diminuição de disputas judicializadas ou para se garantir a celeridade, a mediação estará destinada a ser um instrumento de reprodução de acordos, às vezes insatisfatórios, para dar vazão a uma disputa que os tribunais não conseguiram lidar pela via do

processo judicial tradicional. A autora menciona que esses propósitos que se espera da mediação judicial não irão mudar a adversarialidade ante do conflito na sociedade, muito menos irão ensinar as pessoas a lidarem com conflitos que estão por vir de maneira mais cooperativa e construtivo, resignificando suas relações. Ademais, corre-se o risco de insucesso nas mediações judiciais, como vem acontecendo em partes com a conciliação, exatamente porque sua essência é contrária à lógica produtivista e adversarial do Poder Judiciário.

4. FRATERNIDADE E EMPATIA COMO ELEMENTOS FUNDAMENTAIS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Não se nega, aqui, a importância absoluta do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro. Os espaços judiciais representam quadros nos quais direitos são defendidos, garantias são asseguradas e injustiças são dirimidas. O papel do Direito é impor limites às relações, evitando que elas se tornem abusivas. Isso não significa dizer que o Poder Judiciário deve abarcar, em sua estrutura, todas as formas de solução de conflitos e de regulação da sociedade (Orsini, 2019, p. 240).

É preciso incentivar os meios extrajudiciais de resolução de conflitos nos mais diversos campos sociais. Além do mais, as pessoas precisam aprender, no cotidiano das suas ações, a melhorar suas relações por intermédio de uma comunicação não violenta, humanizada, afetiva, em que leve em consideração a perspectiva do outro, sem a necessidade de se esperar pela judicialização de um conflito. Há a necessidade de transformar a cultura brasileira de abordagem violenta e adversarial de conflito para o desenvolvimento e concretização de uma cultura de paz social.

Além do mais, efetivar o acesso à justiça e implementar as soluções complementares de resoluções de conflitos no sistema judicial brasileiro passa não apenas pela legislação, mas também pela mudança da forma de atuação dos profissionais do direito. O fato de esses métodos serem positivados caracteriza um grande avanço, entretanto é necessária uma mudança estrutural de paradigmas e mentalidade – do adversarial para o diálogo – para que o tratamento apropriado de conflitos seja materialmente implementado. As pretensões por mudanças culturais no País, principalmente no que diz respeito à administração dos conflitos, perpassam por abordagens de não cessação das questões conflituosas, mas de humanização delas e das relações interpessoais (Orsini, 2019, p. 241).

Convém lembrar que o conflito está incorporado no cenário das relações interpessoais, de forma que se torna necessário saber como melhor conduzi-lo, com o intuito de filtrar experiências positivas, que possam servir para o crescimento pessoal dos envolvidos. Se o conflito for construtivo e/ou positivo possibilita o desenvolvimento, proporciona a evolução e isso, consequentemente, reflete na cultura.

O Estado dá a solução do conflito, mas não pacifica. Mas se houver racionalidade comunicativa, essa pacificação é mais fácil acontecer. Deve-se buscar a harmonia, e o Direito Fraternal auxiliará nessa busca. A fraternidade acolhe o conflito e o caos, por isso há a Democracia. Democracia pressupõe acolher e lidar com o conflito. Ademais, nas palavras de Ghisleni e

Spengler (2011, p.25) o Direito Fraternal se ampara por meio dos direitos humanos, que se estabelecem ao longo de toda a história da humanidade e possuem uma peculiaridade universal, uma vez que são aplicados a todos os cidadãos.

De acordo com o dicionário Michaelis³ a palavra fraternidade tem os seguintes significados: 1. Parentesco entre irmãos; irmandade; 2. Solidariedade de irmãos; 3. União ou convivência como de irmãos; 4. Amor ao próximo; fraternização; 5. Harmonia entre as pessoas da mesma comunidade e que lutam por um mesmo ideal; fraternização.

O sentido etimológico da palavra fraternidade, que advém do latim *fraternitate*, garante uma ideia de amor, de irmandade, de paz, de proximidade. Dessa maneira, esse princípio trata de uma responsabilidade existente de uns para com os demais, o que aproximaria uns aos outros de maneira recíproca (Moreira; Freitas, 2020, p. 265).

Ao incluir a categoria da Fraternidade, como expressão da dignidade humana para se atingir a plena cidadania é relevante declarar que ela pode ser um instrumento facilitador, e concomitantemente a essência necessária para mudar os comportamentos e as responsabilidades que cada ser humano deve ter consigo e para com o outro, enquanto membro da mesma família humana (Oliveira, 2020, p. 392).

Ter um olhar com uma perspectiva fraternal seria ter um avanço do acesso à justiça dos cidadãos, buscando garantir também, além do acesso jurisdicional, a sua eficiência. O poder jurisdicional está se modificando como instituição, em virtude do aperfeiçoamento de sua identidade e estrutura. Isso também quer dizer que há uma garantia da prestação jurisdicional com efetividade; por essa razão, o direito fraternal torna-se outro vetor fundamental e precisa ser lembrado não apenas como a espiritualidade, a religiosidade, a caridade, mas também como princípio constitucional (Porto, 2020, p. 144).

A concepção de fraternidade permeia o discurso histórico desde os tempos antigos, tendo maior alcance na Idade Moderna, sendo recuperada na contemporaneidade depois de um período de abandono. Ao longo do tempo a compreensão e o alcance da fraternidade teve suas modificações. No Direito Romano, a fraternidade estava relacionada com os laços de sangue, com a ideia de irmandade. No Cristianismo houve a ideia de que todos são filhos de Deus, ao passo que na Idade Moderna ocorreu a abstração do seu sentido religioso para passar obter uma dimensão política (Ghilardi; Bortolatto, 2020, p. 358).

A fraternidade passou a integrar o tripé de valores da Revolução Francesa de 1789, juntamente com a liberdade e a igualdade, contendo no art. 1 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (Ghilardi; Bortolatto, 2020, p. 358). Assim, preconiza que as pessoas devem atuar com espírito de fraternidade, isto é, uma condição para agir um com o outro.

Entretanto, a história que se prosseguiu não logrou manter a união dos três pilares, à medida que a liberdade e a igualdade foram atingidas pelo pensamento moderno como autênticas categorias políticas, compreendidas como princípios constitucionais ou ideias fora de movimentos políticos, e a fraternidade, base das outras duas, foi olvidada (Ghilardi; Bortolatto, 2020, p. 359).

3 Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fraternidade>. Acesso em: 7 jan. 2021.

Junto à dimensão relacional da fraternidade como valor, há a dimensão jurídica enquanto princípio acolhido pelo Constitucionalismo moderno, quando algumas Constituições, de maneira direta ou indireta, começaram a acrescentar a fraternidade ora como valor ora como princípio. Desse modo, o valor-Princípio fraternidade a partir de uma dimensão relacional e jurídica precisa ser vivenciado com responsabilidade, um dever do cidadão para com outro cidadão e do cidadão para com a comunidade, com a cooperação do Estado, isto é, um compromisso de todos os seres humanos e, de instituições públicas e privadas, que agem em uma sociedade livre e plural para com o alargamento e concretização da Liberdade e da Igualdade, que ficam basicamente prejudicadas pela inexistência do valor-Princípio Fraternidade. É relevante lembrar que o Princípio da Liberdade abrange os direitos políticos e civis e o Princípio da Igualdade engloba os direitos sociais, econômicos e culturais (Oliveira, 2020, p. 392).

Morin (2019, p. 11-13) assevera que os três termos, liberdade, igualdade e fraternidade, se complementam, porém não se integram automaticamente entre si. Destaca que a liberdade, especialmente a econômica, pode destruir a igualdade, gerando desigualdades, da mesma maneira que o oposto é verdadeiro, quando a igualdade atenta contra a liberdade. Para Morin a garantia da liberdade e da igualdade pode acontecer por meio de leis, entretanto nenhuma delas pode garantir a fraternidade, uma vez que a fraternidade não é uma instância estatal e sim a essência de cada sujeito. Para entender esta problemática interior do sujeito, o Morin apresenta dois pontos da essência humana: o sujeito egocêntrico (reflexivo-eu), relevante para a sobrevivência do próprio sujeito; e o ser natural que identifica a relevância das relações afetivas: que sem o “outro” o “eu” não é possível.

No Brasil a fraternidade é mencionada no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), trazendo dispositivos que entrelaçam os direitos do homem garantidos pelo ordenamento nacional e a fraternidade como princípio facilitador do seu alcance. Em que pese o texto constitucional adotar a fraternidade como um dos valores supremos da sociedade democrática, não há como prever mecanismos jurídicos para que este cenário ocorra. Tal fato não pode ser usado como um impedimento para a concretização de uma sociedade mais fraterna, que precisa internalizar como vontade e possibilitar por intermédio de atitudes e ações uma maior sensibilidade social, de forma a equilibrar interesses e deveres, e, ainda, conservando valores que requerem alteridade, respeito, empatia e comunhão, esquecidos na maior parte do tempo. A fraternidade está no íntimo das atitudes que exigem responsabilidade social e comprometimento com o próximo e requer relevantes modificações a favor do bem comum e de relações mais harmoniosas e recíprocas (Ghilardi; Bortolatto, 2020, p. 360).

Resende (2020, p. 70) menciona que é evidente que o simples reconhecimento do dever jurídico de ser fraterno ou de deixar de ser fraterno é, por si só, incapaz de causar uma transformação no comportamento. Dessa maneira, é necessário pensar e compreender as funções do Direito na contemporaneidade e, principalmente, refletir sobre quais ferramentas jurídicas existem no sistema jurídico nacional poderão ser usadas para garantir a plena eficácia do princípio da fraternidade e, por consequência, para fomentar as transformações no comportamento que permitam criar uma sociedade fraterna, mais justa para todos e sustentável.

Nesse contexto, é necessário que se diga que o direito não é responsável pela construção de uma sociedade mais fraterna, apesar de que pode servir como importante ferramenta de facilitação para ações mais fraternais, tendo em vista que tem como função proporcionar a

capacidade de escutar o outro, de possibilitar a igualdade e o respeito às diferenças (Ghilardi; Bortolatto, 2020, p. 360).

Nesse mundo globalizado, de diversas facetas e que prioriza ou estimula o individualismo, as pessoas pouco escutam e, na maioria das vezes, reivindica os seus direitos sem dar importância ao ponto de vista do outro, de maneira que praticamente não há um espaço para o diálogo ou o direito do outro. Por essa razão, a dimensão do coletivo e do outro precisa ser resgatada, bem como o equilíbrio entre direitos e deveres precisa ser restabelecido.

Morin (2019, p. 35-46) expõe sobre o individualismo dizendo que vivemos em uma sociedade que estimula o seu desenvolvimento. Ele cita que o individualismo tem pontos positivos – a autonomia pessoal, que dá acesso à responsabilidade e a criatividade – e negativos – o egoísmo e a degradação das solidariedades. Ademais, Morin diz que estamos em uma sociedade de comunicação, mas a crítica, mencionando que com ela nos compreendemos cada vez menos, isto é, compreendemos cada vez menos o outro. Para ele, com esse mundo globalizado estamos longe de criar uma fraternidade humana em escala planetária. Contudo, a solução para os problemas da sociedade moderna, segundo ele, se encontra no oásis de fraternidade. Esses oásis são e serão relacionados a “uma economia solidária, espaços de despoluição e desintoxicação das vidas, espaços melhores para se viver, espaços de solidariedade e fraternidade”. São espaços que ainda não são possíveis ante a globalização, entretanto, que torna possível avistar um mundo melhor, fraterno, em que Morin denomina do “eu” no “nós”.

Uma relação fraterna pode ser uma atuação de superação do discurso liberal e individualista, identificado pelo egoísmo particular que, ainda na atualidade, não deixa que na prática haja uma relação voltada para o outro, para o nosso, para o coletivo, dando origem ao desrespeito à dignidade de todas e todos os seres humanos. A fraternidade pressupõe a ideia prévia de estar em harmonia com o outro, de se irmanar quanto as suas possibilidades e limites e de poder sentir a dor do outro como companheiro de existência. No decurso da história, a fraternidade gerou uma consciência coletiva marcada pela reciprocidade e comprometida com virtudes positivas, que tende ao bem e à justiça social, necessárias para guiar a conduta e a convivência dos seres humanos. Assim, é peculiar da fraternidade executar um papel transformador entre as pessoas, entre a comunidade, isto é, com o outro.

Pode-se afirmar que a fraternidade reconstrói o tecido social e confirma novos significados às experiências humanas, uma vez que reforça os laços do diálogo e propicia a consciência de comunhão, de sociedade e de unidade familiar. Ela proporciona mais encontros, mais convivência e menos fragmentação, consiste na responsabilidade com a vida e o bem-estar mútuos, conferindo uma preocupação e respeito contínuos à dignidade da pessoa humana. É, portanto, geradora de relações de outriedade (Silva, 2020, p. 253-254).

A noção de Fraternidade não é nova, porém toma consistência como uma possibilidade de uma realização concreta da liberdade e da igualdade sobre outro parâmetro: o da situação de humanos que nos une como seres sensíveis e tolerantes com os outros quanto às diferenças econômicas, culturais, sociais, de gênero, étnico-raciais, entre outras perspectivas (Araújo; Santos, 2020, p. 413), nos âmbitos micro (locais) ou macro (universais).

Spengler (2015, p. 382) menciona que “a fraternidade, como categoria e demanda política, possui o objetivo de possibilitar a felicidade, que, mesmo sendo entendida como fruto da busca pessoal, está atrelada a uma busca que também diz respeito ao espaço público”.

Outrossim, entre as diversas e complexas emoções humanas, destaca-se aquelas que estimulam a pacificação das relações sociais – como por exemplo, solidariedade, altruísmo, generosidade, compaixão, empatia, tolerância – e, certamente, colaboraram para que a evolução da humanidade se eternizasse ante as diversas desavenças e batalhas, tanto individuais quanto grupais, relativas à trajetória da espécie.

Sob uma perspectiva de que a empatia é um componente essencial para buscar uma mudança de paradigma nas relações sociais – adotando-se a perspectiva do outro -, é aceitável dedicar-se em outras transformações igualmente relevantes e benéficas para o bem-estar coletivo: a transformação cultural nas relações conflitantes. Trata-se de superar a cultura beligerante que está impregnado na sociedade atual, e aderir um comportamento diferenciado, determinada pela prática do diálogo, da escuta colaborativa, do consenso, e da autonomia da vontade. Através da empatia é possível edificar nas partes envolvidas a consciência de que, ninguém melhor do que eles próprios, possui a faculdade de decidir a respeito do assunto que os une. Aderir à empatia não é algo fácil. É necessário exercitar o potencial empático: reconhecer que há um amplo campo de opiniões contrárias que são simplificadas por intermédio do diálogo; e, acima de tudo, “reconhecer que cada sujeito compartilha emoções próprias - às vezes similares, às vezes não -, com suas razões e justificativas; e, conseqüentemente, aceitar o outro como sujeito de direitos” (Stanguerlin; Spengler, 2018, p. 78-79).

Neste sentido, ainda nos ensinamentos de Stanguerlin e Spengler (2018, p. 81), a ressignificação das relações interpessoais, com o propósito de incorporar uma mudança coletiva direcionada à pacificação social, relaciona-se, inquestionavelmente, ao reconhecimento da potencialidade de criar soluções conjuntas, referente a cada cidadão, ligado, ainda, ao sentimento de inclusão comunitária.

Rosane Porto (2020, p. 147) questiona qual o significado da cultura de paz em meio à resolução de conflitos e como proporcionar a paz na sociedade brasileira em meio às diversidades e estratificações sociais levadas e reproduzidas no sistema de justiça e suas instituições. Ela menciona que vários são os questionamentos uma vez que a temática é complexa e emana a superação de desafios. Destaca também a importância de fazer algumas considerações sobre cultura de paz. Assim, menciona que a Organização das Nações Unidas (ONU) tem desenvolvido um trabalho importante, envolvendo todos os países do mundo, em busca da promoção da cultura de paz.

Verifica-se que atualmente a ONU lançou uma lista de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Os 17 objetivos são ambiciosos, interconectados e abordam os principais desafios de desenvolvimento enfrentados por pessoas no mundo todo, inclusive no Brasil. Esses objetivos são um apelo global para a erradicação da pobreza, a proteção do meio ambiente e do clima e para a garantir que todas as pessoas, independentemente de sua localização, possam usufruir de paz e prosperidade. Ademais, esses objetivos estão contribuindo para que se alcance a Agenda 2030 no Brasil (Nações Unidas, [s.d.]).

Ressalta-se aqui a relevância do 16º objetivo que versa sobre a promoção da cultura de paz, propondo “**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**” (Nações Unidas, [s.d.]).

É pertinente dizer que a ideia de paz não está relacionada à passividade, além de que não é sinônimo de cultura na qual não há conflitos. A convivência humana gera conflitos e eles são relevantes para o aprimoramento social. É sabido que os sistemas de justiça e as suas instituições permanecem com formas distintas de direito, cultura e ritual. Dessa maneira, no Brasil, há muitos desafios a serem enfrentados a respeito da forma de percepção do direito fraterno e da cultura de paz (Porto, 2020, p. 148-149).

Para assegurar um ambiente de Paz que se oponha às crises vividas pelo ser humano na modernidade, a fraternidade não pode ser vista somente como um sentimento, mas um princípio que norteia as relações humanas onde o bem comum perpassa por toda a vida, no comportamento de cada indivíduo e tenha como propósito o bem-estar da coletividade.

Importante mencionar que Morin (2019, p. 50-54) diz que é preciso evitar a ilusão de que toda fraternidade adquirida é definitiva. Assim, a fraternidade precisa sempre se regenerar e “é exatamente isso que a torna cada vez mais preciosa: a fraternidade é frágil como a consciência e frágil como o amor, e, no entanto, sua força é extraordinária”. A fraternidade “nos permite resistir à crueldade do mundo, e deve tornar-se um fim sem deixar de ser um meio. O fim nunca pode ser dado, ele deve transformar-se em caminho, nosso caminho, o da aventura humana”. Portanto, a fraternidade é a resistência e o caminho transformador da sociedade, contra as barbáries do mundo, rumo a um futuro melhor.

Deste modo, a empatia e a fraternidade são elementos fundamentais na busca de solução de conflitos de maneira não adversarial, aceitando-se as concepções do conflitante para construir uma resposta que satisfaça aos anseios de todos os envolvidos, e reconstruir os vínculos que foram rompidos por decisões repentinas. Verifica-se que não se render ao imediatismo é um grande desafio, mas sobretudo é também um enorme passo na direção da evolução das relações da humanidade.

5. CONCLUSÃO

Ainda há na sociedade atual a cultura do litígio, onde existe a procura pelo Judiciário para resolver qualquer tipo de disputa. Os conflitos oriundos das relações de trabalho por assim dizer, podem ser solucionados através de vários modos, sejam relacionados ou não ao aparato estatal. Fala-se, portanto, autodefesa, autocomposição e heterocomposição, sendo estes dois últimos denominados, também, substitutivos da jurisdição ou equivalentes jurisdicionais.

Assim, questionou-se de que modo a fraternidade e a empatia podem, por intermédio da mediação trabalhista, contribuir para uma cultura de paz social?

As formas de solução de conflitos trabalhistas, quais sejam, a mediação, a conciliação e a arbitragem, por sua vez, ampliam o acesso à justiça para o alcance, não apenas da solução de conflitos, mas também para prevenir e gerir futuras situações conflituosas, sem judicializar, de maneira desburocratizada, segura, a baixo custo e em grande parte ocorre de maneira rápida.

Assim, trabalhar os conflitos pelos meios consensuais, ainda que no Judiciário, é a maneira de entregar à sociedade a autonomia para administrar seus conflitos e suas vidas. Destacou-se na presente pesquisa a mediação extrajudicial e suas técnicas, uma vez ela permite o acesso

à caminhos para a atuação e gestão dos conflitos, enfatizando os interesses e necessidades de todos aqueles que estiverem envolvidos, incentivando os indivíduos para que eles vejam o conflito sob um ângulo diferenciado. Para que as partes cheguem a isso, constatou-se a necessidade de capacitação dos mediadores.

Além do mais, empatia e a fraternidade são elementos fundamentais na busca de resolução de conflitos de maneira não adversarial, aceitando-se as concepções do conflitante para construir uma resposta que satisfaça aos anseios de todos os envolvidos, e reconstruir os vínculos que foram rompidos por decisões repentinas. Verifica-se que não se render ao imediatismo é um grande desafio, mas sobretudo é também um enorme passo na direção da evolução das relações da humanidade.

Assim, respondendo o problema de pesquisa formulado, é necessária uma mudança estrutural de paradigmas e mentalidade – do adversarial para o diálogo. Ademais, afirma-se que a fraternidade e a empatia são componentes transformadores das relações humanas que, aliados à mediação de conflitos trabalhistas, podem contribuir para a transformação da cultura brasileira de abordagem violenta e adversarial de conflito em uma cultura de paz social.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Roseana Maria Alencar de; SANTOS, Vivian De Gann dos. Direitos Humanos, fraternidade e a pandemia da covid-19: possibilidades e limites das modalidades de teletrabalho em home-office e coworking. In: PANDEMIA, direito e fraternidade: um mundo novo nascerá. Caruaru/PE: Asces-Unita, 2020.

BRASIL. *Decreto Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

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: 28 nov. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. *Decreto Lei 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l13105.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Institui a mediação como método de solução de conflitos. Diário Oficial [da] União, Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l13140.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e outras disposições. Diário Oficial [da] União, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l13467.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5766&b=AC>. Acesso em: 28 nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Institui a Política Nacional de Atenção à Justiça e à Cidadania. Diário da Justiça, Brasília, 30 nov. 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2010/10/Resolucao-125.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2024.

GHILARDI, Dóris; BORTOLATTO, Ariani Folharini. *Fraternidade nas relações familiares: a importância do resgate pós pandemia*. In: PANDEMIA, direito e fraternidade: um mundo novo nascerá. Caruaru/PE: Asces-Unita, 2020.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos a partir do direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; FREITAS, Higor Neves de Freitas. O princípio da fraternidade como norteador de ações da sociedade em prol do direito à alimentação infantil omitido pelo Estado brasileiro na pandemia da Covid-19. In: PANDEMIA, direito e fraternidade: um mundo novo nascerá. Caruaru/PE: Asces-Unita, 2020.

MORIN, Edgar. *Fraternidade: para resistir à crueldade do mundo*. Tradução: Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Palas Athena, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 28 nov. 2024.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. A pandemia da Covid-19 versus pandemia da violência contra as mulheres: a essencialidade da fraternidade como aptidão para mudanças. In: PANDEMIA, direito e fraternidade: um mundo novo nascerá. Caruaru/PE: Asces-Unita, 2020.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. *Mediação de conflitos: mudança de paradigma no mundo atual*. In: TRABALHO, tecnologias e os desafios globais dos direitos humanos: estudos e perspectivas críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 231-243.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *Fraternidade e cultura da paz nas soluções adequadas de conflitos: interlocuções necessárias para efetividade do acesso à justiça*. In: BIOPOLÍTICA e direitos humanos: entre desigualdades e resistência. Santa Cruz do Sul/RS: Esserenel Mondo, 2020.

RESENDE, Augusto César Leite de. O Direito pode obrigar alguém a ser fraternal? A sanção como instrumento de efetividade do princípio da fraternidade. In: PANDEMIA, direito e fraternidade: um mundo novo nascerá. Caruaru/PE: Asces-Unita, 2020.

ROSENBERG, Marshall. *Vivendo a comunicação não violenta*. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SCHIAVI, Mauro. *A teoria geral do Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista da Lei 13.467/17*. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/institucional/ejud/ejud13/material-de-curso-e-eventos/2019/i-jornada-de-formacao-continuada-mar-2019/mauro-schiavi-teoria-geral-do-processo-e-a-reforma-trabalhista>. Acesso em: 28 nov. 2024.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; VITALE, Carla Maria Franco Lameira. A responsabilidade do judiciário brasileiro na construção de consensos legítimos através da mediação de conflitos. In: TRABALHO, tecnologia e desafios globais dos direitos humanos: estudos e perspectivas críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 245-261.

SILVA, Lucilaine Ignacio da. *Trabalho e pandemia sob o enlace da fraternidade*. In: PANDEMIA, direito e fraternidade: um mundo novo nascerá. Caruaru/PE: Asces-Unita, 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fraternidade como base política da mediação de conflitos*. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*. v. 20, n. 1, p. 371-397, jan./abr. 2015. DOI: <https://doi.org/10.14210/nej.v20n1>.

STANGHERLIN, Camila; SPENGLER, Fabiana Marion. A comunidade enquanto local propício ao exercício da empatia: políticas públicas para as soluções extrajudiciais de conflitos em âmbito comunitário. *Scientia Iuris*, Londrina/PR. v. 22, n. 3, p. 74-87, nov. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2018v22n3p74>.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 24/02/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/03/2022
- Avaliação 1: 14/07/2024
- Avaliação 2: 23/11/2024
- Decisão editorial preliminar: 23/11/2024
- Retorno rodada de correções: 18/12/2024
- Decisão editorial/aprovado: 18/12/2024

Equipe editorial envolvida

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

MECANISMOS EXTRAPROCESSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS E AS NEGOCIAÇÕES REALIZADAS NO CASO SAMARCO

EXTRAPROCEDURAL MECHANISMS FOR RESOLVING
COLLECTIVE CONFLICTS AND THE NEGOTIATIONS
CARRIED OUT IN THE SAMARCO CASE

DANIELY CRISTINA DA SILVA GREGÓRIO¹

THAÍS NANNI ALEXANDRINO²

RODRIGO VALENTE GIUBLIN TEIXEIRA³

RESUMO

O presente estudo visa analisar o contexto histórico das tutelas coletivas no Brasil, chegando ao acesso à justiça, proposto por Mauro Cappelletti. De frente às barreiras impostas pelo Poder Judiciário, os mecanismos extraprocessuais de solução de conflitos vêm ganhando espaço, inclusive no que tange às tutelas coletivas. A partir do método hipotético-dedutivo e da metodologia bibliográfica e documental, analisa-se como se deu a negociação extraprocessual no Caso Samarco – rompimento das barragens do Fundão em Mariana-MG. Conclui-se que, por meio de tais tratativas no âmbito coletivo e do Termo de Ajuste de Conduta daí decorrente, as reparações aos danos causados ocorreram de maneira mais ágil quando comparada às vias judiciais, se mostrando, assim, um mecanismo eficaz de acesso a justiça.

Palavras-chave: acesso à justiça; sistema multiportas; mecanismos extraprocessuais de soluções de conflitos; tutelas coletivas; caso Samarco.

- 1 Mestranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Bolsista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Superior (PROSUP/CAPES). Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito e Processo Empresarial Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7288160655340267>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2550-7065>
- 2 Mestranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Pós-graduada em Direito Tributário e Aduaneiro pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/3381011696846004>
- 3 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). MBA em Business Law pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Paraná (UEL). Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI – Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Professor Titular do Doutorado, Mestrado e da Graduação na UniCesumar. Advogado. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/9514467370087290>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6562-6731>.

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

GREGÓRIO, Daniely Cristina da Silva; ALEXANDRINO, Thaís Nanni; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Mecanismos extraprocessuais de solução de conflitos coletivos e as negociações realizadas no caso Samarco. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 120-133, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9433>.

ABSTRACT

This study aims to analyze the historical context of collective judicial protection in Brazil, reaching access to justice, proposed by Mauro Cappelletti. Facing the barriers imposed by the Judiciary, the extra-procedural mechanisms of confrontation has been gaining strength, including the solution regarding collective protections. Using the hypothetical-deductive method and bibliographic and documentary methodology, the study analyzes how extra-procedural negotiations took place in the Samarco case – the collapse of the Fundão dams in Mariana-MG. It concludes that, through these collective negotiations and the resulting Conduct Adjustment Agreement, reparations for the damage caused occurred more quickly than through the courts, thus proving to be an effective mechanism for access to justice.

Keywords: access to justice; multipoint system; extra-procedural mechanisms for conflict resolution; collective guardianships; Samarco case.

1. INTRODUÇÃO

Com o Estado do bem-estar social, que teve seu marco no período pós Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945), os direitos coletivos passaram a fazer parte dos ordenamentos jurídicos no Brasil e no mundo, necessitando-se de legislação processual apta para tutelar tais direitos.

Foi só em 1965, com a publicação da Lei de Ação Popular, que o Brasil, definitivamente, começou a trilhar seus caminhos para tutelar os direitos coletivos.

Embora a Lei de Ação Popular tenha sido o marco inicial, foi a Lei de Ação Civil Pública, de 1985, junto com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que inauguraram o microsistema de tutelas coletivas no Brasil.

Apesar dessa evolução legislativa apresentada, principalmente no que tange a legitimidade ativa, começaram a ser identificadas barreiras de acesso à justiça.

Tais barreiras não eram novidades no mundo jurídico, já que na década de 1970, Mauro Cappelletti, idealizador do Projeto Florença, as elencou e apresentou maneiras de superá-las. Uma dessas formas é a adoção dos mecanismos extraprocessuais de solução de conflitos.

Tratam-se de medidas que objetivam o reestabelecimento da comunicação para que então as partes envolvidas possam, após compreender a visão do outro, chegar a um acordo, colocando fim ao conflito. Observa-se que o fim do conflito não é o único ponto principal dos mecanismos extraprocessuais, na medida em que, busca-se, também, a sua pacificação.

Diante desses outros meios adequados de resolução de controvérsias, vislumbra-se um cenário animador para garantia dos direitos coletivos, já que depender apenas do Poder Judiciário não é eficaz frente a morosidade e a complexidade que demandas coletivas exigem.

É nesse sentido que, da possibilidade de resolução extraprocessual do conflito, a problemática da presente pesquisa gravita em torno da eficácia – ou não – da técnica de negociação usada para reparar os danos decorrentes do rompimento das barragens do fundão em Mariana-MG no ano de 2015, mais conhecido como Caso Samarco.

Dessa forma, busca-se compreender a dinâmica que envolveu as negociações, da qual resultou em um Termo de Ajuste de Conduta, bem como o processo extrajudicial que agilizou a reparação dos danos causados pelo rompimento das barragens, daí porque, para refutar ou

comprovar tal hipótese, faz-se necessário compreender que o Ministério Público e a Defensoria Pública não devem buscar soluções extrajudiciais de conflitos apenas com o causador do dano, mas também com a participação de todos os prejudicados pelos danos ocorridos.

A pesquisa utilizou-se do método hipotético-dedutivo, que parte de uma análise da aplicação dos mecanismos extraprocessuais de resolução do conflito para a sua aplicação a um caso concreto. Ainda, desenvolveu-se mediante pesquisa bibliográfica, por meio de livros e artigos que versam sobre o tema, e documental, por meio de documentos provenientes dos acordos firmados, que possibilitaram a interpretação e a análise das informações, seguindo critérios estabelecidos em uma pesquisa qualitativa, objetivando descrever um fenômeno complexo de aplicação dos mecanismos extraprocessuais de resolução de conflitos aplicados a uma das maiores catástrofes ambientais do Brasil.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS COLETIVAS NO BRASIL E O SISTEMA MULTIPORTAS

O direito coletivo no Brasil começou a ser trilhado em 1965 com a edição da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717), que, não obstante seja considerada o início das tutelas coletivas no país, possuía alguns obstáculos, como por exemplo no que tange à legitimação ativa, visto que o cidadão era o único legitimado a intentar com a demanda coletiva.

A grande dificuldade em legitimar apenas o cidadão em ações que versavam sobre tutela coletiva estava não só na falta de interesse financeiro como, ainda, na falta de interesse processual desses indivíduos (Barros; Crespo, 2021, p. 197).

Foi somente com a publicação da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) que outras pessoas, tanto de direito público quanto de direito privado, passaram a figurar no polo ativo das demandas que tutelam direitos coletivos, uma vez que o seu artigo 5º exclui a legitimidade ativa do cidadão e a incumbe ao “Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público interno e entidades e associações que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção do direito ou interesse a ser demandado em juízo” (Zavascki, 1996, p. 180).

A Lei de Ação Civil Pública tem como objeto a condenação em pecúnia ou o cumprimento de uma obrigação, seja de fazer ou não fazer, conforme a determinação de seu artigo 3º, restando-se claro que as suas finalidades consistem na prevenção, na reparação e no ressarcimento dos danos causados (Souza, 2013, p. 19).

Frisa-se que a Lei de Ação Civil Pública é o diploma legislativo infraconstitucional mais importante sobre a matéria de Direitos Difusos e Coletivos na ordem jurídica brasileira, pois traz “os principais artigos a serem utilizados sobre o tema, servindo como base para qualquer tipo de ação coletiva (com exceção da Ação Popular)” (Carvalho, 2019, p. 56).

Essa afirmação se justifica na medida em que a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever direitos coletivos constitucionais. Tal tutela, para a ordem constitucional, é o mesmo que orientar o sistema legislativo sobre a necessidade e a legitimidade desses direitos, haja vista que a importância da proteção coletiva reside justamente no fato de que os titulares desses

direitos são grupos sociais e, para própria harmonia do tecido social, faz-se necessário que a sua proteção seja possibilitada da forma mais ampla possível (Verbicaro, 2007, p. 53).

Veja-se que, embora a Constituição Federal tenha intitulado o Capítulo I, do Título II como “Dos Direitos Individuais e Coletivos”, não há reais evidências de quais garantias ali previstas são ou não coletivas, dado que ela prevê, por exemplo, “a liberdade, a igualdade e a segurança, sem as definir como liberdade individual ou liberdade coletiva, igualdade individual ou igualdade coletiva, segurança individual ou segurança coletiva” (Vitorelli, 2020, p. 25).

Contudo, ao longo do texto constitucional, observa-se a previsão de dispositivos que versam sobre o direito coletivo e, inclusive, que determinam a elaboração de um diploma específico, como é o caso do artigo 5º, XXXII, que estabelece que o Estado promoverá a defesa dos direitos consumeristas, e do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (Pizzol, 2020, p. 10).

É nesse sentido que, dois anos após a Carta Magna, em 1990, foi publicado o Código de Defesa do Consumidor, que, além de prever a vulnerabilidade do indivíduo frente às organizações e aos abusos praticados em massa, somado à Lei de Ação Civil Pública inaugurou um verdadeiro microsistema processual coletivo no Brasil (Carvalho, 2019, p. 86), que mais tarde foi complementado pelas disposições do Código de Processo Civil de 2015.

Há de se ressaltar que embora todo o processo de evolução até aqui apresentado tenha reflexos significativos na proteção dos direitos da personalidade quanto às tutelas coletivas, faz-se necessário expandir as garantias desses direitos para além das portas do Judiciário.

Nesse ponto, o sistema multiportas vem se apresentando como um instrumento apto para tratamento e pacificação do conflito em si e não apenas a sua resolução, tendo em vista que “do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição” (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2016, p. 62).

Importa destacar que para cada tipo de conflito existe uma porta adequada e, por isso, é extremamente necessário uma análise das características do conflito, com isso, tem-se um direcionamento da reconstrução da controvérsia, pois já se inicia a solução do conflito partindo do problema, ao contrário do que se vê no Judiciário brasileiro atualmente, que dá ao problema uma única alternativa possível (Muniz; Silva, 2018, p. 298).

Logo, tem-se o sistema multiportas como a mais ampla democratização do acesso à justiça. Não se trata de novidade jurídica, visto que Cappelletti e Garth (1988, p. 67) abordaram o tema relacionado às tutelas coletivas na década de 1970, tratando-a como a terceira onda.

Como um dos legitimados para atuar em demandas que versam sobre direitos coletivos pela Lei de Ação Civil Pública, a Defensoria Pública, de acordo com a Lei Complementar n. 80 de 1994, editada pela Lei Complementar n. 132 de 2009, ganhou competência para solucionar conflitos pelo uso do sistema multiportas⁴. Assim, a Defensoria Pública se encontra à disposição do indivíduo para garantir que o seu “acesso à ordem jurídica justa passa pela adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos” (Grostein, 2023, p. 44).

4 Art. 4º [...] II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.

Ainda que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, de 1993, seja anterior à Lei Complementar n. 80 de 1994, que trata das normas gerais para a organização da Defensoria Pública nos Estados, Distrito Federal e Territórios, foi somente em 2014 que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a Resolução n. 118 e previu os mecanismos extraprocessuais de solução de conflitos em que o próprio órgão poderia atuar como facilitador do atendimento em situações que poderia, judicialmente, atuar como parte/interventor.

A referida Resolução do CNMP ainda determinou a criação de um Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição, com a finalidade de capacitar e incentivar os membros do Ministério Público para atuarem na resolução de conflitos extrajudiciais (Jesus, 2020, p. 123).

Tem-se, então, que a Resolução n. 118 de 2014 surge como uma consequência do sistema multiportas que ganhou mais espaço e visibilidade em 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n. 125 de 2010 e instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Desde então os mecanismos extraprocessuais de soluções de conflitos vêm, a cada dia, sendo mais utilizados, inclusive no que tange às tutelas coletivas, já que tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública podem atuar no sistema multiportas com o fito de auto-composição das partes, buscando restaurar a comunicação e pacificando o conflito.

É nesse sentido que adequação de mecanismos extraprocessuais na solução de conflitos coletivos – como o Caso Samarco, objeto desta pesquisa – é plenamente possível sem que isso dê causa a uma disposição de interesses, em especial porque a formulação de um acordo é capaz de concretizar os direitos em si e, ainda, de contemplar “vários interesses do apontado responsável, tais como a programação financeira, celeridade no equacionamento da controvérsia e a valorização de sua imagem pública” (Gavronski, 2016, p. 355-356).

Assim, as barreiras apontadas por Cappelletti e Garth (1988, p. 27) de falta de interesse financeiro e/ou falta de legitimidade ativa, vêm, aos poucos, sendo superadas e dando espaço para o próprio cidadão atuar como assistido, buscando a pacificação de conflitos coletivos – agora reconhecidos na ordem jurídica – que o envolve e lutando por seu próprio direito.

3. PROJETO FLORENÇA E OS MECANISMOS EXTRAPROCESSUAIS DE TUTELAS COLETIVAS

Na década de 1970, com base nas experiências vividas no contexto do Estado do bem-estar social, surge na Itália o Projeto Florença, encabeçado por Mauro Cappelletti, com o objetivo de identificar, por meio de um estudo comparativo entre os Estados que faziam parte do projeto, as barreiras enfrentadas no que tange ao acesso à justiça e as suas ondas renovatórias, ou seja, o que os países que participavam do estudo vinham fazendo para vencer tais barreiras.

Esse movimento foi de extrema importância, visto que o acesso à justiça estava se tornando cada vez mais restrito a poucos indivíduos. O que vinha acontecendo era que haviam leis que garantiam os direitos dos indivíduos e da coletividade, porém, em caso de violação desses direitos, as barreiras de acesso à justiça inviabilizavam sua reparação.

Na visão de Cappelletti e Garth (1988, p. 12), possibilitar o acesso à justiça é direito fundamental do indivíduo, assim, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

A princípio, o Projeto Florença identificou três barreiras, sendo elas: econômicas, organizacionais e de interesses coletivos. Cada uma dessas barreiras se desdobra em diversos meios que impossibilitam o indivíduo em intentar com uma ação judicial e/ou seguir com o processo até o fim.

Como uma forma de viabilizar o acesso à justiça, surgiram os mecanismos extraprocessuais de resolução de conflitos. Ocorre que até hoje esse sistema é visto como uma alternativa à sobrecarga do Judiciário, e de fato o é, porém, não pode este ser o cerne da questão, pois, assim, o indivíduo e seu direito violado deixam de ser o elemento principal do problema para que a ação judiciária assuma esse papel, conforme afirma Watanabe (2003, p. 45):

Tenho um grande receio de que a mediação venha a ser utilizada com esse enfoque e não com o maior, que seria dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade; não se pode pensar nela como uma forma de aliviar a sobrecarga a que o Judiciário está sendo submetido hoje, porque daremos à mediação o mesmo encaminhamento que estamos dando hoje aos juizados especiais.

Há que se ressaltar que ainda é muito forte na cultura brasileira a solução do conflito via judicial, pois, conforme orienta Bacellar (2012, p. 52), há “uma tendência no Brasil a que os conflitos sejam sempre dirimidos perante o Poder Judiciário pelo método adversarial.”

Tem-se, à vista disso, que as pessoas não estão acostumadas a resolverem os conflitos por meio do diálogo, afinal, mostra-se muito mais cômodo que o juiz assuma o papel de decidir quem ganha e quem perde, ou seja, quem está certo e quem está errado.

Diante disso, a cultura da sentença é ressaltada e a solução do conflito importa mais do que a pacificação em si. Dessa forma, sem que o conflito seja resolvido adequadamente, efetivando-se, assim, um direito substancial ajustado à realidade social em que está inserido, conforme leciona Watanabe (2019, p. 03), “para aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça”.

Uma vez demonstrada que a sentença do julgador não pacifica o conflito, já que não restabelece a comunicação, a cultura da sentença se apoia, principalmente, na falta de informação da sociedade e até mesmo dos profissionais do Direito acerca de outros meios de resolução de conflito.

Dessa forma, é preciso mudar a mentalidade de toda uma sociedade, principalmente dos operadores do Direito através de ações concretas e da cooperação entre o público e o privado, principalmente no que tange ao ensino, afinal, capacitar os futuros operadores dos direitos, estimulando-os à solução pacífica dos conflitos é a melhor maneira de fazer com o que a sociedade compreenda e aceite ainda mais os meios alternativos de solução de conflitos (Lagrasta, 2020, p. 51).

Tratando-se de direitos coletivos, Cappelletti e Garth (1988, p. 26) identificaram duas barreiras: a falta de interesse financeiro e a falta de legitimidade ativa. Quanto à falta de interesse

financeiro, tem-se que, de um modo geral, as ações que visam a tutela coletiva possuem um valor financeiro elevado, o que inviabiliza o indivíduo de dispender tal recurso com a finalidade de tutelar um interesse coletivo, ou seja, que não será apenas ele a desfrutar. Logo, a falta de interesse financeiro gera às tutelas coletivas uma barreira de acesso à justiça.

No que diz respeito à falta de legitimidade ativa, a própria legislação cria barreiras ao determinar que apenas alguns sujeitos, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, podem figurar no polo ativo da demanda quando o objeto se trata de matéria de ordem pública.

A grande questão é que se esses órgãos públicos ingressarem com uma ação contra o Poder Público para tutelar direitos coletivos, os indivíduos que sofreram com o dano passam a desacreditar na ação, já que confiar apenas no Estado não é adequado, mas por outro lado, mover as entidades privadas para suprir as falhas do Estado é muito difícil (Cappelletti; Garth, 1988, p. 28).

Faz-se assim a necessidade de redirecionar o enfoque do acesso à justiça previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal⁵ para o sistema multiportas, pois assim é possível que os conflitos sejam solucionados da melhor maneira possível de acordo com a peculiaridade de cada caso, dado que nem sempre a jurisdição estatal é a técnica de resolução mais adequada.

Dessa forma, o movimento de acesso à justiça através do sistema multiportas privilegia um acesso à uma ordem jurídica justa, pois conforme afirma Bacellar (2012, p. 53) isso ocorre quando há acesso ao meio mais adequado, podendo ocorrer dentro ou fora do Poder Judiciário, fazendo assim que se concretize o verdadeiro sentido de democracia.

Neste sentido, importa destacar que os mecanismos extraprocessuais de resolução de conflito propõem um novo meio de solucionar o conflito, já que busca uma negociação harmoniosa entre as partes, possibilitando o (r)estabelecimento da comunicação entre ambas para então chegar a um objetivo comum: a pacificação do conflito.

Para Mancuso (2020, p. 278), a utilização desses instrumentos dentro e fora do Judiciário é capaz de projetar diversas externalidades positivas, isso porque, além de aliviar a quantidade de ações levadas aos Tribunais, estimula os interessados a comporem suas próprias divergências, agregando “estabilidade e permanência às soluções consensuais ou negociadas pela natural tendência dos envolvidos a prestigiarem a fórmula por eles mesmos industriada”.

Dentre os mecanismos extraprocessuais de resolução de conflitos, destacam-se a mediação, conciliação e a negociação.

Partindo da premissa de Bacellar (2012, p. 54), a técnica da negociação compreende um processo destinado a solucionar o conflito entre as partes interessadas, para isso é extremamente importante que elas participem, pois podem criar, evoluir ou manter um relacionamento que se baseia na confiança e capaz de gerar um compromisso entre os envolvidos.

Embora a conciliação e a mediação tenham características diferentes, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 166⁶, determinou que ambas as técnicas sejam regidas pelos mesmos princípios, quais sejam: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

5 Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

6 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Importante ressaltar que a autonomia da vontade é um princípio extremamente importante, uma vez que, diferentemente do que ocorre em uma ação judicial, as partes precisam participar da mediação ou conciliação por ato voluntário e, para que isso ocorra, a decisão informa, ou seja, o que aquela sessão acarreta, é necessário.

Há alguns pontos principais que diferem a conciliação da mediação. O primeiro deles é que a mediação se destina a situações em que é necessário reestabelecer o vínculo entre as partes, ou seja, trata-se de conflitos subjetivos. Na conciliação, por sua vez, os conflitos são objetivos, dessa forma não há necessidade de reestabelecer tal vínculo, pois nunca houve, ou caso houvesse não existirá mais, uma relação entre os envolvidos.

Outro ponto importante na distinção entre as duas técnicas, conforme afirmam Gonçalves e Goulart (2020, p. 18-19), é que na conciliação o conciliador pode propor acordos, que poderão ser aceitos ou não pelos envolvidos. Já no que tange a mediação, o mediador precisa ter a percepção da dor de cada uma das partes a fim de reestabelecer a comunicação e fazer com que a proposta de acordo seja de uma das partes e/ou ambas.

Embora negociação seja outro mecanismo de resolução de conflito extrajudicial, Gonçalves e Goulart (2020, p. 15) defendem que se encontra presente tanto na mediação quanto na conciliação, na medida em que "(...) toda negociação pressupõe critérios subjetivos como: comunicação, relacionamento, compromisso". Ademais, o próprio legislador admitiu no sistema processual civil brasileiro a aplicação das técnicas negociais com o fim de proporcionar um ambiente favorável à autocomposição, conforme se vê no art. 166, § 3º do CPC/15.

Importante destacar que ambas as técnicas – mediação e conciliação – podem ser usadas tanto na fase pré-processual como na fase endoprocessual. Havendo a pacificação do conflito este culminará em um acordo que será encaminhado ao juiz para que seja homologado. Dessa forma, mesmo sem ter intentado com uma ação judicial, as partes serão portadoras de uma homologação judicial, que tem força de título executivo.

Conforme demonstrado, as vantagens dos mecanismos extraprocessuais de solução de conflitos, cumpre, neste momento, trazer uma análise de como esse sistema multiportas pode ser usado para viabilizar as tutelas coletivas. Para tanto, passa-se ao estudo do Caso Samarco, onde foi empregada a técnica de negociação.

4. AS NEGOCIAÇÕES COMO MECANISMOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS EXTRAPROCESSUAIS E O CASO SAMARCO

A negociação faz parte da condição humana de viver em sociedade e todos os dias as pessoas negociam sobre diversas situações. Desde a Segunda Guerra Mundial, a negociação passou a ser usada como técnica de resolução de conflitos. Naquele momento histórico, a negociação foi fundamental para encerrar o conflito armado (Lagrasta, 2020, p. 92).

Com o decorrer do tempo, as técnicas negociais foram se aprimorando e sendo cada vez mais utilizadas nas soluções de conflitos judiciais e extrajudiciais.

A negociação como mecanismo de resolução de conflitos extrajudiciais é o resultado de muita técnica e estudos desenvolvidos para esta finalidade por muitos anos e, atualmente, “perpassa pelas seguintes fases: preparação, criação, negociação, fechamento e reconstrução”, conforme lecionam Gonçalves e Goulart (2020, p. 15).

Como todas as demais técnicas de resolução extrajudicial de conflitos, é extremamente importante que se estabeleça – ou reestabeleça – a comunicação, tendo em vista que ela é fundamental para que as partes envolvidas na negociação possam exprimir sua visão do conflito, que muitas vezes acarreta em dor e angústia, e por fim cheguem a um acordo.

Essa técnica de resolução de conflito extrajudicial pode ser usada para tutelar direitos coletivos, ainda que materialmente indisponíveis, na medida em que o objeto negocial não precisa ser, necessariamente, o direito material. Conforme orienta Vargas (2012, p. 121), “ainda que as barganhas não possam recair sobre o direito material, há farto campo para negociação”.

Nesse sentido, a negociação pode recair sobre os termos e as técnicas de reparação do dano causado à coletividade. Com um denominador comum, a negociação resulta em um Termo de Acordo de Conduta (TAC), que conterà as exigências a serem seguidas pelo agente causador do dano e que pode ser consolidado sem que haja a interferência dos formalismos que são exigidos num processo judicial, tornando-se um instrumento mais célere, justo e participativo para alcançar a reparação devida (Gavronski, 2010, p. 55-56).

O maior e melhor exemplo de negociação em tutela coletiva no Brasil foi o Caso Samarco, quando, em 5 de novembro de 2015, ocorreu o rompimento da barragem do Fundão, no Município de Mariana no Estado de Minas Gerais.

Naquele dia, que ficará para a história, mais de 45 milhões de metros cúbicos de rejeitos foram despejados no meio ambiente, percorrendo por mais de 600 quilômetros de curso d’água, chegando a contaminar a bacia do Rio Doce e alcançando até o mar territorial brasileiro.

Essa tragédia, além de resultar em 19 mortes, milhares de pessoas desabrigadas e um dano irreparável ao meio ambiente, ainda atingiu diversos direitos fundamentais, como a vida, o meio ambiente e a propriedade. Dessa forma, deixar apenas que o Poder Judiciário tomasse as devidas providências resultaria em um processo longo e que perduraria por anos a fio⁷.

Assim, diante de tantos direitos violados, foi necessário recorrer aos mecanismos extraprocessuais de resolução de conflitos com o intuito de amparar as vítimas dessa tragédia o quanto antes, bem como iniciar, imediatamente, as ações de reparação ambiental.

Primeiramente, em março de 2016, as negociações se deram apenas entre o Ministério Público e a Samarco, ou seja, sem a participação do cidadão, e resultou em um Termo de Transição de Ajustamento de Conduta (TTAC) com mais de 40 programas estruturados para a reparação dos danos, conforme aponta Barros e Crespo (2021, p. 204):

Em menos de quatro meses desde a eclosão do litígio, estavam estruturados quarenta e dois programas socioeconômicos e socioambientais e redigidas duzentas e sessenta cláusulas. Além disso, foi idealizada a Fundação Renova,15 uma organização sem fins lucrativos, que se enquadra no conceito de entidade de infraestrutura específica, mecanismo importante para a reso-

7 De acordo com o CNJ, no Relatório Justiça em Números (p. 104), por exemplo, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processo em tramitação. Ainda que 15,3 milhões estivessem suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, mais de 62 milhões de ações judiciais estavam em andamento.

lução de problemas coletivos (Cabral; Zaneti Júnior. , p. 445 e ss.), e que, no caso, se destina a realizar os programas de reparação dos danos ocasionados pelo rompimento de Fundão. A despeito da celeridade em sua elaboração, o acordo se revelou muito questionável. Nesse sentido, Bussinguer e Silva (2019, p. 4) frisam que a negociação se deu sem consulta prévia a atingidos, autoridades locais e vários órgãos públicos, tendo o Ministério Público Federal até abandonado as tratativas por discordar da postura adotada.

Ocorre que este TTAC, como mencionado, não contou com a participação dos indivíduos que sofreram com o rompimento das barragens, contrariando o terceiro “considerando”, que afirmava que tal acordo colocaria fim ao litígio por vontade das partes.

Também não foram ouvidas as instituições públicas da área social, isso inclui não apenas as federais, mas as estaduais. Isso é visto como grave, uma vez que o Termo de Transição de Ajustamento de Conduta discorre sobre programas socioambientais.

Veja-se, então, que ainda que o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública⁸ autorize os órgãos públicos legitimados a celebrarem um TTAC, com eficácia de título executivo extrajudicial, ele não exclui a possibilidade de os litigantes, com representação adequada, submetam ao Poder Judiciário um acordo entre as partes, com o objetivo de extinguir o processo com resolução do mérito, pois “a legitimidade é maior do que a celebração de compromisso extrajudicial de ajustamento de conduta, limitada aos órgãos públicos, e se submete às mesmas exigências de representatividade adequada” (Lemos, 2018, p. 151).

Se os indivíduos prejudicados não participaram das negociações, não se pode afirmar que o acordo firmado colocaria fim ao litígio pela vontade das partes, pois como orienta Bacellar (2012, p. 162) “a negociação é estabelecida diretamente entre os interessados na resolução da controvérsia (negociação direta), mas pode, excepcionalmente, contar com o auxílio de um terceiro (negociação assistida)”.

Diante da falta de participação dos envolvidos na elaboração do TTAC, sua homologação foi indeferida, sob o fundamento de que nem todos os envolvidos puderam participar da tentativa de resolução do conflito, conforme explica Lemos (2018, p. 153):

Observa-se, com isso, que a representatividade adequada, especialmente nos litígios de difusão irradiada, não se satisfaz com a participação de um ou alguns poucos legitimados. Apesar de ser possível sustentar, por exemplo, que os estados do Espírito Santo e de Minas Gerais, ou o Ministério Público de um desses estados, tenham legitimidade para celebrar o TTAC, estes entes, isoladamente, não podem ser considerados porta-voz do interesse público, em detrimento da participação direta dos cidadãos e grupos envolvidos. Caso a manifestação das entidades listadas no TTAC se sobrepusesse à participação dos envolvidos, tais entes configurariam verdadeiras associações vorazes, não permitindo a dissidência, oposição e fuga, por parte dos seus membros.

Embora este primeiro TTAC tenha pontos negativos, que não poderiam ter sido deixados de lado, também tem pontos positivos, como a idealização da Fundação Renova, que surge com o objetivo de gestão e fiscalização dos programas de reparação aos danos causados, que foram elencados no texto do referido Termo de Transição de Ajustamento de Conduta.

8 Art. 5o [...] § 6º: Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Foi somente em janeiro de 2017 que os indivíduos atingidos pela catástrofe foram ouvidos para a então elaboração do Termo de Acordo Preliminar (TAP). Na ocasião, acordou-se que haveriam audiências públicas e consultas prévias aos povos atingidos sobre os programas, buscando a legitimação adequada da população atingida e a criação de um portal da transparência, para que todos pudessem acompanhar a execução das medidas adotadas no TAP.

Em seguida, foi reestruturado a governança para então aumentar a participação daqueles que sofreram com o rompimento das barragens. Barros e Crespo (2021, p. 205) ainda afirmam que, na ocasião, foram escutados os atingidos para a finalização de acordos.

Uma nova rodada de negociação foi feita em junho de 2018, que resultou no TAC-Governança, celebrado entre o Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES), Defensoria Pública da União (DPU), Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG) e Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo (DPES), União, Estados, órgãos ambientais e empresas responsáveis, que prevê a criação de novas estruturas que objetivavam garantir a efetiva participação das pessoas atingidas pelo desastre do rompimento da barragem de Fundão nas decisões acerca da reparação dos danos sofridos⁹.

Nota-se que o aprimoramento da participação dos indivíduos atingidos pela tragédia vem como um dos objetivos do TAC-Governança:

CLÁUSULA PRIMEIRA. O presente ACORDO tem como objeto:

I - a alteração do processo de governança previsto no TTAC para definição e execução dos PROGRAMAS, PROJETOS e AÇÕES que se destinam à reparação integral dos danos decorrentes do ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO;

II - o aprimoramento de mecanismos de efetiva participação das pessoas atingidas pelo ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO em todas as etapas e fases do ITAC e do presente ACORDO; e

III - o estabelecimento de um processo de negociação visando à eventual repactuação dos PROGRAMAS.

Esse aprimoramento se concretiza com a participação dos indivíduos e grupos atingidos pelo desastre de 2015 na governança do processo de reparação integral dos danos causado, que deverão ser atuantes das discussões e, principalmente, nas tomadas de decisões. Para tanto, ficou decidido no presente acordo – TAC-Governança – que seriam implementadas comissões locais de pessoas atingidas pelo rompimento das barragens.

Com o TAC-Governança, chegou-se ao fim da fase de negociação e o que vem ocorrendo é a fase de execução, em que a efetiva participação do Judiciário tem sido fundamental, pois, embora tenham-se passado 7 anos, as reparações dos danos não terminaram.

Dessa forma, é possível concluir que a negociação, quando realizada de forma adequada em casos que envolvam direito coletivo, principalmente quando há danos ao meio ambiente, é fundamental para acelerar o processo de recuperação dos danos causados. Apesar de as negociações extrajudiciais não se mostrarem, no presente caso, completamente eficazes, as vias judiciais também se mostram da mesma maneira, visto que 7 anos depois ainda há pro-

9 Um panorama geral, não só dessas, como de todas as medidas adotadas no Caso Samarco é fornecida pelo MPF em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo>.

cessos em curso, mas não há como negar que, sem as negociações realizadas, as reparações dos danos ainda estariam engatinhando.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, resta-se evidente os avanços que os mecanismos extraprocessuais de solução de conflitos podem trazer para as tutelas coletivas.

Depender apenas do Judiciário e dos processos judiciais podem ter consequências irreparáveis frente a morosidade e todas as exigências que envolvem uma ação judicial. Assim, os mecanismos extraprocessuais de resolução de conflitos são essenciais para que as pessoas direta e indiretamente afetadas pelo agente causador do dano tenham seus direitos garantidos de forma mais célere – e, por sua participação direta na solução da contenda, satisfatória.

Por tal razão, os mecanismos extraprocessuais de resolução de conflitos foram usados no Caso Samarco, na medida em que o rompimento das barragens do Fundão, em Mariana-MG, causou danos imensos às pessoas e ao meio ambiente.

Para isso, foram utilizadas as técnicas de negociação, que em um primeiro momento se deu apenas entre os agentes causadores dos danos e o Ministério Público. Sem ouvir as pessoas e entidades atingidas diretamente pela tragédia, não foi possível que tal negociação fosse eficaz, afinal, ouvir as partes envolvidas é um pressuposto para que os mecanismos extraprocessuais de solução de conflito sejam realizados.

Foi somente em 2017 que uma nova rodada de negociação aconteceu e desta vez da maneira correta, contando com a participação das pessoas diretamente atingidas pela tragédia, bem como as entidades sociais ligadas ao meio ambiente e a economia.

Diante das negociações realizadas, bem como dos acordos firmados, as ações de reparações aos danos causados começaram a ser reparados de forma mais rápida do que seriam em um processo judicial.

Embora não tenham sido suficientes, frente a grandiosidade da tragédia, as negociações se mostraram extremamente importantes para a reparação do dano. Por outro lado, sem as negociações, muitas reparações sequer teriam sido iniciadas.

Sendo assim, pode-se concluir que no presente estudo que os mecanismos extraprocessuais de resolução de conflitos surgem como um norte para a reparação do dano e complemento ao processo judicial, inclusive nos conflitos que envolvem danos coletivos.

REFERÊNCIAS

Bacellar, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, Marcus; CRESPO, Victória. Tutela Extraprocessual em litígios coletivos: lições do desastre do Rio Doce (Caso Samarco). *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 193-212, 20 21. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/195>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Lei de Ação Civil Pública. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1969*. Lei de Ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Lei Orgânica Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon. *Direitos difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: ERP, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro 2010*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014*. Resolução Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Civil Procedure Review*, [S. l.], v. 7, n. 3, p. 59-99, 2016. Disponível em: <https://www.civilprocedure-review.com/revista/article/view/132>. Acesso em: 1 jun. 2024.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Jéssica; Goulart, Juliana. *Negociação, conciliação e mediação: impactos da pandemia na cultura do consenso e na educação jurídica*. Florianópolis: Emias Academia, 2020.

GROSTEIN, Julio. *Defensoria pública: acesso à justiça, princípios e atribuições*. São Paulo: Grupo Almedina, 2023.

JESUS, Antonio Marcos da Silva de. A confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do Ministério Público: uma abordagem analítico-comportamental do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 105-130, 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p105. Acesso em: 25 nov. 2022.

LAGRASTA, Valeria Ferioli. *Curso de Formação de Instrutores: negociação, mediação e conciliação*. Brasília: Escola Nacional de Prevenção e Solução de Conflitos – ENAPRES, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/formacao-instrutores_negociacao_mediacao_conciliacao.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022.

LEMONS, Arthur Lopes. *O "Caso Samarco" e a participação na tutela coletiva: não-dominação, esfera pública e poder judiciário*. 2018. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufes.br/items/3625bca8-0b46-468a-bf5c-673641f0c4f1>. Acesso em: 25 nov. 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Belo Horizonte, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/tac-governanca>. Acesso em: 25 nov. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento Preliminar*. Belo Horizonte, 18 jan. 2017. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>. Acesso em: 25 nov. 2022.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 39, 2018. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/77524>. Acesso em: 25 nov. 2022.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Tutela coletiva processo coletivo e técnicas de padronização das decisões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

VARGAS, Sarah Merçon. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032013-091823/publico/Dissertacao_VF_Sarah_Mercon_Vargas.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022.

VERBICARO, Loiane Prado. Os direitos humanos à luz da história e do sistema jurídico contemporâneo. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 7, n. 1, p. 31-56, 2007. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/515>. Acesso em: 5 dez. 2022.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. *Cadernos do Cej, Mediação: um projeto inovador*, Brasília, v. 22, p. 42-50, 2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/mediacao-um-projeto-inovador>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 11, 1996. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69745>. Acesso em: 1 jun. 2024.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 06/12/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/02/2023
- Avaliação 1: 04/10/2023
- Avaliação 2: 25/05/2024
- Decisão editorial preliminar: 25/05/2024
- Retorno rodada de correções: 17/06/2024
- Decisão editorial/aprovado: 17/06/2024

Equipe editorial envolvida

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

TRIBUTAÇÃO E O (DES)CUMPRIMENTO CONSTITUCIONAL DE COMBATE EFETIVO À FOME NO BRASIL: A NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL ALIMENTAR

TAXATION AND THE CONSTITUTIONAL
(UN)FULFILLMENT OF AN EFFECTIVE BATTLE
AGAINST HUNGER IN BRAZIL: THE NEED TO ESTABLISH
A MINIMUM EXISTENTIAL FOOD ALLOWANCE

MARIO DI STEFANO FILHO¹
MARCIANO BUFFON²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo geral efetuar uma revisão sistemática de literatura, de acordo com o recorte temporal de 2013 até o presente, acerca do papel da tributação nos recentes resultados de agravamento da miséria, causada pela escassez de alimentos, no Brasil. Já como objetivos específicos, busca-se responder os seguintes questionamentos: 1) Qual é a quantia necessária para que um cidadão possa ter o mínimo existencial alimentar no Brasil? 2) Seria, assim, suficiente o valor do salário-mínimo ou de políticas públicas assistenciais como o auxílio emergencial ou do Bolsa Família? 3) A isenção do mínimo existencial alimentar é respeitada no Brasil? Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, em conjunto com pesquisa bibliográfica de artigos e livros qualificados e pertinentes ao tema, além de dados de instituições oficiais. Concluiu-se, por conseguinte, que a arrecadação tributária é parcialmente responsável pela insegurança alimentar, vez que continua tributando o consumo de produtos alimentares básicos e tornando seu acesso

1 Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), e bolsista do Programa de Excelência Acadêmica da CAPES (PROEX) e vinculado à linha de pesquisa "Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direito". Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), com bolsa CAPES/PROSUC, com vinculação à linha de pesquisa "Direitos Humanos e Políticas Públicas". Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Especialista em Direito Tributário e bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2429-8345>.

2 Pós-Doutor em Direito pela Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla - ES. Doutor em Direito - ênfase em Direito do Estado - pela UNISINOS, com período de pesquisa na Universidade de Coimbra - Mestre em Direito Público. Advogado Tributarista, com especialização em Direito Empresarial, Professor de Direito Tributário na UNISINOS - São Leopoldo / RS e em cursos de pós-graduação (especialização) em Direito Tributário noutras instituições. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISINOS. Membro do Conselho Técnico de Assuntos Tributários, Legais e Financeiros da Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul - FIERGS. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8931-8896>.

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

Stefano Filho, Mario Di; BUFFON, Marciano. Tributação e o (des)cumprimento constitucional de combate efetivo à fome no Brasil: a necessidade de estabelecimento de um mínimo existencial alimentar. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 134-149, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9270>.

mais difícil para as camadas mais vulneráveis. Entretanto, o próprio sistema tem ferramentas para a mudança desse cenário, por meio de desonerações fiscais de alimentos da cesta básica e o aumento da tributação de renda e patrimônio, alcançando quem realmente tem capacidade contributiva. No entanto, apenas o primeiro é vislumbrado a partir da reforma tributária de 2023.

Palavras-chave: tributação sobre o consumo; insegurança alimentar; mínimo existencial alimentar.

ABSTRACT

The general objective of this article is to conduct a systematic literature review, covering the time frame from 2013 to the present, on the role of taxation in the recent worsening of poverty caused by food shortages in Brazil. As specific objectives, it seeks to answer the following questions: 1) What is the amount necessary for a citizen to have the minimum food allowance in Brazil? 2) Would the minimum wage or public welfare policies such as emergency aid or Bolsa Família be sufficient? 3) Is the exemption from the minimum food allowance respected in Brazil? To this end, the hypothetical-deductive method was used, together with bibliographic research of qualified articles and books relevant to the topic, in addition to data from official institutions. It was therefore concluded that tax collection is partially responsible for food insecurity, since it continues to tax the consumption of basic food products and makes their access more difficult for the most vulnerable groups. However, the system itself has tools to change this scenario, through tax exemptions on basic food items and increased taxation on income and assets, reaching those who truly have the capacity to contribute. However, only the first will be done by the 2023 tax reform.

Keywords: taxation on consumption; food insecurity; minimum food allowance.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil ostenta níveis elevados de desigualdade social e fome, áreas que vêm sendo agravadas nos anos recentes, marcados por crises econômicas e sanitárias (De Lima; Casalino, 2023, p. 172-173). Em contrapartida, a Constituição de República de 1988 elevou o Estado Democrático de Direito a nível de princípio constitucional, modalidade intervencionista responsável pela efetividade dos direitos sociais, por intermédio de prestações positivas.

A intervenção estatal, no entanto, fica condicionada a tributação, dispositivo pelo qual o Estado arrecadará recursos para financiar políticas públicas assistenciais e concretizar o combate à miséria. Assim, essa arrecadação deverá ser pautada na camada social mais privilegiada para que haja o cumprimento de um combate efetivo à fome, por meio da redistribuição de riquezas. Todavia, o contexto brasileiro é de uma intensa tributação do consumo de produtos e serviços, dentre eles os bens alimentícios básicos, contribuindo para evolução da fome no país.

Diante dessa conjuntura, o artigo tem como objetivo geral efetuar uma revisão sistemática de literatura acerca do papel da tributação nos recentes resultados de agravamento da miséria, causada pela escassez de alimentos, no Brasil. Já como objetivos específicos, busca-se responder os seguintes questionamentos: 1) Qual é a quantia necessária para que um cidadão possa ter o mínimo existencial alimentar no Brasil? 2) Seria, assim, suficiente o valor do salário-mínimo ou de políticas públicas assistenciais como o auxílio emergencial ou do Bolsa Família? 3) A isenção do mínimo existencial alimentar é respeitada no Brasil?

Para o proposto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, cujo modelo adotado é o de tentativas e eliminação de erros, desenvolvido por Karl Popper (Popper, 2002, p. 152-153).

Popper, assim, elenca três (03) fases de aplicação desse método: 1) Identificação do problema (P1); 2) Formação da hipótese-tentativa; 3) Verificação da hipótese, momento em que ela pode, ou não, ser comprovada. A partir disso, afirma-se que a comprovação ou não da hipótese não eliminará a problemática, e sim a desenvolverá a partir de outro cenário (P2).

Por conseguinte, a problemática do presente trabalho resume-se ao aumento concomitante da insegurança alimentar e da arrecadação tributária sobre o consumo de produtos alimentícios básicos. Nessa linha, elege-se como hipótese-tentativa o papel que a tributação vem exercendo nos últimos anos, em relação a fome no Brasil, de manutenção e agravamento, impedindo, inclusive, um combate efetivo por meio da redução do efeito distributivo de políticas públicas assistenciais como o bolsa família e o auxílio emergencial, uma vez que tais políticas são utilizadas majoritariamente para o consumo de bens básicos de alimentação, que são tributados de maneira efetiva, fazendo com que o Estado faça os próprios desamparados financiarem seu próprio amparo social.

Ademais, como método de pesquisa, escolheu-se, de maneira conjunta, a pesquisa bibliográfica e a análise de dados. No tocante à pesquisa bibliográfica, foram buscados artigos científicos e livros, nacionais e estrangeiros, qualificados e instrumentos legislativos pertinentes ao tema. Já na questão da análise de dados, foram verificadas as informações necessárias acerca de arrecadação fiscal e insegurança alimentar de instituições, nacionais e estrangeiras, como a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF), o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a *Oxford Committe for Famine Relief (OXFAM)* e Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE).

O presente artigo utilizou como recorte temporal para análise dos índices de fome e desemprego no Brasil o ano de 2013 até o presente. A referida escolha foi feita devido ao fato de que o ano de 2013 representa, concomitantemente, o ano em que se completou 10 anos do Bolsa Família, maior política assistencial de combate a fome, e o último ano de melhora nos índices da insegurança alimentar, uma vez que o quadro vem piorando gradualmente desde 2014.

A partir disso, dividiu-se o presente artigo em três partes. Na primeira parte realizou-se uma análise do cenário de desigualdade brasileiro e como ele propicia o avanço da fome. Já na segunda parte, abordou-se de que modo é formada a arrecadação tributária brasileira e de que maneira essa arrecadação influencia nos resultados da segurança alimentar no país. Por fim, na terceira parte, discorreu-se sobre o mínimo existencial, em como ele deve ser composto e não ser passível de tributação, visando a proteção do indivíduo.

2. A FOME COMO SINTOMA DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL

No Brasil, os índices atuais que medem graus de desigualdade social mostram resultados completamente insatisfatórios, apresentando um verdadeiro abismo social. Esse cenário é resultado do aumento gradual de pessoas vivendo em nível de extrema pobreza e da crescente concentração de riquezas no país (Santos; Stefano Filho; Casalino, 2020, p. 175).

Para corroborar com essa afirmação, constata-se que o número de famílias brasileiras consideradas vivendo na extrema pobreza sobe de maneira gradativa ao longo dos anos recentes. Após 2014, ano de retirada do Brasil do mapa da fome, cerca de 12 (doze) milhões de brasileiros se encontravam em situação de miserabilidade, número que aumentou, exponencialmente, para a impressionante marca de 14 (quatorze) milhões em novembro de 2020 (Neves; Machado; Oliveira; Moreno; Medeiros; Vasconcelos, 2021, p. 3).

Evidentemente, os índices de desemprego se mostram como um fator que se relaciona diretamente com os dados acima, visto que houve um aumento espantoso na perda de emprego formal nos últimos cinco anos. Assim, no período de um ano o índice de desemprego no Brasil subiu 3.6%, indo de 11% ao final de 2019 para 14.6% ao final de 2020 (Neves; Machado ; Oliveira; Moreno; Medeiros; Vasconcelos, 2021, p. 3).

Nessa linha, infere-se que o recente agravamento das desigualdades sociais no Brasil foi potencializado pela crise econômica instaurada pela pandemia de COVID-19, que afetou o país no início de 2020. Avalia-se, assim, que com as quedas no setor de produção, cujos números apontam para próximo de 20%, e no Produto Interno Bruto (PIB), avaliado por volta de 2% por mês de confinamento, o maior reflexo recaiu sobre o consumo das famílias, que diminuiu em aproximadamente um terço (Buffon; Menegussi , 2020, p. 273).

Não obstante, o Brasil já demonstrava níveis alarmantes de pobreza e fome bem antes do advento da pandemia de Coronavírus. De fato, com o poder de compra extremamente baixo, pouco se pode consumir, ampliando a insegurança alimentar. Consequentemente, enxerga-se a relação de dependência entre os índices de desigualdade social e de insegurança alimentar.

A Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 2014, retirou o Brasil do chamado mapa mundial da fome, devido aos enormes avanços de programas como o Fome Zero e o Bolsa Família. Essas políticas públicas assistenciais foram responsáveis pelo investimento de cerca 35 bilhões de reais no combate a fome e diminuíram o número de subalimentados em impressionantes 82%, nos períodos de 2002 até 2013 (Leite; Leite, 2022, p. 530). Lamentavelmente, desde então, os números acerca da insegurança alimentar registram sucessivas piores.

Define-se, então, o termo *segurança alimentar* como o acesso regular e permanente a alimentos de qualidade e em quantidade suficiente. Por outro lado, há uma divisão do termo *insegurança alimentar*, primeiramente o termo insegurança alimentar leve refere-se à preocupação ou incerteza quanto ao acesso de alimentos. Já o termo insegurança alimentar moderada alude a redução quantitativa de alimentos para adultos. Por fim, o termo insegurança alimentar grave condiz com a redução quantitativa de alimentos para todos os moradores, adultos e crianças, gerando um cenário de fome (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística , 2020, p. 22).

Constata-se, assim, o agravamento da fome em todos os índices de insegurança alimentar a partir da análise comparativa entre 2013 e 2017-18, respectivamente: o índice de segurança alimentar de 77,4% para 63,3% e insegurança alimentar de 22,6% para 36,7%. Especificamente: insegurança alimentar leve de 14,8% para 24%, insegurança alimentar moderada de 4,6% para 8,1% e insegurança alimentar grave de 3,2% para 4,6% (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020, p. 31).

Já em 2020-2021, tem-se o número de 125,6 milhões de brasileiros, aproximadamente 59,3% da população, com insegurança alimentar durante a pandemia de COVID-19 (Nogueira; Pereira; Carrara , 2022, p. 508). A insegurança alimentar grave estava presente na realidade

de 19,2 milhões de brasileiros, cerca de 9% da população, na época do COVID-19 (Leite; Leite, 2022, p. 530). Ademais, cabe citar que 71,4% dos domicílios de brasileiros com insegurança alimentar tem renda per capita de até R\$ 500,00 (Nogueira; Pereira; Carrara, 2022, p. 508).

Isso fica ainda mais claro quando se examina o gasto médio mensal de carne de famílias dentro dos parâmetro de segurança alimentar, que é de R\$ 94,98. Contudo, as famílias com insegurança alimentar grave têm despesas totais mensais na faixa de R\$ 65,12, menos que o médio gasto no consumo de carne (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020, p. 41).

Além disso, durante esse mesmo período foram calculadas determinadas características nos lares brasileiros que influenciam a preparação dos alimentos, e o abismo social existente fica nítido. Primeiramente, esgotamento sanitário com rede geral, pluvial ou fossa ligada à rede é inacessível para 36,8% da população. Já energia elétrica, se encontra ausente em 44,9% dos lares. Por fim, 19,8 % utilizaram lenha ou carvão para a preparação dos alimentos (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020, p. 39).

Isto posto, relevante mencionar que a Administração Pública, por força constitucional, investe em mecanismos para monitorar a segurança alimentar de sua população. A Lei no 11.346/2006 (Lei Orgânica para a Segurança Alimentar e Nutricional) em seu artigo 2º elenca:

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

§ 1º A adoção dessas políticas e ações deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais.

§ 2º É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade (Brasil, 2006)

A referida lei criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), responsável pela realização de políticas e planos que visem garantir a segurança alimentar e nutricional (Artigo 10º). O SISAN será composto por um conjunto de órgãos e entidades de todos os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), além de instituições privadas interessadas (Artigo 7º).

Mediante esforços do SISAN, o Decreto n. 7.272/2010 estabeleceu a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN), que determina o Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. As diretrizes do referido plano, expressas em seu artigo 3º, trazem a baila a priorização da promoção do acesso universal à alimentação bem como o monitoramento da alimentação adequada (Brasil, 2010). Já em relação aos objetivos específicos do plano, o artigo 4º estabelece:

Art. 4º Constituem objetivos específicos da PNSAN:

I - identificar, analisar, divulgar e atuar sobre os fatores condicionantes da insegurança alimentar e nutricional no Brasil;

II - articular programas e ações de diversos setores que respeitem, protejam, promovam e provejam o direito humano à alimentação adequada, observando as diversidades social, cultural, ambiental, étnico-racial, a equidade de gênero e a orientação sexual, bem como disponibilizar instrumentos para sua exigibilidade;

III - promover sistemas sustentáveis de base agroecológica, de produção e distribuição de alimentos que respeitem a biodiversidade e fortaleçam a agricultura familiar, os povos indígenas e as comunidades tradicionais e que assegurem o consumo e o acesso à alimentação adequada e saudável, respeitada a diversidade da cultura alimentar nacional;

IV - incorporar à política de Estado o respeito à soberania alimentar e a garantia do direito humano à alimentação adequada, inclusive o acesso à água, e promovê-los no âmbito das negociações e cooperações internacionais. (Brasil, 2010)

Frente à esse preocupante cenário, cabe ao Estado efetuar os direitos sociais básicos dos cidadão por meio das políticas públicas. Revertendo, assim, a significativa insegurança alimentar presente atualmente.

Visando elucidar os dados expostos acima, expõe-se a presente tabela que demonstra a gradativa piora nos índices de insegurança alimentar do Brasil desde 2013, o último ano de melhora nesses mesmos índices.

Tabela 1 - Piora nos índices alimentares do Brasil após 2013 (retirada do mapa da fome)³

	2013	2017-18	2020-21
Segurança Alimentar	77,4%	63,3%	40,7%
Insegurança Alimentar	22,7%	36,7%	59,3%
Insegurança Alimentar Grave	3,2%	4,6%	9%

A referida tabela mostra a queda gradativa dos números referentes a segurança alimentar que a população possui desde 2013. É demonstrado, também, a piora sucessiva, tanto da insegurança alimentar, quanto da insegurança alimentar grave, parcialmente por responsabilidade da política tributária indutora de tributação do consumo.

Salienta-se, dessa maneira, a relevância da problemática do presente trabalho.

3. A TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO COMO IMPULSIONADORA DO ABISMO SOCIAL

A partir dessa conjuntura, merece destaque a Constituição da República de 1988 pautada como um de seus objetivos o combate à desigualdade social e a erradicação da pobreza, mediante a efetivação de direitos fundamentais, como saúde, educação, moradia, alimentação entre outras áreas. Assim, a Carta Magna determina uma relação entre cidadão e Estado de

3 Tabela de autoria dos coautores de acordo com os dados compilados das seguintes fontes: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101749>. Acesso em: 4 jan. 2022 e NOGUEIRA, Mariana Brito Horta; PEREIRA, Simone Cardoso Lisboa; CARRARA, Virginia Alves. Política de segurança alimentar e nutricional no enfrentamento da fome produzida pelos impérios alimentares. *Revista Katálysis (UFSC)*, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 507-516, set./dez. 2022 e LEITE, Maria Laís dos Santos; LEITE, Jäder Ferreira. (In)segurança alimentar e agricultura familiar: Políticas públicas como estratégias de superação da fome. *Revista Katálysis (UFSC)*, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 528-538, set./dez. 2022.

status positivo, concedendo aos brasileiros o direito de exigir do Estado prestações de serviços públicos e disponibilidade de bens para resguardar sua condição mínima de subsistência (Lima; Martins, 2021, p. 237).

Portanto, os mecanismos pelos quais o Estado atuará mediante prestações positivas serão as políticas públicas (Anselmini; Buffon, 2020, p. 296). Considera-se, então, as políticas públicas como ações e decisões governamentais voltadas à combater um problema político, seja por prioridade política / ideológica dos administradores, situações emergências ou mesmo resultado de pressão popular (Schmidt, 2018, p. 127).

Theodore J. Lowi, a fim de elucidar a temática, divide as políticas públicas em quatro tipos: distributiva, regulatória, redistributiva e constitutiva. A tipologia do autor americano é uma das mais aceitas nos estudos da disciplina (Stefano Filho; Buffon, 2022, p. 143).

A partir da tipologia em questão, as políticas públicas distributivas são pautadas em prestações positivas da Administração Pública visando impactos favoráveis para determinado grupo social ou região. Sob outra ótica, as políticas públicas regulatórias baseiam-se em questões regulamentares específicas de grupos de interesse. Já políticas públicas redistributivas apoiam-se em transferência de renda dos mais privilegiados aos mais carentes. Finalmente, a alteração estrutural de governo compõe as políticas constitutivas (Stefano Filho; Buffon, 2022, p. 143-144).

Dessa forma, pode-se considerar que políticas públicas de assistência social são políticas públicas distributivas. Logo, uma das principais áreas de atuação das políticas públicas distributivas é a seguridade social, compostas pelos três pilares: previdência social, saúde e assistência social (Silva; Aragão, 2020, p. 279).

A previdência social é o único pilar da seguridade social que depende de contribuição prévia, sendo pautada na solidariedade comutativa, cujo critério é baseado na possibilidade de troca. À vista disso, existe o chamado “pacto entre gerações”, que consiste na geração atual financiar a aposentadoria dos mais velhos com a expectativa de ter sua aposentadoria financiada pelos mais novos no futuro (Tavares; Sousa, 2016, p. 279).

Por outro lado, tanto a saúde quanto o auxílio estatal para o mais vulnerável, são oferecidos independente de contribuição prévia. Baseiam-se, portanto, na solidariedade distributiva, destacada nos objetivos da República, e totalmente vinculada a concretização de direitos fundamentais (Tavares; Sousa, 2016, p. 280-281).

Não obstante, tais ações, necessitarão de um dispêndio financeiro por parte do Estado, uma vez que ações coordenadas nessas áreas gerarão um custo (Pierdoná; Leitão; Furtado Filho, 2019, p. 410).

Frente a tal cenário, a tributação será o principal meio pelo qual o Estado vai arrecadar recursos para financiar as políticas públicas assistenciais (Anselmini; Buffon, 2020, p. 301). Em vista disso, o Estado deverá escolher uma política indutora de arrecadação, ora chamada de política pública tributária. Essa política indutora determinará sobre qual camada social será atribuída com ônus tributário mais grave (Difini; Jobim, 2019, p. 286).

Muito embora essa alocação de ônus fiscal devesse ser pautada nos vetores constitucionais, a fim de que as desigualdades fossem combatidas, tal conjuntura não acontece no Brasil. Pelo contrário, a arrecadação do Brasil é definida como regressiva, priorizando a tributação do

consumo e não da renda, atuando, de maneira concomitante, por contribuir com a concentração de riquezas e contra o combate às desigualdades sociais.

Ao analisar a arrecadação do ano de 2022 observa-se que o arrecadado mediante o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço (ICMS) remete à 44,9% da arrecadação total. Por outro lado, a arrecadação de renda, lucros e ganhos de capital representa 24,0% do montante. Por fim, o total arrecadado com a propriedade representa apenas 4.8% do que fora arrecadado no país (Dieese, 2023) e (Brasil, 2023).

Com isso, deduz-se que a política tributária indutora no Brasil é a tributação do consumo. Porém, essa modalidade de tributação é considerada perversa, uma vez que o consumo de bens básicos alimentícios representa, proporcionalmente, uma parcela mais significativa no orçamento de quem menos possui capacidade de contribuir (Portella; Guimarães, 2020, p. 116).

Assim, a dependência da tributação do consumo é profundamente nociva à qualquer pretensão de combate da desigualdade social, visto que o consumo de alimentos exaure quase a totalidade da renda das pessoas em estado de miserabilidade (Pierdoná; Leitão; Furtado Filho, 2019, p. 412).

Para elucidar tal ideia, estudo realizado pela OXFAM detectou que em 2017, os 10% da população brasileira com a menor renda, gastaram aproximadamente 1 terço de seu rendimento com tributos. Em contrapartida, os 10% dos brasileiros com maior renda gastaram apenas 1 quinto de seu rendimento em tributos (Oxfam Brasil, 2017, p. 48).

A fim de demonstrar o alegado, passa-se à uma análise de uma das políticas públicas assistenciais, de cunho alimentar, mais relevantes do Brasil, o auxílio emergencial. A pandemia trouxe consigo uma grave crise econômica uma vez que muitos trabalhadores informais e prestadores de serviços ficaram impossibilitados de exercer suas funções mediante o isolamento social. Com isso, seu sustento ficou ameaçado, compelindo o governo a editar a lei n. 13.982/2020, que instituiu o auxílio emergencial (Arakaki; Rossignoli, 2021, p. 182).

Tal política pública previa o pagamento mensal de três parcelas de R\$ 600,00, posteriormente prorrogado por mais dois meses, para aqueles que: fossem maiores de idade; não tivessem emprego formal; não fossem titulares de outros benefícios, salvo o Bolsa Família; não possuíssem renda mensal per capita maior que meio salário mínimo ou renda familiar maior que três salários mínimos e não tivessem auferido mais que R\$ 28.559,70 em rendimentos tributáveis no ano de 2018 (Arakaki; Rossignoli, 2021, p. 182).

Em questão de alcance, a política foi um sucesso, garantindo o auxílio para 66,9 milhões de brasileiros, desses, 8,5 milhões com renda per capita de até meio salário mínimo. Ao final desse ciclo da política, seu custo foi avaliado em cerca de 320 bilhões de reais (Freire Neto; Santos de Lima; Pierdoná, 2020, p. 197-198).

Entretanto, apesar do enorme impacto social do auxílio emergencial, seus efeitos assistenciais são reduzidos drasticamente, uma vez que a política tributária indutora é a tributação do consumo. Assim, todas essas pessoas desfavorecidas que receberam o benefício com o intuito de garantir seu sustento, foram tributadas à medida que adquiriram alimentos.

Conclui-se, pois, pela inconstitucionalidade dessa política tributária indutora, posto que onerar de maneira excessiva os mais carentes é uma clara violação aos objetivos constitucionais. Tal medida deve ser revertida com políticas públicas redistributivas, isto é, que tribu-

tam a renda e a propriedade dos mais privilegiados, financiando programas sociais dos mais carentes, certificando uma efetiva redistribuição de riquezas (Santos; Stefano Filho; Casalino, 2020, p. 182).

Essa perspectiva fica especialmente clara com o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), previsto no artigo 153, VII da Constituição, cuja arrecadação está vinculada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Contudo, desde 1988, data da promulgação da constituição, foi o único imposto que não foi instituído, flagrante descaso com a população (Santos; Stefano Filho; Casalino, 2020, p. 174).

Sob outro ponto de vista, a criação de um imposto “novo” não seria a única medida redistributiva possível que pudesse reverter esse cenário regressivo, perpetuado com a tributação do consumo. Há, também, a possibilidade de revogação de algumas isenções fiscais sobre o patrimônio e a renda, muitas concedidas com o propósito de incentivar a produção e o empreendedorismo, mas por vezes acabam por aprofundar ainda mais as desigualdades sociais.

Um claro exemplo disso é a isenção total de imposto de renda (IR) sobre os dividendos, que são os resultados do lucro das empresas distribuídas aos sócios acionistas. A revogação dessa isenção geraria um efeito considerável no índice GINI, medidor da desigualdade social (Stefano Filho; Buffon, 2022, p. 152).

Tal impacto se deve ao fato de que essa medida, concedida apenas no Brasil e na Estônia, favorece apenas cerca de 824 mil contribuintes (Stefano Filho; Buffon, 2022, p. 153), todos com uma capacidade socioeconômica para contribuir mais favorável do que os 66,9 milhões de brasileiros que foram contemplados com o auxílio emergencial.

Com efeito, o sistema tributário brasileiro não necessita reformas estruturais, pois apresenta mecanismos redistributivos suficientes para reverter o cenário regressivo. Fica, então, a cargo dos representantes políticos atuarem positivamente sobre o combate à fome. Por outro lado, Darana Carvalho de Azevedo argumenta que essa clara omissão constitucional não é fruto apenas de uma inviabilidade política, mas uma omissão consciente visando apenas interesses econômicos para a camada mais privilegiada da sociedade com o objetivo específico de concentração de riquezas.

Afirma a autora:

Com efeito, pode-se observar que a “fome tem sido alimentada” com atitudes de uma ideologia capitalista que denotam um verdadeiro “financiamento” da fome, onde necessidades humanas são subsumidas pelas necessidades de mercado, naturalizando as consequências desse modo de produção, ou ora tratando essas questões políticas, como se fossem questões de incapacidades administrativas, novamente obscurecendo seus reais determinantes (Azevedo, 2022, p. 495).

Portanto, pode-se verificar a existência, de maneira intuitiva, de uma perspectiva política velada em toda escolha política acerca da atividade tributária feita pelo Estado, que será formalizada pela política tributária escolhida, no caso brasileiro, sua regressividade (Teodorovic; Borges, 2022, p. 610-611). A importância das políticas tributárias é tamanha que não é possível visar alcançar uma justiça social se a justiça tributária também não for almejada (Rodrigues; Daniel, 2022, p. 127).

4. O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA ASSISTENCIAL E GARANTIA CONSTITUCIONAL

As constituições do México (1917) e de Weimar na Alemanha (1919) foram os primeiros textos constitucionais a tratar de *direitos sociais*, as prestações positivas do Estado, que diretamente responsabiliza-o para a concretização desses direitos, como saúde e educação.

A Constituição Alemã de 1949 apresenta o termo *mínimo existencial* pela primeira vez. Sua principal função era definir padrões mínimos acerca da liberdade e da vida, sendo devidamente reconhecida pelo tribunal alemão em 1954 (Aveiro; Valle, 2017, p. 106).

O estado liberal, baseado na ideia da mão invisível do mercado, não garante condições de vida digna à todas as pessoas, sequer garante o indispensável para a sobrevivência, sendo, então, papel do Estado intervencionista agir em prol de seu povo (Arakaki; Rossignoli, 2021, p. 173). A partir disso, em 1873, originou-se o instituto alemão *Existenzminimum*, pautando-se na completa isenção tributária da quantia mínima considerada necessária para viver, ou 1.000 *thalers* (Turatti; Buffon; Konrad, 2017, p. 174-175)

Arakaki e Rossignoli (2021, p. 175) definem o mínimo existencial como “patamar mínimo civilizatório do qual o indivíduo não pode abdicar, sob pena de se ofender a dignidade dele”. Com isso, fica nítido que a relação entre a tributação e o mínimo existencial, para surtir os efeitos necessários, deverá ser respaldada pelo princípio da capacidade contributiva.

A capacidade contributiva é princípio derivada da isonomia, isto é, igualdade na relação tributária, devendo todos os contribuintes em situação igual serem tratados igualmente e os em situação desigual serem tratados de acordo com suas desigualdades. Roesel e Ferreira (2017, p. 201) lecionam que “os princípios da isonomia e da capacidade contributiva se relacionam na medida em que observam a capacidade econômica de cada contribuinte e os tratam de forma igualitária, respeitando a individualidade de cada indivíduo em arcar com o ônus da carga tributária”.

Portanto, o mínimo existencial é estabelecido como limite para a não-incidência de tributos pelo princípio da capacidade contributiva. Sendo, assim, absolutamente vedada a arrecadação de valores abaixo desse patamar, pois coloca em risco a dignidade do contribuinte (Aveiro; Valle, 2017, p. 119)

Diante de tal cenário, exsurge a necessidade de reconhecer o mínimo existencial como barreira a não ser transposta, impedindo que o estado não tribute aqueles a quem ele mesmo deve prover. Nessa linha, Tipke e Yamashita (2002, p. 34) elucidam: “O Estado não pode, como Estado Tributário, subtrair o que, como Estado Social, deve devolver”.

Todavia, dentre os núcleos essenciais para a vida humana, que compõe o mínimo existencial, considera-se a alimentação como condição primordial, pois apenas a partir dela a saúde e a assistência social básica será possível (Turatti; Buffon; Konrad, 2017, p. 179). Assim, o presente trabalho vem propor a seguinte denominação, o “mínimo existencial alimentar”, o limite primordial mínimo e irrenunciável, sob pena de colocar em risco sua existência humana digna, de alimentação.

A Emenda Constitucional no 114 de 16 de dezembro de 2021 acrescentou ao artigo 6º da Constituição da República um parágrafo único. O artigo reconhece como direitos sociais a alimentação e a assistência aos desamparados, entre outros, garantindo o direito a uma renda básica familiar, por intermédio do Poder Público por programa permanente de transferência de renda.

Levantam-se, desse modo, as seguintes questões: 1) Qual é a quantia necessária para que um cidadão possa ter o “mínimo existencial alimentar” no Brasil? 2) Seria, assim, suficiente o valor do salário mínimo ou de políticas públicas assistenciais como o auxílio emergencial ou do Bolsa Família? 3) A isenção do mínimo existencial alimentar é respeitada no Brasil?

Visando responder esses questionamentos, o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) calculou, de acordo com a pesquisa nacional de cesta básica de alimentos que, a fim para garantir as necessidades básicas alimentares de uma família composta por dois adultos e duas crianças, elas devem consumir, por mês, o seguinte: 6 kg de carne, 15 litros de leite, 4,5 kg de feijão, 3 kg de arroz, 1,5 kg de farinha, 6 kg de batata, 9 kg de legumes (tomates), 6 kg de pão francês, 600 gramas de café em pó, 90 unidades de frutas (bananas), 3 kg de açúcar, 1,5 kg de banha ou óleo e 900 gramas de manteiga. O custo mensal desses alimentos, em dezembro de 2021, seria de R\$ 5.800,98 ou R\$ 1.450,24 por pessoa (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos, 2021).

Valor esse superior ao salário-mínimo atual de R\$ 1.412,00, ao auxílio emergência de R\$ 600,00 e ao valor médio do bolsa família de R\$ 217,18. Destaca-se que, ainda que ambos genitores recebessem um salário mínimo (R\$ 2.200,00), ainda seria menos da metade do sugerido pelo DIEESE (R\$ 2.900,49).

Apesar da impossibilidade de custear uma alimentação digna, as políticas assistenciais são cruciais para a manutenção do atual mínimo existencial alimentar no Brasil. Embora elas não sejam suficientes de acordo com os dados do DIEESE, elas têm um custo elevado, como o auxílio emergencial de 320 bilhões de reais (Freire Neto; Santos de Lima; Pierdoná, 2020, p. 195).

No entanto, a necessidade de políticas assistenciais é crucial para sustentabilidade fiscal do Estado, pois a miserabilidade extrema vai gerar um aumento significativo de entradas em outros serviços, como a saúde por exemplo (Silva; Aragão, 2020, p. 282). Além disso, a fome é confundida com doença no Brasil pelo mal estar que gera, fazendo com que muitos busquem os serviços de saúde pública (Nogueira; Pereira; Carrara, 2022, p. 508).

Visando responder os questionamentos acima, temos que seriam necessários R\$ 1.450,24 por pessoa para que o “mínimo existencial alimentar” fosse concretizado. Ainda que, nenhuma das políticas públicas assistenciais chegam perto desse montante, elas são fundamentais para que o cenário de fome e insegurança alimentar não se agrave ainda mais.

Por fim, deve-se dizer que o “mínimo existencial alimentar” no Brasil não recebe a isenção tributária que deveria, uma vez que a arrecadação principal do Brasil é a tributação do consumo. Desse modo, ao receber o auxílio emergencial o Estado vai arrecadar daqueles mais carentes, visto que o principal gasto será com o consumo de alimentos básicos, concretizando, assim, o cenário regressivo no país.

Conclui-se, portanto, que os valores recebidos por políticas públicas assistenciais não são o suficiente para garantir o “mínimo existencial alimentar” e ainda sim, são constantemente tributados por meio do consumo.

Isto posto, contribuintes que detêm recursos suficientes apenas para garantir uma condição mínima de existência digna e que não deveriam ser tributados, mas, através da tributação sobre o consumo, são (Aveiro; Valle, 2017, p. 114). Por essa razão, pesquisas que escancaram a regressividade do sistema tributário do Brasil são de extrema relevância, dando origens à novas discussões acerca das políticas públicas progressivas, como renda básica (Pierdoná; Leitão; Furtado Filho, 2019, p. 408), majoração da tributação sobre a renda (Piketty, 2014, p. 481).

Em 2023 ocorreu no Brasil a aprovação da *Reforma Tributária*, por intermédio da Emenda Constitucional (EC) n. 132/2023, originária da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 45/2019, destinada a impactar o consumo. A grande inovação da reforma foi uma unificação dos tributos indiretos existentes no sistema tributário.

Assim, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço (ICMS), Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISS), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) em dois novos tributos, o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e a Contribuição sobre Bens e Serviço (CBS), visando, dessa maneira, reduzir a complexidade do sistema tributário brasileiro (Paulino; Araújo; Müller, 2024, p. 7).

Todavia, a referida reforma não vai criar ou aumentar de maneira significativa a tributação do patrimônio e da renda, com a exceção na cobrança de Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA) para jatos particulares e iates.

Ainda sim, destaca-se a importância social da reforma no combate à fome em seu artigo 9º, parágrafo terceiro, inciso II onde está previsto alíquota zero para produtos da cesta básica e produtos básicos de higiene (Piscitelli, 2023, p. 264-266). Salienta-se, contudo, que a referida medida de zerar as alíquotas dos produtos de consumo da cesta básica depende de aprovação do Projeto de Lei Complementar (PLP) n. 68/2024, que prevê a desoneração em seu artigo 114, já aprovado na Câmara dos Deputados e segue para votação no Senado Federal (Casalino; Stefano Filho; Manzano, 2024, p. 177).

Desse modo, em que pesa a reforma não estabelecer uma reestruturação total do modelo do sistema tributário brasileiro, avançou no combate a fome.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, por conseguinte, que o cenário da desigualdade acarreta no aumento da fome e esse fenômeno vem se intensificando no Brasil bem antes da pandemia. Entretanto, muitos foram os esforços para que houvesse uma melhora na segurança alimentar brasileira a partir de políticas públicas assistenciais como o Fome Zero e o Bolsa Família.

Não obstante ao resultado efetivo de tais políticas públicas distributivas, pesquisas recentes apontam para um agravamento gradual da fome no país diante de cenários de instabilidade econômica. Assim, o referido aumento da insegurança alimentar pode ser uma consequência da política tributária indutora adotada no Brasil, a tributação do consumo.

Ocorre que, esse modelo de tributação onera de maneira igual bens e serviços, gerando adversidades em um contexto desigual, como o do Brasil, e potencializando ainda mais essas

desigualdades. Não impedindo, apenas, o acesso a certos bens, mas onerando, proporcionalmente, de maneira muito mais gravosa os mais carentes, que despendem a maior parte de seu orçamento para o consumo de alimentos.

Por derradeiro, a figura do mínimo existencial revela o parâmetro para a não-incidência tributária, sendo o essencial para que um cidadão possa ter uma segurança alimentar digna, podendo caracterizar um *mínimo existencial alimentar*. Assim, o *mínimo existencial alimentar* requer um montante maior que a maioria das políticas sociais assistencialistas, separando-o em dois no cenário brasileiro, o *mínimo existencial alimentar* ideal e o *mínimo existencial alimentar* concreto.

Evidenciada a importância de tais políticas, contudo é crucial o reconhecimento de que as mesmas têm seu potencial assistencialista exponencialmente diminuído diante da tributação do consumo, pois o Estado vai tributar a mesma camada da sociedade para quem oferece amparo, como no caso do auxílio emergencial. O Estado auxiliou 66.9 milhões de pessoas que ao adquirir alimentos serão tributadas de maneira insensível, não respeitando o princípio da capacidade contributiva.

Constata-se, assim, que a não-incidência tributária do mínimo existencial não é respeitada. Portanto, deve-se instituir políticas redistributivas que possam reverter tal cenário, como a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, o IGF, e a revogação da isenção de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) sobre os recebedores de dividendos. Finalmente concluindo-se que o sistema tributário brasileiro não precisa de reformas estruturais, mas sim fazer uso dos mecanismos redistributivos que a própria Constituição de 1988 oferece.

Ainda sim, houve em 2023 uma *Reforma Tributária* e ser implementada em etapas que garante alíquota zero para os bens da cesta básica, o que representa um avanço significativo no combate a fome. Portanto, os objetivos específicos, quais são a respostas dos questionamentos propostos, foram alcançados.

REFERÊNCIAS

ANSELMINI, Priscila; BUFFON, Marciano. Extrafiscalidade como meio de realização de políticas públicas: a busca pela concretização do 'bem comum' no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 15, p. 295-315, 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/16389>. Acesso em: 26 jul. 2024

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ROSSIGNOLI, Marisa. O mínimo existencial na promoção do estado de bem-estar social em tempos de pandemia da covid-19. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v.16, n. 4, p. 171-190, 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8411>. Acesso em: 13 ago. 2024

AVEIRO, Júlio da Costa Rostirola; VALLE, Maurício Dalri Timm do. O mínimo existencial e a tributação. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário -RDIET*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 76-123, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/8707>. Acesso em: 30 mar. 2024.

AZEVEDO, Darana Carvalho de. Vamos, sim falar da fome! *Revista Katálysis (UFSC)*, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 48-497, set./dez. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/86213>. Acesso em: 6 set. 2024.

BRASIL. *Boletim de estimativa da carga tributária bruta do governo geral de 2020*. Tesouro Nacional, Brasília, 2021. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:38233. Acesso em: 10 jul. 2022.

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: 21 dez. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional no 114, de 16 de dezembro de 2021*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc114.htm#art1. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. *Decreto no 7.272, 25 de agosto de 2010*. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. *Lei no 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 31 ago. 2022

BRASIL. *Lei no 13.982, de 2 de abril de 2020*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 1 jul. 2022.

BUFFON, Marciano; MENEGUSSI, Matheus Costella. Tributação sustentável e a COVID-19: Políticas fiscais de curto, médio e longo prazo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, p. 271-292, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/n-42-tributacao-sustentavel-e-a-covid-19-politicas-fiscais-de-curto-medio-e-longo-prazo/>. Acesso em: 14 jan. 2022.

CASALINO, Vinícius Gomes; STEFANO FILHO, Mario Di; MANZANO, Maria Clara Arruda. Desigualdade de gênero como política tributária indutora no Brasil: a ineficiência de quebra de paradigma das propostas de reforma tributária. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 55, p. 157-181, ago. 2024. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/124909>. Acesso em: 23 set. 2024.

DE LIMA, Paula Carolina Pessoa; CASALINO, Vinícius Gomes. Políticas públicas e o retorno da fome e da insegurança alimentar no Brasil. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas [UNIFAFIBE]*, Bebedouro, v. 11, n. 3, p. 158-185, set./dez 2023. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/1462>. Acesso em: 23 set. 2024.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIECONÔMICOS (DIEESE). *Pesquisa nacional de cesta básica de alimentos São Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 9 ago. 2022.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIECONÔMICOS (DIEESE). *A (proposta de) reforma tributária e os trabalhadores e trabalhadoras*. Nota técnica n. 274 de 25 de julho de 2023. São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2023/notaTec274reformaTributariav/index.html?page=1>. Acesso em: 09 jan. 2024.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira; JOBIM, Eduardo de Sampaio Leite. Estado fiscal, tributação e os critérios de justiça no direito tributário. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 41, p. 278-304, dez. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/95205>. Acesso em: 15 fev. 2022.

FREIRE NETO, Lourenço de Miranda; SANTOS DE LIMA, Priscilla Luciene; PIERDONÁ, Zélia Luiza Covid-19 emergency aid as a laboratory for the restructuring of social Protection in Brazil. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 5, n. 62, p. 193-205, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4915>. Acesso em: 12 jul. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa de Orçamentos Familiares 2017-2018: primeiros resultados*. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2022.

LEITE, Maria Laís dos Santos; LEITE, Jäder Ferreira. (In)segurança alimentar e agricultura familiar: Políticas públicas como estratégias de superação da fome. *Revista Katálysis (UFSC)*, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 528-538, set./dez. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/86341>. Acesso em: 7 set. 2022.

LIMA, Renata Albuquerque; MARTINS, Osmar Álefe Farias. Os deveres fundamentais e a Constituição de 88: Formação precípua do Estado Democrático de Direito. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 226-242, jan./abr. 2021.

NEVES, José Anael.; MACHADO, Mick Lennon; OLIVEIRA, Luna Dias de Almeida; MORENO, Yara Maria Franco; MEDEIROS, Maria Angélica Tavares de; VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de. Unemployment, poverty, and hunger

in Brazil in Covid-19 pandemic times. *Revista de Nutrição*, Campinas, v. 34, 2021. Disponível em: <https://periodicos.puc-campinas.edu.br/nutricao/article/view/5755/3519>. Acesso em: 14 jul. 2022.

NOGUEIRA, Mariana Brito Horta; PEREIRA, Simone Cardoso Lisboa; CARRARA, Virgínia Alves. Política de segurança alimentar e nutricional no enfrentamento da fome produzida pelos impérios alimentares. *Revista Katálysis (UFSC)*, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 507-516, set./dez. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/86278>. Acesso em: 3 set. 2022.

OXFAM BRASIL. *Relatório "Nós e as Desigualdades"*. São Paulo, jun. 2019. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/pesquisa-nos-e-as-desigualdades-2019/?_ga=2.49432036.330511726.1595133669-697185239.1595133669. Acesso em: 5 ago. 2022.

PAULINO, Raul; ARAÚJO, Lemuel Cardoso; MÜLLER, Ueinstein-Willy Alves. Tributação na transmissão causa mortis e doação no Brasil pós-emenda constitucional n. 132/2023. *Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro*, Almenara, v. 04, 2024, p. 7. Disponível em: <https://revista.unipacto.com.br/index.php/multidisciplinar/article/view/2347>. Acesso em: 23 set. 2024.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; LEITÃO, André Studart.; FURTADO FILHO, Emmanuel Teófilo. Primeiro, o básico. Depois, o resto: O direito à renda básica. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 390-417, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3401>. Acesso em: 13 abr. 2022.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PISCITELLI, Tathiane. Nota sobre a reforma tributária: análise das perspectivas de gênero e raça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 112, n. 1055, p. 263-273, set. 2023.

POPPER, Karl Raimund. *An unended quest*. Psychology Press, 2002. p. 315.

PORTELLA, André Alves; GUIMARÃES, Rebeca Bárbara. Análise-crítica da proposta de reforma tributária brasileira à luz da concepção de tributação equitativa de Thomas Piketty. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 112-142, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/11515>. Acesso em: 13 abr. 2022.

RODRIGUES, Hugo Thamir; DANIEL, Marli. Direito constitucional ao recebimento de herança e o ITCMD: Contribuições jurídicas de políticas públicas tributárias. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 38, n. 2, p. 118-134, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/441>. Acesso em: 14 jan. 2023.

ROESEL, Claudiane Aquino; FERREIRA, Maria Flávia de Freitas. A tributação como instrumento de justiça social. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 196-210, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/5216>. Acesso em: 15 jan. 2022.

SANTOS, Julia Pires Peixoto dos; STEFANO FILHO, Mario Di; CASALINO, Vinícius Gomes. Imposto sobre Grandes Fortunas e Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: competência tributária, omissão inconstitucional e violação de direitos fundamentais. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 15, n. 4, p. 172-195, 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8153>. Acesso em: 6 maio 2022.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 21 maio 2022.

SILVA, Alice Rocha da; ARAGÃO, Raphael Alberto de Moraes. O custo da desproteção previdenciária. *Revista de Estudos Constitucionais. Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo/RS, v.12, n.2, p. 276-290, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2020.122.07>. Acesso em: 17 mar. 2022.

STEFANO FILHO, Mario Di; BUFFON, Marciano. Benefícios fiscais regressivos: Um estudo sobre políticas públicas distributivas à luz de Theodore J. Lowi. *Revista de Estudos Institucionais (REI)*, v. 8, n. 1, p. 138-159, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/668>. Acesso em: 15 ago. 2022.

TAVARES, Marcelo Leonardo; SOUSA, Ricardo José Leite. O princípio da solidariedade aplicado à previdência social. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 1 n. 42, p. 277-293, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1495>. Acesso em: 14 ago. 2022.

TEODOROVICZ, Jeferson; BORGES, Antônio de Moura. Políticas públicas tributárias e o combate a pandemias: O caso “coronavírus” e os seus reflexos na política tributária brasileira. *Revista Argumentum*, Marília, v. 23, n. 2, p. 609-634, maio/ago. 2022. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1394>. Acesso em: 7 set. 2022.

TIPKE, Klaus.; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TURATTI, Luciana; BUFFON, Marciano; KONRAD, Ana Christina. O mínimo existencial e o poder judiciário: Parâmetros no controle jurisdicional de políticas públicas. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação de Direito / UFRGS*, Porto Alegre, v. XII, n. 2, p. 172-197, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/71940>. Acesso em: 14 mar. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 08/09/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/02/2023
- Avaliação 1: 20/08/2024
- Avaliação 2: 02/09/2024
- Decisão editorial preliminar: 13/09/2024
- Retorno rodada de correções: 23/09/2024
- Decisão editorial/aprovado: 27/09/2024

Equipe editorial envolvida

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

MANDATOS COLETIVOS COMO ESTRATÉGIA DE APERFEIÇOAMENTO DA REPRESENTATIVIDADE E CIDADANIA

COLLECTIVE MANDATES A STRATEGY FOR
IMPROVING REPRESENTATIVENESS AND CITIZENSHIP

NATAL DOS REIS CARVALHO JUNIOR¹

RESUMO

O presente artigo analisa sob o aspecto da participação popular e constitucional os mandatos coletivos, uma prática que surge espontaneamente no Brasil e de modo paralelo a legislação eleitoral que não regulamenta o instituto. Pelos mandatos coletivos um titular é eleito para efetivamente ocupar o cargo, mas assume já durante a campanha eleitoral o compromisso de compartilhar as decisões com um grupo de pessoas denominados coparlamentares. Em que pese os problemas, especialmente pela ausência de regulamentação do instituto, esse modelo se mostra capaz de ampliar a representatividade do mandato eleitoral parlamentar, dando-lhe maior vigor e abertura para a comunidade. Assim, estudando a construção prática dos mandatos coletivos, o artigo elabora conceitos e elementos do mandato coletivo e apresenta suas condições para melhoria da qualidade representativa do mandato parlamentar e, conseqüentemente, sua utilização como forma de aperfeiçoamento da cidadania pela democracia. Este artigo é desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e confronto com as balizas de democracia da Constituição Federal e o instituto informal dos mandatos coletivos.

Palavras-chave: participação popular; democracia participativa; instrumentos de participação popular; mandatos coletivos, democracia brasileira.

ABSTRACT

This article discusses collective mandates, a practice that arises spontaneously in Brazil and in parallel to electoral legislation. Through collective commands, a holder is elected to effectively occupy the position, but already during the electoral campaign assumes the commitment to share decisions with a group of people called co-parliamentarians. Despite the problems, especially due to the lack of regulation of the institute, this model appears capable of expanding the representativeness of the parliamentary electoral mandate, giving it greater vigor and openness to the community. Thus, the article elaborates concepts and elements of the collective mandate and presents its conditions for improving the representative quality of the parliamentary mandate and, consequently, its use as a way of improving citizenship through democracy. This article is developed through

1 Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Professor de Direito no Centro Universitário da Fundação Educacional Guaxupé. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8965-7284>.

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

CARVALHO JUNIOR, Natal dos Reis. Mandatos coletivos como estratégia de aperfeiçoamento da representatividade e cidadania. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 150-165, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9835>.

bibliographical research and comparison with the democratic guidelines of the Federal Constitution and the informal institute of collective mandates.

Keywords: *popular participation; participatory democracy; popular participation instruments; collective mandates; brazilian democracy.*

1. INTRODUÇÃO

A democracia precisa se reinventar para fazer frente às determinações da Constituição de 1988 e aos desafios contemporâneos. Não bastam regras formais e a existência de eleições regulares para que uma democracia possa se afirmar plena. As instituições democráticas precisam se mostrar capazes de reverberar a opinião pública, em um debate público esclarecido e racional, além de assegurar a implementação de direitos e garantias fundamentais. A participação popular revigora a cidadania e fortalece os institutos e mecanismos democráticos.

O modelo de democracia representativa também deve ser repensado a partir de sua finalidade essencial: a representatividade dentro dos melhores padrões de qualidade possíveis. Os mandatos eletivos devem se mostrar capazes de efetivamente representar setores da sociedade na promoção de um debate público de qualidade. A eleição parlamentar não pode ser instrumento que garanta um “cheque em branco” ao mandatário para que, uma vez eleito, atue conforme seus próprios interesses descolando-se dos interesses dos representados e mesmo das pautas de valores apresentadas durante o processo eleitoral.

Neste sentido é preciso debater mecanismos capazes de tornar os mandatos eletivos mais representativos e produtivos, aprimorando a democracia brasileira e a soberania popular. O presente artigo, para tanto, na tentativa de contribuir com esses novos mecanismos, apresenta como instrumento possível os mandatos eletivos coletivos. Um instituto que surge na prática da política brasileira a partir da experiência de grupos organizados em torno de determinados interesses, e que já vem sendo utilizado nas eleições através de algumas candidaturas, e no exercício de alguns mandatos pelo país.

A maior dificuldade encontrada pelos mandatos coletivos é a sua falta de regulamentação e, portanto, a sua ausência de reconhecimento pelo Direito Eleitoral, que passa ao largo do instituto. Portanto, o confronto que aqui se pretende é com as balizas democráticas edificadas pela Constituição de 1988.

Trata-se de um instrumento que quando exitoso transforma o mandato eletivo em um verdadeiro mecanismo de ação coletiva, sendo capaz de ampliar a representatividade do mandato, garantir maior fiscalização da atuação parlamentar e promover maior vinculação do mandato aos objetivos e pautas apresentados durante a eleição. No mandato coletivo, embora exista um representante formalmente eleito e empossado, este assume o compromisso de compartilhar suas decisões com um grupo de pessoas denominados coparlamentares.

Assim, neste artigo se conceituará o mandato coletivo compreendendo o seu funcionamento e o que tem representado na prática, além suas vantagens e desvantagens. Também serão abordadas as razões pelas quais mandatos coletivos parlamentares podem ampliar a representatividade democrática.

2. MANDATOS COLETIVOS E COMPARTILHADOS: EXISTÊNCIA, CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Nos últimos processos eleitorais brasileiros um fenômeno surgiu, ainda que sem qualquer regulamentação na legislação eleitoral: os mandatos coletivos. O amplo espaço de liberdade que ganha este instrumento informal, pela ausência de previsão legislativa, acabava deixando margem à confusão sempre que algum conflito precisava ser arbitrado. Na realidade, as divergências acabam sendo solucionadas a partir das experiências próprias de cada mandato. A judicialização de conflitos havidos entre os participantes do mandato leva a uma consequência inevitável, a do reconhecimento da autoridade do titular. Afinal, ainda que os mandatos tenham sido constituídos pelos eleitores a partir da perspectiva de serem exercidos coletivamente, formalmente um único titular é reconhecido pela Justiça Eleitoral.

A Constituição brasileira assume clara opção pela cidadania, pela democracia, pela soberania popular, pelo pluralismo político, além de incentivar a participação popular nos assuntos do Estado. Assim, é desejável que os mandatos constituídos em nome do povo sejam abertos a participação e fiscalização democrática. Podemos definir como mandato participativo aquele busca pautar as ações e posicionamentos a partir da interação com a sociedade civil, prestando contas com transparência de sua atuação e permanecendo aberto ao processo democrático de oitiva de críticas e sugestões da comunidade interessada.

Os mandatos coletivos ou compartilhados² são uma evolução do conceito de mandato participativo, pois além das características da participação e transparência, abrangem um novo elemento importante que é a divisão do poder do parlamentar com um grupo de cidadãos delimitados por um acordo ao qual denominaremos coparlamentares. Logo, em um mandato coletivo o titular tem um compromisso com um grupo determinado de compartilhar o seu poder decisório nos limites estabelecidos pelo pacto do mandato.

Por questões metodológicas é importante destacar que o presente estudo se direciona aos mandatos coletivos no Poder Legislativo, definidos por meio de eleições no sistema proporcional. Esse recorte é feito em razão do modelo de eleição através do sistema proporcional, os mandatos majoritários possuem características diferentes que demandam outras reflexões. Logo, as análises aqui trabalhadas se destinam aos mandatos de vereador, deputado estadual, deputado distrital e deputado federal. Por evidente que seria também possível pensar e debater regras próprias no compartilhamento de mandatos executivos ou majoritários, contudo, não é esse o foco da pesquisa. Ademais, a implementação gradual dos compartilhamentos de mandatos possibilitaria maiores chances de êxito a experiência.

A opção por uma candidatura coletiva pode ter benefícios já durante o pleito eleitoral, facilitando a angariação de votos tanto pela clareza de objetivos do grupo, quanto pela soma do carisma dos participantes junto aos eleitores³. Nesse sentido é importante o tratamento dado

2 Alguns estudos, como o da Rede de Ação Política pela Sustentabilidade – RAPS (2019) diferenciam os conceitos de mandatos coletivos e compartilhados. Enquanto mandatos coletivos seriam experiências com menor número de participantes, clareza de objetivos e busca de consenso nas decisões; os mandatos compartilhados seriam experiências com grande número de pessoas (normalmente acima de 100) e sem compromisso de consenso, apenas pautando-se na participação direta. Neste estudo, contudo, esses termos serão tratados como sinônimos e sempre se referindo a grupos determinados com pequeno número de participantes, com identidade ideológica e clareza de pautas de atuação. Isso, contudo, não exclui a necessidade de que os mandatos coletivos ou compartilhados se abram a participação popular e interação com grupos maiores.

3 Também é evidente que pode ocorrer o inverso e haver a soma de rejeições dos co-candidatos dificultando que se atinja a meta eleitoral. Contudo, em eleições proporcionais em que o voto tende a ser conquistado de maneira mais individualizada

pelo projeto de lei do novo Código Eleitoral às candidaturas coletivas, que devem deixar essa condição clara já durante as eleições. Mas certamente, havendo êxito eleitoral é que o mandato compartilhado passa a ter maiores e mais marcantes diferenças em relação aos demais mandatos exercidos individualmente. Na ausência de uma regulamentação legislativa, o comprometimento das partes com os objetivos acaba tendo maior importância. Será o acordo feito entre os participantes, às regras regulamentares do partido político, e o respeito do parlamentar titular perante a Justiça Eleitoral (aqui tratado como representante parlamentar) a esse pacto com os envolvidos que ditarão o funcionamento e as regras do exercício do mandato.

Da maneira informal como até hoje existe, podemos definir um mandato coletivo ou compartilhado como o mandato eletivo conferido a um titular pela Justiça Eleitoral, mas sustentado, desde o pleito eleitoral ou em momento posterior⁴, no compromisso de compartilhamento de decisões estratégicas com um grupo de coparlamentares determinados, unidos por um pacto, e inspirados por valores democráticos e de participação popular.

2.1 ELEMENTOS DOS MANDATOS COLETIVOS

Deste modo, já trabalhando a partir de um modelo para eventual regulamentação, podemos definir como elementos de um mandato coletivo ou compartilhado:

a) a existência de um titular ou representante perante a Justiça Eleitoral e a casa parlamentar – não se pode deixar de considerar que os mandatos, sejam coletivos ou não, estão inseridos em um sistema de distribuição de cadeiras parlamentares pela Justiça Eleitoral (no caso o sistema proporcional) a partir do modelo adotado constitucionalmente, e um sistema de organização parlamentar dentro das próprias casas legislativas a partir da legislação vigente e regimentos internos de cada casa. Assim, é necessário que a Justiça Eleitoral declare e diplome um vencedor para ocupar o mandato, e que a casa legislativa também estruture os seus trabalhos de maneira a conferir voz a um parlamentar por mandato. A Justiça Eleitoral possui experiência com coligações partidárias, que trata a união de partidos para fins eleitorais como se um único partido fosse, mas não possui experiência com a divisão e organização de pessoas dentro do próprio mandato. Logo, um dos elementos fundantes de um mandato coletivo é a definição entre os coparlamentares de um titular que representará a todos tanto diante da Justiça Eleitoral, quanto diante da casa parlamentar. Desse modo, o representante eleitoral terá funções próprias e intransferíveis dentro da estrutura do mandato coletivo;

b) a existência de coparlamentares definidos – de modo diverso da realidade de um mandato participativo em que se abre para o diálogo com a sociedade como um todo, restando o titular do mandato a decisão final em cada assunto, o poder decisório em um mandato coletivo é claramente compartilhado com pessoas definidas, ao menos nas decisões estratégicas de mandato. Deve ser possível identificar claramente quem são os participantes do mandato coletivo que exercerão a função de coparlamentares. Também é possível a esses coparlamentares exigirem o direito de voz e atuação dentro dos limites do pacto ou termo de compromisso de

do que em eleições majoritárias, a probabilidade é que os benefícios eleitorais de candidaturas coletivas sejam maiores que os prejuízos, já que é possível que os diversos membros mantenham contato com eleitores.

4 De acordo com o projeto do novo Código Eleitoral não existe nenhuma vedação a que após o pleito eleitoral novos membros sejam agregados à estrutura ao mandato coletivo na condição de coparlamentares. Contudo, conforme trataremos mais adiante, não parece ser esta a melhor opção.

mandato coletivo. Não há critérios específicos para a formação do grupo de coparlamentares, todavia, conforme se trabalhará mais adiante o ideal é que todos satisfaçam as condições de elegibilidade definidas na legislação eleitoral⁵. Do ponto de vista prático é desejável que embora o grupo tenha certa homogeneidade ideológica seja formado por pessoas com habilidades e aptidões diversas de modo a maximizar as ações do mandato. Assim, um dos coparlamentares pode ter bom conhecimento na área jurídica e legislativa, outro ser especialista nas causas ligadas ao mandato, outro ser uma liderança comunitária e assim por diante;

c) a existência de um pacto de funcionamento do mandato – considerando a ausência de regulamentação legal para o exercício do mandato é fundamental que cada mandato compartilhado adote um acordo ou pacto próprio, preferencialmente escrito, que defina o funcionamento prático do mandato, além de seus ideais políticos. O pacto deve conter os valores e pautas que regem o mandato, os limites de atuação dos coparlamentares, as responsabilidades do representante do mandato, as matérias e instrumentos legislativos que serão objeto de deliberação coletiva pelos coparlamentares, os critérios de desempate, as regras de utilização dos recursos colocados à disposição do mandato, critérios de sanção dos coparlamentares e critérios de exclusão dos coparlamentares do mandato, além de outras regulações que os participantes considerem relevantes a boa convivência e maior efetividade do mandato. Neste trabalho também denominaremos esse pacto como termo de compromisso de mandato coletivo.

d) inspiração em valores democráticos, de solidariedade e de participação popular – os mandatos coletivos são constituídos em torno de causas e pautas específicas. Essas causas podem ser de representação de um grupo social, minoria ou setor, como por exemplo, mulheres, funcionários públicos, pessoas negras, pessoas LGBTQIA+, moradores de uma comunidade. As pautas do mandato também podem ser de ideais políticos e bandeiras que extrapolem grupos específicos como defesa do meio ambiente, defesa dos Direitos Humanos, defesa da agricultura familiar, defesa do consumidor. Os mandatos podem possuir um ou mais valores de atuação a depender do pacto adotado pelos participantes e também possuir critérios para lidar com matérias que fujam das pautas principais do mandato. Todavia, é indispensável que os mandatos, independentemente de suas especificidades, tenham sempre como valores a democracia, o diálogo, a solidariedade e a participação popular, pois esses valores inspiram a lógica de mandatos eletivos construídos coletivamente. Outra pauta que caracteriza os mandatos coletivos é a crença na construção de boas políticas públicas. Pois sendo sua atuação voltada a ideais comunitários, será por meio das políticas públicas que se estruturará a melhoria da qualidade de vida das pessoas e grupos.

2.2 OBJETIVOS E CARACTERÍSTICAS DOS MANDATOS COLETIVOS

São objetivos dos mandatos coletivos ou compartilhados ampliarem a participação no mandato legislativo tornando-o mais democrático e eficiente por meio do debate, do diálogo, da inclusão e da clareza de objetivos. A maior participação reforça a fiscalização dos atos do mandato e a responsabilidade do legislador, produzindo atos legislativos de maior qualidade e necessidade, e permitindo um acompanhamento mais efetivo das políticas públicas tornando-as mais eficazes e compatíveis com as necessidades da comunidade.

5 De acordo com o projeto do novo Código Eleitoral cabe aos partidos políticos a definição sob a necessidade ou não de que se atenda as condições de elegibilidade. Como será trabalhado mais adiante não parece ser esta a solução mais adequada.

A partir da dinâmica estabelecida pelos mandatos coletivos, considerando seus elementos essenciais e objetivos, é possível reconhecer as seguintes características:

a) maior capacidade de diálogo – a pluralidade de parlamentares torna a capacidade de diálogo indispensável para o êxito do mandato. Embora dissensos possam ser resolvidos no voto dos coparlamentares, se as decisões se derem sempre por maioria, as relações tenderão ao esgarçamento, prejudicando a unidade do mandato. Assim, é importante que sempre que possível os coparlamentares por meio de debates e diálogo busquem a construção de consensos visando a melhor solução para as pautas prioritárias do mandato. É certo que o exercício de diálogo interno gera também uma maior capacidade de dialogar com a sociedade;

b) busca de soluções pacíficas – a busca de soluções pacíficas é consequência natural do diálogo. A formação de um grupo voltada a uma finalidade, como tratado em tópicos anteriores, surge da própria crença na racionalidade e capacidade de aglutinação de esforços em prol de objetivos comuns. Uma ação e atuação coletiva em um ambiente democrático repudia a violência como método. Dentro da convivência interna dos mandatos mesmo a aspereza, hostilidade e práticas de intolerância precisam ser evitadas. Também essa característica surge no grupo de coparlamentares e se reproduz no diálogo com outros mandatos e com a comunidade. Mesmo mandatos que se situam no campo da oposição se fortalecem com a convivência pacífica (o que não significa subserviência) com grupos situacionistas;

c) maior fiscalização – um dos problemas que pode estar associado à democracia representativa é a baixa capacidade da comunidade e do eleitorado de acompanhar a atuação dos mandatos. Eventualmente, uma parcela pequena da população acompanha votações de temas mais polêmicos e ignora todo o restante da atuação parlamentar. Nos mandatos coletivos espera-se maior clareza dos objetivos e pautas, logo é mais transparente para a comunidade política e a sociedade como se dá a atuação do mandato. Ademais, os próprios coparlamentares serão os primeiros fiscais da atuação do mandato, conforme o pacto realizado. Também a existência de regras próprias para as deliberações do grupo confere mais transparência facilitando a fiscalização. Destaca-se que para além dos próprios coparlamentares, considerando que o estímulo à participação popular é uma das premissas fundantes dos mandatos coletivos, é bastante desejável a criação de mecanismos regulares de interação com a comunidade e de prestação de contas à sociedade. Na função fiscalizatória típica da atividade legislativa, os mandatos coletivos também tendem a apresentar melhor desempenho. O número maior de envolvidos com suas diferentes habilidades favorece a fiscalização;

d) tendência a um maior rigor técnico nas decisões – considerando que os mandatos coletivos são constituídos em torno da defesa de pautas, a reunião de pessoas formada através dos coparlamentares gera um grupo com maiores condições de lançar balizas técnicas sobre os temas colocados em discussão no mandato, especialmente quando dizem respeito às prioridades do pacto. É certo que o sucesso de políticas públicas e instrumentos legislativos não dependem exclusivamente de técnica, contudo a abdicação de critérios técnicos potencializa a ocorrência de erros e dificulta a maximização dos resultados. Daí reside à importância de que na formação do grupo de parlamentares, embora possa haver homogeneidade ideológica sejam valorizados diferentes perfis de habilidade;

e) maior capacidade de posicionamento sobre políticas públicas – na formação dos mandatos coletivos a crença nas políticas públicas como instrumento de desenvolvimento humano sustentável é medular. Deste modo os mandatos coletivos, justamente por entenderem

o ambiente da administração pública a partir da lógica da coletividade e da solidariedade são por princípio defensores de políticas públicas de qualidade.

Fabio Konder Comparato, na década de 1980, introduz no Brasil a concepção de políticas públicas como um expediente do Estado Social voltado a concretização de direitos fundamentais. Para o autor, a solidariedade é o remédio para a tensão entre igualdade e liberdade. Já na década de 2000, ao tratar da solidariedade Comparato afirma:

Enquanto a liberdade e a igualdade põe as pessoas umas distantes das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum. (Comparato, 2006, p. 577)

Assim, para que o Estado efetive satisfatoriamente os direitos fundamentais, as políticas públicas alteram a lógica privada, individual, particular, e de mercado para uma concepção que parte da solidariedade. No caminho da realização de direitos fundamentais o caminho das políticas públicas “passa necessariamente pela Teoria Jurídica e a relação entre Direito e Política precisa ser firmada com maior clareza, especialmente no que se refere a formação do Estado Democrático e Social de Direito”. (Smanio, 2013, p. 3-15). Deste modo, inspirados pela solidariedade, o zelo com a indicação e fiscalização das políticas públicas nas atividades da representação legislativa caracterizam os mandatos coletivos.

f) maior engajamento com temas coletivos – conforme tratado anteriormente à ideia de solidariedade inspira e caracteriza os mandatos coletivos. Um mandato coletivo pela própria terminologia se afasta de ideia de individualidade e busca por meio da ação coletiva a concretização de finalidades comuns. Assim sendo, as pautas coletivas ganham especial relevância nos mandatos compartilhados. A identificação de objetivos comuns já revela temas coletivos, e estes temas permearão a vivência dos mandatos compartilhados, além da identificação natural com outras pautas coletivas que encontrarão nestes mandatos espaço de maior acolhimento.

3. MANDATOS COLETIVOS NA AMPLIAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE E APERFEIÇOAMENTO DA CIDADANIA

A democracia representativa enfrenta problemas e, entre eles, a ausência de representatividade. As experiências de ampliação de participação popular que foram abordadas no último tópico mostram como em todo mundo se buscam soluções para um problema que não é exclusivo do Brasil, mas que também aqui se mostra grave e carente de boas respostas. Os mandatos brasileiros não conseguem refletir a pluralidade do eleitorado e parece existir um descolamento entre as decisões dos representantes e a opinião pública, que não se identifica com a classe política.

Das iniciativas mundiais apresentadas no último item se percebe majoritariamente a adoção da tecnologia como instrumento de ampliação da representatividade. Em síntese, por meio da tecnologia são formados mecanismos de coleta da opinião popular e o resultado da maio-

ria seria automaticamente expresso no voto do representante parlamentar. A lógica é válida, mas nos parece que pode ser geradora de outros problemas, ou incapaz de gerar soluções mais duradouras. A ampliação da participação, por si só, embora seja positiva, não é capaz de resolver a distorção da representatividade e tampouco garantir maior maturidade e qualidade das decisões políticas.

Aplicativos ou websites que colham opiniões indistintamente, ou um mandato que se limite a reproduzir uma votação colhida por meios tecnológicos anula o poder de representação política do mandato, e o torna vulnerável ao sabor de polêmicas e maiorias de ocasião. O mandato popular na prática acaba sendo substituído por um mecanismo tecnológico. Parece-nos que a democracia direta precisa ser mais elaborada que isso. De igual maneira, esses instrumentos não fortalecem a defesa de pautas importantes, não estimulam a igualdade e tampouco parecem ser eficientes na defesa de minorias e vulneráveis.

A construção da democracia é mais complexa que uma questão meramente quantitativa. Está definitivamente superada a leitura de democracia como ditadura da maioria. É evidente que essas medidas que desconcentram as decisões de poucas mãos para muitas têm valor democrático, mas isso somente não é suficiente. Também é preciso destacar que a tecnologia e o acesso a meios tecnológicos avançaram extraordinariamente nas últimas décadas e a democracia não pode prescindir dos tantos benefícios que podem ser gerados a partir desses novos recursos. A tecnologia, contudo, deve ser um meio para conquistar mais democracia e não uma finalidade em si mesma, razão pela qual não pode ser substituta pura e simples do debate político, mas mecanismo de apoio a este debate público.

A tese de mandatos coletivos como trabalha este estudo é uma solução encontrada espontaneamente no Brasil e capaz de aperfeiçoar nossa representação democrática. Além de ampliar numericamente a quantidade de participantes no processo legislativo, o mandato coletivo traz objetividade de pautas, estímulo à transparência e melhor qualidade na reunião de participantes já que imbuídos de objetivos comuns. Os mandatos deixam de ser personalistas para tornarem-se representações de pautas, ideais, políticas públicas a partir da ação coletiva de um grupo de pessoas.

Por definição todo mandato é representativo. Como prevê a Constituição Brasileira já em seu artigo 1º, parágrafo único, o poder pertence ao povo que o exerce por meio de representantes. Como adjetivo trabalhado neste tópico, representatividade, por outro lado, é a qualidade da representação que é feita a partir da correspondência com a realidade da população e com a pluralidade de interesses sociais em jogo. Deste modo é possível afirmar que um determinado parlamento muito embora seja representativo (por sua própria natureza jurídica), não possui representatividade, já que é formado exclusivamente por homens, por exemplo.

Na busca por uma compreensão da representatividade podemos ir além para considerar que não se trata também de uma questão exclusiva de correspondência com a população, mas da efetiva defesa dos interesses que se pretende ver representados. Um parlamento hipotético qualquer pode ter pessoas LGBTQIA+ e não ser representativo dessas pautas, se nenhum dos parlamentares se envolve com a defesa das causas deste grupo. Assim é possível afirmar que a representatividade possui mais estratos que a representação, exigindo compromisso com o que se representa.

No *Leviatã*, Thomas Hobbes questiona a relação entre a comunidade e o representante. A relação automática que se faz de que a representação é sempre consequência do desejo da sociedade é ilusória:

Uma multidão de homens é transformada em uma só pessoa quando é representada por um só homem ou pessoa, de maneira a que tal seja feito com o consentimento de cada um dos que constituem essa multidão. Porque é a unidade do representante e não a unidade do representado que faz que a pessoa seja uma. E é o representante o portador da pessoa, e só de uma pessoa. Essa é a única maneira como é possível entender a unidade da multidão. (Hobbes, 1997, p.137)

Assim, guardado o contexto, poder-se-ia absorver a lição que se não existir um reconhecimento verdadeiro do representante pela comunidade, a representação não passara de um conjunto de indivíduos. Se a representação não é capaz de fazer com que o representado se identifique, corre o risco não só de não representar, mas encobrir uma multiplicidade de identidades, empobrecendo a complexidade social.

Explica Luis Felipe Miguel que representar “é reduzir um objeto a algo que lhe é exterior, mantendo, no processo, algumas características – consideradas “essenciais”, mas a determinação do que é essencial é sempre subjetiva, portanto sujeita a divergência– e descartando outras” (Miguel, 2014, p. 129). Não se sustenta o sentimento reducionista e difuso que o microcosmo do parlamento é um retrato fiel, em menor escala, do macrocosmo que é a sociedade. A simples ideia da redução de escala deixa as suas margens elementos que não são comportados pelo microcosmo. Deste modo, se a representação subjetivamente faz escolhas dos interesses que devem ser preservados em nome dos representados, não se pode abdicar a necessidade de robustecer de significado a representação.

É essencial reconhecer, ainda, que o exercício do Poder não pode ser reduzido à tomada de decisões sobre assuntos controvertidos. O poder também tem outro aspecto relevante que é o controle da agenda pública. Senão vejamos a descrição feita por Bachrach e Baratz:

É claro que o poder é exercido quando A participa na tomada de decisões que afetam B. Mas o poder também é exercido quando A devota sua energia a criar ou reforçar valores sociais e políticos e práticas institucionais que limitam o escopo do processo político à consideração pública apenas daquelas questões que são comparativamente inócuas para A. Na medida em que A obtém sucesso nisso, B está impedido, para todos os propósitos práticos, de trazer à baila quaisquer questões cuja resolução possa prejudicar seriamente o conjunto de preferências de A. (Bachrach; Baratz, 1962, p. 48)

Destarte, o poder é mostrado com as pautas que estão em debate, mas também, e muitas vezes principalmente, com as pautas que são excluídas da possibilidade de debate. O controle da agenda pública, e os temas que podem ser colocados em deliberação, tem influência direta da elite política. Se a agenda pública, com uma ou outra ressalva, é sempre apresentada, aquilo que dela se oculta por vezes recebe máscara de invisibilidade. E, desta forma, percebe-se mais uma importância da representatividade, a de fazer participar da agenda pública grupos e interesses que de outro modo permaneceriam invisíveis.

Sabendo ser a representatividade um conceito mais complexo que a representação, qual é, afinal, a contribuição que pode ser dada através da adoção de mandatos coletivos? Parece que a contribuição pode ser significativa e revestida de muita qualidade. A partir dos elementos e

das características dos mandatos coletivos apontados anteriormente dividiremos as vantagens para a representatividade em cinco pontos: clareza de pautas; diminuição do personalismo; ampliação da participação direta; compromissos coletivos; maior abertura a comunidade.

a) Clareza de pautas – Um dos principais problemas dos mandatos é a não definição clara de suas prioridades de atuação. Com poucas exceções os partidos políticos não apresentam linhas ideológicas bem definidas. Seus estatutos se limitam a reproduzir objetivos muito genéricos e pouco palpáveis. A isso se soma a liberdade que dão aos seus parlamentares na atuação fazendo que, em muitas ocasiões, sequer pareçam atuar dentro de um conjunto. Neste cenário o eleitor não compreende o que pretendem os partidos e tampouco os parlamentares. É difícil haver sentimento de representação quando não se sabe o que esperar.

O mandato coletivo, por outro lado, por ser uma reunião de pessoas com objetivos comuns possui maior clareza de propósito e previsibilidade nas suas linhas de atuação. Esse é um primeiro passo importante no aperfeiçoamento da representatividade: compreender o que quer o representante, e ter consciência dos métodos adotados por ele para cumprir seus propósitos.

b) Diminuição do personalismo – A política eleitoral, mesmo dentro do sistema proporcional, favorece o culto a personalidade. O carisma do candidato tende a ser mais relevante que seus pensamentos políticos que, conforme destacado, muitas vezes são desconhecidos. O sistema proporcional favorece ainda a escolha pelos partidos de puxadores de votos que auxiliam a conquista de mais cadeiras parlamentares. O personalismo acarreta principalmente dois grandes problemas. O primeiro é o parlamentar sentir-se dono do mandato e não representante de algo. E com isso a coisa pública e o espaço público com frequência são confundidos como coisa e espaço privados, em que vale o mando e o interesse pessoal do parlamentar. O segundo problema é que embora o carisma aproxime o candidato do eleitor, ele não é capaz de transferir para o parlamentar os sonhos e anseios do eleitor e, tampouco, construir com o eleitor um projeto comum de sociedade. Para que o cidadão se sinta verdadeiramente representado a simpatia não é suficiente.

A essência do mandato coletivo é a divisão do poder e isso representa uma quebra de ideias personalistas e individualistas. No mínimo as decisões serão tomadas a partir do sentimento do grupo e não do representante isoladamente. Não que o carisma deixe de ter importância, pelo contrário, ele continua sendo relevante eleitoralmente e para o sucesso do mandato, mas é construído a partir de outras bases mais coletivas e solidárias, capazes de promover a inclusão. O destaque sai da figura do representante para os propósitos do mandato.

c) Ampliação da participação direta – por melhor intencionado que seja o representante nos mandatos tradicionais, seu poder decisório é muito solitário. Ainda que cercado de assessores, e mesmo estando atento a realidade e a opinião pública. Para o bem e para o mal qualquer posição do mandato cabe a ele e o mandato se confunde com sua própria pessoa física.

No mandato coletivo os coparlamentares trazem para o mandato mais mãos, cabeças e corpos. A participação é direta e a responsabilidade decisória é compartilhada. São mais pessoas que efetivamente respondem pelo mandato, capazes de estar em mais lugares, ouvir mais pessoas, refletirem a partir de perspectivas diferentes. O mandato naturalmente se torna mais abrangente e integrado com os grupos sociais que representa. Se representar, conforme tratado anteriormente, é de algum modo simplificar a realidade, ao menos isso é feito com mais critérios no mandato coletivo graças à participação do grupo. A participação também tem

como consequência uma maior fiscalização da atuação do mandato que é acompanhado por todos os coparlamentares. Por fim, mais participação direta permite maior especialização sob diferentes aspectos de relevo, e uma atuação mais atenta à ciência, ao direito, a comunidade.

d) compromissos coletivos – Os representantes em geral por certo estão atentos a muitos compromissos, muitos desses compromissos por vezes relacionados com o financiamento de sua campanha. Outros compromissos com setores privados e outros, ainda, certamente voltados a ideais coletivos.

A diferença com os mandatos coletivos é que a sua essência é voltada a valores coletivos. Essa modalidade de mandato existe em razão de pautas que são coletivas. Essas coletividades são naturalmente abraçadas pelo mandato que busca nelas o seu vigor e força para os combates parlamentares. É consequência natural que estes grupos sejam mulheres, trabalhadores de um setor, ativistas ambientais, ativistas da educação, negros, ou qualquer outro grupo, se sintam representados pelo mandato.

e) maior abertura a comunidade – Conforme tratado anteriormente, os mandatos coletivos representam a evolução dos mandatos participativos, por isso mesmo seguem mantendo as diretrizes de participação popular. Além da participação direta e divisão de poder entre os coparlamentares, os mandatos coletivos devem ter entre as suas prioridades a adoção de mecanismos que os aproximem da comunidade e das coletividades.

Não basta que os coparlamentares estejam cientes da atuação do mandato. A transparência deve se fazer presente também na relação com a comunidade. Para isso vale a utilização de website, panfletos, reuniões abertas, entre outras estratégias de participação. A consulta à comunidade e mecanismos de coleta de opiniões e críticas também são necessários. A participação será sempre a maior força do mandato coletivo e por isso deve ser sempre estimulada.

Mandatos coletivos e participação das minorias na redução da desigualdade política

A democracia só se consolida com a busca por igualdade. É a igualdade que promove uma cidadania verdadeira e participativa. Conforme tratado em capítulos anteriores, o Brasil se edifica sob marcas de desigualdade e de exclusão social. A nossa história de opressão e o neoliberalismo econômico formaram uma nação de pessoas excluídas e invisibilizadas, meros coadjuvantes no jogo político. A igualdade política formal declarada constitucionalmente não se concretiza materialmente para os milhões de pessoas que vivem a margem de direitos e de dignidade, outros tantos milhões de trabalhadores não conseguem mais do que sobreviver em rotinas de exaustão e dificuldade. Essas pessoas, embora formalmente incluídas nas estratégias democráticas do país, na prática não possuem nenhuma influência no debate político.

O ideal de igualdade do liberalismo vai aos poucos contemporizando a exclusão social e política. Nesse sentido Luis Felipe Miguel:

O discurso liberal apresentou-se, inicialmente, como um discurso igualitário – afirmando uma igualdade abstrata entre todos os seres humanos (ou, ao menos, entre todos os homens) em oposição à divisão estamental própria da ordem feudal e da ordem absolutista. No entanto, esse igualitarismo é temperado tanto pela fácil aceitação das assimetrias existentes, quanto pela afirmação da necessidade de introdução da desigualdade política (entre governantes e governados) para que a sociedade funcione. [...]. Também são conhecidas

as dificuldades da acomodação do liberalismo com a democracia. Doutrina da limitação do poder político, encarava com suspeita um poder popular que parecia destinado a se tornar irrefreável (Miguel, 2016, p. 26-27).

Assim, é preciso reconhecer que os ideais liberais de liberdade se descolaram da ideia de promoção da igualdade, gerando, entre outras consequências, exclusão política. Com a desigualdade se perde o próprio sentido de liberdade. A título de reflexão, guardado o contexto da época, vale registrar o pensamento do Senador romano Marco Túlio Cícero: “Nada pode ser mais doce que a liberdade. No entanto, se ela não é igual para todos, de modo algum é liberdade⁶” (Cícero, 1998, p. 21). Mesmo o dogma de governo da maioria é questionável. Gaetano Mosca afirmava que o poder político nunca foi fundado verdadeiramente na vontade das maiorias. Para ele o poder político sempre foi e sempre será exercido por minorias organizadas que possuem meios (mutáveis através dos tempos) de impor sua superioridade as multidões (Mosca, 1939, p. 326).

Mesmo Robert Dahl, que em suas obras sempre justificou o modelo de democracia dos Estados Unidos, com o tempo se tornou mais sensível aos problemas que o capitalismo gera a democracia. Em seu último livro, mesmo reconhecendo como inevitável a economia de mercado, manifesta evidente desconforto com os danos por ela gerados:

Uma economia de mercado, de forma inevitável e frequente, inflige sérios danos a alguns cidadãos. Ao produzir grandes desigualdades de recursos entre os cidadãos, o capitalismo de mercado também nutre inevitavelmente a desigualdade política entre os cidadãos de um país democrático. No entanto, um país democrático moderno não tem nenhuma alternativa factível a uma economia capitalista de mercado⁷ (Dahl, 2006, p. 67, tradução nossa).

A desigualdade conduz a invisibilidade política. Por sua vez, os invisíveis, excluídos do processo político, têm a sua situação de desigualdade agravada em um círculo vicioso. As desigualdades atingem as instituições políticas e acomodam a representação a partir de critérios excludentes de gênero, classe, raça, que tornam-se grupos sub-representados.

Interesses não representados e, nesse sentido, associados a grupos marcados pela desigualdade política, dificilmente conseguem se fazer ouvir, tornando improvável a possibilidade de incidirem na definição de leis e, em termos mais gerais, na tomada de decisões vinculantes pelas instituições políticas. Por conseguinte, grupos sociais com baixa participação, sem voz na esfera pública e sub-representados, simultaneamente situados em lugares desvantajosos em diversas dimensões do status social e econômico, tendem a permanecer presos em um círculo vicioso, enquanto grupos sociais bem-aquinhoados e organizados recebem os benefícios da sobrerrepresentação. A desigualdade econômica causa desigualdade política e a última faz com que o funcionamento regular da representação favoreça grupos abastados, perpetuando a primeira (Lavalle, 2016, p. 176-177).

Os excluídos e sub-representados não sentem que sua participação política é efetiva e, como consequência, isolam-se cada vez mais permanecendo afastados do processo democrático. O sistema eleitoral precisa buscar novas e melhores alternativas capazes de enfrentar esta disfunção da democracia e superar o desafio da exclusão política. Nesse contexto, a regu-

6 No original: “Nothing can be sweeter than freedom. However, if it is not the same for everyone, it is by no means freedom”.

7 No original: “A market economy inevitably and frequently inflicts serious harm on some citizens. By producing great inequalities of resources among citizens, market capitalism also inevitably nurtures political inequality among the citizens of a democratic country. However, a modern democratic country has no viable alternative to a capitalist market economy”.

lamentação e incentivo aos mandatos coletivos podem desempenhar função relevante. Afinal, contra a ausência de participação e exclusão a solução é incluir e estimular a participação.

O mandato coletivo se constrói pela lógica da inclusão e da unidade de grupos vulneráveis e minorias políticas. O mandato será tanto melhor sucedido quanto mais demonstrar capacidade de estimular a participação, diálogo e unidade dos grupos que representa. A força do mandato coletivo não está no representante parlamentar, mas na expressão do grupo que tem por trás de si e sua capacidade de apresentar-se como representante legítimo para vocalizar os interesses desse grupo.

Quando bem pensado e organizado, o mandato coletivo tem a força dos coparlamentares atuando em diferentes frentes a partir de suas habilidades. As suas propostas de ação coletiva indicam os grupos sociais que são especialmente contemplados pela atuação do mandato. Por fim, o estímulo à participação promove a aglutinação destes grupos ao mandato, dando-lhe vigor e força política no desempenho da função legislativa.

A participação no mandato coletivo comporta um grau de gradação, entretanto seja como representante parlamentar, coparlamentar ou cidadão atuante no mandato o direito a voz e participação nos debates públicos será sempre garantido, desde que respeitadas às premissas do mandato e a abertura ao diálogo e contraditório. A atuação e presença da comunidade também deve ocorrer das formas mais ampla possíveis. Embora reuniões e plenárias presenciais sejam sempre desejáveis é inevitável que a participação também aconteça por meios tecnológicos. Atualmente qualquer grupo que queira se mostrar aberto a participação não pode estar ausente do ambiente online e das diversas redes sociais, cada uma voltada a finalidades mais específicas.

Reuniões podem ser organizadas e transmitidas pela internet, uma ouvidoria pode receber e interagir com respostas em tempo ágil. Podcasts e websites podem oferecer cursos e debater temas polêmicos. Abaixo-assinados online também são possíveis, além de realizar encontros e reuniões com grupos ou outros mandatos coletivos de mesma finalidade que estejam distantes.

Como se vê, a internet e tecnologia abre um campo infindável de novas soluções capazes de auxiliar na promoção da participação. O cuidado que requer, porém, também deve ser ponderado. O mandato não pode se deixar cooptar pelos debates rasos das redes sociais. A capacidade de interação com muitas vozes não pode justificar o silenciamento de vozes e discussões de qualidade. O nível do debate deve ser sempre preservado. Sempre que possível, virtualmente ou não, devem ser promovidas conferências e fóruns de qualidade em que seja possível existir uma interação verdadeira e madura com os cidadãos participantes.

A participação no mandato coletivo não deve ter um fim em si mesma. A participação pela participação, como se viu em alguns modelos mundo afora de simples deliberação por aplicativo, não melhora a qualidade da democracia, não constrói projetos verdadeiramente coletivos, não cria vínculos entre a comunidade e sequer fortalece o sentimento de representatividade. A participação deve ser substancial e capaz de formar o próprio cidadão.

Minorias políticas e pautas marcadas pela vulnerabilidade através da participação ganham força, e pela unidade deixam a invisibilidade política para ocupar espaço no debate público. É a participação no debate político que leva novo olhar a gestão pública e pode promover políticas públicas eficientes.

Para Arnstein participação cidadã é um sinônimo de poder cidadão. A partilha do poder é capaz de fazer com que os “cidadãos que não tem” (*have-not citizens*), e são excluídos de processos políticos e econômicos, sejam incluídos no futuro. É a participação que pode induzir uma reforma social significativa que possibilite a esses grupos participar verdadeiramente de uma sociedade próspera (Arnstein, 1969, p. 216-217).

A inclusão e transformação da realidade social não se impõe de cima para baixo. É um fenômeno da construção cidadã, realizada a partir de bases com um projeto de participação verdadeiro. Invisibilizados e vulnerabilizados socialmente podem por meio de mandatos coletivos construir instrumentos eficientes de participação no debate público.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos debates tocantes ao aperfeiçoamento da democracia é inevitável deparar-se com as discussões relacionadas a falta de representatividade dos mandatos políticos. O distanciamento do exercício do mandato em relação a população não raras vezes produz uma sensação de estranhamento entre representantes e representados e um desânimo para engajar-se em assuntos relacionados a vida política do Estado.

De maneira informal, surgiu na prática da vida política brasileira o instituto das candidaturas coletivas e mandatos coletivos. A ideia do modelo, é de apesar da existência de um representante formal perante a casa parlamentar, as decisões do mandato serem tomadas coletivamente por um grupo de pessoas denominados coparlamentares. Trata-se de uma evolução do mandato participativo, já que pretende a efetiva divisão do poder parlamentar. Toda vez que o parlamentar precisa se manifestar sobre um projeto, uma pauta ou mesmo administrar os recursos à disposição do mandato, reúne-se com o grupo de coparlamentares e toma-se a decisão em conjunto.

Essa configuração de exercício do mandato já fica clara durante o período eleitoral, para que o eleitor conheça o grupo e desejando, nele possa votar. São as chamadas candidaturas coletivas. Outro aspecto importante é que apesar de ser formado por um grupo, o mandato coletivo atua na campanha ou no mandato com o peso de um só candidato ou um só parlamentar, daí a figura do representante parlamentar que em nome do grupo atua na casa legislativa e perante a Justiça Eleitoral.

As candidaturas e mandatos coletivos possuem uma marca significativa, o grupo de envolvidos não representa apenas uma qualidade numérica – o que já seria interessante – mas se reúne ao redor da defesa de pautas que marcarão a atuação prioritária do grupo no ambiente parlamentar. Assim, a partir do pacto firmado em cada mandato, liga-se a coletividades e aos interesses difusos representados: mulheres, negros, grupos LGBTQIA+, defesa do meio ambiente, defesa dos direitos dos animais, defesa da educação, trabalhadores de um setor etc. Ademais, são valores inerentes aos mandatos coletivos a democracia, a solidariedade, a participação popular e a defesa das políticas públicas de qualidade. Tais princípios guiam todas as deliberações do mandato.

Este artigo defende, em tempos de abalos democráticos, a força da participação popular na defesa da democracia e da Constituição. Reconhece, ainda, que a busca e o aprimoramento da participação popular na vida política e decisória do Estado é o caminho apontado pela Constituição de 1988. Apesar de legítimos, os mandatos representativos podem e devem buscar a melhoria da representação através da valorização da soberania popular. Os mandatos coletivos conseguem ampliar a capacidade de diálogo nos grupos políticos e com a comunidade; melhoram a capacidade de representação dos mandatos, tornando-os menos individualistas e mais conectados com as comunidades; estimulam a solidariedade na busca das soluções para os poderes públicos; buscam a criação e execução de políticas públicas de qualidade pensadas a partir das bases populares; agregam na defesa de causas minoritárias. Deste modo, os mandatos coletivos são instrumentos de participação popular capazes de melhorar a qualidade da representação, dando a sua contribuição para o aperfeiçoamento da democracia.

REFERÊNCIAS

- ARNSTEIN, Sherry R. A ladder of citizen participation. *JAIP*, v. 35, n. 4, p. 216-224, 1969.
- BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton. Two faces of power: American Political Science Review. *Denton*, v. 56, n. 4, 1962.
- CARVALHO JUNIOR, Natal dos Reis; CARVALHO, Roberta dos Santos Pereira de. A necessária reinvenção da democracia brasileira: da democracia representativa à democracia de participação popular. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 2018. [S. l]. *Anais [...]*. [S. l], 2018.
- CARVALHO JUNIOR, Natal dos Reis. *Os mandatos eleitorais coletivos como instrumento de fortalecimento da democracia e da cidadania no Brasil*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2022.
- CARVALHO JUNIOR, Natal dos Reis; SILVA, Juvêncio Borges. Democratizar a democracia: participação popular como meio de superação dos obstáculos à consolidação democrática no Brasil. *Revista Húmus*, v. 7, n. 20, 2017.
- CÍCERO, Marco Túlio. *The Republic and the laws*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DAHL, Robert. *On Political Equality*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- LAVALLE, Adrian Gurza. Participação, (des)igualdade política e democracia. In: DESIGUALDADES e Democracia: o debate da teoria política. São Paulo: Editora da UNESP, 2016. p. 171-202.
- MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo: Editora da UNESP, 2014.
- MIGUEL, Luis Felipe. O liberalismo e o desafio das desigualdades. In: DESIGUALDADES e Democracia: o debate da teoria política. São Paulo: Editora da UNESP, 2016. p. 25-66.
- MOSKA, Gaetano. *The ruling class*. New York: McGraw-Hill, 1939.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 27/12/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 14/02/2024
- Avaliação 1: 15/02/2024

- Avaliação 2: 25/05/2024
- Decisão editorial preliminar: 23/09/2024
- Retorno rodada de correções: 27/09/2024
- Decisão editorial/aprovado: 27/09/2024

Equipe editorial envolvida

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

O RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL DA DEFICIÊNCIA E A VISÃO SISTÊMICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: QUESTÕES ESSENCIAIS SOBRE AS AVALIAÇÕES BIOPSISSOCIAIS À LUZ DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

THE ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL RECOGNITION OF DISABILITY AND THE SYSTEMIC UNDERSTANDING OF THE LEGAL SYSTEM: ESSENTIAL QUESTIONS ABOUT BIOPSYCHOSOCIAL ASSESSMENTS ACCORDING TO THE NEW YORK CONVENTION, THE FEDERAL CONSTITUTION AND THE STATUTE OF PERSONS WITH DISABILITIES

RODRIGO ZACHARIAS¹
LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO²

RESUMO

Contextualização: O ato pericial de diagnosticar uma deficiência, em processos judiciais e administrativos, é tema complexo que não vem sendo bem equacionado pelo Poder Público, dificultando o acesso da pessoa com deficiência aos seus direitos. **Objetivo:** É aferir se, nos processos referidos, vêm ou não sendo respeitando as

1 Doutor em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2022). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1992). Mestrado em Direito (Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) no Centro Universitário de Bauru (Instituto Toledo de Ensino - 2002). Especialização em Direito Público na FADOM, atualmente Faculdades Pitágoras, unidade Divinópolis-MG (1996). Especialização em Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti na Universidade de Pisa, Itália (2022). É juiz federal (desde 1998). Ex-juiz de direito em São Paulo (1997/1998) e ex-promotor de justiça em Minas Gerais (1994/1997). Foi professor de Processo Penal na FADOM (Divinópolis/MG), de Direito Previdenciário na Unip (unidades de Campinas/SP e Bauru/SP), de Introdução ao Estudo do Direito nas Faculdades Integradas de Jaú/SP e de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da ITE, em Bauru/SP. Formador credenciado na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. LATTES ID: <https://lattes.cnpq.br/1718136906103220>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3869-6165>.

2 Graduado pela Faculdade de Direito da USP em 1976, Mestre (1989) e Doutor (1992) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde também obteve a sua Livre Docência em Direito Constitucional (2004). É professor Titular de Direito Constitucional da PUC-SP, onde leciona da Graduação e Pós-Graduação. É Procurador Regional da República aposentado. Desenvolve, em dois Programas de Pós-Graduação da PUC-SP (Direito e Gerontologia Social, este até o ano de 2019) temas interligados com as áreas da tutela da pessoa com deficiência, tutela do idoso e outros temas de fundo constitucional, conduzindo ou participando de grupos de pesquisa. É líder do grupo de pesquisa intitulado "A proteção constitucional das

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

ZACHARIAS, Rodrigo; ARAUJO, Luiz Alberto David. O reconhecimento administrativo e judicial da deficiência e a visão sistêmica do ordenamento jurídico: questões essenciais sobre as avaliações biopsicossociais à luz da Convenção de Nova Iorque, da Constituição Federal e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 166-181, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9843>.

normas contidas na Convenção de Nova Iorque, a Constituição Federal e a Lei 13.146/2015 sobre a avaliação biopsicossocial da pessoa com deficiência, propondo – em caso de a resposta ser negativa – possíveis soluções para enfrentar o problema, consoante interpretação sistemática do ordenamento jurídico. **Método:** Utilização dos métodos dedutivo e indutivo, mediante pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. **Resultados:** O texto sustenta que a deficiência não pode ser aferida por meio de perícia baseada em critérios biomédicos, sob pena de nulidade do ato. Somente por meio de uma avaliação biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, com análise das potencialidades da pessoa, mostra-se possível aferir a presença ou não de deficiência em uma pessoa. E, segundo visão sistêmica do ordenamento jurídico, nem mesmo a lei poderia estabelecer casos específicos de deficiência, devendo em todos os casos ser realizada a avaliação biopsicossocial. **Contribuições:** Diagnosticado o déficit na prestação desse serviço essencial à fruição dos direitos da pessoa com deficiência, o artigo busca contribuir com a adequada compreensão das questões jurídicas envolvidas, que tomem medidas específicas, para viabilizar a realização de avaliações biopsicossociais aptas ao reconhecimento da deficiência.

Palavras-chave: pessoa com deficiência; avaliação biopsicossocial; equipe multiprofissional e interdisciplinar; interpretação sistemática; inclusão social.

ABSTRACT

Background: The expert act of diagnosing a disability, in judicial and administrative processes, is a complex issue that has not been well addressed by the Public Authorities, making it difficult for Persons with Disabilities to access their rights. **Objective:** It is to assess whether or not, in the aforementioned processes, the standards contained in the New York Convention, the Federal Constitution and Law 13,146/2015 on the biopsychosocial assessment of Persons with Disabilities are respected, proposing – if the answer is negative – possible solutions to face the problem. **Method:** Use of deductive and inductive methods, through bibliographic, legislative and jurisprudential research. **Results:** The text defends that disability cannot be assessed through expertise based only on biomedical criteria, otherwise the act will be null and void. Only through a biopsychosocial assessment, carried out by a multidisciplinary and interdisciplinary team, with analysis of the person's potential, is it legally possible to assess the presence or absence of a disability in a person. And, according to the systemic view of the legal system, not even a law could establish specific cases of disability, and in all cases a biopsychosocial assessment must be carried out. **Contributions:** Diagnosing the deficit in the provision of this service essential to the access of the rights of people with disabilities, the article seeks to contribute to the proper understanding of the legal issues involved, recommending that the Public Administration and the Judiciary be adequately structured to carry out appropriate biopsychosocial assessments recognition of disability.

Keywords: person with disabilities; biopsychosocial assessment; multi-professional and interdisciplinary team; systematic interpretation; social inclusion.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo parte da constatação de que o reconhecimento da deficiência, em processos judiciais e administrativos, é um tema complexo que não vem sendo bem equacionado pelo Poder Público, dificultando o acesso da pessoa com deficiência aos seus direitos.

A questão concernente à identificação da deficiência nos processos judiciais e administrativos pode apresentar uma imagem ligada à ideia de que uma pessoa com deficiência apre-

senta incapacidade, total ou parcial, para o trabalho. Essa noção deve ser rejeitada de imediato, pois a deficiência não se confunde com a inaptidão pura e simples para o labor.

Forçoso reconhecer que, nem mesmo no âmbito da Justiça Federal, onde tramita a maior parte das ações judiciais envolvendo pessoas com deficiência, na busca de direitos sociais, as avaliações não vêm sendo historicamente realizadas do modo correto. Uma singela pesquisa de jurisprudência unificada da Justiça Federal (<https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>) indica que, em milhares de casos, as perícias limitam-se a analisar o aspecto da incapacidade para o trabalho.

Identifica-se, neste pormenor, uma situação de déficit na implementação dos direitos da pessoa com deficiência.

Porém, o assunto exige uma abordagem multiprofissional e interdisciplinar, porquanto, nos termos da legislação brasileira, as avaliações biopsicossociais devem levar em conta aspectos bastante diversos da incapacidade laborativa. Conforme o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 13.146/2015:

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência) (Vide Decreto nº 11.063, de 2022)

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação. (Brasil, 2015)

A Constituição Federal e as leis do país devem assegurar, a esse grupo de pessoas, medidas efetivas de acessibilidade a todos os direitos, de maneira que possam ter acesso a uma participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os demais.

Quatro questões fundamentais chamam a atenção, na apreciação do problema: a) Quais as consequências jurídicas decorrentes da irregularidade das perícias nos processos judiciais, focadas apenas na incapacidade e não em aspectos biopsicossociais?; b) É preciso anular os processos quando as perícias são irregulares ou basta determinar nova perícia?; c) Poderia uma lei, com seus atributos de generalidade e abstração, predeterminar situações de deficiência?; d) O que pode o Poder Público fazer para implementar a forma correta das avaliações?

Neste trabalho, as questões serão abordadas mediante utilização dos métodos dedutivo e indutivo, por meio de pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Pretende-se, no mais, aferir se os poderes públicos, nos processos judiciais e administrativos, vêm ou não respeitando as determinações constitucionais e infraconstitucionais (Convenção de Nova Iorque, a Constituição Federal e a Lei 13.146/2015) sobre a avaliação biopsicossocial da pessoa com deficiência, propondo – em caso de a resposta ser negativa – possíveis medidas para enfrentar o problema.

2. INCLUSÃO SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

A política pública que cuidará do tema vai ser ampla, com diversos caminhos, mas buscará um objetivo comum: a inclusão social das pessoas com deficiência.

Apresentamos aqui uma definição possível de inclusão social:

Inclusão, como um paradigma de sociedade, é o processo pelo qual os sistemas sociais comuns são tornados adequados para toda a diversidade humana - composta por etnia, raça, língua, nacionalidade, gênero, orientação sexual, deficiência e outros atributos - com a participação das próprias pessoas na formulação e execução dessas adequações.” (Sasaki, 2009, p. 10).

Trata-se, assim, de adequar a sociedade à diversidade humana. A inclusão social é um processo que se encontra em harmonia com os objetivos da República Federativa do Brasil contidos no artigo 3º da Constituição Federal.

Há na população uma pluralidade de deficiências, algumas de fácil percepção, outras ocultas. Alguns padecem de deficiência física, outros de deficiência mental ou intelectual. Questões sobre a surdez, o déficit cognitivo, sobre a cegueira ou mesmo sobre a locomoção devem ser tratadas especificamente.

No entanto, há um eixo inicial comum, ou seja, o Estado tem o dever de cuidar de todos, demandando uma variedade de providências, mas que devem ser vistas como um conjunto harmônico de medidas protetivas do Estado para permitir o desenvolvimento de cada um, acolhendo as diferenças. Nesse particular, há a norma importante do artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, com o objetivo de reduzir desigualdades.

Assim, o Poder Público tem o dever de compreender, de forma democrática, a questão da deficiência, suas peculiaridades, para que possa traçar *políticas públicas*³ que permitam a inclusão social desse grupo.

Da doutrina, emprestamos um conceito muito pertinente de política pública:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (Bucci, 2006, p. 39).

A identificação as deficiências, portanto, constitui uma etapa na implementação desta política pública de inclusão da pessoa com deficiência, em todos os seus aspectos (econômico, social, cultural etc.). É nestes termos que as questões devem ser compreendidas.

3 “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” (Bucci, 2006, p. 39).

3. A VISÃO SISTÊMICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

Ocorre que, para a implementação de políticas públicas, não se prescinde de uma visão sistêmica do Direito.

A Constituição Federal de 1988 revela a preocupação com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), fundada em valores como liberdade, justiça e solidariedade.

Dentre os objetivos da República, nos termos do art. 3º, I, estão os de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. No inciso IV, estabelece o objetivo de “promover o bem de todos”, que pode ser compreendido como a “existência digna” (art. 170), dentro do “bem-estar social” (art. 193) (Garcia, 2019, p. 30).

No que toca ao objeto de estudo deste trabalho, infere-se que a pessoa com deficiência deve ter acesso não apenas a existência digna, mas ao bem-estar social, de maneira que meio da acessibilidade aos direitos é uma questão essencial para a sua fruição.

Se a Constituição Federal traz, dentre os princípios fundamentais, o objetivo de “promover o bem de todos”, a instrumentalização desse princípio deve atender aos mais variados grupos, fazendo com que seja exigido do legislador, e de toda a sociedade, um cuidado bastante refinado quando de sua implementação.

Evidente que os problemas da pessoa com deficiência visual são diferentes dos problemas da pessoa com deficiência de locomoção. Isto, por si só, já exigiria uma atuação conjunta dos poderes públicos, sempre reduzindo a margem de especificidade e tratando do tema de forma ampla e abrangente.

Assim, com uma variedade de deficiências, naturalmente, teremos uma gama de problemas, que exigirão uma pluralidade de soluções, cabendo, assim, a análise de múltiplos aspectos para a aferição das deficiências. Mas, para tanto, é preciso enfatizar o *caráter sistemático* do Direito.

Segundo a lição de Paulo Bonavides – para quem a *concepção sistêmica* parece ser, no campo das ciências sociais e de sua metodologia, a “ideia-força de nosso tempo” – a ideia de *sistema* evocava noções de reunião, conjunto, todo, mas o sentido se ampliou para ser entendido como o conjunto organizado de partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência (Bonavides, 2019, p. 109).

Já, para André Ramos, o conjunto de normas constitucionais formam um sistema, envolvendo a ideia de *ordem*, portanto necessariamente “harmônico, ordenado, coeso, por força da supremacia constitucional, que impede o intérprete de admitir qualquer contradição interna.” (Tavares, 2017, p. 208).

A noção de sistema, portanto, informa e orienta o intérprete do Direito na análise das controvérsias, de tal modo que há uma modalidade de interpretação específica e muito valorizada na doutrina: a *interpretação sistemática*, exatamente aquela que não se contenta em tirar conclusões da leitura de normas isoladas ou da mera interpretação gramatical das normas. Sempre é imperioso, portanto, a análise de todo o ordenamento jurídico, a começar pelo texto constitucional.

Pois bem.

O Brasil introduziu em nosso Direito a Convenção sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30.03.2007, decorrente de um longo processo de negociação internacional, impulsionado pelo movimento global de pessoas com deficiência, que buscava garantir a proteção de seus direitos e a participação plena na sociedade.

A Convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9.7.2008, depois promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25.8.2009, trazendo normas de proteção compatíveis com os princípios fundamentais hospedados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Digno de nota que muitas organizações da sociedade civil, como associações de pessoas com deficiência e seus familiares, tiveram reconhecidamente um papel fundamental na defesa da ratificação da Convenção e na promoção de seus princípios no Brasil.

A introdução dessa importante Convenção no Brasil deu-se em um contexto de crescente reconhecimento dos direitos humanos e da necessidade de promover a inclusão e a igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência, em convergência com movimentos internacionais pelos direitos das pessoas com deficiência.

A Convenção de Nova Iorque foi o primeiro instrumento incorporado na condição prevista no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, tendo força de *emenda à Constituição*. Ou seja, o instrumento internacional passou a ser um documento do nosso direito positivo constitucional.

O documento internacional trouxe à tona a “especificação de direitos” (Araujo; Maia, 2016, p. 232), que, malgrado já pudessem ser extraídos da aplicação dos princípios contidos nos artigos 1º, III e 5, *caput*, da Constituição da República, implicam reforço voltado à efetiva e plena *inclusão* da pessoa com deficiência na sociedade.

Ressalte-se que os *princípios gerais* da Convenção convergem, conformados no seu Artigo 3, plenamente, com os contidos na Constituição brasileira, *in verbis*:

- a. O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b. A não-discriminação;
- c. A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d. O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e. A igualdade de oportunidades;
- f. A acessibilidade;
- g. A igualdade entre o homem e a mulher;
- h. O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Ante o exposto, para entender adequadamente o tema da pessoa com deficiência, não basta a leitura do texto constitucional, mas será necessária a leitura dos documentos equiparados a tanto, como a Convenção referida.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 já deve ser lida com o novo nome, ou seja, em vez de “pessoa portadora de deficiência”, o nome correto é “pessoa com deficiência” (Araujo, 2011, p. 16).

Por sua vez, a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) extrai sua matriz da Convenção de Nova Iorque, que em seu Artigo 1 traz seu propósito: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.” (Brasil, 2015)

Logo, sem a leitura do conjunto normativo primeiro, consoante uma *interpretação sistêmica*, será difícil entender a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que traz a mesma definição de pessoa com deficiência contida na Convenção de Nova Iorque.

Deste modo, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência traça, como documento internacional que é, caminhos genéricos e vetores que devem ser seguidos pelas legislações internas, para o exercício pleno e equitativos dos direitos hoje constitucionalmente assegurados. E eventual contraste entre a legislação inferior e a Convenção de Nova Iorque se soluciona com a prevalência desse último.

4. DEFINIÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A AVALIAÇÃO BIOPSIKOSSOCIAL

Segundo o Artigo 1 da Convenção de Nova Iorque e, portanto, segundo a Constituição Federal:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Esse mesmo conceito está estabelecido na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 2º, *caput*.

Neste caminho, chega-se ao momento de se entender quem pode ser considerada pessoa com deficiência, sempre tendo em vista a abordagem sistêmica do ordenamento jurídico.

Esse trabalho exige conhecimento específico e, mais do que isso, uma visão interdisciplinar. Por isso, o laudo (judicial ou administrativo) deve ser elaborado por equipe multiprofissional e interdisciplinar, conforme apregoa o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 13.146/2015, antes citado.

O vocábulo *biopsicossocial* foi usado pela primeira vez em 1977 pelo médico e psiquiatra George L. Engel, em publicação na revista *Science*, preconizando a necessidade da criação de um novo modelo médico (Guimarães, 2011).

O modelo *biopsicossocial* se contrapõe ao simples modelo *biomédico* e apresenta o intuito de humanizar a saúde, mediante uma análise das condições da pessoa de maneira integral.

Não basta um oftalmologista entender que a visão não é adequada; ou mesmo o otorrinolaringologista entender que a audição é comprometida. É necessário fazer uma avaliação para saber quais são os limites e, especialmente, quais são as potencialidades desse indivíduo.

Tal mister só pode ser bem realizado por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar, que se auxiliam na atividade pericial, suprindo de alguma forma, eventualmente, a falta de médicos especialistas em tantas localidades mais distantes das capitais.

Em nenhuma hipótese se pode olvidar do objetivo de inclusão social e das regras previstas na Convenção de Nova Iorque, na Constituição Federal e na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência.

Mesmo que haja uma limitação evidente, ainda assim, ela deve ser analisada pela equipe multiprofissional e interdisciplinar. Outras limitações não são tão evidentes.

Deficiências ocultas, por exemplo, também conhecidas como *invisíveis* ou *não aparentes*, são condições que afetam a saúde e o funcionamento de uma pessoa, mas que não são imediatamente perceptíveis para os outros. Pode ser doenças crônicas como diabetes, fibromialgia, asma ou lúpus. Também pode se tratar de condições de saúde mental, como depressão, ansiedade, esquizofrenia, ou mesmo transtornos de neurodesenvolvimento como transtorno do espectro autista (TEA), transtorno de déficit de atenção e hiperatividade (TDAH), dislexia etc⁴.

Exatamente dentro de tais parâmetros, tratando-se de processo judicial visando à concessão do benefício assistencial de prestação continuada - BPC, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e art. 20 da Lei 8.742/93, recentemente foi aprovado o Enunciado 32 da I Jornada de Direito da Seguridade Social (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, [s. d.]):

Nos processos que têm por objetivo a concessão de benefício de prestação continuada da Assistência Social à pessoa com deficiência, a prova pericial deve ser produzida levando-se em consideração a definição do art. 2º da Lei n. 13.146/2015 e do art. 40-B da Lei n. 8.742/1993, com os critérios definidos na Portaria Conjunta MDS/INSS n. 2/2015 (critério biopsicossocial) ou outro instrumento que o substitua, a qual não se confunde com incapacidade laborativa previdenciária.

Para além disso, no laudo deve constar expressamente quais as *potencialidades* da pessoa.

A Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) traz as regras adequadas para esse trâmite e para a garantia da análise das potencialidades das pessoas com deficiência, mesmo porque há potencialidades não claramente reconhecíveis pela ciência médica, cuja análise depende de aspectos sociais, culturais ou econômicos.

A equipe multiprofissional e interdisciplinar, utilizando o modelo biopsicossocial, será a garantia de uma análise adequada que permita analisar os potenciais em questão.

No caso do benefício assistencial de prestação continuada, a PORTARIA CONJUNTA MDS/INSS nº 2, de 30 de março de 2015 prevê que a avaliação deva ser realizada por um médico e um assistente social. Se multidisciplinar não é, permite ir além dos limites do critério biomédico.

Já, tratando-se de aposentadoria da pessoa com deficiência, prevista na Lei Complementar nº 142/2013, a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 01, de 27/01/2014,

4 Há uma ampla gama de possibilidades de deficiências ocultas, situação que não passa despercebida do Poder Público. Tanto que o artigo 1º da Lei nº 14.624/23 institui o uso do cordão de fita com desenhos de girassóis como símbolo nacional de identificação de pessoas com deficiências ocultas.

estabeleceu como instrumento de avaliação do segurado a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, da Organização Mundial de Saúde, avaliação também realizada por médico e assistente social, mediante a aplicação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria – IFBrA.

Digno de nota que, mesmo em ações diversas das assistenciais (Lei nº 8.742/93) e previdenciárias (Lei Complementar nº 142/2013), a avaliação para o reconhecimento da deficiência deve se dar nos termos do parágrafo 1º do art. 2º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. A norma legal, cuja fonte vem da Convenção de Nova Iorque, vale para o reconhecimento de quaisquer direitos, inclusive acessibilidade, reserva de vagas a cargos públicos, universidades etc., tanto perante particulares, quanto em face do Poder Público.

Outrossim, o processo de cuidado das pessoas com deficiência não deve ser encarado para o passado, mas para o futuro, ou seja, que medidas podem ser aplicadas, que tratamentos devem ser apresentados, para que os potenciais desse indivíduo fluam mais fortemente, permitindo uma inclusão social maior.

Por outro lado, somente em casos extremos se pode cogitar da dispensa da avaliação biopsicossocial, como em situações de tetraplegia, condição que causa paralisia dos quatro membros (braços e pernas) e do tronco, devido a lesões na medula espinhal.

5. NECESSÁRIA ESTRUTURAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO E DO JUDICIÁRIO

Estabelecida a necessidade de realização biopsicossocial para a avaliação da deficiência, o próximo passo é discorrer, brevemente, sobre dificuldades de sua implementação.

Muitas vezes, em foros (comarcas e subseções judiciárias) distantes, encontram-se dificuldades de algumas especialidades para que a avaliação biopsicossocial seja feita.

Não obstante, até que seja efetivada uma real implementação das regras previstas na Convenção de Nova Iorque e na Constituição Federal, a pessoa com deficiência não pode ser prejudicada pela falta de estrutura do Estado.

Afinal, revela-se temerário exigir do juiz (e nem que ele se sinta à vontade para tanto) decidir sobre as potencialidades de uma pessoa, sem uma avaliação biopsicossocial.

A estrutura do Poder Judiciário deve estar preparada para manter em cada Comarca ou Subseção Judiciária uma equipe para que as potencialidades sejam analisadas de forma ampla e plena, ainda que por nomeação *ad hoc*.

Assim sendo, uma avaliação multiprofissional e interdisciplinar, realizada conforme os critérios legais biopsicossociais, passa a ser instrumento revelador de potencialidades, bem garantidor da autonomia da pessoa com deficiência.

Muitas tarefas e atividades podem ser realizadas pelas pessoas com deficiência, dentro de suas potencialidades, que devem vir muito bem analisadas, sob pena de cercearmos, desde o início, o direito à produção de prova (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

O Governo Federal, nos últimos anos, parece reconhecer as dificuldades e se propõe a buscar soluções de aprimoramento na prestação do serviço de diagnóstico e reconhecimento da deficiência.

Em 21 de outubro de 2021, publicou-se o RELATÓRIO DE ANÁLISE EX ANTE DA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA UNIFICADO DA AVALIAÇÃO BIOPSISSOCIAL DA DEFICIÊNCIA⁵, indicativo da intenção governamental de regulamentar a questão (BRASIL, 2021).

Antes, o Decreto nº 8.954, de 10 de janeiro de 2017, já havia instituído um Comitê do Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência e da Avaliação Unificada da Deficiência, mas foi revogado pelo Decreto nº 10.087, de 5 de novembro de 2019.

Finalmente, em abril de 2023, foi publicado o Decreto nº 11.487, que instituiu um Grupo de Trabalho sobre a Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Esse Grupo de Trabalho tem como objetivo: a) Elaborar uma proposta de Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência; b) Propor a criação e alteração de atos normativos para implementar a avaliação unificada em âmbito federal; c) Planejar processos de formação e qualificação de equipes para aplicar a avaliação.

De fato, uma Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência parece um caminho seguro, como ponto de partida para assegurar os direitos das pessoas com deficiência.

Urge, todavia, que também o Judiciário se mobilize para a efetiva e constante nomeação de médicos e assistentes sociais habilitados nos processos judiciais; ou então para a criação de cargos de profissionais aptos à realização de avaliações biopsicossociais.

Numa Federação como a brasileira, as especificidades de cada local ganham importância, mas uma regulamentação única, que imponha requisitos mínimos e padronizados para as avaliações, mostra-se adequada e desejável, medida passível de ser levada a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça⁶, dada sua competência constitucional regulamentar.

Não há espaço neste trabalho para uma análise pormenorizada das especificidades na Federação.

Por ora, à guisa de exemplo, na maior Seção Judiciária do país, em São Paulo, que conta com estrutura organizacional de 198 (cento e noventa e oito) Varas (Justiça Federal de São Paulo, 2023), sabe-se que não há lotação de cargos na função de serviço social em nenhuma delas (Justiça Federal de São Paulo, 2024).

Na maior parte dos casos, os médicos quando realizam avaliações em processos que envolvem o BPC, fazem-no por nomeação nos respectivos processos (Justiça Federal de São

5 Inteiro teor disponível em: Doc.14Relatorio_da_Analise_Ex_Ante_do_Sist._Unificado_vfinal.pdf (www.gov.br). Último acesso em 23.7.2024.

6 Segundo o art. 13 da Resolução Nº 401 de 16/06/2021 (Dispõe sobre o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão), "A avaliação da deficiência de servidores(as) e magistrados(as), quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, e considerará: I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III – a limitação no desempenho de atividades e os riscos psicossociais no exercício do trabalho; e IV – a restrição de participação em determinadas atividades. § 1º A avaliação da deficiência será realizada a cada cinco anos, ou a pedido do(a) interessado(a). § 2º Se a deficiência do(a) servidor(a) for de caráter permanente, a periodicidade da avaliação prevista no § 1º deste artigo poderá ser estendida, a critério da equipe multidisciplinar, podendo, inclusive, ser dispensada. § 3º A avaliação da deficiência do(a) servidor(a) poderá ser utilizada para fins de concessão de condições especiais de trabalho, nos termos do que dispõe a Resolução CNJ no 343/2020. § 4º Os(as) integrantes da equipe multidisciplinar de que trata o caput deste artigo deverão possuir capacitação específica para prestar o atendimento biopsicossocial à pessoa com deficiência." Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3987>. Acesso em: 23 jul. 2024.

Paulo, 2019), e, na falta de regulamentação administrativa específica das avaliações biopsicossociais no âmbito da Justiça Federal, amiúde os trabalhos ocorrem com base em quesitos padronizados (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2022) reservados às ações previdenciárias que envolvem benefícios por incapacidade – situação longe da ideal, para dizer o mínimo.

6. CONSEQUÊNCIA DA IRREGULARIDADE NAS AVALIAÇÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS

Pois bem, já foi enfatizado aqui que, em nenhuma hipótese se pode aceitar uma perícia médica lastreada em quesitos padronizados especificamente segundo o *modelo biomédico*, usado há décadas para requerentes de benefícios previdenciários por incapacidade.

Insista-se que a deficiência é um conceito muito mais amplo e complexo que a incapacidade laborativa, consoante a definição trazida na Convenção de Nova Iorque e na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

A abordagem sistêmica do Direito não admite que o procedimento de aferição da deficiência seja compreendido pela análise isolada das normas processuais.

O direito à uma análise biopsicossocial, por meio de equipe multiprofissional e interdisciplinar, é direito da pessoa com deficiência (Zacharias, 2023, p. 6422). Mas, qual a sanção prevista na lei no caso de violação desse direito? Ou seja, o que ocorre se a avaliação for feita de forma incompleta, sem equipe multidisciplinar, conforme determina a lei e a convenção? O Estado deve ser responsabilizado, independentemente do resultado da perícia.

Logo, a consequência jurídica da não realização de uma perícia adequada, com teor biopsicossocial, realizada nos moldes do art. 2º, § 1º, da Lei nº 13.146/2015, é a *nulidade do ato*. Nesse diapasão, o Enunciado 44 da I Jornada de Direito da Seguridade Social:

Tratando-se de ação judicial previdenciária ou assistencial em que se discuta a condição de pessoa com deficiência da parte autora, seja como dependente (pensão por morte) seja como segurada (aposentadoria de pessoa com deficiência e benefício assistencial de prestação continuada), o ato pericial deve dar-se nos termos da avaliação biopsicossocial contida no art. 2º, §1º, da Lei n. 13.146/2015, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, não se podendo limitar à avaliação da capacidade ou incapacidade para o trabalho, sob pena de nulidade. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, [s. d.]

Isso não significa, porém, que em instâncias recursais a questão não possa ser resolvida sem que haja anulação do processo. É possível que seja determinada a realização de novo ato pericial, depois de diagnosticado o erro processual, sem que isso implique nulidade do processo ou da sentença.

O importante é a realização de ato pericial válido, apto a ensejar ao menos o julgamento colegiado do recurso pelo órgão judicial de segundo grau de jurisdição. Em sede do microsistema processual dos Juizados Especiais Federais, os vários enunciados do FOJAJEF abrigam tal conclusão:

Enunciado nº. 101 A Turma Recursal tem poder para complementar os atos de instrução já realizados pelo juiz do Juizado Especial Federal, de forma a evitar a anulação da sentença.

Enunciado nº. 102 Convencendo-se da necessidade de produção de prova documental complementar, a Turma Recursal produzirá ou determinará que seja produzida, sem retorno do processo para o juiz do Juizado Especial Federal.

Enunciado nº. 103 Sempre que julgar indispensável, a Turma Recursal, sem anular a sentença, baixará o processo em diligências para fins de produção de prova testemunhal, pericial ou elaboração de cálculos .

Tal entendimento pode ser aplicado, *mutatis mutantis*, aos processos judiciais que tramitam na Justiça Comum, seja Federal, seja Estadual, ou mesmo na Justiça do Trabalho.

7. IMPOSSIBILIDADE DE A DEFICIÊNCIA SER PREDETERMINADA EM LEI

Diante do que foi exposto, apresentamos uma outra constatação que decorre da interpretação sistemática do ordenamento jurídico: *a deficiência não pode ser estabelecida em lei* (ato que ostenta atributos de *generalidade e abstração*), sem que a análise do caso seja feita por meio de uma avaliação biopsicossocial, realizada por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar.

É isso que decorre da regra contida no art. 20, § 1º, da Lei nº 13.146/2015, antes citada.

Nesse mesmo sentido, acerca dos casos de visão monocular, o Enunciado 31 da I Jornada de Direito da Seguridade Social:

ENUNCIADO 31: A visão monocular, por si só, não enseja a concessão de benefício de prestação continuada da assistência social, sendo necessária a verificação da existência de impedimento de longo prazo que, em interação com uma ou mais barreiras, possa obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, nos termos do art. 40-B da Lei n. 8.742/1993.

No mesmo diapasão, a tese aprovada pela Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais de São Paulo, em sessão de julgamento realizada em 27.5.2024 (Brasil, Turma Regional de Uniformização, 2024):

Nos casos de pedido de concessão de benefício assistencial de prestação continuada à pessoa com deficiência, quando constatada a visão monocular, devem ser avaliadas as conclusões da avaliação biopsicossocial, com análise na existência de impedimentos e barreiras no caso concreto, para averiguar se há ou não a deficiência, nos termos do art. 20, § 2º, da LOAS, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 13.146, de 2015, e nos termos do art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (processo 0001876-49.2021.403.6332).

É por isso que, insiste-se, tanto nos pleitos administrativos quanto judiciais de reconhecimento de direitos, a deficiência só pode ser aferida por avaliação biopsicossocial específica,

realizada por equipe multidisciplinar (não apenas por médico perito), com análise das potencialidades da pessoa, à vista dos impedimentos e barreiras a serem apurados no caso concreto.

Nem a perícia biomédica, nem uma previsão legal substitui a necessidade da avaliação biopsicossocial, medida determinada na Convenção de Nova Iorque, com força de emenda constitucional, que prevalece sobre a legislação infraconstitucional.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Somente mediante a compreensão das normas contidas na Convenção de Nova Iorque, na Constituição Federal e na Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) os operadores do direito, nos julgamentos administrativos e judiciais, poderão alcançar os objetivos das políticas públicas, voltadas à inclusão social.

Salvo casos extremos, como já analisado, não se pode falar em situações claras, sem necessidade da complexa perícia garantidora dos direitos desse grupo.

Apenas por meio de avaliação biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, pode-se chegar à conclusão acerca da ocorrência ou não da deficiência, pela análise das potencialidades da pessoa no caso concreto.

O juiz, com todo o seu entendimento técnico, não está habilitado para essa análise, por mais óbvia que ela seja. Até mesmo um médico, realizando um trabalho a sós, com viés puramente biomédico, não pode atender aos requisitos previstos para a avaliação.

Assim, qualquer restrição de direitos, oriunda de um processo judicial, que envolva pessoa com deficiência, é nula, por falta de respeito aos princípios convencionais e legais. Outra deve ser realizada no processo judicial, ainda que por conversão em diligência, neste caso sem gerar a nulidade de todo o procedimento.

Somente uma análise biopsicossocial dos casos concretos leva a uma correta avaliação da deficiência. Tal não pode ocorrer, outrossim, por meio de predefinições contidas em lei ordinária, por conterem atributos de generalidade e abstração, sem levarem em conta as potencialidades da pessoa avaliada.

Sendo assim, as Leis que tratam de casos específicos como deficiência auditiva (Lei nº 14.768/2024), deficiência visual (Lei nº 14.126/2021) e Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Lei nº 12.764/2012) devem ser lidas à luz das normas superiores já apontadas, mercê da impositiva interpretação sistêmica do ordenamento jurídico.

Evitar a perícia por falta de amparo burocrático do juízo, por falta de estrutura, é retirar direitos da pessoa com deficiência, independentemente do resultado do exame. O resultado disso é exatamente o oposto que está pontificado no art. 3º, incisos III e IV, da Constituição Federal.

Oxalá o Grupo de Trabalho sobre a Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência, referido no item 5, possa trazer à luz novidades alvissareiras sobre o tema, que é de grande repercussão social, de modo a consolidar um modelo de avaliação mais humana, multiprofissional, interdisciplinar. E que seja efetivamente implementado, nos âmbitos judicial e administrativo.

De *lege ferenda*, o ideal seria contar na própria estrutura do Poder Judiciário e do Poder Executivo com profissionais habilitados ao diagnóstico e reconhecimento da deficiência ocupando cargos públicos – providência a depender da edição de lei e de prévia dotação orçamentária (art. 169, § 1º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 109/2021).

Recomenda-se que haja padronização nacional dos quesitos, medida que pode ser determinada pelo Conselho da Justiça Federal, ao menos na esfera das Varas Federais e Juizados Especiais Federais.

E a elaboração da perícia há de ser operada, se não por equipe multiprofissional e interdisciplinar, ao menos por um médico e um perito, como se dá na Administração Pública, na análise de pleitos assistenciais e previdenciários da pessoa com deficiência, nos termos das Portarias já citadas no item 4, até que o Estado possa finalmente se estruturar para o atendimento integral da Convenção de Nova Iorque, da Constituição Federal e da Lei nº 13.146/2015.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. A Cidade, o Dever Constitucional de Inclusão Social e a Acessibilidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 1, p. 225–244, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/enunciados-fonajef/lista-completa-dos-enunciados-do-fonajef.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jurisprudência Unificada*. <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 10.087, de 5 de novembro de 2019*. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10087.htm#art1. Acesso em: 23 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 401, de 16 de junho de 2021*. Dispõe sobre o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3987>. Acesso em: 23 jul. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 11.487, de 10 de abril de 2023*. Institui o Grupo de Trabalho sobre a Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Decreto/D11487.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2011.487%2C%20DE%2010,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. Justiça Federal da Subseção Judiciária de São Paulo. *Estrutura Organizacional dos Juizados Especiais Federais*. Disponível em: https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/DIGD/quadros/fc_jef-20240415.pdf. Acesso em: 23 jul. 2024.

BRASIL. Justiça Federal da Subseção Judiciária de São Paulo. *Ofício-Circular nº 7/2022 - DFJEF/GACO*. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/juizadoespecialfederal/pericias/pericias-medicas>. Acesso em: 23 jul. 2024.

BRASIL. Justiça Federal da Subseção Judiciária de São Paulo. *Portaria SP-JEF-PRES nº 11, de 07 de novembro de 2019*. Normatiza e estabelece os critérios e procedimentos referentes às perícias médico-assistenciais no Juizado Especial Federal de São Paulo, à luz das alterações promovidas pela Lei 13.876/2019. São Paulo: Seção Judiciária de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.jfsp.jus.br/documentos/subsecoes/sp-jef/atos-normativos/Portarias11e12-19.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012*. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Último acesso em 22.7.2024.

BRASIL. *Lei nº 14.126, de 22 de março de 2021*. Classifica a visão monocular como deficiência sensorial, do tipo visual. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14126.htmç. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.624, de 17 de julho de 2023*. Altera a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), para instituir o uso do cordão de fita com desenhos de girassóis para a identificação de pessoas com deficiências ocultas. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14624.htm. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.768, de 22 de dezembro de 2023*. Define deficiência auditiva e estabelece valor referencial da limitação auditiva. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14768.htm. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Relatório de análise Ex Ante implantação do sistema unificado da avaliação biopsicossocial da deficiência*. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/pessoa-com-deficiencia/publicacoes/Doc.14Relatorio_da_Analise_Ex_Ante_do_Sist._Unificado_vfinal.pdf. Acesso em: 23 jul. 2024.

BRASIL. *Portaria Conjunta MDS/INSS nº 2, de 30 de março de 2015*. Dispõe sobre critérios, procedimentos e instrumentos para a avaliação social e médica da pessoa com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia_social/portarias/2015/portaria_conjunta_INSS_2_2015_BPC.pdf. Acesso em: 17 dez. 2023.

BRASIL. *Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 01, de 27/01/2014*. Aprova o instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=265085>. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jornada de Direito da Seguridade Social – Enunciados Aprovados*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornada-de-direito-da-seguridade-social-enunciados-aprovados>. Acesso em: 17 dez. 2023.

BRASIL. *Turma Regional de Uniformização*. Tese aprovada no julgamento da sessão de 27 de maio de 2024. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=1&CodigoOrgao=1&CodigoDocumento=0&IdMateria=552105&NumeroProcesso=0>. Acesso em: 22 jul. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os Direitos e Liberdades. *In*: ALMEIDA LEITE, Flávia Piva; GOMES RIBEIRO, Lauro Luiz; COSTA

FILHO, Waldir Macieira. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2019.

GUIMARÃES, Juliana. *Significado de Biopsicossocial*. Enciclopédia Significados, c2011. Disponível em: <https://www.significados.com.br/biopsicossocial/#:~:text=Biopsicossocial%20%C3%A9%20um%20modelo%20da,restri%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 10 jan. 2024.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: acessibilidade no lazer, trabalho e educação. *Revista Nacional de Reabilitação (Reação)*, São Paulo, ano XII, mar./abr. 2009, p. 10-16.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZACHARIAS, Rodrigo. *Possibilidades de avanços na concretização do direito fundamental à previdência social das pessoas com deficiência: distributividade, justiça social e liberalismo igualitário*. São Paulo: Dialética, 2023. *E-book*.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 10/01/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/02/2024
- Avaliação 1: 07/07/2024
- Avaliação 2: 10/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 18/07/2024
- Retorno rodada de correções: 24/07/2024
- Decisão editorial/aprovado: 24/07/2024

Equipe editorial envolvida

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

DO DIREITO INTEGRACIONAL AO DIREITO COMUNITÁRIO: UMA LEITURA HISTÓRICO-JURÍDICA A PARTIR DOS BLOCOS ECONÔMICOS

FROM INTEGRATIONAL LAW TO COMMUNITY LAW:
A LEGAL-HISTORY READING FROM THE ECONOMIC BLOCKS

JAMILE GONÇALVES CALISSI¹

RESUMO

É a presente pesquisa para uma análise do processo integracional regional a fim de compreendê-lo à luz de sua importância no âmbito econômico-internacional para, ao servir de justificativa, dar ênfase ao chamado Direito Comunitário e suas implicações constitucionais contemporâneas. Nesse sentido, a pesquisa analisará os aspectos que envolvem a evolução da condição integracional para a condição comunitária ocorridos, sobretudo, na Europa. Justifica-se o presente estudo, pois, a partir dele, será possível compreender o cenário constitucional contemporâneo em seu ponto de contato com as questões de ordem internacional. Adotar-se-á como metodologia científica uma abordagem histórico-jurídica, utilizando métodos qualitativos para a análise documental e bibliográfica a partir dos quais, analisar-se-á o contexto fático e social da discussão proposta. Soma-se a esse emprego de verdadeiro silogismo jurídico, o referencial teórico, indispensável à melhor compreensão e encaixe dos fundamentos ao contexto da *práxis*.

Palavras-chave: direito integracional; direito comunitário; direito constitucional; direito internacional; globalização.

ABSTRACT

This research aims to analyze the regional integration process to understand it in light of its importance in the international economic sphere, thereby justifying and emphasizing the so-called Community Law and its contemporary constitutional implications. In this regard, the research will examine the aspects involving the evolution from an integrational condition to a community condition, particularly in Europe. This study is justified by the need to comprehend the contemporary constitutional scenario in its intersection with international issues. The scientific methodology adopted will be a historical-legal approach, utilizing qualitative methods for documentary and bibliographic analysis, through which the factual and social context of the proposed discussion will be examined. This employment of a true legal syllogism is complemented by the theoretical framework, indispensable for a better understanding and fitting of the foundations into the context of praxis.

Keywords: integration law; community law; constitutional right; international right; globalization.

1 Doutorado e Mestrado (Bolsista Integral CAPES) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Coordenadora do grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Contemporâneo, Constitucionalismo Global e Globalização da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara (UNIARA). Professora das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Pesquisadora pela FUNADESP Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular. Pesquisadora pelo Programa de Bolsas de Produtividade em Pesquisa da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG (Edital 08/2021). Pós-Doutorado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/ SP - FDRP/ USP (em andamento). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8025-7863>.

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

CALISSI, Jamile Gonçalves. Do direito integracional ao direito comunitário: uma leitura histórico-jurídica a partir dos blocos econômicos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 182-203, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9186>.

1. INTRODUÇÃO

Desde muito, a importância da formação de blocos regionalizados ainda faz parte da pauta na qual a regra é a união de países com o objetivo de fortalecimento no mercado internacional.

A partir do final da Segunda Guerra Mundial, a formação de blocos econômicos regionalizados tem sido uma estratégia crucial para o fortalecimento das nações no mercado internacional. A criação de tais blocos visa não apenas a cooperação econômica, mas também a integração política e jurídica entre os países membros. A União Europeia (UE) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul) são exemplos proeminentes dessa tendência, cada um com suas particularidades e desafios históricos.

Nesse sentido, este estudo tem como objetivo analisar o processo de formação e desenvolvimento dos blocos econômicos, com ênfase nas consequências político-jurídicas que resultam na consolidação do Direito Comunitário.

A relevância deste estudo reside na compreensão das transformações jurídicas e políticas decorrentes da integração regional. O Direito Comunitário emerge como um novo paradigma jurídico, essencial para a governança dos blocos econômicos. A análise histórica e comparativa entre a UE e o Mercosul permitirá uma compreensão mais profunda das dinâmicas de integração e suas implicações para os países membros.

A pesquisa adotará uma abordagem histórico-jurídica, utilizando métodos qualitativos para a análise documental e bibliográfica. A análise comparativa entre a União Europeia e o Mercosul será realizada para identificar semelhanças, diferenças e lições aprendidas no processo de integração regional.

Fato é que, o contexto histórico apresentou-se fundamental para o entendimento da nova conceituação do direito em tela, e a análise da União Europeia, único bloco na atualidade que realmente aplica as regras de Direito Comunitário, serviu como ponto de partida para se entender o Mercosul e os demais blocos existentes. Já consciente da importância desse novo direito para os dias atuais, analisou-se o processo de integração, com todas as suas etapas, objetivos e consequências. Houve, ainda, uma abordagem a respeito do assunto blocos econômicos, explicando mais detalhadamente o processo integracional na União Europeia e demonstrando alguns dos blocos mais importantes a partir de 1989, logo após a transição do mundo bipolar para o mundo da cooperação internacional.

Por fim, abordou-se, as fases do processo de integração, demonstrando algumas teorias que explicam o fenômeno. Respeitando o contexto global, o Mercosul foi tratado de maneira efetiva, abordando sua origem histórica, seu processo de adaptação e desenvolvimento, sua estrutura e, por fim, suas perspectivas.

2. O DIREITO INTEGRACIONAL

A realidade econômica que compõe a atualidade é complexa e se apresenta como uma nova fronteira do constitucionalismo. A tendência surgida após a Segunda Guerra Mundial foi a formação de blocos regionalizados, adeptos da integração econômica, um processo longo

que teve como intuito a auto proteção e a ampla atuação internacional, ou seja, a organização para uma melhor atuação competitiva. E, mais, a integração regional foi legitimada pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) já em 1947 e pela Organização Mundial do Comércio (OMC) a partir de 1994.

Dessa forma, é possível distinguir os dois tipos de mercados participantes do processo de integração.

Mercado nacional é o espaço econômico, correspondente ao território de um Estado, em que se realizam as atividades produtivas caracterizadas pelo intercâmbio de bens ou serviços e pela produção industrial.

Mercado comum é o espaço econômico, com aquelas mesmas características, que se estende pelos territórios de dois ou mais estados constituído por tratado ou acordo internacional (Faria, 1993, p. 08).

Partindo dessa diferenciação entre os dois tipos de mercados, chega-se ao processo de integração econômica regional, que se desenvolveu e se instalou por toda a economia mundial, até em áreas menos prováveis do globo terrestre. A integração tem por objetivo direto o livre comércio interno e o protecionismo externo.

Vale entender, é de sua essência que os mercados nacionais se unam em torno de um mercado comum propondo o livre comércio entre os países signatários do acordo e, paralelamente a isso, desenvolva esse novo mercado, uma proteção externa contra os demais países ou blocos. A integração que pode ser entendida como a eliminação de barreiras alfandegárias, incidência de impostos de importação, ou qualquer outro tipo de discriminação que vise a entrada de produtos extra-bloco, tem como primeiro passo a organização interna do espaço comum por meio do livre comércio e posterior defesa dos interesses do bloco perante a economia mundial.

Aponta-se, ainda, que nesse primeiro passo, a integração pode ser entre dois países apenas ou entre vários, por meio de tratados multilaterais. Pode, ainda, ser uma Integração total onde não haja restrições ao comércio interno, ou parcial, onde só uma parte dos bens é passível de transações. E menciono primeiro passo, pois, outros mais existem. Dessa forma, é possível concluir que, criar um livre comércio, de fato significa integrar o mercado, mas o próprio significado do termo integração é muito mais complexo e demonstra objetivos mais avançados, tal qual, o último deles, a aplicação do Direito Comunitário por meio de uma total e efetiva harmonização de leis entre os países participantes.

2.1 TEORIAS INTEGRACIONISTAS

A integração, fenômeno comum no mundo atualmente, como já mencionado, vem se desenvolvendo desde o final da Segunda Guerra Mundial. Entendida como um conjunto de medidas de caráter econômico e comercial, tendo por objetivo a promoção, aproximação e união entre as economias de vários países, a integração não é una, pelo contrário, caracteriza-se como um processo que tem início na diminuição (ou até eliminação) das barreiras tarifárias e não tarifárias, passando pela criação de uma tarifa externa comum, pela liberalização do comércio de serviços e a livre circulação dos fatores de produção, até chegar ao extremo da adoção de uma moeda única e, quiçá, à adoção de um espaço comunitário.

Para explicar o fenômeno, foram adotadas aqui, algumas teorias não só relacionadas ao termo integração, mas à toda evolução econômica que o mundo vem sofrendo ao longo das décadas. Dessa forma, em um primeiro momento é possível destacar duas formas de explicação: a Teoria Clássica e a Teoria Neoclássica.

Segundo a Teoria Clássica baseada no liberalismo comercial (ou livre comércio), também conhecida como a Teoria da Divisão Internacional do Trabalho, ou como foi denominada por Smith de Teoria dos Custos Absolutos (ou Teoria das Vantagens Absolutas), um país produz aquilo que ele tem mais facilidade para produzir e, posteriormente, exporta esse produto. Quando consegue exportar seu excedente, diz-se que houve uma ampliação do mercado, já que preparado ele estava para exportar determinada quantidade do produto (Smith, 1988, p. 17-54).

Por só produzir o que tem facilidade, esse país tem que comprar aquilo que ele não produz, o que o leva a adquirir o que outros países produzem a um menor custo do que ele produziria. No entanto, essa prática facilita somente os países ricos que, por conta de sua condição privilegiada, têm menos custos na produção de qualquer setor, e assim, nunca importaria os produtos produzidos pelos países menos privilegiados.

Para tentar corrigir isso, surgiu a Teoria Neoclássica, ou Teoria do não-intervencionismo estatal. Surgida em decorrência da primeira, essa teoria: “supõe a complementação dos mercados de forma espontânea, usando as leis de mercado como mecanismo de integração, fundadas nos princípios do livre comércio” (Marx, 1997, p. 38).

Em contra partida a essas duas teorias, uma mais recente surgiu para tentar explicar, em definitivo, o processo de integração. A Teoria Estruturalista baseia-se em cinco vertentes: proteção das nações mais fracas; proximidade geográfica dos países membros; homogeneidade das estruturas voltadas ao desenvolvimento comum; busca de controle sobre as diferenças regionais; não domínio dos interesses privados; aplicação da supranacionalidade e dos sistemas de maiorias (Marx, 1997, p. 46). Para essa teoria, o processo de integração não atinge somente os mercados e os intercâmbios, pelo contrário, atinge toda a economia em profundidade. O objetivo é a fusão das economias.

Outro ponto de discordância: as teorias clássica e neoclássica consideram a integração como estática, enquanto que para a teoria estruturalista o processo todo é progressivo, gerando solidariedade entre os membros. Entretanto, hoje, a integração apresenta dois efeitos: o estático e o dinâmico.

O efeito estático deriva da designação de recursos que se produz como consequência da abertura. É o resultado de uma designação mais eficiente de recursos produtivos num mercado amplo, que não impõe restrições ao movimento de bens.

O efeito dinâmico refere-se à taxa de crescimento a longo prazo da economia através do maior crescimento da produtividade ou aumento na taxa de formação de capital. Esse efeito tem caráter permanente (Marx, 1997, p. 50).

Assim, muitas são as formas de tentar explicar o fenômeno, porém, o que importa, fundamentalmente, é que os modelos de integração sempre se basearão na vontade dos Estados em obter, através de sua adoção, vantagens econômicas que se definirão, basicamente, em: aumento geral da produção, aumento da produtividade e estímulo à eficiência, por meio do aumento da concorrência interna.

No mais, é importante salientar que, a melhor teoria para explicar todo o processo é aquela adotada pela Teoria do Comércio Internacional que considera quatro as situações clássicas de integração econômica, representada pelas quatro primeiras etapas do processo como um todo (zonas de tarifas preferenciais; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum) mais etapa união econômica e monetária e, por fim, o estágio derradeiro de Direito Comunitário adotado, ainda, somente pela Europa.

2.2 FASES DA INTEGRAÇÃO

O processo de integração é complexo e visa, ao final, via de regra, atingir a efetiva aplicação do chamado Direito Comunitário, ou seja, a formação de uma área onde os países participantes flexibilizem suas soberanias em prol de uma soberania comum, fenômeno denominado de supranacionalidade, que irá instalar-se, figurativamente, como poeira sobre os países signatários do tratado que ensejou tal condição, depositando sobre eles o intuito da cooperação para a manutenção de um bloco constituído de regras únicas e regido por instituições, princípios e objetivos comuns que levarão, inevitavelmente, a uma reinterpretação da soberania e do Direito Constitucional.

Porém, o caminho até esse estágio é longo e deveras trabalhoso. É um caminho constituído por fases que devem ser alcançadas gradualmente, à medida que a região vai se preparando para a adoção do novo modo de pensar a economia mundial. São elas: zonas de tarifas preferenciais; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum; união econômica ou monetária.

As zonas de tarifas preferenciais pressupõem que ao tornarem-se signatários de um acordo que visa o processo de integração, os países, que nesta fase são sempre em número pequeno, se comprometem, primeiramente, à redução parcial das tarifas alfandegárias entre as nações participantes.

Objetiva-se, neste estágio, que os países participantes se igualem com vistas a prepararem-se para a fase seguinte, onde todos deverão estar prontos para a abolição total das tarifas de comércio.

Assim, essa fase poder ser considerada o embrião de todo o processo, pois aqui começa a desenvolver a mentalidade dos países signatários, ajustando-os para enfrentar todo o processo de redução e futuro aniquilamento das tarifas alfandegárias.

Na zona de livre comércio tem-se um estágio, vale dizer, que seria uma continuação direta do primeiro. Mas, se no primeiro estágio o propósito era apenas a redução parcial das tarifas alfandegárias como modo de preparar os países signatários para a futura abolição dessas tarifas, esse momento deverá ocorrer no estágio presente, até mesmo como consequência natural daquele. Além disso, se na primeira etapa a redução tarifária era parcial, aqui a redução é total, porém, nem sempre para todos os produtos. Geralmente o que acontece é a eliminação total para um certo número de produtos. Com o tempo, essa eliminação vai gradualmente se ampliando e atingindo um número maior de produtos até, ao final, atingir todo o comércio entre as nações participantes.

A zona de livre comércio tem conceito amplo que varia conforme o enfoque. Sob o prisma jurídico, a zona de livre comércio é exatamente essa associação já referida entre dois ou mais países com o intuito de constituição de um mercado comum (com livre circulação de produtos,

capitais e pessoas). O enfoque econômico é outro. Entende-se por zona de livre comércio no sentido econômico, áreas separadas do território nacional, dentro das quais os bens provenientes do exterior podem ser comprados sem restrições de cota e sem o pagamento de tarifas e impostos.

Podem ser áreas de pequeno porte, como um freeshop situado em um aeroporto, ou de grandes extensões, como o território de Hong Kong (considerado a maior área de livre comércio), que se divide, por sua vez, em zonas de processamento e exportação e zona franca. Na primeira, em uma diferenciação superficial, a finalidade é eminentemente industrial, e na Segunda, além da área industrial, temos também a área de prestação de serviços e comercial (Lindner, 1993, p. 14).

No entanto, para este estudo, o entendimento jurídico da questão em tela é o ponto principal. Essa etapa consiste, então, no seguinte processo:

Nessa etapa do processo integrativo, os estados participantes da Zona assumem reciprocamente o compromisso de eliminar as barreiras tarifárias existentes nas suas fronteiras, para as mercadorias produzidas nos demais países participantes. Isto é, as mercadorias produzidas em cada um dos países envolvidos no processo de integração têm livre circulação nos demais. As barreiras tarifárias permanecem apenas em relação aos produtos importados por empresas sediadas em qualquer um dos países participantes, para a comercialização nos outros (Coelho, 1999, p. 46).

Assim, neste momento não há que se falar ainda em uma relação do bloco com os demais países não participantes. Essa relação só será possível posteriormente, quando as tarifas alfandegárias forem completamente anuladas, configurando o estágio seguinte, o da união aduaneira.

Nesta terceira etapa que se segue, União Aduaneira, as tarifas alfandegárias que já se encontram anuladas entre os países signatários, passam a valer também para terceiros países, vale dizer, "...os participantes mantem a liberdade de circulação e mercadorias entre as suas fronteiras e uniformizam as tarifas de importação incidentes sobre as trazidas de países não participantes" (Coelho, 1999, p. 47- 48).

Assim, como nesse ponto já foi atingida a alíquota zero para todos os produtos do comércio dentro da área, faz parte também do processo, a adoção de uma harmonização das políticas fiscais, monetária e cambial entre os países membros, visando à proteção interna por meio do chamado Protecionismo Comunitário, que consiste no estabelecimento de medidas conjuntas, conhecidas por barreiras alfandegárias, diante dos países que não pertencem ao bloco.

Essa terceira fase pode, simplificada, ser traduzido como o momento em que o bloco uniformiza as políticas de comércio exterior de cada Estado-participante, terminando por padronizar as alíquotas para a importação e exportação dos produtos (Coelho, 1999, p. 48). Porém, o entendimento como um todo é mais profundo e exige certa atenção. Essa união alfandegária corresponde ao

...complexo das trocas de mercadoria, comportando parâmetros à proibição, no interior do território comunitário, de impostos alfandegários à exportação e à importação, e de quaisquer taxas de efeito equivalente, e também à adoção de uma tarifa alfandegária comum nas relações entre Estados-membros e terceiros países (Forte, 1999, p. 124).

Na verdade, a união alfandegária é um acordo que visa a igualdade interna e a proteção externa (Forte , 1999, p. 125).² Assim, os países que lá no início se uniram em torno do processo de integração sem considerar, pelo menos a princípio, suas diferenças, aqui se encontram em igualdade. E essa igualdade foi sendo adquirida ao longo do processo. Dessa forma, os países signatários foram se uniformizando em torno de uma mesma proposta e preparando-se para o estágio seguinte, o chamado mercado comum, verdadeiro avanço, não só econômico, bem como social e até cultural, no mencionado processo de integração.

A quarta etapa corresponde à formação de um mercado comum propriamente dito, sendo o momento mais longo e complexo da integração.

Nessa etapa, os países envolvidos com o processo de integração adotam compromissos internacionais que possibilitam o livre trânsito de mercadorias, capitais, bens, pessoas e serviços entre os respectivos territórios nacionais (Forte , 1994, p. 48).

Esse estágio, na verdade, compreende a soma da união aduaneira e a livre mobilidade dos fatores de produção. Ou seja, além do livre comércio dentro do mercado comum com tarifas alfandegárias já unificadas, inclusive em relação a terceiros países, atinge-se a livre locomoção de bens de capital, recursos financeiros e mão-de-obra. Como consequência disso tudo, a unificação do sistema tributário, previdenciário, trabalhista, etc. será inevitável. Nesse sentido:

...o mercado comum adiciona às exigências dos modelos anteriores a supressão de barreiras à livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais entre os Estados-membros, com como exige grau mínimo de coordenação e harmonização de políticas econômicas comuns, em setores vitais da economia integrada (Casella, 1997, p. 11).

Dessa forma, pode-se dizer que o mercado comum é composto, não só de uma união aduaneira, já efetivada, mas também, da livre circulação de mercadorias, livre circulação de pessoas, livre prestação de serviços e livre circulação de capitais. A livre circulação de mercadorias, que além de exigir a igualdade aduaneira, aqui já devidamente entendida como a supressão dos impostos alfandegários e restrições quantitativas, tem como pressuposto o trânsito comunitário. Este, por sua vez, tende a eliminar cada documento alfandegário para a circulação das mercadorias entre os Estados-membros.

Na persecução de tal objetivo, o sistema em questão foi articulado segundo modalidades que contemplam dois diversos processos: trânsito comunitário externo e interno (Forte , 1994, p. 126). Vale entender que, o trânsito comunitário externo aplica-se às mercadorias não originárias dos Estados signatário, ou sobre as mercadorias provenientes de terceiros países que não tenham participação na área. Já o trânsito comunitário, por sua vez, diz respeito às mercadorias provenientes dos países-membros ou daqueles não membros mas que possuem acesso livre à área.

A livre circulação de pessoas diz respeito à quebra das barreiras técnicas e fiscais. O cidadão comunitário deve ter livre acesso e circulação dentro da área, bem como o direito de residir dentro do território dos Estados-membros, criando-se, assim, uma cidadania comum.

2 "Em particular, a união alfandegária implica: a) a instituição de uma tarifa alfandegária comum (TCD) aplicável nos limites do território alfandegário comum; b) a elaboração e aplicação de uma legislação alfandegária comum; c) a proibição, no comércio entre os Estados-membros da união alfandegária, dos impostos alfandegários e das taxas de efeito equivalente e de quaisquer regulamentações restritivas."

Por livre prestação de serviços entende-se a liberdade de o cidadão comunitário fixar residência em um Estado-membro e lá exercer atividade profissional.

Na União Européia, as maiores realizações no campo de estabelecimento ocorreram nos setores da agricultura, indústria e artesanato, comércio, empresa de serviços, bancos e seguros (Forte, 1994, p. 130).

No entanto, a livre prestação de serviços nem sempre ocorre livremente. Também na União Europeia que é possível encontrar exemplos de limitação desse direito. É proibido, naquela área, a liberdade de estabelecimento nas atividades relativas a cargos públicos, ou outros motivos, tais quais, de ordem, segurança e saúde pública.

Finalmente, na livre circulação de capitais, o objetivo é a liberação das operações financeiras, com a conseqüente liberdade para as modalidades de operações bancárias. Assim, já em um estágio mais complexo, o mercado comum leva, naturalmente, a um mercado único,

...podendo-se chegar a uma união econômica onde, além da supressão de barreiras, sejam institucionalizadas a unidade e a organicidade do mercado abrangido por esse território, podendo alcançar os patamares de união monetária, ou mesmo de grau maior ou menor de união política, estes, os últimos estágios possíveis na integração (Casella, 1997, p. 11).

A última etapa no processo integracionista seria a união econômica ou monetária e tem como característica a unificação das políticas monetária, fiscal e cambial entre os países-membros. Com a unificação, fica inevitável a criação de uma moeda única, e a existência de uma autoridade supranacional já não é mera ficção.

Esse é o estágio que a União Européia tenta concretizar por meio da EURO, a moeda comum a todos os Estados-signatários do Tratado de Maastricht, estabelecido em 1992.

3. O DIREITO INTEGRACIONAL NO NOVO MUNDO E OS BLOCOS PÓS 89

Em uma rápida comparação, apenas para efeitos de localização, enquanto a globalização pode assim ser entendida "...um processo de disputa ao controle dos principais mercados consumidores do mundo, uma guerra comercial das corporações transnacionais" (Marx, 1997, p. 14), a integração, por sua vez, pode ser interpretada como:

...um processo de formação de blocos econômicos regionais, comandados pelo objetivo político comum de criar e manter seus próprios mercados, através de um espaço protegido, um processo que verdadeiramente não é comandado pelo mercado, mas pela política para criar um mercado (Praxedes ; Piletti, 1997, p. 6).

E, "...inequivocamente, o processo de integração não se confunde com o de globalização" (Bastos; Tavares, 2000, p. 31), mas os dois fenômenos, hoje, agem juntos, interdependentes, já que a globalização criou um estado de comportamento político e econômico no mundo que ensejou a necessidade de aproximação entre países e aceitação da integração entre eles. Ou seja, "...é fato que o fenômeno da globalização da economia e o crescente surgimento e for-

mação de blocos regionais têm praticamente imposto aos demais países a união com seus limítrofes” (Bastos, 1997, p. 8).

Porém, os fenômenos agem diferentemente. Enquanto a globalização se apresenta de maneira selvagem, invadindo violentamente os espaços ainda não ocupados, a integração se dá de maneira bem mais lenta e civilizada, já que depende de tratados e respectivos acordos entre aqueles que se mostram interessados ou necessitados de participarem da nova tendência.

A globalização, por sua vez, se instala de maneira rápida e eficiente, impondo novas regras, na maioria das vezes, relativas às questões econômicas, assim como o processo de integração, mas tão mais abrangente e feroz que, por vezes, impõe normas e padrões de comportamento relativos às outras áreas.

A globalização, diferentemente da integração, a princípio, impõe modificações significativas nos padrões culturais vigentes, pois a ela interessa o domínio total, enquanto que no processo de integração, o dinheiro e as possibilidades de lucro são os interesses primeiros, moldados pelas questões políticas de primeira ordem. As demais questões, tais quais, a cultura e os costumes locais, permanecem, de certa forma, intocáveis, já que o processo de adaptação é longo e, ainda não se pode avaliar o quanto o fenômeno interferirá futuramente nas questões de segunda ordem.

No mais, a integração, que tem como aspecto mais relevante a harmonização do direito³, faz parte do chamado Direito Comunitário, e o fato de dividir o mesmo momento histórico com a globalização pode ensejar tal confusão, que se resolve com o entendimento de que ambos os fenômenos interagem e se completam nas novas questões que o mundo atual comporta ou vem comportando nos últimos e decisivos anos de seu desenvolvimento político, econômico, cultural, etc.

3.1 O BLOCOS ECONÔMICOS

Nessa linha de pensamento é que a realidade “Blocos Econômicos”, muito embora pareça uma concepção meramente econômica e mercadológica, encontra sua explicação mais convincente dentro de um novo Direito que ainda trabalha para ser compreendido no mundo atual: o chamado Direito Comunitário.

Nesse ínterim, é de suma importância entender que os Blocos Econômicos representam um fenômeno político/econômico recente que tomou força após o fim oficial do socialismo, mas que tem raízes no Direito Comunitário, ou mais, podem ser considerados a exteriorização desse Direito Comunitário que, assim como a globalização, vêm acontecendo silenciosamente desde o fim da Segunda Grande Guerra.

Antes mesmo do final da década de 80, quando o mundo sofreu a transição do capitalismo/socialismo para a cooperação mundial em torno de blocos constituídos de Estados dispostos a agirem mutuamente, o Direito Comunitário já se fazia presente, de maneira primitiva, mas com características e objetivos até hoje contemplados.

3 A harmonização do direito é aqui entendida como a eliminação das diferenças legislativas que possam obstaculizar o desenvolvimento do processo integrativo.

E, como não poderia deixar de ser, o berço dessa nova tendência de integração do direito foi a Europa. Em grande parte pela questão cultural, já que no velho continente, desde a Era Medieval, a vontade de aproximação dos Estados já existia e, bastou a experiência devastadora de duas guerras mundiais para que se desencadeasse uma conscientização voltada para as novas perspectivas de cooperação entre os países.

Hoje, o bloco mais importante no quadro mundial é a União Européia.

No entanto, desde o final da década de 80, muitos movimentos se intensificaram, ganharam força e hoje começam a se desenvolver intensivamente. Outros, vítimas da própria atuação, se extinguiram. E outros, ainda, começam a surgir, pegando carona no movimento que vem crescendo de maneira efetiva.

Assim, pode-se mencionar os seguintes os blocos formados ou desenvolvidos oficialmente após o ano de 1989, resultado do término da guerra ideológica capitalismo/socialismo, sendo que alguns prosperaram e iniciaram relações com outros blocos, e outros, infelizmente, foram meros coadjuvantes: União Europeia (envolve a maioria dos países europeus e, por merecer maior atenção, será estudada de maneira mais aprofundada); NAFTA – *North American Free Trade Association* (Estados Unidos, Canadá e México); Bloco do Pacífico (envolve os Tigres Asiáticos, Japão, dentre outros); ASEAN – Associação das Nações do Sudeste Asiático (Indonésia, Malásia, Filipinas, Cingapura, Tailândia, Brunei e Vietnã) APEC – Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico (constituído, inicialmente pelos membros do Asean mais seis parceiros econômicos da região do Pacífico, e compreendendo hoje os seguintes países: Austrália, Brunei, Canadá, Indonésia, Japão, Malásia, Nova Zelândia, Filipinas, Cingapura, Coreia do Sul, Tailândia, Estados Unidos, China, Hong Kong e Formosa, México, Papua Nova Guiné e Chile), CARICOM – Comunidade do Caribe e MCCA - Mercado Comum Centro Americano (Antígua e Barbuda, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Jamaica, Montserrat, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Suriname e Trindad e Tobago, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Turks e Caicos, e Suriname e Bahamas, que é membro da comunidade, mas não participa do Mercado Comum), CEI – Comunidade dos Estados Independentes (Federação Russa, Cazaquistão, Ucrânia, Belarus, Tadjiquistão, Turcomênia, Geórgia, Quirguízia, Armênia, Uzbequistão, Azerbaidjão e Moldávia); Pacto Andino ou Comunidade Andina (Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela); Tigres Asiáticos (Coreia do Sul, Formosa, Hong Kong, Cingapura, Malásia, Tailândia e Indonésia); MERCOSUL (Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai).

Vale lembrar que essas formações se modificam constantemente, seja pela entrada de novos países, ou pela cooperação que se dá não somente entre os países participantes de um mesmo bloco econômico, mas também entre blocos (Mercosul e União Européia, por exemplo), ou ainda, pela formação (ou previsão de formação) de novos seguimentos.

4. O DIREITO COMUNITÁRIO

O Direito é objeto da ciência jurídica que deve estar em movimento para, acima de tudo, procurar adequação na ordem social vigente. Se antes os povos mais desenvolvidos se jogavam ao mar em direção ao desconhecido, em busca de novas terras e novos povos a serem conquistados, é certo que hoje o mundo mudou, os interesses são outros, e nada mais lógico

também os conceitos se modificarem para atenderem a esses novos interesses. Assim é também o Direito, que no estágio atual vem sofrendo modificações constantes e incorporações de novos conceitos, tudo para acompanhar a velocidade de acontecimentos que a globalização, entre outros fatores, emprega no mundo.

E nessa linha de pensamento, o Direito em geral tem observado um fenômeno de proporções imensas, o chamado fenômeno da “flexibilização da soberania nacional” que, ao contrário do que se pode pensar, não é um conjunto de acontecimentos que visam, em prol da coletividade mundial, agredir inseqüentemente a soberania de cada Estado, muito pelo contrário, os objetivos são nobres, mas para que eles façam parte de nosso dia-a-dia de maneira efetiva, é preciso que haja primeiro essa flexibilização na soberania dos países participantes, para que, após esse período de adaptação, os Estados signatários de tais objetivos possam adequar-se aos interesses de primeira ordem que se apresentam atualmente e fazem funcionar os novos conceitos que estão por aí, preparando-se para fazer parte da história do século XXI.

Está-se a não só de novas maneiras de se observar a atualidade, mas também de novas formas de agir em sociedade. E agora, uma sociedade global, não mais tribal. É um novo ramo dentro da ciência jurídica, o Direito Comunitário.

Novo, pois, em uma escala histórica mundial, é considerado a quarta dimensão do Direito, sendo os seus antecessores as chamadas terceira dimensão, surgida após a Segunda Guerra Mundial com os avanços científicos e tecnológicos e surgimento dos direitos difusos e coletivos próprios dos conflitos de massa; segunda dimensão, correspondente aos direitos sociais das massas impulsionados pelo desenvolvimento da burguesia; e primeira dimensão, dos direitos constitucionais e fundamentais surgidos com a Revolução Francesa (liberdade de expressão, direito à vida, direito à propriedade, etc.) (Piovesan, 1998, p. 27)⁴.

Direito porque, embora seja novo, é autônomo, possuindo objeto (normas supranacionais), institutos (reenvio prejudicial, recursos de anulação dos atos jurídicos emanados dos órgãos comunitários, processo por descumprimento dos tratados por parte dos Estados-membros, recursos para corrigir omissões dos agentes comunitários, etc.), métodos (emprego de instrumentos gnoseológicos e hermenêuticos especiais, sem prescindir daqueles do Direito Interno e do Direito Internacional, privilegiando a interpretação teleológica ou finalista) e princípios informativos (princípio da paz, da unidade, da igualdade, da liberdade, da solidariedade, da segurança, do respeito aos direitos fundamentais, da subsidiariedade, da proporcionalidade, além dos já consagrados Princípios Gerais do Direito) próprios (Lewandowski, 2000, p. 184-185).

Dessa forma, é possível visualizar o início de um novo modo de pensar o mundo e sua estrutura política-econômica-jurídica. Conhecer o Direito Comunitário tornou-se, portanto, uma questão de urgência e necessidade para todos, pois se as mudanças continuarem a ocorrer

4 Esclarece-se, por oportuno, que a divisão dos direitos fundamentais em dimensões de foi inicialmente apresentada pelo sociólogo britânico T. H. Marshall em sua obra “Cidadania, classe social e status”, na qual ele desenvolveu um estudo sobre cidadania e os direitos e obrigações inerentes a ela, que ele classificou como sendo os direitos civis e políticos de primeira dimensão e os direitos sociais de segunda dimensão (Marshall, 1967). Posteriormente, Norberto Bobbio difundiu essa ideia de divisão dos direitos fundamentais em quatro dimensões, a saber, os direitos de liberdade de primeira dimensão, os direitos sociais de segunda dimensão, o direito de viver em um ambiente saudável de terceira dimensão e os direitos referentes às pesquisas de engenharia genética de quarta dimensão (Bobbio, 1992). Outra corrente teórica defende que o “criador” do termo teria sido o jurista Karel Vasak na oportunidade de uma aula inaugural em 1979 no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem em Estrasburgo (Alemanha) quando dividiu os direitos fundamentais em três gerações, utilizando-se da bandeira Francesa para determinar os direitos de liberdade (direitos civis e políticos), direitos de igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais) e direitos de fraternidade ou solidariedade (direito a desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente) (Ferreira Filho, 1996, p. 57-68).

na velocidade atual, em breve estaremos diante de uma organização mundial totalmente diferente daquela que vivemos até hoje, organização essa só imaginada pela desbravadora literatura ficcional.

A questão do Direito Comunitário, no entanto, é antiga, e o mundo, há muito, vem se organizando nesse sentido. Entretanto, o grande impulso para a exteriorização real desses conceitos, por meio dos Blocos Econômicos, só ocorreu após o término oficial do comunismo, quando os conceitos ideológicos começaram a mudar. Se antes a única preocupação era uma possível guerra entre Estados Unidos e União Soviética, após a queda do muro de Berlim essa preocupação praticamente desapareceu, cedendo espaço para o surgimento de novas questões.

A partir dessas transformações, o mundo ficou mais livre para prestar atenção ao desenvolvimento mercadológico que vinha se acentuando. No entanto, manifestar vontade de formação de blocos regionalizados e posterior cooperação entre países não diz respeito somente às questões econômicas. Pelo contrário, o processo de integração exige compreensão multidisciplinar. Está agregado a esse processo, conceitos de economia, finanças, direito comercial, direito internacional público e privado, tudo isso culminando com o Direito Comunitário (Santos, 2000, p. 96).

Por ser um novo ramo, o Direito Comunitário é, assim como os direitos difusos, de difícil classificação e, assim como este está para o Direito Público e o Direito Privado, aquele está para o Direito Interno e o Direito Internacional, correspondendo a um imenso abismo entre ambos, não fazendo parte nem de um, nem de outro, mas tendo como base o respeito aos Princípios Gerais de Direito existente em cada uma das áreas.

O Direito Comunitário, para existir com sucesso, deve viver em harmonia com os outros dois Direitos. No entanto, é de suma importância que se reconheça os seus próprios princípios para que se determine os limites entre os três ramos.

4.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO COMUNITÁRIO

Os Tratados que constituem cooperação entre países, visando a adoção do Direito Comunitário, regem-se por princípios que direcionam e são base para o novo sistema.

Assim é que, além dos Princípios Gerais de Direito, tem ainda o Direito Comunitário duas classes de princípios: 1) princípio da solidariedade, princípio da liberdade, princípio da igualdade, princípio da unidade jurídica; 2) princípio da autonomia da ordem jurídica comunitária, princípio da cooperação entre o Direito Comunitário e o Interno, princípio da aplicabilidade direta do Direito Comunitário, princípio da supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno que lhe é contrário (Sabbato, 2000, p. 160).

Alguns princípios merecem maiores comentários, senão vejamos:

Primeiro seguimento:

Princípio da solidariedade: consiste na obrigação de cooperação entre os Estados signatários dos Tratados constitutivos.

Princípio da liberdade: esse princípio diz respeito a cinco liberdades fundamentais para a zona comum, são elas: livre circulação de mercadorias, livre circulação de trabalhadores ou

serviços, livre circulação de capitais, liberdade de estabelecimento ou livre circulação de pessoas e liberdade de concorrência.

Vale lembrar que um dos mais nobres objetivos da União Européia, atualmente a vitrine do Direito Comunitário no mundo, é a promoção do progresso econômico e social dos povos europeus, com a criação de uma área sem fronteiras internas, sendo que uma das inovações mais importantes foi a previsão da cidadania da União, paralelamente à dos Estados-membros, facilitando a locomoção e domicílio das pessoas dentro da área comunitária, e expandindo ao extremo os princípios constantes do direito à liberdade.

No mais, esse princípio é um dos pontos que distingue a zona comunitária da zona meramente aduaneira ou de livre comércio. Este último não contempla as cinco liberdades fundamentais para o mercado comum.

Princípio da igualdade: todos os membros da comunidade e seus cidadãos são iguais perante a égide do Direito Comunitário. É proibida qualquer forma de discriminação.

Princípio da unidade: contempla a unicidade entre as questões jurídicas e as questões econômicas.

Somam-se a esses princípios outros mais (Lewandowski, 2000, p. 185):

Princípio da paz: é um princípio de suma importância para o conceito de comunidade, já que esta deve lidar com a união de vários povos e, se não houver a propensão à paz, nada construtivo será feito.

Princípio da segurança: a segurança é uma das bases para uma sociedade sólida e em desenvolvimento.

Princípio do respeito aos direitos fundamentais: muito embora o Direito Comunitário possua princípios distintos próprios, nunca deixará de atuar com respeito aos direitos fundamentais à pessoa humana.

Princípio da subsidiariedade: atenta para o fato de que o poder da Comunidade é relacionado com os limites de sua atuação e da atuação de cada Estado-membro, devendo ela intervir nos domínios de suas atribuições exclusivas. Quando não se tratar de atribuições exclusivas, a Comunidade deve intervir subsidiariamente, somente naquilo que o Estado-membro não possa suficientemente atuar, para garantir o bem estar comunitário e do país signatário (art. 3º B, Tratado da CEE pelo Tratado da União Européia).

Princípio da proporcionalidade: a Comunidade deve agir nos limites para não exceder os objetivos do Tratado (art. 3º B, Tratado da CEE).

Segundo Segmento:

Princípio da autonomia da ordem jurídica comunitária: quando constituído um poder comunitário, este vigorará entre as partes de maneira autônoma, com vida própria, independente de qualquer outro sistema pertencente a um dos países membros do tratado. O Direito Comunitário cria uma nova ordem jurídica para os países participantes.

Princípio da cooperação entre Direito Comunitário e Direito Interno: assim como o Direito Comunitário tem por característica a preocupação com os Princípios Gerais de Direito, a sua constituição gera uma nova ordem jurídica que será autônoma nos limites de suas atribuições,

recorrendo sempre que necessário ao Direito Interno, visando com isso, uma harmonia em prol dos interesses coletivos.

Princípio da aplicabilidade direta do Direito Comunitário: o Direito Comunitário, ao contrário do Direito Internacional, tem aplicabilidade direta nos países signatários.

Assim, "...uma vez que, desde a entrada em vigor do Tratado, fica ele integrado no sistema jurídico dos Estados-membros, pela particularidade e originalidade do Direito Comunitário, como ordenamento jurídico autônomo" (Santos, 2000, p. 95).

Já no Direito Internacional, a dicotomia monismo-dualismo deve ser levada em consideração na hora de verificar o grau de aplicabilidade do Tratado.

Para a corrente monista, o Direito Internacional e Interno compõem uma mesma e única ordem jurídica. Já para os dualistas, o Direito Internacional e Interno constituem ordens separadas, incomunicáveis e distintas. Consequentemente, para a corrente monista, o ato de ratificação do tratado, por si só, irradia efeitos jurídicos no plano internacional e interno, concomitantemente – o tratado ratificado obriga nos planos internacional e interno. Para a corrente dualista, a ratificação só irradia efeitos no plano internacional, sendo necessário ato jurídico interno para que o tratado passe a irradiar efeitos no cenário interno (Piovesan, 1998, p. 69).

Para países adotantes da teoria dualista, o Tratado Internacional, após assinado, deve submeter-se a uma aprovação interna para que seja aceito. A teoria dualista caracteriza-se basicamente por considerar direito interno e direito internacional realidades e sistemas absolutamente distintos. O direito interno, então, é produto da vontade soberana do Estado e o direito internacional só poderá ser aplicado internamente após a sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio.

Formulada primeiramente por *Carl Heinrich Triepel* em 1899, mas só denominada assim por *Alfred Verdross* em 1914, essa teoria seria mais tarde adotada pelos italianos, sobretudo por *Dionísio Anzilotti* que, em 1905 fez algumas alterações na teoria original concebendo a possibilidade de, em alguns casos, o direito internacional ser aplicado internamente sem a devida alteração (Ariosi, 2000, p. 62).

A segunda teoria, denominada monista, tem como característica básica o fato de não contemplar duas ordens distintas, porque considera que o direito internacional e o direito interno não são ordens jurídicas autônomas. Por isso, essa teoria dividiu-se em duas posições: uma que defende a primazia do direito interno e outra que defende a primazia do direito internacional.

Quanto à primeira teoria, que contempla a primazia do direito interno, o Estado, que possuiria uma soberania absoluta⁵, não estaria sujeito a nenhum outro sistema jurídico que não o seu.

Encontrando adeptos na França, na Alemanha e, posteriormente, na Rússia, essa doutrina, além de adotar o direito internacional como algo meramente discricionário, teve seu nacionalismo extremado pelos nazistas, que a utilizaram manipulando-a de acordo com os seus interesses.

5 Tomar cuidado com este termo, porque após o advento do Direito Comunitário, o conceito clássico de soberania feneceu. Hoje, toda e qualquer discussão acerca de soberania deve ser feita com o devido cuidado e sob a argumentação de diversos fenômenos, como o próprio Direito Comunitário e a globalização. Diz-se, hoje, portanto, que a soberania não mais seria absoluta, mas relativizada.

A segunda modalidade monista teve como maior precursor *Hans Kelsen* para quem a primazia do direito internacional encontrava justificativa em sua própria tese de norma fundamental. Para esta vertente, o direito internacional preponderaria sobre o direito interno.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 2º, reconhece que, além de todos os direitos fundamentais elencados na Magna Carta, outros, decorrentes do regime e princípios por ela adotados, mais os Tratados Internacionais, poderão fazer parte do regime interno. Ainda, o § 3º do artigo 5º que atribui ao Tratado Internacional uma estatura especial equivalente a uma emenda constitucional.

E vai além quanto aos Tratados Internacionais, classificando sua aprovação como atribuição exclusiva do Congresso Nacional (artigo 49, I, CF), e por isso, feita por meio de Decreto Legislativo e Emenda Constitucional (artigo 5º § 3º, CF). Aqui, fica claro que o Brasil, muito embora exista os que digam o contrário, adotou a teoria dualista para os Tratados Internacionais, necessitando estes de aprovação para valerem dentro do território nacional. Assim, No Brasil, via de regra, a sistemática de aprovação de um tratado internacional segue a seguinte inteligência: Negociação; Assinatura; Mensagem ao Congresso; Aprovação parlamentar mediante decreto legislativo; Ratificação; Promulgação do texto mediante decreto presidencial.

Portanto, reside justamente nesse ponto a diferença entre Direito Comunitário e Direito Internacional. O primeiro tem aplicabilidade direta sobre os países signatários. O segundo precisa de aprovação interna. Nos países que adotam a teoria monista, por sua vez, a aprovação interna não ocorre. O Tratado, a partir do momento em que for assinado, passa a valer internamente. “Na visão monista, há a incorporação automática dos tratados no plano interno, enquanto que na corrente dualista a incorporação não é automática.” (Piovesan, 1998, p. 69).⁶

Porém, nem mesmo nesse caso os dois ramos de direito se confundem. Isso porque o Direito Internacional trata de meras uniões aduaneiras ou de zonas de livre comércio, e o Direito Comunitário tem por objetivo um espaço de soberania comum, fortalecido pela competitividade do conjunto em contraposição aos desafios internacionais. Observação importante é o que fazem alguns autores: “o conceito de soberania e suas causas e efeitos jurídicos levam a considerar superada a já clássica dicotomia monismo/dualismo a respeito de Direito Internacional” (Bastos; Tavares, 2000, p. 32).

Alegam, assim, que essas relações de Direito Interno e Internacional tendem a serem regidas por uma harmonização geral. A contrário senso, discorda quem entende a distinção entre Direito Internacional e Direito Comunitário como algo muito visível e dependente das teorias monismo/dualismo. Assim, define que no âmbito do Direito Internacional, existe ainda os chamados tratados a respeito de união aduaneira ou de zonas de livre comércio, enquanto que, no âmbito do Direito Comunitário, os países que já adotam esse sistema encontram-se sob a égide de uma soberania comum “...fortalecida pela competitividade do conjunto em contraposição aos desafios internacionais” (Sabatto, 2000, p. 158).

Essa última conclusão demonstra a tendência a um mundo constituído de áreas harmonizadas muito forte e consistente, mas na prática isso ainda não ocorreu, já que o que se observa atualmente, com exceção da União Européia, são blocos regionalizados ainda em formação,

6 “A incorporação automática é adotada pela maioria dos países europeus, como a França, a Suíça e os Países-Baixos, no continente americano pelos Estados Unidos e alguns países latino-americanos, e ainda por países africanos asiáticos” (Piovesan, 1998, p. 69).

que possuem união aduaneira e zonas de livre comércio, mas ainda não podem ser considerados signatários de Direito Comunitário, pois suas soberanias ainda têm um alto grau de conflito e, por isso, não adotam todos os princípios inerentes a esse ramo do direito.

Fica como exemplo desses “quase blocos” o Mercosul (Mercado Comum do Cone Sul) e o NAFTA (*North American Free Trade Association*).

Princípio da supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno que lhe é contrário: esse princípio, quando integralmente aplicado, descreve bem o que se propõe, em termos jurídicos, com o Direito Comunitário. A essência do Direito Comunitário, como já foi dito, é ter liberdade para impor-se soberanamente diante dos países participantes. Nos momentos em que as normas do Direito Interno se chocam com as normas do Direito Comunitário, este deverá prevalecer sobre aquele, posto que faz parte de sua atuação o efeito impositivo.

4.2 O DIREITO COMUNITÁRIO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Sobre o fundamental princípio da soberania foi construído o direito público do Estado moderno na Europa. Do ponto de vista jurídico, a soberania expressava-se mediante a recondução de qualquer manifestação de força política do Estado. Na perspectiva interna, a soberania indicava a incomensurabilidade do Estado frente a quaisquer outros sujeitos. Na perspectiva externa, os Estados se apresentavam como fortalezas fechadas, protegidas pelo princípio da não ingerência.

A noção básica do direito do Estado está em sua vertente interna (o direito público interno) ou na externa (o direito público externo – internacional). Hoje essa noção não pode reconhecer-se como aquela realidade política operante.

Desde o final do século passado atuam vigorosas forças corrosivas, tanto interna como externas: o pluralismo político e social interno, que se opõem à idéia de soberania e de sujeição; a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado, que operam no campo político, econômico, cultural e religioso com freqüência em dimensões totalmente independentes do território estatal; a progressiva institucionalização promovida às vezes pelos próprios Estados que integram seus poderes em dimensões supraestatais subtraindo assim a disponibilidade dos Estados particulares (Zagrebelsky, 2003, p. 11).

É o caso, por exemplo, do continente europeu e a sua União Européia que, passados alguns anos, ainda enseja calorosas discussões a respeito de sua composição jurídico-política.

Por um lado, a EU é uma organização supranacional sem constituição própria, fundada sobre contratos do direito público internacional. Em tal medida ela não é um Estado (no sentido do Estado constitucional moderno, amparado sobre o monopólio do poder e soberano tanto interna quanto externamente). Por outro lado, os órgãos da comunidade criam um direito europeu que vincula os Estados-membros. E em tal medida a EU exerce direito de soberania, que até então estava reservado ao Estado em sentido estrito (Habermas, 2002, p. 177).

Dessa forma, há tempos se fala do surgimento de um Direito constitucional europeu comunitário e de um espaço constitucional europeu, que teria como Constituição a Convenção Euro-

peia de Direitos do Homem, e o Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo como titular de uma jurisdição constitucional comum europeia. Assim, a ideia de Constituição deixa o horizonte nacional para trás e avança mais além, para os campos supraestatais (Biaggini, 2003, p. 42-75).

Ocorre, porém, que o projeto de Tratado sobre uma Constituição para a Europa, adotado na Convenção da União Europeia de 2003, até o momento, é um projeto fracassado (Denninger; Grimm, 2007, p. 30) porque rechaçado em referendos na França e Holanda.

E isso, porque:

O euroceticismo quanto ao direito constitucional leva, portanto, ao um argumento empiricamente fundamentado: enquanto não houver um povo europeu suficientemente “homogêneo” para formar uma vontade política, não deve tampouco haver uma Constituição europeia (Habermas, 2002, p. 178).

Posteriormente, mas ainda não obtendo o sucesso programado em virtude de pendência de regulamento viabilizador da democracia participativa, o Tratado de Lisboa de 2007, com entrada em vigor em 2009, buscou superar o fracasso da “Constituição Europeia” criando novos dispositivos menos simbólicos, substituindo o Tratado que institui a Comunidade Europeia, o Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica e o Tratado da União Europeia e re-denominando a então Comunidade Europeia de União Europeia. Enfim, o objetivo de unificação política plena da Europa ainda transita o horizonte, mas agora de maneira menos entusiasta. Um primeiro projeto chamado de Europa das Nações já resta superado e o outro projeto, chamado de Europa de Estados, em vigor hoje, mantém viva as soberanias dos Estados-membros da União Europeia.

Contudo, em que pese os esforços ainda em vão, parte de uma doutrina europeia engajada no constitucionalismo global defende que em algum momento as Constituições nacionais poderão sucumbir e, se isso ainda não aconteceu, contrário senso, já seria possível defender a ideia de que essas mesmas Constituições nacionais já são instrumentos viabilizadores e concretizadores de uma Constituição global comprometida com o projeto internacional para os direitos humanos (Cunha, 2010).

Hoje, os Estados-membros da União Europeia possuem sistemas constitucionais próprios sem, contudo, afetar o direito comunitário implantado na Europa (Pozzoli, 2003, p. 103-104).

Destarte, um Estado que queira pertencer à família de Estados europeus deve, hoje em dia, poder exibir uma Constituição qualificada que se ajuste a um determinado modelo de democracia e Estado de Direito. Só então será admitido no Conselho da Europa.

Após o advento do Direito Comunitário na Europa, é possível afirmar a existência de um novo constitucionalismo, dito global porque emergente da nova ordem internacional, que tende a subverter conceitos antigos de forma a fortalecer a interconstitucionalidade⁷ e atribuir à dignidade humana o subsídio do constitucionalismo (Canotilho, 2006, p. 283).

Contudo, desde a Constituição como plataforma de partida que representa a garantia da legitimidade para cada um dos setores sociais, pode-se começar a competição para imprimir ao Estado uma orientação de um outro sinal, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional.

7 A interconstitucionalidade enquanto fenômeno constitucional estuda as relações entre diversas Constituições que compõem um mesmo espaço político.

Esta é a natureza das constituições democráticas na época do pluralismo. Nessas circunstâncias deve ser considerado possível substituir em sua função ordenadora, a soberania do Estado pela soberania da Constituição (Zagrebelsky, 2003, p. 13). Nesse ínterim, é possível falar em concretização dos direitos fundamentais dentro do âmbito comunitário com a incorporação da Carta de Direitos Fundamentais ao arcabouço jurídico comunitário europeu⁸ sem, entretanto, creditar a isso a efetivação de Constituição única e supranacional⁹.

Vale dizer, as Constituições ocupantes de espaços comunitários deverão passar por uma análise sob a ótica do direito exarado dos princípios, considerar a atividade de interpretação com base em uma hermenêutica evolutiva¹⁰ e, ainda, avaliar a interferência de normas internacionais, demanda antecipada por *Bóris Mirkine-Guetzévitch* já no entre guerras:

nas novas constituições, a tendência para a racionalização do poder manifesta-se também pela penetração do direito internacional nos textos constitucionais, pelo reconhecimento da força obrigatória das normas de direito constitucional (Mirkine-Guetzévitch, 1933, p. 95).

Ou seja, na esteira do posicionamento neoconstitucional e tudo o que ele engloba, das novas perspectivas hermenêuticas à supremacia constitucional, da constitucionalização do direito como um todo à universalização do projeto constitucional (Cunha, 2010), a interpretação evolutiva considera a progressiva concretização dos princípios constitucionais para promover a alteração na compreensão dos significados e não na alteração da “letra da lei”, além de considerar as normas internacionais em sua análise. Princípios, portanto, passam a ser o “carro-chefe” para a efetivação de direitos fundamentais, também no âmbito comunitário e, por via de consequência, portanto, em ambiente multicultural¹¹. E mais, é nessa perspectiva de soberania constitucional, então, que se apresenta possível a discussão da ideia de superação do Estado como pressuposto do Direito Constitucional implementada pelos juristas alemães.

O Estado agora só seria Estado naquilo que a Constituição o determinasse como tal (Denninger; Grimm, p. 2007), ainda que “a doutrina dominante, hoje, analisa (sic) o Estado a partir de uma Constituição democraticamente legitimada” (Canotilho, 2006, p. 133) e “muitos e prestigiados autores têm negado a possibilidade e, mesmo, a pensabilidade de uma constituição divorciada do Estado e da Nação” (Canotilho, 2006, p. 201).

E a União Européia, palco para a premissa do chamado constitucionalismo global “surge como uma instituição que deve ser suportada e com cujas abstrações nós temos de conviver” (Habermas, 2002, p. 180), porque no âmbito do seu espaço comunitário abre-se a possibilidade

8 Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

9 Antes disso, defende-se o ponto de vista do diálogo constitucional, como proposto pelo transconstitucionalismo. Marcelo Neves explica que o transconstitucionalismo não é um processo de formação de transconstituições, mas uma proposta de diálogo entre os sistemas constitucionais. Assim, pode haver o transconstitucionalismo sem uma transconstituição, na medida em que o prefixo trans aponta para a ocorrência de elementos que atravessam os sistemas, e não que os unificam em uma espécie de metasisistema. No espaço comunitário, assim, deverá haver o diálogo constitucional legitimador naquilo que é chamado por Marcelo Neves de concepção histórico-universal de Constituição, ou seja, norma jurídica suprema dentro de uma ordem social, em uma relação de coordenação e não mais de subordinação. Dessa forma, somente em um espaço onde seja possível haver o diálogo entre política e direito é que existirá uma Constituição substancial. E se houver um documento que faça o acoplamento estrutural entre a política e o direito, a Constituição existirá formalmente. Dessa forma, somente em um espaço onde seja possível haver o diálogo entre política e direito é que existirá uma Constituição substancial. E se houver um documento que faça o acoplamento estrutural entre a política e o direito, a Constituição existirá formalmente. (Neves, 2009).

10 A interpretação evolutiva “consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes” (Barroso, 2001, p. 135).

11 O multiculturalismo possui diversas formas de compreensão, porque conceito amplo. A intenção aqui é utilizar o multiculturalismo sob a ótica do multiculturalismo crítico que mais se enquadra na proposta comunitária. Esse multiculturalismo considera a sociedade pluralista e objetiva a implementação do reconhecimento enquanto política de valorização das diferenças culturais.

de interlocução a respeito do papel da Constituição e do Estado. Para muitos, o projeto de Constituição Europeia fracassou porque a Europa não é um Estado e, este, enquanto “categoria política ontologicamente pré-existente” (Canotilho, 2006, p. 202) seria o elemento ensejador da Constituição.

Jürgen Habermas em referência ao posicionamento de Dieter Grimm, critica a imposição de uma Constituição única no bojo da União Europeia:

D. Grimm evidencia as conseqüências indesejadas que a transformação da União Europeia em um Estado confederado de constituição democrática poderia ocasionar, caso as instituições não pudessem lançar raízes em solo fértil. Enquanto faltarem uma sociedade civil integrada em âmbito europeu, uma opinião política e uma cultura política em comum, os processos decisórios supranacionais necessariamente continuarão se autonomizando em face dos processos de formação de opinião e de vontade, que são hoje como ontem organizados em âmbito nacional. Considero plausível esse prognóstico em relação aos perigos (Habermas, 2002, p. 176).

Por outro lado, o direito comunitário deve ter em seu âmbito o diálogo constitucional e não somente o diálogo meramente nacional. E por diálogo constitucional entenda-se um discurso para além das Constituições documentadas. Pressupõe, pois, um diálogo entre direito e política que parta de premissas substanciais (Neves, 2009).

Segundo essa concepção, e fazendo referência ao espaço comunitário, afirma-se, ainda, a existência de sistemas nacionais soberanos e autônomos, problemática perpetuada quanto às novas relações constitucionais.

É o mesmo que encarar as novas situações, chamadas pelos europeus de pós-modernas, com a mesma perspectiva paradigmática liberal-individualista-normativista que tem em seu modo de produção (do ponto de vista da política econômica de regulamentação, proteção e legitimação em um dado espaço nacional, em um momento específico) a instituição do Direito para resolver disputas meramente interindividuais, o que denota a crítica à impossibilidade de “encaixe” no sistema de Estado Democrático de Direito (Streck, 1999, p. 31-33) e de relações no espaço comunitário.

Por fim, talvez seja a hora de reconhecer que este panorama denota uma nova legitimidade constitucional que se refere a contextos regionais específicos passíveis de estabelecimento de limites políticos. Nesse ambiente, então, os Estados estabelecem relações e situações supranacionais que um dia poderão se converter em Estado unificado, mas que por agora, ainda não observam essa unicidade.

5. CONCLUSÃO

O Direito Comunitário, surgido da temeridade de eclosão de uma nova Guerra Mundial e prestando-se como fator defensivo perante a competição predatória desencadeada pela globalização da economia não é mais uma hipótese, é realidade, pura e simples. Entretanto, realidade só na União Européia. Mas é um novo direito que teima em se espalhar, pois, presenciando processos de integração ao longo de todo o globo terrestre, o mundo também presencia

a necessidade de regulamentar novas formas de agrupamentos, e nesse tocante, o Direito Comunitário ainda é o caminho, a solução.

O mundo, no passado, contemplou diversas formas de organizações e agrupamentos até se conhecer o conceito de Estado que hoje é conhecido. Há muitas divergências quanto ao início desse conceito, porém, sabe-se que ele vem evoluindo desde a *Polis* grega e a *Civitas* romana.

Hoje, e já faz algum tempo desde que o Estado político foi concebido, o mundo contempla essa figura sob três elementos básicos a serem considerados, a saber: população, território e governo. Escondido nesses três elementos, a soberania aparece para conceber a figura como ente autônomo e suficiente. Desde então, tem esse Estado sofrido transformações. Foi absolutista, tornou-se liberal, transformou-se em neoliberal, cogitou-se o Estado social.

Sem muitas considerações a respeito dessas designações políticas, é certo que hoje, um dos elementos do Estado, até então intocável, vem sofrendo transformações. A soberania, considerada por muitos um quarto elemento do Estado, e por outros o próprio Estado, até pouco era absoluta. Um governo político não poderia ser concebido sem essa figura.

Entretanto, os tempos mudaram. A soberania de hoje não é a mesma de seu conceito clássico. Diferentemente de estar relacionada, desde a Idade Média, ao fato de ser intocável, mas ainda sendo elemento constitutivo, atualmente a soberania tem uma concorrente: a supranacionalidade. Figura esta que não passa de uma soberania camuflada, mas agora atendendo e representando os interesses não só de um país, mas de um conjunto de países, um ente próprio criado com a finalidade de existir em nome dos outros.

O que antes bastava como um, agora necessita de vários. Com o fim da guerra fria, o mundo que até então era dividido ideologicamente em dois blocos ou seguimentos, passou a ter mais tempo para determinados assuntos que a guerra ideológica não permitia.

O cenário mundial se abriu, e os países que até aquele momento viviam protegidos por uma das duas super potências militares, ou sendo capitalistas, ou sendo socialistas, inexplicavelmente se encontraram sozinhos. Ser capitalista ou ser socialista já não bastava mais para se impor diante dos outros.

Os Estados passaram a perder espaços e importância para as multinacionais, e estas, saídas dos escombros de duas guerras tomaram para si o controle e passaram a ditar as regras econômicas. A cooperação entre países se fez necessária e, hoje, diante de uma velocidade impensável de informações, os países se unem para formarem, ao mesmo tempo, uma proteção e um ataque ao espaço externo.

A União Européia foi a primeira. Não que isso se explique no fato de ter a Europa tendências para o agrupamento e a integração desde a Idade Média, mas tão somente porque ela se antecipou aos acontecimentos e à recessão trazida pela Segunda Guerra e adotou novas formas de pensar a relação internacional.

Nascia, então, o Direito Comunitário que, ainda é aplicado somente na Europa, o berço pioneiro da cooperação mundial sob esse aspecto. O caminho desde o instante em que se assina um tratado objetivando a redução de tarifas até o momento em que se goza de uma integração total entre países é longo.

O cenário mundial hoje não será, com certeza, o de amanhã. Fica claro que os blocos mais fortes tendem a desenvolver-se ainda mais fixando-se como parâmetros para os demais

em formação, mas tudo isso é hipótese, já que os interesses que regem tais formações, são, primeiramente, econômicos, e somente aqueles que saírem ilesos de todo o longo e cansativo processo de integração é que conseguirão firmar-se para, finalmente e, se esse for o objetivo, acoplarem-se em formação comunitária que, à guisa de sua já longa existência, ainda é objeto de estudos e investigações, sobretudo do ponto de vista do Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: 2001.
- BASTOS, Carlos E. C. *O Processo de Integração do Mercosul e a Questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados*. Estudos da Integração. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro; FINKESTEIN, Cláudio (coord.). *Mercosul – Lições do Período de Transitoriedade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. 208 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público. No Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BIAGGINI, Giovanni. *La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?* Zúrich: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Nueva época, tomo CXIX (2000), v. 1, cuaderno 5, p. 42-75. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 7, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CASELLA, Paulo Borba. *Instituições do Mercosul. Estudos da Integração*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.
- CASELLA, Paulo Borba. *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: LTR, 1996.
- CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. *Direito da Integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Do constitucionalismo global. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 15, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.esdc.com.br>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*. Madri: Trotta, 2007.
- FARIA, Werter. *Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul*. Estudos da Integração. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direito Comunitário e Soberania – Algumas Reflexões. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional*. O papel do Juiz no Processo de Integração Regional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LINDNER, Eduardo. *ZPEs Brasileiras: A necessidade de Mudanças no Contexto do Mercosul*. Estudos da Integração. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Vanessa. *Investimento Direto Estrangeiro na Argentina e Brasil. Estudo da Integração*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Bóris. *Novas Tendências do Direito Constitucional*. Trad. Candido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POZZOLI, Lafayette. *Direito Comunitário Europeu*. São Paulo: Método, 2003.

SABBATO, Luiz Roberto. O Direito Comunitário. Noções Introdutórias, Conceituação, Definição e Fontes: Direito Originário, Direito Derivado, Direito Complementar e Jurisprudência. Conclusões a respeito da Realidade Jurídica Globalizada, sob a égide deste novo Ramo do Direito. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional*. O papel do Juiz no processo de Integração Regional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SANTOS, Nildo Nery. Direito Comunitário – 45 anos. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional*. O papel do Juiz no Processo de Integração Regional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1988. Coleção “Os Economistas”.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 27/06/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 08/08/2022
- Avaliação 2: 22/12/2023
- Decisão editorial preliminar: 27/09/2024
- Retorno rodada de correções: 30/09/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/10/2024

Equipe editorial envolvida

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

O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE REPRESSÃO AOS PEQUENOS DANOS AOS CONSUMIDORES

THE STRUCTURAL PROCESS AS AN INSTRUMENT OF
REPRESSION OF MINOR DAMAGES TO CONSUMERS.

JOÃO PAULO BAETA DAMASCENO¹
DENNIS VERBICARO²
GISELE SANTOS FERNANDES GOÉS³

RESUMO

O presente artigo visa estabelecer o diálogo útil e necessário entre o direito do consumidor e o processo estrutural, como forma de tornar concretos os valores estabelecidos na Constituição da República que versam sobre a proteção ao consumidor, notadamente, em relação aos pequenos danos. Desse modo, busca-se fazer diagnóstico do atual cenário do poder judiciário que indica a ineficiência da tutela repressiva, tanto por meio de indicadores estatísticos, quanto por barreiras criadas pela jurisprudência e endossados por parte da doutrina. Em análise teórica pretende demonstrar a viabilidade do processo estrutural como alternativa à tutela inibitória, a fim de que os consumidores, em conjunto com fornecedores, associações, Ministério Público e Defensoria Pública possam dialogar em ampla arena democrática com objetivo da construção de uma solução que possa ser efetivamente cumprida. E, para acomodar e compatibilizar os diplomas de defesa do consumir e processual civil na busca pela viabilização do processo estrutural, este trabalho se utilizará da teoria do diálogo das fontes. O presente trabalho se utilizará do método hipotético-dedutivo, empregando como técnica a pesquisa teórico-bibliográfica.

Palavras-chave: direito do consumidor; processo estrutural; pequenos danos; diálogo das fontes.

- 1 Mestrando do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Pará e Advogado. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Processual Civil (LAJUPA).
- 2 Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha). Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará, Professor da Graduação e Especialização do Centro Universitário do Pará. Procurador do Estado do Pará e Advogado. Belém (PA), Brasil. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2663-3303>.
- 3 Doutora em Direito Processual PUC/SP. Mestre UFPA. Professora de Direito Processual UFPA. Secretária-Adjunto da Região Norte e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Membro da ANNEP - Associação Norte nordeste de Professores de Processo. Co-fundadora do Projeto Mulheres do Processo (IBDP e CEJA). Procuradora Regional do Trabalho da PRT/8a Região. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2104-2889>.

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

DAMASCENO, João Paulo Baeta; VERBICARO, Dennis; GOÉS, Gisele Santos Fernandes. O processo estrutural como instrumento de repressão aos pequenos danos aos consumidores. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 204-219, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.8916>.

ABSTRACT

This article aims to establish a useful and necessary dialogue between consumer law and the structural process, as a way of making concrete the values established in Brazil's Constitution that deal with consumer protection, notably in relation to minor damages. Thus, it seeks to make a diagnosis of the current scenario of the Judiciary that indicates the inefficiency of repressive tutelage, both by means of statistical indicators, and by barriers created by jurisprudence and endorsed by the doctrine. In a theoretical tour, it intends to demonstrate the viability of the structural process as an alternative to inhibitory protection, so that consumers, together with suppliers, associations, the Public Prosecutor's Office and the Public Defender's Office, can dialogue in a broad democratic arena with the objective of building a solution that can be effectively fulfilled. And, to accommodate and make compatible the diplomas for the defense of consumption and civil procedure in the search for the viability of the structural process, this work will use the theory of the dialogue of sources. The present work will use the hypothetical-deductive method, using theoretical and bibliographic research as a technique.

Keywords: consumer law; structural process; minor damages; source's dialogue.

1. INTRODUÇÃO

Como forma de convite à leitura da obra “O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?”, Lenio Streck e Georges Abboud apresentam um pequeno excerto na capa que aborda sobre a aporia do queijo suíço:

[...] o melhor queijo é o suíço; é o melhor porque tem muitos furos; assim, mais furos, melhor o queijo, e, conseqüentemente, menos queijo. Mais furos, menos queijo, melhor queijo... isso quer dizer, logicamente, que o queijo ideal é o não queijo! [...] (Streck ; Abboud, 2015).

O trecho critica as iniciativas do legislador brasileiro que, frequentemente, busca enfrentar a crise do sistema jurídico focando na redução do número de processos. Nesse contexto, foram implementadas medidas, tais como o filtro da repercussão geral e a tentativa de adotar a teoria dos precedentes judiciais. Ou seja, não se pode pensar que o sistema jurídico ideal será aquele em que não há a redução do número de processos em tramitação. Para Streck e Abboud (2015, p. 18), os mecanismos que visam reduzir a quantidade de processos não são meios aptos para resolver o problema da “fragmentarização” do direito.

A metáfora apresentada é útil para a questão consumerista, pois o problema não reside na quantidade de processos, mas no meio pelo qual as pretensões dos consumidores são apresentadas. Portanto, é necessário perquirir via alternativa para a efetiva tutela dos consumidores relacionadas aos pequenos danos. Assim, a questão central da pesquisa é avaliar a viabilidade do processo estrutural como um caminho para assegurar a adequada tutela dos pequenos danos que não são reparados de forma satisfatória pelo judiciário.

A operacionalização de um novo modelo de proteção dos consumidores, diferente do atual, é imprescindível, devido à ineficácia dos esforços anteriores, a exemplo da tutela coletiva e da criação dos juizados especiais. Arenhart (2020) destaca o fato das ações coletivas não representarem resposta melhor que a tutela individual.

Vale dizer, ainda, que a introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), por meio da Lei n.º 13.105/2015, cujo objetivo, entre outros, é proporcionar o gerencia-

mento de processos e uniformização da jurisprudência, também não está livre de críticas. Em um estudo analítico sobre o IRDR, Vieira, Verbicaro e Góes (2020) apresentam críticas importantes ao incidente, concluindo que ele possui o potencial de criar uma blindagem processual em favor do litigante contumaz, estabelecendo barreiras para o ajuizamento de ações coletivas a favor dos consumidores.

Além desta Introdução, o presente artigo se estrutura da seguinte forma: na segunda seção serão discutidos os pequenos danos aos consumidores. Na terceira, serão apresentados alguns aspectos sobre a crise do Judiciário e a subutilização das ferramentas jurídicas já experimentadas; na quarta, serão apontados alguns elementos sobre o processo estrutural. Na quinta seção, serão feitas considerações sobre a diferenciação entre o processo estrutural e as demais medidas atualmente adotadas; na sexta, será demonstrada a necessidade de se pensar a inter-relação entre o direito do consumidor e o processo estrutural de forma ousada. Por fim, haverá a conclusão.

A presente pesquisa utilizará como ferramenta metodológica a pesquisa teórico-bibliográfica, de abordagem qualitativa e natureza hipotético-dedutiva, com o objetivo de analisar a doutrina especializada sobre o tema, ilustrando e dando consistência ao panorama atual do sistema jurídico brasileiro.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PEQUENOS DANOS AOS CONSUMIDORES

Fenômenos como a globalização, a industrialização e a urbanização, entre tantos outros, contribuíram para o que hoje pode-se chamar de “sociedade de consumo”. A esse respeito, Zygmunt Bauman traz importante diagnóstico sobre a dinamicidade e o funcionamento desse modelo de sociedade, onde a liquidez e a efemeridade dos produtos são características marcantes.

A instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades, assim como a resultante tendência ao consumo instantâneo e à remoção, também instantânea, de seus objetos, harmonizam-se bem com a nova liquidez do ambiente em que as atividades essenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro previsível. Um ambiente líquido-moderno é inóspito ao planejamento, investimento e armazenamento de longo prazo. De fato, ele tira do adiamento da satisfação seu antigo sentido de prudência, circunspeção e, acima de tudo, razoabilidade. A maioria dos bens valiosos perde seu brilho e sua atração com rapidez, e se houver atraso ele pode se tornar adequado apenas para o depósito de lixo, antes mesmo de terem sido desfrutados. E quando graus de mobilidade e a capacidade de obter uma chance fugaz na corrida se tornam fatores importantes no que se refere à posição e ao respeito, bens volumosos mais parecem um lastro irritante do que uma carga preciosa (Bauman, 2008, p. 45).

Atualmente, o que se constata é que o consumo cedeu lugar ao consumismo, de modo que a compra não ocorre mais puramente por necessidade, mas pelo desejo, que é cada vez mais incitado pela cultura de massa. A esse respeito, são imperiosos os ensinamentos de Verbicaro, Rodrigues e Ataíde, a saber:

Para tanto, a análise dos aspectos psicológicos deve ser feita sob a ótica da existência de uma aproximação com a ideia da vulnerabilidade comportamental do consumidor, sobretudo se considerarmos que o assédio de consumo visa influenciar justamente no comportamento dos indivíduos, inculcando desejos e necessidades de forma invasiva e tenaz. Fato muitas vezes ignorado é que a indústria cultural se vale de estudos sobre o comportamento humano para entender a psique dos indivíduos e, assim, manipular suas vontades através dos estímulos adequados para fomentar nestes uma ânsia em se atender aos padrões de consumo impostos (Verbicaro; Rodrigues; Ataíde, 2018, p. 7).

Como resultado, em muitos casos, ocorrem atritos na relação entre consumidor x fornecedor, consumidor x prestador de serviços, seja pela insatisfação dos consumidores com a má prestação de serviços, seja pela qualidade questionável dos produtos.

Parte desses conflitos gera um aumento no número de demandas judiciais de consumo, onde prevalecem as ações de responsabilidade civil. Dados atualizados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da pesquisa “Justiça em Números”, realizada em 2024, revelam que as ações relacionadas ao direito do consumidor são as mais recorrentes, tanto no âmbito da justiça estadual quanto nos juizados especiais, conforme ilustrado nas Tabelas 1, 2 e 3 abaixo.

Tabela 1 – Assuntos mais demandados

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO (864) – Direito Individual do Trabalho (12936) / Rescisão do Contrato de Trabalho (13949)	1.119.424 (11,42%)
	2. DIREITO DO TRABALHO (864) – Direito Individual do Trabalho (12936) / Duração do Trabalho (13764)	856.093 (8,73%)
	3. DIREITO DO TRABALHO (864) – Direito Individual do Trabalho (12936) / Verbas Remuneratórias, Indenizatórias e Benefícios (13831)	764.354 (7,80%)
	4. DIREITO DO TRABALHO (864) – Direito Individual do Trabalho (12936) / Contrato Individual de Trabalho (13707)	343.024 (3,50%)
	5. DIREITO DO TRABALHO (864) – Direito Individual do Trabalho (12936) / Responsabilidade Civil do Empregador (14007)	266.068 (2,71%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR (11068) – Parte Geral (11080) / Penas Acessórias (11086)	343 (0,00%)
	2. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO (9985) – Militar (10324) / Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância (10363)	167 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL (287) – Parte Geral (10620) / Extinção da Punibilidade (10622)	147 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR (11068) – Crimes contra a Pessoa (11075) / Lesão Corporal e Rixa (11228)	140 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR (11068) – Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar (11079) / Abandono de posto e de outros crimes em serviço (11116)	136 (0,00%)
Federal	1. DIREITO TRIBUTÁRIO (14) – Contribuições (6031) / Contribuições Sociais (6033)	52.647 (0,54%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Benefícios em Espécie (6094) / Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6) (6118)	49.344 (0,50%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – RMI – Renda Mensal Inicial, Reajustes e Revisões Específicas (6119) / RMI – Renda Mensal Inicial (6120)	29.691 (0,30%)
	4. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Benefícios em Espécie (6094) / Aposentadoria Especial (Art. 57/8) (6100)	29.597 (0,30%)
	5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Pedidos Genéricos Relativos aos Benefícios em Espécie (6173) / Concessão (6177)	29.335 (0,30%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL (899) – Obrigações (7681) / Espécies de Contratos (9580)	443.926 (4,53%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR (1156) – Contratos de Consumo (7771) / Bancários (7752)	284.939 (2,91%)
	3. DIREITO PENAL (287) – Crimes Previstos na Legislação Extravagante (3603) / Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas (3607)	161.072 (1,64%)
	4. DIREITO DO CONSUMIDOR (1156) – Responsabilidade do Fornecedor (6220) / Indenização por Dano Moral (7779)	153.650 (1,57%)
	5. DIREITO CIVIL (899) – Responsabilidade Civil (10431) / Indenização por Dano Moral (10433)	146.356 (1,49%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL (11428) – Eleições (11583) / Prestação de Contas (12045)	3.332 (0,03%)
	2. DIREITO ELEITORAL (11428) – Execução (11729) / Execução – Cumprimento de Sentença (12366)	2.946 (0,03%)
	3. DIREITO ELEITORAL (11428) – Eleições (11583) / Cargos (11628)	2.607 (0,03%)
	4. DIREITO ELEITORAL (11428) – Partidos Políticos (11747) / Prestação de Contas – De Exercício Financeiro (12048)	1.538 (0,02%)
	5. DIREITO ELEITORAL (11428) – Partidos Políticos (11747) / Órgão de Direção Partidária (11764)	1.455 (0,01%)

Fonte: Brasil, 2024.

Tabela 2 – Assuntos mais demandados nas turmas recursais

Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Benefícios em Espécie (6094) / Auxílio por Incapacidade Temporária (6101)	84.575 (4,65%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Benefícios em Espécie (6094) / Aposentadoria por Incapacidade Permanente (6095)	60.586 (3,33%)
	3. DIREITO ASSISTENCIAL (12734) – Benefício Assistencial (Art. 203, V CF/88) (6114) / Pessoa com Deficiência (11946)	44.921 (2,47%)
	4. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Benefícios em Espécie (6094) / Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6) (6118)	39.276 (2,16%)
	5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Benefícios em Espécie (6094) / Aposentadoria por Idade (Art. 48/51) (6096)	38.512 (2,12%)
Estadual	1. DIREITO DO CONSUMIDOR (1156) – Responsabilidade do Fornecedor (6220) / Indenização por Dano Moral (7779)	228.012 (12,53%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR (1156) – Responsabilidade do Fornecedor (6220) / Indenização por Dano Material (7780)	168.463 (9,26%)
	3. DIREITO CIVIL (899) – Responsabilidade Civil (10431) / Indenização por Dano Moral (10433)	90.950 (5,00%)
	4. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO (9985) – Servidor Público Civil (10219) / Sistema Remuneratório e Benefícios (10288)	76.815 (4,22%)
	5. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO (8826) – Liquidação / Cumprimento / Execução (9148) / Obrigação de Fazer / Não Fazer (10671)	54.904 (3,02%)

Fonte: Brasil, 2024.

Tabela 3 - Assuntos mais demandados nos juizados especiais

Estadual	1. DIREITO DO CONSUMIDOR (1156) – Responsabilidade do Fornecedor (6220) / Indenização por Dano Moral (7779)	1.274.257 (10,71%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR (1156) – Responsabilidade do Fornecedor (6220) / Indenização por Dano Material (7780)	519.930 (4,37%)
	3. DIREITO CIVIL (899) – Responsabilidade Civil (10431) / Indenização por Dano Moral (10433)	494.808 (4,16%)
	4. DIREITO CIVIL (899) – Obrigações (7681) / Espécies de Contratos (9580)	439.826 (3,70%)
	5. DIREITO CIVIL (899) – Obrigações (7681) / Espécies de Títulos de Crédito (7717)	374.526 (3,15%)

Fonte: Brasil, 2024.

Outro fator que contribuiu para o aumento das demandas junto ao poder judiciário está relacionado à promulgação da Constituição da República, cujas premissas se espalharam por todo o ordenamento jurídico, promovendo a evolução do fenômeno da constitucionalização do direito privado a partir de uma perspectiva mais plural e solidária, sobretudo com o deslocamento do eixo de proteção principal do patrimônio para a pessoa humana. Com efeito sobre temática assim, lecionam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem:

As primeiras análises dos reflexos da crise da pós-modernidade na sociedade contemporânea indicavam que a despersonalização das relações, iniciada com as relações massificadas de adesão e métodos mecânicos de contratação, levaria ao nascimento de “contratos sem sujeito” ou mesmo de uma decantada “morte do sujeito”, em uma desconstrução total deste sujeito. Certo é que as noções de indivíduo e sujeito de direitos está lá, não morreu, nem desapareceu, foi “ressignificado”. Parece-nos que, ao contrário, este sujeito qualificou-se com direitos, multiplicou-se, hoje são muitos sujeitos individuais, sujeitos homogêneos, coletivos e difusos, em um novo pluralismo de sujeitos que não impedem que exerçam – diretamente ou através de representantes – seus direitos (Marques ; Miragem, 2014, p. 128).

Com isso, alguns diplomas legais nasceram com direta inspiração do texto constitucional, garantido profunda valorização da dignidade da pessoa humana e vetores axiológicos como acesso à justiça e à proteção ao dano moral. A esse respeito, Felipe Braga Neto ensina que:

Há, hoje, toda uma construção – normativa e conceitual – a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há setor da experiência jurídica que não tenha, de algum modo, sido atingido pela eficácia irradiante desse princípio. [...] talvez não seja exagero afirmar que boa parte da abertura do sistema jurídico dos nossos dias se opera através da dignidade da pessoa humana - suas múltiplas e transformadoras dimensões de eficácia. Trata-se de norma aberta

que impõe não apenas omissões (dever de não agir contra a dignidade), mas também ações, prestações (dever de agir positivamente, para realizá-la) (Braga Neto, 2019, p. 35).

As Leis n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), n.º 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e n.º 10.406/2002 (Código Civil) retratam bem o conjunto de instrumentos normativos que passaram a orbitar em torno dos preceitos constitucionais.

Todavia, apesar do grande número de demandas relacionadas a questões de consumo que acessam o Judiciário e do amplo aparato jurídico normativo de proteção aos direitos dos consumidores, ainda há uma recalcitrância por parte de muitos fornecedores, que apostam na inércia dos consumidores para manter condutas lesivas.

Dito isso, é importante ressaltar que a maior parte das ações judiciais relacionadas a problemas de consumo refere-se a danos de média e grande extensão. Por outro lado, os pequenos danos, por não serem atrativos em vista de sua baixa compensação financeira, deixam de ser reclamados pelos consumidores. A própria burocracia e a demora do poder judiciário representam desestímulo à reclamação desses danos. Sobre o tema, Laís Bergstein expressa:

[...] trata-se do expressivo volume de danos de pequena expressão econômica individual que não são reclamados judicialmente, gerando prejuízos à grande massa de consumidores (e, conseqüentemente, lucros aos fornecedores desleais). Os recursos financeiros necessários e o tempo investidos em resoluções de conflitos de consumo muitas vezes não justificam – sopesando-se o custo e o benefício – o esforço do consumidor, especialmente tratando-se de transações de pequena repercussão econômica (Bergstein, 2020, p. 5).

Parte desses ilícitos, igualmente, não é reivindicada, pois muitas vezes não são identificados como práticas lesivas pelos consumidores. É necessário considerar o perfil da maioria da população brasileira, que infelizmente possui baixo grau de instrução, resultando no desconhecimento de informações e direitos básicos garantidos pelo ordenamento jurídico. Com isso, pela conjugação de todos esses fatores, quem acaba se beneficiando são os fornecedores, pois a soma dos pequenos danos, ao final, lhes proporciona ganhos expressivos.

Portanto, o que se depreende é que há significativa abertura para que os fornecedores pratiquem ilícitos de pequena monta, sem sofrerem penalizações, em virtude da baixa repercussão financeira, já que esses prejuízos dificilmente serão reclamados pelos consumidores.

3. A INEFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO COMBATE AOS DANOS AOS CONSUMIDORES: CRISE ESTRUTURAL E TEÓRICA

Dados apresentados no relatório do CNJ (2024) apontam que a taxa de congestionamento da justiça estadual é de 70,5%. Esse indicador é responsável por medir os processos que ficaram pendentes de solução, caracterizados da seguinte forma:

Taxa de congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Cumpre informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido à existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base (Brasil, 2024, p. 132).

Os dados acima revelam algo que pode ser observado de forma simples por qualquer cidadão com uma demanda judicial em trâmite: a lentidão e a ineficiência do sistema jurídico brasileiro. Há, notadamente, uma sobrecarga que pressiona toda a estrutura do Judiciário, resultando em uma sensação de injustiça e de descrédito no sistema por parte dos jurisdicionados. Muitas vezes, inclusive, ante a morosidade do trâmite processual, optam por não buscar a defesa do direito material que entendem violado.

Contudo, entre outros motivos, não é apenas o tempo excessivo para o desfecho processual, causado pela falta de estrutura e recursos humanos, que desestimula os jurisdicionados a buscarem seus direitos. Há que se ressaltar, também, a forma como os tribunais exercem a caracterização e a extensão dos danos morais atualmente.

Muito se fala sobre a “indústria do dano moral”, um termo recorrente em decisões judiciais. Parte-se do senso comum de que inúmeras decisões judiciais arbitram vultosas quantias indenizatórias, o que leva à banalização do instituto da responsabilidade civil. Porém, na prática, não é essa a realidade. Ao lançar luz sobre o tema, uma análise paradigmática organizada pela pesquisadora Flavia Portella Püschel revela um panorama bem distante dessa equivocada percepção do senso comum.

Em seu trabalho, foram verificados dados do ano de 2008; na amostra referente aos tribunais de justiça estaduais, constatou-se uma realidade totalmente diversa.

[...] assim, nos Tribunais Estaduais, 41% das vítimas receberam menos que R\$ 5.000,00. Em 91% por cento dos casos, esse valor foi de até R\$ 24.999,00. Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$100.000,00 representam apenas 2% do total (Püschel, 2010, p. 16).

Como sugere a pesquisa, os valores atribuídos a título de danos extrapatrimoniais não representam incentivos aos consumidores para que acionem o poder judiciário. Frisa-se que mais de 40% (quarenta por cento) das indenizações não ultrapassaram a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Vale lembrar que, desse valor, em muitos casos, ainda seriam descontados honorários dos advogados, o que reforça que reclamar em juízo não traz compensação justa.

Como se não bastasse a conjugação do longo tempo de duração do processo com a baixa compensação financeira, os jurisdicionados enfrentam outra barreira estabelecida pela jurisprudência e ratificada por parte da doutrina, que funcionam como verdadeiros limitadores da extensão dos danos morais, reduzindo-os à categoria de “mero aborrecimento” ou de “mero dissabor”. Verbicaro, Silva e Leal expõem de forma lúcida a respeito:

O “mero aborrecimento” ou “mero dissabor” é uma categoria híbrida, construída pela jurisprudência brasileira – e em certo sentido consolidada na doutrina –, na qual se reconhece a ocorrência de um ilícito que causou uma interferência na situação jurídica extrapatrimonial do indivíduo, mas se nega que essa interferência seja tamanha, a ponto de existir dano moral, posto que a lesão é de baixa monta. Assim, ela se apresenta como uma limitação à configuração

do dano moral, que acaba por não se constituir em todas as situações de interferência ilícita na seara extrapatrimonial dos sujeitos. (Verbicaro ; Silva; Leal, 2017, p. 85).

A lógica com que os tribunais e a doutrina alinham seus posicionamentos, com a atenuação do reconhecimento do dano moral, desvirtua completamente todo o arcabouço normativo previsto na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Tanto o *art. 170, V da CRFB*, quanto o *art. 6, VI do CDC*, revelam a preocupação do legislador com a defesa e com a reparação integral do consumidor. A esse respeito, Bergstein assim entende:

Com isso, nota-se que no âmbito das relações de consumo há, para fins de tutela do contratante vulnerável, uma sensível diferença em relação ao Código Civil/2002: a prevalência absoluta do princípio da reparação integral dos danos. Tal compreensão é fundada no disposto no artigo 6º, VI, do CDC, de que “devem ser reparados todos os danos causados, sejam os prejuízos diretamente causados pelo fato, assim como aqueles que sejam sua consequência direta” (Bergstein, 2018, p. 218).

Portanto, diante do cenário exposto, é necessário pensar em escolhas que sejam eficientes para a efetiva tutela dos direitos dos consumidores, cumprindo a função legal estabelecida no CDC, conforme apontado anteriormente. Nesse passo, o presente trabalho propõe alternativa estratégica para lidar com a recalcitrância dos fornecedores na prática dos pequenos danos.

A medida pensada refere-se ao processo estrutural como uma forma capaz de estabelecer melhores condições para a implementação das disposições constitucionais e infraconstitucionais relacionadas à proteção integral do consumidor.

4. ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO ESTRUTURAL: SERIA ELE FERRAMENTA ADEQUADA PARA CORRIGIR AS PRÁTICAS ABUSIVAS DO MERCADO DE CONSUMO E A APARENTE INCAPACIDADE DO JUDICIÁRIO LIDAR COM AS DEMANDAS INDIVIDUAIS PULVERIZADAS?

Nos últimos anos, o processo estrutural ganhou destaque no cenário brasileiro. Parte da doutrina informa que sua origem decorre da Medida Cautelar (MC) concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/DF, a partir da decisão que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional do Brasil (Machado Segundo; Serafim, 2022).

A melhor forma de compreender o processo estrutural é analisar o conceito de problema estrutural, que se refere a uma situação em desconformidade com o ordenamento jurídico. A partir desta constatação, é preciso adotar medidas (estruturantes) para encaminhá-la para uma situação de conformidade institucional.

O conceito de processo estrutural pressupõe o de problema estrutural. Trata-se, este último, de conceito-chave. Vejamos. 2.1. Problema estrutural O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação) (Didier; Zaneti; Oliveira, 2020, p. 48).

Pode-se dizer, também, que o processo estrutural está bastante relacionado a aspectos da coletividade, que demandam a atuação jurisdicional voltada para a reorganização de estruturas burocráticas que sejam promotoras ou permissivas de violação de direitos (Vitorelli, 2022).

Além da conceituação anteriormente apresentada, considera-se mais profícua a análise comparativa entre os modelos de adjudicação tradicional e o processo estrutural. Assim, para dar maior contorno prático ao tema, opta-se por traçar um paralelo entre os dois modelos de adjudicação.

As principais divergências entre o modelo tradicional e o estrutural relacionam-se à configuração no âmbito de participantes no processo. No primeiro, este universo restringe-se ao autor e ao réu em lógica binária. Já no segundo, expande-se o universo sociológico, abarcando multiplicidade de partes e de interesses.

Outra diferença que se vislumbra refere-se ao que Owen Fiss (2005) denomina de “histórico do modelo de solução de controvérsia”, voltado exclusivamente para atender valores privados, posto que o processo tradicional visa somente os anseios individuais. De forma diversa e mais ampla, a adjudicação estrutural direciona seus objetivos para alcançar valores públicos e com ‘*status* constitucional’. Em verdade, o processo estrutural pretende tornar concretas as promessas constitucionais.

Fiss (2005), durante sua apresentação na *Yale Law School*, reverbera que:

Agora o ponto de partida para o modelo de reforma estrutural é bastante diferente do da solução de controvérsias. No caso “*Brown vs Board of Education*” não se lida com desejos ou preferências individuais. Trabalha-se com valores aos quais foi dado *status* constitucional; isso porque a Constituição não é meramente um texto normativo, mas ela também investe de autoridade certos valores que devem reger as operações do Estado (Revista da Escola de Direito de São Paulo, 2005, p. 32).

Outra divergência a ser percebida relaciona-se ao escopo dos dois modelos de adjudicação. Enquanto o modelo tradicional busca reestabelecer o *status quo* anterior, o modelo de reforma estrutural tem a finalidade de, segundo Owen Fiss (2005, p. 34), “[...] criar um novo mundo, uma nova realidade social”.

A doutrina processualista projeta contornos práticos no que tange aos elementos que compõem a teoria do processo estrutural. Neste sentido, Didier, Zaneti e Oliveira, no artigo intitulado “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”, afirmam que o processo estrutural se configura com os seguintes elementos:

Pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada;

Buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada;

Desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido;

Desenvolver-se em um procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária;

e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art.190, CPC (LGL\2015\1656) (Didier; Zaneti; Oliveira, 2020, p. 49).

Logo, assevera-se que o conceito de processo estrutural tem como finalidade concretizar os valores constitucionais por meio de um processo que resulte na participação de multiplicidade de interesses, com o objetivo de reorganizar as estruturas burocráticas para transformar a realidade social desarranjada.

Sob esse viés, portanto, deduz-se que a modalidade de adjudicação estrutural tende a ser mais adequada, objetivando-se que os valores estabelecidos na Constituição sejam materializados em favor dos consumidores.

Todavia, para a aplicação do processo estrutural, torna-se indispensável a criação de ambiente normativo que seja ajustado à operacionalização das aberturas teóricas consentâneas à sua funcionalidade. A fim de coordenar a compatibilização do modelo de adjudicação estrutural, é importante, por conseguinte, edificar um diálogo das fontes, conforme ensina Claudia Lima Marques:

Essa teoria de Erick Jayme do diálogo das fontes tem se mostrado muito útil para a decisão de casos difíceis e jogado nova luz à solução dos conflitos de lês, assegurando uma aplicação simultânea e coordenada das leis brasileira de forma a dar efetividade aos mandamentos constitucionais, em especial o da proteção dos mais fracos (Marques, 2020, p. 19).

Logo, pretende-se, na seção subsequente, instituir mecanismos que possam ser vinculados ao processo estrutural para alcançar uma tutela eficaz, capaz de garantir a proteção efetiva dos consumidores e da sociedade em geral, especialmente em relação aos pequenos danos causados pelos fornecedores.

5. POR QUE O PROCESSO ESTRUTURAL? E POR QUE ELE SE DIFERENCIA DAS OUTRAS MEDIDAS JÁ UTILIZADAS?

A principal medida que diferencia o modelo de adjudicação estrutural das demandas pulverizadas veiculadas pelo processo tradicional para a efetivação dos valores constitucionais

e legais está relacionada ao espaço de diálogo que pode ser construído em um processo de natureza estrutural.

A promoção para o espaço de diálogo entre os consumidores, fornecedores, agências de proteção ao consumidor, representantes do Ministério Público e Defensoria Pública é extremamente necessário e saudável para se atingir o desfecho que seja interessante para todos os envolvidos e que tenha, igualmente, efetividade.

É importante que todas as partes tenham voz e principalmente poder de influência nas decisões estruturantes, pois é preciso compreender as necessidades e dificuldades dos implicados como, por exemplo, os motivos que levam os fornecedores a praticarem danos aos consumidores.

Por outro lado, eventualmente, pode ser que grande parte dos fornecedores sequer tenha ciência de que sua prática é lesiva, tendo em vista que muitos operam à beira da informalidade. Nesse caso, a existência de ambiente processual dialogado poderia contribuir para a melhoria das práticas ilícitas, por parte dos pequenos fornecedores e prestadores de serviços.

Ademais, a disposição de modelo de resolução estrutural garantirá o equilíbrio na relação entre consumidores e fornecedores, visto que na arena estrutural se espera a participação de *amicus curiae*, isto é, associações representativas dos consumidores que possuem condições de reunir maior aparato técnico para discutir com os grandes fornecedores. Além disso, a presença do Ministério Público, na condição de fiscal da ordem jurídica, também influencia de forma favorável à harmonia na relação consumidor x fornecedor.

Os pontos acima observados e esperados com a veiculação do processo estrutural, em verdade, são diretrizes previstas na própria Política Nacional das Relações de Consumo, expressamente dispostos nos artigos 4º e 5º do CDC. Nesse direcionamento, Verbicaro assim doutrina:

A partir dos artigos 4ª e 5ª da Lei 8.078/90 (CDC (LGL\1990\40)), o Direito do Consumidor ganha uma roupagem diferente e se torna um Direito do Consumo, porque buscará um equilíbrio de forças entre o Estado, o consumidor e o fornecedor, estabelecendo metas, princípios, prioridades e ações concretas, de modo a minimizar a falta de interesse governamental numa tutela efetiva do consumidor, combater a falta de receptividade do segmento empresarial à mudança de comportamento ético, através do aprimoramento tecnológico da qualidade e segurança dos produtos e serviços colocados no mercado e, naturalmente, impactam sua margem de lucro, bem como estimular um maior nível de interesse gregário do consumidor em se articular como categoria e não mais apenas sob a ótica individual (Verbicaro, 2017, p. 6).

O modelo de adjudicação estrutural, desta maneira, mostra-se mais apropriado por inúmeras razões. Primeiramente, por se revestir de tutela inibitória, tendo em mira que a função do processo estrutural, como afirmado anteriormente, é transformar estado ou situação de desconformidade, de ilicitude, em estado de conformidade e licitude.

A natureza de tutela inibitória se funda, também, no fato de que nem todos os cidadãos são atingidos de forma igualitária por dada prática ilícita de determinados consumidores, mas são, deveras, potenciais vítimas. Então mesmo os cidadãos que não são expostos diretamente, ainda assim, têm interesse de que se faça valer a disposição do art. 6, VI do CDC, que garante a *efetiva prevenção* contra danos morais.

Em segundo lugar, o modelo de adjudicação tradicional não reúne condições de garantir ao jurisdicionado prestação jurisdicional eficiente, pois o caos do sistema judiciário contribui para

não dar vazão aos milhares de processos individuais congestionados. As barreiras impostas pela jurisprudência para mitigar o reconhecimento dos danos morais, classificando-os como mero aborrecimento ou mero dissabor, e, ainda, os valores indenizatórios reduzidos, desestimulam o ajuizamento de ações em face dos pequenos danos causados por fornecedores e prestadores de serviço.

6. PENSAR FORA DA CAIXA: O PROCESSO ESTRUTURAL COMO MECANISMO DE GARANTIR A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A expressão 'pensar fora da caixa' (*think out the box*) tem origem em experimento realizado pelo psicólogo alemão Karl Duncker (1972), na primeira metade do século XX, que consistia em solicitar aos participantes que fixassem uma vela na porta. Para tanto, entregou uma vela, uma caixa com tachinhas e uma caixa de fósforos. Contudo, para determinado grupo, ele ofereceu as tachinhas dentro da caixa e para o outro, as separou, dando-lhes a caixa e as tachinhas. Como resultado, a maioria que resolveu o desafio com sucesso pertencia ao grupo que recebeu a caixa separada das tachinhas.

Portanto, o experimento concluiu que as pessoas têm dificuldade em enxergar a resolução dos problemas de forma mais ampla e abrangente, utilizando todas as ferramentas à sua disposição. Assim, o resultado obtido demonstrou que o sucesso na resolução do problema ocorreu somente quando os elementos estavam fora do contexto convencional, daí a expressão "pense fora da caixa".

A metáfora do experimento pode servir como forma de ampliar a visão restrita do modelo tradicional de adjudicação. É preciso pensar fora da caixa, articulando o processo estrutural como veículo apto a garantir a concretização dos direitos estabelecidos na Constituição Federal e na legislação consumerista.

Contudo, uma barreira se instaura quando se analisa o processo estrutural, uma vez que o diploma processual civil foi pensado, predominantemente, para atender a lógica individualista, dualista e voltada para a discussão entre Caio vs Tício. É justamente diante deste obstáculo que se faz necessário pensar de maneira ousada.

De forma a operacionalizar a viabilização do processo estrutural se utiliza da teoria do diálogo das fontes. Marques aponta três fundamentos sobre a teoria:

1) *A unidade e coerência do ordenamento jurídico nacional, visto como sistema brasileiro de fontes [...];* 2) *A convergência e complementariedade dos campos de aplicação das diversas fonte [...];* 3) *A necessidade de dar efeito útil (escutar/ considerar) as várias fontes adaptando o sistema conforme os valores constitucionais, colmatando as lacunas, ao reunir em microssistemas as fontes que convergem para a mesma finalidade, ou através da interpretação sistêmica, teleológica ou mesmo histórica das leis gerais e especiais.* (Marques, 2020, p. 25, grifos da autora).

Entende-se, por conseguinte, que para conseguir a *unidade e coerência do “sistema brasileiro de fontes”* é preciso destacar o preceito constitucional de proteção ao consumidor como caminho a ser perseguido. Para tanto, deve-se eleger diretrizes *complementares e convergentes* do Código de Defesa do Consumidor, como a Política Nacional das Relações de Consumo, efetiva proteção e reparação integral de danos (art. 4º, 5º, 6º, VI do CDC), e do Código de Processo Civil, tal qual a cooperação entre as partes, dever de boa-fé, contraditório como poder de influência da decisão (artigos 5º, 6º e 10 do CPC).

Por meio dos fundamentos elementares da teoria do diálogo das fontes é possível repensar os institutos do código processual de forma mais flexível, afastando-se da dogmática tradicional. A operacionalização do processo estrutural como meio de tutela inibitória depende justamente da flexibilização e da releitura de determinados institutos, como, por exemplo, o princípio da demanda e o instituto da coisa julgada, a forma de participação e a teoria da prova.

Não se pode pensar o processo estrutural em que o pedido constante na peça exordial seja estanque, não podendo sofrer alterações, e que a solução jurisdicional esteja adstrita somente ao que foi pedido. A lógica dos procedimentos estruturais é diferenciada, muitas vezes ocorrendo várias decisões à medida que a solução do problema se desenvolve. Arenhart (2013, p. 401) denominou esse fenômeno de ‘decisões em cascata’, pois “[...] é frequente o emprego de medidas estruturais e a necessidade de se recorrer a *provimentos em cascata*, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam”.

Igualmente, o processo estrutural depende de nova reflexão acerca do instituto da coisa julgada, pois as soluções para os problemas podem sofrer variações ao longo do tempo, de forma que uma solução adjudicada hoje, pode não ter a mesma eficiência, nem a mesma necessidade dentro de determinado tempo, em detrimento de eventual alteração no cenário fático-jurídico.

A própria forma de participação no processo deve ser repensada, posto que os interesses em demandas estruturais são de grande complexidade, o que abre espaço para vários conflitos, inclusive, entre atores componentes de um mesmo polo do processo. Neste sentido, Vitorelli (2020, p. 306) propõe a adoção do modelo de *town meeting* como elemento que “[...] favoreça a manifestação dos diferentes subgrupos sociais atingidos, sopesando os interesses de cada um deles”.

Os meios de prova no processo estrutural são detentores de lógica diferenciada. Ao invés de se concentrar em evidenciar elementos do passado, o caráter probatório no modelo de adjudicação estrutural apresenta caráter prospectivo, em um exercício de imaginar as consequências do provimento jurisdicional para o futuro. Nesse rumo, Jordão Violin apresenta sua tese:

Da comprovação de fatos passados, passa-se à prognose de probabilidades-futuras. Da compensação de um dano, passa-se à elaboração de programas para orientar condutas. De uma forma de tutela extraída automaticamente dos fatos (declaração, quantificação e recomposição do dano), passa-se à definição caso a caso das condutas a serem observadas para conformação à norma. (Violin, 2019, p. 67).

A resolução dos problemas por via do processo estrutural se manifesta como modelo mais adequado, já que funciona de forma a inibir o comportamento ilícito dos fornecedores. Para isso, é necessário que os tribunais avancem no pensamento dogmático do processo civil, para que os valores constitucionais ganhem contornos concretos e repercutam, de fato, na vida dos consumidores. Ademais, a teoria do diálogo das fontes serve como garantia de compa-

tibilidade entre o diploma processual e consumerista para que se concretizem as promessas constitucionais, sem prejuízo da coerência do “sistema brasileiro de fontes”.

7. CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea está imersa em uma dinâmica de consumo exacerbado e, não raras as vezes, nessas trocas entre consumidor e fornecedor, nem sempre se tem o desfecho esperado, o que redundando em demandas atomizadas congestionando o poder judiciário.

Com o passar do tempo, mesmo com o avanço legislativo, inclusive com expressa proteção constitucional, a doutrina e jurisprudência acabaram por impor barreiras para a reparação integral do consumidor, seja pela tese do mero aborrecimento, seja pelo baixo valor das indenizações arbitradas.

Nesse cenário, imagina-se que o alto volume de demandas não representa a totalidade dos casos em que os consumidores têm seus direitos violados, principalmente quando se refere aos pequenos danos, que são aqueles de acanhado valor financeiro e que não motivam os consumidores a protestá-los.

Contudo, por mais que possuam pouca expressão, esses ilícitos, ainda assim, merecem atenção do Estado-Juiz, por previsão expressa do artigo 6º, VI do CDC. Desse modo, entende-se que o processo estrutural representa o modelo de adjudicação mais adequado para fazer valer os pressupostos constitucionais e infraconstitucionais.

A utilização do modelo estrutural exige certa dose de ousadia dos julgadores, tendo em vista que seu *modus operandi* se afasta do processo bilateral tradicional. Assim, a teoria do diálogo das fontes deve ser pensada como forma de conciliar a legislação consumerista e processual, a fim de garantir a compatibilização e o funcionamento, de forma harmônica e coerente, desses instrumentos.

Em aspectos práticos, o processo estrutural possibilita a construção de uma arena de espaço de participação e diálogo mais amplo e adequado, de maneira que todas as partes interessadas possam cooperar na discussão para a melhor solução do problema estrutural.

Além disso, é importante registrar que o cumprimento da sentença, quando decorrente de um procedimento com a presença de diálogo prévio, em que cada parte expõe suas necessidades e limitações para cumprir a decisão, aumenta substancialmente a efetividade da execução.

Por outro ângulo, a adjudicação serve, igualmente, como meio de conferir notabilidade e publicidade aos pequenos danos, os quais jamais seriam reclamados por grande parcela dos consumidores, seja pelas compensações financeiras reduzidas, seja pela jurisprudência defensiva adotada em muitos juízos que inibem completamente a busca pela tutela desses direitos. Desse modo, o processo estrutural teria como escopo provocar uma discussão mais qualificada e participativa, o que certamente, aumentaria a possibilidade de aferir maior efetividade das disposições constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 2, p. 211-229, 2015 .
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BERGSTEIN, Laís. Pequenos grandes danos: a relevância da tutela coletiva do consumidor face aos danos de pequena expressão econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, ano 29, p. 341-368, maio/jun. 2020.
- BERGSTEIN, Laís. Os incentivos legais à efetiva prevenção e reparação de danos nas relações de consumo. In: TORRES, Dennis José Almanza; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (org.). *Análise econômica do direito: da teoria à prática*. Curitiba: Editora Íthala, 2018. p. 211-233.
- BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Novo manual de responsabilidade civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.
- BRASIL . Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990.
- BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 set. 1995.
- BRASIL . Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015.
- BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 2002.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em números 2024*. Brasília: CNJ, 2024.
- DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, p. 45-81, maio 2020.
- DUNCKER, Karl. *On problem-solving*. Harvard: Praeger, 1972.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, SC, n. 66, p. 91-111, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/15739>. Acesso em: 17 jul. 2024.
- MARQUES, Claudia Lima. A teoria do 'diálogo das fontes' hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima;
- MIRAGEM, Bruno (org.). *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- PÜSCHEL, Flavia Portella (coord.). A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência. In: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Série Pensando o Direito*. n. 37. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2011 .
- REVISTA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO (Direito GV) da Fundação Getúlio Vargas. Modelos de adjudicação/ models of adjudication. *Caderno Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 8, nov. 2005. (Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School)).
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

VIEIRA, Débora da Silva; VERBICARO, Dennis; GÓES, Gisele Santos Fernandes. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ação coletiva: diálogo ou duelo na defesa do consumidor em juízo? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 130, p. 349-393, set./out. 2020.

VIOLIN, Jordão. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. 2019. 256 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 17/02/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/03/2022
- Avaliação 1: 20/07/2024
- Avaliação 2: 22/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 22/07/2024
- Retorno rodada de correções: 16/03/2025
- Decisão editorial/aprovado: 16/03/2025

Equipe editorial envolvida

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

DIREITO TRIBUTÁRIO DAS FAMÍLIAS: POR UMA AUTONOMIA EPISTEMOLÓGICA

FAMILY TAX LAW: TOWARDS AN EPISTEMOLOGICAL AUTONOMY

ANDERSON HENRIQUE VIEIRA¹

ANA PAULA BASSO²

TALDEN QUEIROZ FARIAS³

RESUMO

As famílias não podem ser compreendidas exclusivamente no contexto biológico, sendo necessário considerar outros critérios para o estabelecimento do vínculo parental, tais como a socioafetividade, que, por vezes, condiciona esse agrupamento à informalidade jurídico-tributária. Essa pluralidade de relações impõe desafios ao direito, que precisa discutir como efetivar garantias aos integrantes dessa instituição para que o Estado cumpra sua obrigação de conferir especial proteção, conforme previsto na CF/88. Assim, questiona-se: existe um núcleo familiar intangível que limita o poder de tributar do Estado? Como abarcar nessa discussão todas as possíveis configurações familiares sob uma ótica inclusiva e indeterminista? Para tanto, este artigo tem como objetivo debater as interrelações entre o direito tributário e o direito das famílias, destacando a (des) necessidade do reconhecimento de um mínimo existencial do núcleo familiar, que, como tal, não pode/deve ser tributado pelo fisco. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica, por meio do método dedutivo, tendo como principal marco teórico. A principal conclusão indica que há um campo de intersecção significativo entre essas duas áreas do direito (o direito tributário e o direito das famílias), que precisa ser desenvolvido sob uma ótica transdisciplinar e plural para não invisibilizar parte considerável dessas instituições.

Palavras-chave: direito tributário; direitos das famílias; autonomia epistemológica.

- 1 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Mestre em Planejamento e Dinâmicas Territoriais no Semiárido pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN (2021). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG (2018). Advogado (OAB/PB 26.023). Professor Substituto na Universidade Federal de Campina Grande - UFCG. Atua principalmente em projetos de Regularização Fundiária. Foi integrante do projeto de pesquisa "Emphyteusis and urban land: exploring the potential uses of ground leases in Brazilian cities" financiado pelo Lincoln Institute of Land Policy. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8999-0044>.
- 2 Doutora em Direito Tributário Europeu pela UCLM/Espanha e pela UNIBO/Itália. Professora da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Vice-coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Líder do Grupo de Pesquisa "Estudos de Direito Tributário e suas repercussões socioeconômicas" (CNPQ/CAPES/UFPB). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9119-5832>.
- 3 Graduado em Direito pela UEPB, mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, doutor em Recursos Naturais pela UFCG e doutor em Direito pela UERJ (com distinção e louvor), tendo feito estágio de doutoramento sanduíche pela Universidade de Paris 1/Panthéon-Sorbonne (bolsa CAPES-COFECUB). Pós-Doutor em Direito da Cidade pela UERJ. Advogado e professor de Direito Ambiental da UFPE e da UFPB. É autor dos livros *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos?* (7. ed. Fórum, 2019), *"Introdução ao direito ambiental"* (Del Rey, 2009) e *Direito ambiental: tópicos especiais?* (UFPB, 2007), além dos vários artigos científicos e capítulos de livros. É organizador de várias obras, a exemplo de *"Direito ambiental atualizado"* (RT, 2019), *Planejamento urbano de energias renováveis: diálogos franco-brasileiros* (Editar, 2016) e *"Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade"* (Fórum, 2010). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9799-8396>.

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

VIEIRA, Anderson Henrique. BASSO, Ana Paula. FARIAS, Talden Queiroz. Direito tributário das famílias: por uma autonomia epistemológica. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 220-232, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9471>.

ABSTRACT

Families cannot be understood exclusively in the biological context, and it is necessary to consider other criteria for the establishment of the parental bond, such as socio-affectivity, which sometimes condition this grouping to legal-tax informality. This plurality of relationships poses challenges to the law, which needs to discuss how to implement guarantees to the members of this institution so that the State complies with its obligation to confer special protection, as provided in the CF/88. Thus, the question is: is there an intangible family nucleus that limits the State's power to tax? How to include in this discussion all the possible family configurations under an inclusive and indeterminist point of view? To this end, the article aims to debate the interrelations between tax law and family law, highlighting the (un)need for the recognition of an existential minimum of the family nucleus that as such cannot/should not be taxed by the tax authorities. The methodology used is a bibliographic review, through the deductive method, having. As the main theoretical framework. The main conclusion indicates that there is an impacting field of intersection between these two areas of law (family tax law) that needs to be developed under a transdisciplinary and plural perspective in order to avoid invisibilizing a considerable part of these institutions.

Keywords: tax law; family rights; epistemological autonomy.

1. INTRODUÇÃO

As famílias não são mais entendidas como instituições formadas exclusivamente por vínculos biológicos. Desse modo, são considerados outros critérios para o estabelecimento do vínculo parental, tais como a socioafetividade, baseada na exteriorização (relação pública e notória) e na estabilidade (lapso temporal). Em termos práticos, trata-se da “família do dia a dia”, muitas vezes constituída por meio de formas “extralegais”, que condicionam esse agrupamento à informalidade.

A inserção de critérios que vão além do vínculo biológico na caracterização da instituição familiar possibilitou a configuração de diversas “famílias” e da chamada multiparentalidade. Assim, essa pluralidade de relações (formais ou informais) impõe desafios ao direito, que precisa construir e discutir meios para efetivar garantias aos integrantes desses núcleos familiares, a fim de que o Estado cumpra sua obrigação de conferir especial proteção, conforme previsto na Constituição Federal de 1988.

Entre esses desafios, destaca-se a problemática da tributação da família no sistema tributário nacional. Para Adamy (2022), não houve, e ainda não se reconhece, um tratamento sistemático, consistente e permanente da matéria, apesar do grande interesse em diversos campos, que vão além das particularidades jurídicas. Essa discussão torna-se ainda mais relevante no contexto das múltiplas configurações familiares, algumas delas constituídas e mantidas na informalidade, como nos casos de reproduções assistidas não oficiais por casais homoafetivos, que necessariamente representam uma configuração pluri/multiparental.

Desse modo, questiona-se: existe um núcleo familiar intangível que limita o poder de tributar do Estado? Como abarcar nessa discussão todas as possíveis configurações familiares sob uma ótica inclusiva e indeterminista? Para ventilar possíveis respostas a esses questionamentos, é necessário contribuir, do ponto de vista teórico, para o delineamento de um conteúdo normativo do que se pode chamar de “Direito Tributário das Famílias”.

Assim, é fundamental debater o reconhecimento de um mínimo existencial do núcleo familiar, que, como tal, não pode/deve ser tributado pelo fisco, problematizando a visibilização das múltiplas e possíveis configurações familiares. É esse o objetivo deste artigo.

Para tanto, foi utilizada a revisão bibliográfica e o método de abordagem dedutivo, tendo como principal marco teórico Adamy (2022). O artigo adota uma abordagem teórica e prático-propositiva e está estruturado, além desta introdução, em cinco tópicos. No Tópico 2, será debatido o conceito de família dentro do reconhecimento de sua complexidade cultural, social e afetiva. No Tópico 3, será analisada criticamente a necessidade de reconhecimento de um mínimo existencial do núcleo familiar, problematizando a visibilização das múltiplas e possíveis configurações familiares por meio do trabalho de Pedro Adamy (2022). Já os Tópicos 4 e 5 caracterizam-se por uma abordagem prático-propositiva ao apresentar, respectivamente, os avanços nesse campo junto ao STF, utilizando como paradigma a ADI nº 5.422, bem como as problemáticas envolvendo o direito das famílias e o direito tributário sob uma visão transdisciplinar. Por fim, apresentam-se as considerações finais.

2. FAMÍLIAS: COMPLEXIDADE JURÍDICA, CULTURAL E SOCIAL

No passado, as famílias representavam poderio militar e honra, além de haver um forte sentimento de posse em relação ao “chefe” da família, dentro de um contexto patriarcal. Pode-se dizer que existia uma marcante dimensão de patrimonialismo. Dessa maneira, as famílias formavam-se por relações de conveniência para manter, assegurar, legitimar ou conquistar o *status quo* frente à sociedade.

Esse foi o contexto em que a instituição era vista no Código Civil de 1916. Com o advento do Código Civil de 2002, houve um relativo avanço no conceito de família, sob uma ótica mais funcional, integrada e inclusiva, ou seja, baseada nos laços de afetividade que a representam. Essa mudança buscou contemplar as novas configurações familiares e incluir, por exemplo, as chamadas “famílias mosaico”, multiparentais, anaparentais, monoparentais, homoafetivas, entre outras.

Nessa perspectiva, a família seria, antes de tudo, uma construção cultural, dissociada da biologização como elemento definidor e dos preconceitos de gênero (Dias, 2015) (Lôbo, 2007). Dessa forma,

São muitos os desdobramentos provenientes de novas formas de ser família e o postulado que impera por esse viés é o de “ser família no dia-a-dia”. À guisa de exemplo, citam-se algumas modalidades que fogem das descritas no texto constitucional, como o paralelismo de uniões, as famílias solidárias, as famílias anaparentais e as famílias recompostas (Pereira ; Ruzyk; Oliveira, 2018, p. 1273).

O “ser família no dia a dia” impõe um dinamismo que, por vezes, o próprio Direito não está apto a abarcar, muito embora exista uma infinidade de relações, direitos e obrigações decorrentes desse contexto que necessitam de regulamentação, inclusive no que tange aos efeitos tributários e fiscais.

Até mesmo o próprio ramo do Direito Civil, o Direito de Família, ao reconhecer a pluralidade e as diversas possibilidades de formação familiar, passou a ser denominado “Direito das Famílias”, na esteira do entendimento de Dias (2015). Importante demarcar que, enquanto escolha metodológica, essa denominação é a utilizada neste trabalho pelo seu caráter plural e indeterminista.

Nessa mesma linha, para Hironaka (2013), o indivíduo, enquanto integrante de um grupo familiar, precisa sentir-se pertencente a esse grupo, independentemente de conexões sanguíneas e legais, uma vez que a família é o espaço que propicia a realização pessoal do indivíduo na busca pela felicidade (princípio implícito na Constituição Federal de 1988).

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, sob uma perspectiva positivista, adotou um texto conservador ao conceituar a entidade familiar como aquela formada por um homem e uma mulher, desconsiderando as relações homoafetivas e poliafetivas.

Desse modo, devido ao caráter limitado e segregacionista do texto constitucional, que invisibilizava as diversas configurações familiares existentes e, portanto, se mostrava em desarmonia com a dinâmica social, operou-se o fenômeno da mutação constitucional. No caso do referido artigo, essa mutação se materializou a partir da ADI nº 4.277 (Brasil, 2011a), da ADPF nº 132 (Brasil, 2011b) e da Resolução nº 175 do CNJ (CNJ, 2013), que conferiram reconhecimento jurídico às famílias homoafetivas e à possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O engessamento do conceito de família no texto constitucional, que motivou a mudança de interpretação, ocorre porque um conceito legal é um retrato de um dado momento da sociedade, devendo ser interpretado como modelo. Ou seja, trata-se de uma representação do “hoje” para ser utilizada no “amanhã” e, necessariamente, estará, via de regra, defasada, atrasada e desatualizada em relação à realidade social, que é altamente dinâmica. Por isso, não é possível reduzir o reconhecimento jurídico das instituições familiares às formas previstas em lei como sendo um rol taxativo, devendo-se considerar uma pluralidade de elementos em sua definição. Assim, “[...] não cabe ao Direito definir o que é e o que não é família, pois esta antecede o Direito. Cabe ao jurídico apreender as realidades familiares para oferecer a devida proteção aos indivíduos que as integram, como sujeitos livres e titulares de direitos fundamentais” (Pereira; Ruzyk; Oliveira, 2018, p. 1273)

Dessa forma, não há mais dúvidas – ressalvadas vozes dissidentes pautadas em ideologias conservadoras e culturais – de que, do ponto de vista jurídico, as entidades familiares, dentro de sua complexidade cultural, social e afetiva, devem ser entendidas de maneira ampla, plural e indeterminista, a fim de abranger as múltiplas possibilidades de formação e tutelar os direitos decorrentes das relações estabelecidas, entre eles: filiação, posse do estado de filho, direitos registrais, previdenciários e sucessórios.

Um aspecto pouco debatido, apesar de extremamente impactante, são as implicações tributárias no contexto do Direito das Famílias, para além do habitual planejamento tributário familiar – tema que Pedro Adamy (2022) se propõe a desenvolver e que será objeto de análise crítica nas páginas que seguem.

3. DIREITO TRIBUTÁRIO DAS FAMÍLIAS: (RE)LENDO PEDRO ADAMY

Adamy (2022) debate as inter-relações entre o Direito Tributário e o “Direito da Família”, destacando as potencialidades e limitações do reconhecimento de um mínimo existencial do núcleo familiar, que, enquanto tal, não pode ou não deve ser tributado pelo fisco. Nesse sentido, o autor defende que as isenções concedidas a outras organizações em nossa sociedade podem caracterizar um tratamento discriminatório em relação à família enquanto instituição.

Para sustentar esse argumento, o autor menciona que a Constituição Federal de 1988 reconhece a família como a base do Estado e lhe confere tratamento especial. Sob uma ótica constitucionalista e funcional, haveria, portanto, a possibilidade de reconhecer um mínimo existencial familiar, do ponto de vista tributário, que estivesse livre da intervenção estatal e de seu poder arrecadatório. A esse respeito, o autor destaca que:

[...] em primeiro lugar, a proteção da família no Direito Tributário impõe que se reconheça um âmbito no qual não serão consideradas legítimas quaisquer imposições tributárias. Neste ponto reside, portanto, a necessidade de se definir o âmbito no qual não se admitirá a intervenção fiscal do Estado, isto é, o mínimo existencial familiar (Adamy, 2022, p. 353).

Como exemplo, o autor menciona que as famílias com filhos têm despesas significativamente maiores em comparação às famílias sem filhos e que as deduções legais relativas ao imposto de renda, por exemplo, não são suficientes para reequilibrar a equação entre os gastos e a capacidade contributiva dos pais e/ou responsáveis.

Ao que parece, o autor defende e reconhece a necessidade de estabelecer um mínimo existencial familiar que não seja afetado pela imposição fiscal. No entanto, ele não se compromete a delinear quais seriam os instrumentos e/ou parâmetros aceitáveis para tal definição, sugerindo que esse mínimo talvez deva ser verificado caso a caso. Nesse sentido, afirma que é necessária uma “consideração realista das despesas que a família incorre para a sua manutenção e cuidado”. Sobre esse ponto, assevera:

Definir mínimo existencial, individual ou familiar, certamente não é tarefa fácil, simples. As necessidades de um indivíduo variam grandemente, bem como as necessidades consideradas mínimas para a manutenção de uma vida digna individual e familiar. No entanto, também não é correta a afirmação de que existe uma plena subjetividade na definição do que seria o mínimo existencial por parte do indivíduo (Adamy, 2022, p. 353).

Dando continuidade à sua argumentação sobre a necessidade de reconhecimento de um mínimo existencial familiar, Adamy (2022) discorre acerca da vedação ao tratamento discriminatório. Para ele:

[...] a proibição de tratamento discriminatório da família decorre do dever geral de igualdade, do mandamento da igualdade tributária, em combinação com o dever de proteção e promoção da família. Tais garantias constitucionais, em conjunto, indicam que a família deverá ter consideração especial pelo legislador tributário, não se admitindo que a legislação não reflita esses mandamentos (Adamy, 2022, p. 355).

Assim, uma das formas de evitar esse tratamento discriminatório seria o desenvolvimento de estratégias jurídico-legais que promovessem uma tributação mais favorável às famílias, considerando, sobretudo, as despesas relacionadas à subsistência do núcleo familiar e ao bem-estar de todas as crianças (Adamy, 2022). Além disso, haveria ainda a possibilidade de onerar outras formas de organização social em detrimento da família, como forma de reequilibrar as contas públicas.

O horizonte discutido por Adamy (2022) transcende as abordagens que reduzem a conexão entre o direito das famílias e o direito tributário à mera lógica do planejamento tributário familiar, isto é, à economia tributária por meio da constituição de holdings familiares (Silva; Gonçalves, 2020). Esse panorama se insere muito mais em uma visão mercadológica (a família enquanto empresa) e no próprio direito tributário, enquanto centralidade, do que no reconhecimento da família como instituição merecedora de especial proteção fiscal, considerando suas características subjetivas e o próprio mandamento constitucional. Essas discussões costumam enxergar apenas elementos isolados da transdisciplinaridade existente entre as duas áreas do direito e, por vezes, privilegiam o direito tributário em detrimento de uma abordagem mais holística.

Desse modo, o trabalho de Adamy apresenta uma perspectiva inovadora, integrativa e funcional ao ampliar discussões já feitas por outros autores, como Scaff (2006), e ao abordar essa transdisciplinaridade, justificando, ainda que de forma embrionária, uma autonomia epistemológica para o que se poderia chamar, de maneira mais plural, de “direito tributário das famílias”. Seguramente, sua contribuição será um vetor para o desenvolvimento de novas pesquisas e para avanços no reconhecimento de aspectos que envolvem essa instituição tão complexa, que merece uma reinterpretção no (e pelo) direito tributário (mas não apenas por ele), como forma de garantir a dignidade de seus integrantes.

Entretanto, é preciso observar que o autor parece (de)limitar sua análise a uma perspectiva clássica, que considera família apenas como a união de duas pessoas (em geral, homem e mulher) com filhos. Nas palavras do autor:

A capacidade de sobrevivência de uma sociedade e sua viabilidade futura dependem, antes de tudo, de que existam novas gerações, isto é, crianças geradas no interior daquela sociedade. Estas crianças, dada a natureza dependente do ser humano, precisam da família e da sociedade para seu bem-estar e desenvolvimento. O futuro da família, por sua vez, depende das crianças, tanto do ponto de vista conceitual, isto é, não há família sem crianças, como do ponto de vista material, isto é, serão responsáveis pelos pais no futuro. Esta relação entre sociedade, família e crianças é de grande importância para o Direito. Ignorar tal relação, em qualquer área do Direito, é negar a relevância tanto da família quanto de seus membros (Adamy, 2022, p. 346).

É preciso registrar também, sob pena de cometer leviandades, que não foi objetivo do autor conceituar família ou discutir seus mais variados aspectos e configurações. No entanto, reconhece-se igualmente que o estágio de desenvolvimento do direito das famílias, conforme apontado por Dias (2015), não se adequa a visões limitadas e/ou ultrapassadas no que se refere às múltiplas possibilidades de configuração familiar, tais como: multiparental, mosaico, monoparental, anaparental e homoafetiva (Lôbo, 2007). Todas essas configurações são igualmente merecedoras da especial proteção do Estado, inclusive no que diz respeito ao reconhecimento de um núcleo existencial mínimo do ponto de vista tributário.

Dessa forma, o autor falhou ao utilizar o termo “direito da família” e, ainda, ao reduzir o conceito de família àquela composta por pais/mães e filhos. Nesse sentido, qualquer análise que se pretenda transdisciplinar precisa se adequar a esse debate, sob pena de invisibilizar parte considerável das “famílias” e, em vez de proteger a dignidade dessa instituição, acabar por promover mais um nível de segregação do ponto de vista jurídico.

Assim, após essa breve análise crítica sobre a necessidade de estabelecer um núcleo mínimo existencial no que se refere às instituições familiares, compreendidas em sua pluralidade, o próximo tópico discutirá quais foram os avanços nesse campo junto ao STF, utilizando como paradigma a ADI nº 5.422 (Brasil, 2022).

4. ADI Nº 5.422 (STF): AVANÇO NO RECONHECIMENTO DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL DO NÚCLEO FAMILIAR PELO PODER JUDICIÁRIO

O resultado do julgamento da ADI nº 5.422, proferido em junho de 2022 (Brasil, 2022), que declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda sobre a pensão alimentícia, caracteriza-se como um avanço importante no reconhecimento do mínimo existencial do núcleo familiar, ainda que a principal razão de decidir no caso tenha sido a ocorrência do chamado *bis in idem*, o que afronta o texto constitucional.

Ressalta-se que havia amplas discussões na doutrina sobre a constitucionalidade da incidência do imposto de renda nas pensões alimentícias, e a maioria dos trabalhos que têm como objeto de estudo essa questão corrobora o entendimento adotado pelo STF, tal como Montenegro (2017):

[...] nota-se a flagrante injustiça fiscal em determinar como contribuinte da exação o sujeito que necessita dos alimentos para sua subsistência e não o alimentante, quem efetivamente acresce seu patrimônio com a renda previamente auferida. Ademais, força-se a inclusão dos alimentos, pagos em pecúnia, no conceito de “renda e proventos de qualquer natureza”, ao mesmo tempo que exclui, do referido conceito, os alimentos in natura (Montenegro, 2017, p. 58).

Nesse sentido, um dos reflexos da manutenção da incidência do imposto de renda sobre a pensão alimentícia diz respeito à guarda compartilhada dos filhos e à declaração de dependentes. O regulamento do imposto de renda estabelece que pode declarar o menor como dependente apenas o pai ou a mãe que detiver a sua guarda. Isso se torna problemático nos casos de guarda compartilhada, dada a impossibilidade de ambos os genitores declararem o menor como dependente em relação às despesas que arcam exclusivamente.

Para Santos (2021):

No caso de guarda compartilhada de filho, tanto o pai quanto a mãe podem, em princípio, considerá-lo dependente para fins de apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física. Todavia, é vedada a dedução concomitante do montante referente a um mesmo dependente por mais de um contribuinte. Se o detentor da pensão alimentícia o declarar como alimentando, seus

gastos terão dedução e restituição proporcional aos valores pagos, enquanto que o detentor da guarda judicial deve o declarar como dependente. Aqui entra a violação do Princípio da Igualdade e da proporcionalidade tributária, pois ao dependente na declaração de ajustes anuais de 2021 o limite do valor a ser deduzido anualmente foi de R\$ 2.275,08 e caso haja a dedução no item educação, os limites são restritos. Apenas os dados dos gastos com saúde abrangem sua totalidade, art. 1.124^a da Lei n.º 5.869/1973 (Santos, 2021, p. 825).

Após o julgamento da ADI, a Advocacia-Geral da União (AGU) opôs embargos de declaração, requerendo a modulação dos efeitos da decisão para preservar o patrimônio da União. Segundo informações do órgão, caso não haja a modulação dos efeitos da decisão para afastar a possibilidade de pedidos de restituição retroativa, a despesa pode ultrapassar R\$ 6,5 bilhões. Nesse mesmo sentido, a AGU também solicitou que a não incidência do imposto de renda ficasse limitada ao piso de isenção do tributo, atualmente fixado em R\$ 1.903,98. Além disso, argumentou que a referida isenção deveria se aplicar exclusivamente às pensões arbitradas pelo juízo, excluindo, por conseguinte, as pensões resultantes de acordos, sejam eles judiciais ou não.

Pelo histórico de julgamentos do STF, esperava-se que, de fato, os efeitos da decisão fossem modulados, como costuma ocorrer em casos que envolvem questões tributárias. Entretanto, em outubro de 2022, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal negou o pedido da União para afastar os efeitos retroativos da decisão, sob o fundamento de que tal medida feriria direitos fundamentais e atingiria interesses de pessoas vulneráveis.

No que se refere ao estabelecimento do teto de isenção e à limitação da isenção apenas às pensões arbitradas em juízo, excluindo os acordos extrajudiciais, a Corte entendeu que tais restrições afrontariam a efetivação da proteção especial à família, uma vez que violariam o princípio da isonomia.

Assim, nos termos do voto do relator:

Alimentos ou pensão alimentícia oriundos do direito de família não são renda nem provento de qualquer natureza do credor dos alimentos, mas simplesmente montantes retirados dos rendimentos (acréscimos patrimoniais) recebidos pelo alimentante para serem dados ao alimentado. Nesse sentido, para o último, o recebimento de valores a título de alimentos ou de pensão alimentícia representa tão somente uma entrada de valores. Afora isso, é certo que a legislação impugnada provoca a ocorrência de bis in idem camuflado e sem justificação legítima, violando, assim, o texto constitucional. Isso porque o recebimento de renda ou de provento de qualquer natureza pelo alimentante, dos quais ele retira a parcela a ser paga ao credor dos alimentos, já configura, por si só, fato gerador do imposto de renda. Desse modo, submeter os valores recebidos pelo alimentado a título de alimentos ou de pensão alimentícia ao imposto de renda representa nova incidência do mesmo tributo sobre a mesma realidade, isto é, sobre aquela parcela que integrou o recebimento de renda ou de proventos de qualquer natureza pelo alimentante. Essa situação não ocorre com outros contribuintes (Brasil, 2022).

Não obstante as razões de decidir do STF não tenham se conectado diretamente à ótica teorizada por Adamy (2022) e Scaff (2006), especialmente do ponto de vista subjetivo, pode-se dizer que a decisão representou um importante avanço para o desenvolvimento de estratégias jurídicas voltadas à resolução de problemáticas envolvendo o direito das famílias e o direito tributário sob uma perspectiva transdisciplinar. Algumas dessas problemáticas serão abordadas de forma exemplificativa no tópico a seguir.

5. PROBLEMÁTICAS TRANSDISCIPLINARES ENTRE O DIREITO TRIBUTÁRIO E O DIREITO DAS FAMÍLIAS

As problemáticas envolvendo o direito das famílias e o direito tributário vão muito além da incidência do imposto de renda sobre as pensões alimentícias e têm repercussões, inclusive, no âmbito processual.

Como exemplo, antes da decisão do STF no bojo da ADI nº 5.422, nos casos de inadimplência da pensão alimentícia em que os valores estivessem dentro da faixa de isenção do IR, quando declarados e considerados mensalmente, ao serem recebidos de uma só vez pelo alimentado, havia a incidência do imposto de renda sobre o montante total, o que representava uma diminuição substancial dos valores efetivamente percebidos.

Outro aspecto relevante a ser discutido refere-se aos casos em que essa inadimplência, exemplificada no parágrafo anterior, é quitada por meio da adjudicação de um imóvel. Surge, então, o questionamento: o alimentado deve arcar com os impostos relativos à transmissão do bem ou o imóvel estaria isento da imposição fiscal, uma vez que se trata de pagamento de prestação alimentar?

Para responder a essa questão, algumas alternativas se mostram viáveis. A primeira consiste em adicionar os valores referentes ao pagamento dos impostos no cálculo da execução, onerando ainda mais o devedor, que já se encontra em uma posição jurídica desfavorável. Outra possibilidade seria que o alimentado arcasse com os valores dos impostos e, posteriormente, ajuizasse ação regressiva contra o pagante da pensão. No entanto, essa estratégia pressupõe a capacidade financeira do alimentado, bem como a viabilidade, do ponto de vista fático, de continuar acionando o Poder Judiciário e arcando com despesas adicionais. Por fim, ainda seria possível a declaração do imóvel como indenização, a fim de afastar a incidência de impostos.

Sobre o direito à moradia e à habitação, um tema relevante nessa interseção entre o direito das famílias e o direito tributário é a proteção do núcleo familiar como limite de incidência do ITCD sobre imóveis de famílias carentes, na esteira do que discutiram Silveira, Souza e Souza (2018) e Carmona e Oliveira (2018). Os autores citados analisaram o percentual incidente sobre a base de cálculo em todos os estados do país e as eventuais hipóteses de isenção sob a ótica do direito social à moradia para famílias carentes. Após a referida análise, concluiu-se que “há grande disparidade existente entre as legislações estaduais sobre o ITCD, havendo unidades que consideram a força normativa do direito social à moradia e outras que a ignoram” (Carmona; Oliveira, 2018, p. 1374).

Nesse sentido, para os autores, sendo competência comum a instituição de programas habitacionais para resguardar o direito à moradia e à habitação, não faz sentido um ente conceder o imóvel, por exemplo, e outro “tomá-lo” por meio da tributação.

Percebe-se um início de projeção de um conteúdo mínimo existencial no que tange ao núcleo familiar que o direito tributário não poderia atingir, em concordância com Adamy (2022). Entretanto, os autores adotam uma perspectiva seletivista e não universal em relação a esse núcleo, uma vez que restringem essa proteção às famílias carentes. Sob uma ótica universalizante (Boschetti, 2009) e, portanto, mais garantista, seria preferível que esse direito fosse assegurado a todos, independentemente da renda, desde que se tratasse do imóvel destinado à moradia.

Sob outro prisma, há o debate em relação aos acordos de partilha em processos de divórcio, ressalvadas, naturalmente, as particularidades de cada regime de casamento. Nesses casos, em tese, também deveriam ser pagos os impostos relativos à transmissão de imóveis, bem como o imposto de renda. Ocorre que, com vistas a evitar o pagamento dos referidos impostos, os interessados e seus advogados adotam “estratégias”, como a simulação de processos de indenização por danos morais entre os cônjuges, para que, durante o trâmite judicial, seja feito um acordo no montante supostamente devido a título de partilha. Dessa forma, o(a) autor(a) do processo recebe a quantia e/ou o bem integralmente sem a incidência do imposto de renda, sob o argumento de tratar-se, em tese, de uma indenização, quando, na realidade, trata-se de uma simulação de partilha. Se essa problemática fosse devidamente regulamentada no âmbito do direito tributário das famílias – por meio de redução, isenção ou prestações alternativas, por exemplo –, estratégias “extralegais” como a demonstrada poderiam ser evitadas, reduzindo eventuais casos de sonegação fiscal.

Outra questão relevante é a multiparentalidade nas relações homoafetivas. Nesses casos, a maioria dos filhos e filhas são gerados por meio de técnicas de reprodução assistida não oficiais e, por essa razão, não há autorização para o registro, conforme os Provimentos nº 63/2017 e nº 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (CNJ, 2017) (CNJ, 2019), que impedem a inserção extrajudicial de mais de um ascendente, seja paterno ou materno, no registro de nascimento. Esse impedimento impacta, por exemplo, na impossibilidade de os responsáveis que não constam no registro de nascimento da criança usufruírem das deduções legais referentes à declaração de dependentes no Imposto de Renda, apesar de, na realidade fática, arcarem integralmente com as despesas decorrentes das obrigações familiares. Diante disso, poderia – ou deveria – o direito tributário tutelar os efeitos fiscais decorrentes dessas relações extralegais, constituídas com base na manifestação reiterada da vontade, na exterioridade e na afetividade?

Entende-se que sim, uma vez que centenas de milhares de famílias, sobretudo homoafetivas, são constituídas e mantidas por meio de técnicas de reprodução assistida não oficiais, o que impacta na configuração de uma multiparentalidade cujo reconhecimento é dificultado pelo ordenamento jurídico, que veda o registro extrajudicial. Essa burocratização legal, sem justificativa plausível, impõe a legitimação de uma informalidade fiscal e tributária que atenta contra a proteção especial da família e o reconhecimento de seu núcleo mínimo existencial.

É relevante destacar que o CNJ, ao editar os Provimentos nº 63/2017 e nº 83/2019, teve a oportunidade de modificar esse cenário, mas não o fez, posicionando-se na contramão de países mais avançados nesse aspecto, como a Noruega. Desse modo, cabe ao Direito, por meio da pesquisa e da atividade legislativa, criar e readequar instrumentos e institutos aptos a conciliar os diversos interesses envolvidos nas relações familiares e na sua necessária regulamentação. É fundamental, nesse sentido, refletir e questionar se “[...] o Direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo [...]” (Hespanha, 2008, p. 15).

Essa e outras questões representam desafios que justificam o desenvolvimento de um conteúdo normativo sob uma perspectiva transdisciplinar entre o direito das famílias e o direito tributário.

Importa registrar que não se pretendeu, nem de longe, esgotar as possibilidades de resolução das problemáticas abordadas, mas sim problematizar a necessidade de regulamentação da

matéria e do desenvolvimento de normas que contemplem e resguardem eventuais violações de direitos no âmbito do direito das famílias e suas repercussões tributárias.

Na verdade, a ausência de regulamentação legal impõe insegurança jurídica tanto para os integrantes do complexo familiar quanto para os operadores do direito, que, diante da lacuna normativa, muitas vezes optam por saídas extralegais, como a simulação processual.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto teve como objetivo debater as inter-relações entre o direito tributário e o direito das famílias, destacando a (des)necessidade do reconhecimento de um mínimo existencial do núcleo familiar, que, como tal, não pode e não deve ser tributado pelo fisco.

Para tanto, utilizou-se Adamy (2022) como principal marco teórico, uma vez que a perspectiva adotada pelo autor ultrapassa o debate que reduz a conexão entre o direito das famílias e o direito tributário à mera lógica do planejamento tributário familiar. Entretanto, apesar dos avanços teóricos desenvolvidos por Adamy (2022), o autor adota uma ótica reducionista em relação ao conceito de família, contrariando as discussões mais contemporâneas sobre o tema e o reconhecimento, inclusive, da constituição de famílias sem filhos, hipótese que é textualmente negada em seu trabalho.

Dessa forma, qualquer análise que se pretenda transdisciplinar precisa adequar-se a um debate plural, sob pena de invisibilizar uma parte considerável das diversas configurações familiares, tais como as famílias multiparentais, mosaico, monoparentais, anaparentais e homoafetivas. Em vez de proteger a dignidade dessa instituição, a exclusão de tais arranjos familiares podem representar mais um nível de segregação do ponto de vista jurídico. Partindo, portanto, do pressuposto constitucional da obrigação do Estado de conferir especial proteção às famílias e considerando as inúmeras despesas e particularidades que impactam a capacidade contributiva das famílias em geral — e não apenas daquelas compostas por pais, mães e filhos —, torna-se necessário o reconhecimento de um núcleo familiar intangível, que funcione como limitador do poder de tributar do Estado. Esse núcleo intangível perpassa o reconhecimento de diferentes situações, exemplificadas nos tópicos 4 e 5 deste artigo.

Como visto, a complexidade das discussões e a multiplicidade de problemáticas envolvidas na interseção entre o direito tributário e o direito das famílias — que abrangem, por exemplo, a incidência do Imposto de Renda sobre pensões alimentícias, a adjudicação de imóveis e o direito à moradia e à habitação — podem justificar o delineamento de um conteúdo normativo que se poderia denominar “direito tributário das famílias”. Tal estrutura normativa teria como objetivo regulamentar essas relações, fornecer segurança jurídica às partes e conferir efetividade ao que preconiza a Constituição Federal de 1988.

O grande desafio implícito nessa conjuntura é abarcar as múltiplas configurações familiares sob uma ótica inclusiva e indeterminista, que supere os reducionismos legais e compreenda a instituição familiar em toda a sua complexidade e pluralidade.

REFERÊNCIAS

- ADAMY, P. A Família no Direito Tributário. *Revista Direito Tributário Atual*, v. 1, n. 50, p. 345–359, 2022. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2155>. Acesso em: 19 set. 2022.
- BOSCHETTI, I. A política da seguridade social no Brasil. In: CFESS/ABEPSS/CEAD. *Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais*. Brasília: UNB, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277*. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Supremo Tribunal Federal, 14 out. 2011a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 dez. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Supremo Tribunal Federal, 14 out. 2011b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 23 dez. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5422*. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 de junho de 2022. Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4893325>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- CARMONA, P. A. C.; OLIVEIRA, F. L. O Direito Social à moradia como limite à incidência do ITCD sobre imóveis de famílias carentes. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 3, p. 1357-1379, ago 2018.
- CNJ. *Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013*. Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- CNJ. *Provimento nº 63/2017*. Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- CNJ. *Provimento nº 83/2019*. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- DIAS, M. B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- HESPANHA, A. M. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- HIRONAKA, G. M. F. N. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, p. 199-219, 2013.
- LÔBO, P. L. N. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, 2007.
- MONTENEGRO, E. R. P. Reflexões acerca da incidência do Imposto de Renda sobre o valor recebido a título de pensão alimentícia. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 135, n. 25, 2017.
- PEREIRA, J. L.; RUZYK, C. E. P.; OLIVEIRA, L. Z. A multiparentalidade e seus efeitos segundo três princípios fundamentais do Direito de Família. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, n. 2, p. 1268–1286, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/28886>. Acesso em: 13 fev. 2025.
- SANTOS, M. A. F. A. Equidade dos genitores junto ao imposto de renda: tratamento isonômico ao declarar a pensão alimentícia. *Revista Processus Multidisciplinar*, v. 2, n. 4, jul./dez. 2021.
- SCAFF, F. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, A.; TORRES, H. *Princípios de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, A. A.; GONÇALVES, J. R. Tributação E Família: Uma Análise Interdisciplinar do Impacto do Direito Tributário nas Holdings Familiares. *Revista Processus de Estudos De Gestão, jurídicos e Financeiros*, v. 11, n. 41, p. 191–215, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4253338>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- SILVEIRA, R. L. L.; SOUZA, E. G. W.; SOUZA, M. B. A Incidência Tributária Sobre o Único Imóvel Urbano Do Indivíduo e o Direito Social À Moradia À Luz Dos Direitos Humanos. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, p. 539-563, 2018.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 26/12/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 20/02/2023

Anderson Henrique Vieira, Ana Paula Basso e Talden Queiroz Farias

- Avaliação 1: 26/10/2024
- Avaliação 2: 08/01/2025
- Decisão editorial preliminar: 08/01/2025
- Retorno rodada de correções: 16/03/2025
- Decisão editorial/aprovado: 16/03/2025

Equipe editorial envolvida

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

A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS IDOSOS COM 70 ANOS OU MAIS

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE IMPOSITION
OF THE REGIME OF MANDATORY SEPARATION OF
PROPERTY ON ELDERLY PEOPLE AGED 70 OR OVER

ALINE ANDRIGHETTO¹
LAVÍNIA LUZ RAMOS²

RESUMO

O presente trabalho busca verificar o dispositivo legal artigo 1.641, II, Código Civil, que impõe o regime de bens da separação obrigatória ao casamento da pessoa idosa. Buscou-se analisar os princípios e garantias constitucionais que podem estar sendo feridos na medida em que a liberdade e a igualdade do grupo é restrita. A pesquisa pretende examinar também casos concretos em que a inconstitucionalidade do dispositivo está sendo questionada. Foi trazido também o texto antigo da legislação em comparação com o atual, ambos analisados sob a ótica do envelhecimento ativo e saudável. Concluiu-se com a pesquisa que mesmo com avanços jurisprudenciais, ainda ocorre etarismo e discriminação contra idosos no Brasil.

Palavras-chave: casamento; regime de bens; pessoa idosa; discriminação.

ABSTRACT

The present work seeks to verify the legal provision artigo 1,641, II, civil law, which imposes the mandatory separation property regime on the elderly person's marriage. We sought to analyze the constitutional principles and guarantees that may be being violated as the freedom and equality of the group is restricted. The research also intends to examine specific cases in which the unconstitutionality of the device is being questioned. The old text of the legislation was also compared to the current one, both analyzed from the perspective of active and healthy aging. It was concluded with the research that even with jurisprudential advances, ageism and discrimination against the elderly still occur in Brazil.

Keywords: marriage; property regime; elderly; discrimination.

1 Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-0548-8979>.

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Cenecista de Osório- UNICNEC.

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

ANDRIGHETTO, Aline; RAMOS, Lavínia Luz. A inconstitucionalidade da imposição do regime da separação obrigatória de bens aos idosos com 70 anos ou mais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 233-249, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9905>.

1. INTRODUÇÃO

Com a atual legislação brasileira, o Código Civil impõe, ou seja, torna obrigatório determinado regime de bens quando algum dos nubentes que pretende casar tenha setenta anos ou mais (art. 1641, inciso II, Código Civil).

Tal regime é denominado separação obrigatória de bens e consiste em cada um dos cônjuges possuir os seus bens, não havendo comunhão entre os bens adquiridos. Os bens adquiridos anteriormente ao casamento pertencem àquele cônjuge e os bens adquiridos após o casamento pertencem só a ele também, e vice-versa.

Ocorre que, ao impor um regime de bens, que na maioria das vezes pode não ser o desejado pelo casal, única e exclusivamente por causa da idade que possuem, deixa de lado a observância de que essas pessoas possuem capacidade, autonomia, direito à igualdade e diversas outras garantias que não podem simplesmente esvair ao se completar setenta anos de idade.

A fim de estudar e compreender melhor o regime da separação obrigatória de bens imposto ao casamento da pessoa maior de setenta anos nos registros públicos, busca-se responder o seguinte problema de pesquisa: a lei nº 10.406/2002 (Código Civil) atua como forma de proteção ou discriminação da pessoa idosa?

Desta forma, o objetivo geral da pesquisa é analisar e verificar se no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil há inconstitucionalidade, sendo de suma importância sua abordagem para que os direitos da pessoa idosa estejam em enfoque, ainda mais quando se trata de um assunto pouco abordado sobre um grupo, muitas vezes, discriminado. Nessa última hipótese, procurou-se pesquisar para entender os fatores que levaram o legislador brasileiro a tratar os septuagenários como sujeitos vulneráveis e se, efetivamente, essa é a melhor forma de tratamento.

Para a pesquisa, utilizou-se como metodologia a análise qualitativa, com estudos de documentos e jurisprudência sobre o tema. Além de análise da doutrina leis, e princípios em confronto com a legislação aplicada, para elaboração do artigo científico.

Destarte, o artigo será dividido de forma a apresentar a evolução histórica com relação ao dispositivo de lei estudado, seguido da análise entre os direitos consolidados no Estatuto do Idoso e na Constituição Federal. Em um segundo momento, abordará a expectativa de vida com qualidade dos idosos juntamente com os motivos que fizeram o legislador dispor de forma a não analisar esse ponto. E por fim, o artigo apresentará uma ponderação entre os parâmetros constitucionais e o entendimento legislativo.

2. OS PRINCÍPIOS CONSOLIDADOS EM DISSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO APLICADA

A regra do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil surge de uma tentativa do legislador de evitar relacionamentos fundados apenas em interesses econômicos, conhecidos como “golpe do baú” (Calmon, 2023), quando um dos cônjuges casa apenas por interesse no patrimônio do outro. Na tentativa de proteger os idosos desse tipo de situação, o legislador brasileiro acabou

ferindo direitos e dispositivos amplamente consolidados, com a intenção infundada de evitar golpes que, na realidade, podem acontecer em qualquer que seja a idade (Calmon, 2023).

Foi com esse raciocínio que estudiosos da I Jornada de Direito Civil ocorrida em 2002 concluíram e definiram a proposição número 125:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. (Revista das Jornadas do Conselho da Justiça Federal - STJ, Brasília, 2018)

A proposta dos participantes foi para revogar o dispositivo. Na época, 2002, a faixa etária para impor o regime da separação obrigatória de bens ainda era sessenta anos, o que mudou com a Lei número 12.344/10, que alterou o dispositivo legal e aumentou a idade para setenta anos (Calmon, 2023), ao invés de revogar o dispositivo aumentou-se a idade, sendo a redação atual do artigo 1.641, inciso II do Código Civil a seguinte:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

No mesmo sentido dos estudiosos da Jornada de Direito Civil é o pensamento de Patrícia Novais Calmon, explica que “Tal regra é, sem sombra de dúvidas, inconstitucional”. É preciso que se observe e se legisle em consonância com os direitos e princípios que já estão amplamente consolidados, observando-se que o referido artigo limita a autodeterminação da pessoa idosa, indo contra o Estatuto da Pessoa Idosa e a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa. Ainda, deixa de lado e viola o princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da intervenção mínima do Estado nas relações familiares (Calmon, 2023).

Ao iniciar o processo de encaminhamento do casamento, os nubentes podem escolher o regime de bens que mais se adequa ao relacionamento e a realidade do casal e da família que possuem, a não ser que algum dos cônjuges possua mais de setenta anos, nesse caso, é vedado o respeito a vontade dos nubentes (Dias, 2015), que se obrigam a casar pelo regime que pode não ser o que desejam. Para Maria Berenice Dias (2015) “Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça”.

Para consubstanciar e tornar mais compreensível os direitos que o dispositivo legal lesa, se traz mais alguns princípios norteadores do Direito de Família e que, aparentemente, são esquecidos. Primeiramente, é necessário falar do princípio da autonomia da vontade, que está diretamente ligado com a possibilidade de reger a própria vida e de decidir de acordo com o seu desejo, estipulando o destino (Pereira, 2023). É evidente que o princípio supramencionado tem relação direta com a liberdade de constituição de família, na medida em que se trata dos vínculos mais íntimos da sociedade (Pereira, 2023), que, por sua vez, são feridos quando o

casal não pode escolher seu regime de bens em razão da idade. Momento em que a autonomia da vontade é restrita e, como consequência, as relações íntimas do ser humano são interferidas pelo Estado (Pereira, 2023).

Em um segundo momento, pode-se frisar também o princípio da intervenção mínima analisado juntamente com as perspectivas modernas do Direito de Família. Famílias estas que mudam constantemente com o passar dos anos, com novas estruturas e novas características, incluindo relações de pessoas idosas (Pereira, 2023). Segundo Maria Berenice Dias: “O Direito de Família, segundo o princípio da intervenção mínima, desapega-se de amarras anacrônicas do passado, para cunhar um sistema aberto de inclusivo, facilitador do reconhecimento de outras formas de arranjo familiar.” (Dias)

Por fim, e para ficar visível a forma como a legislação destoa de todo o resto quando aplica essa imposição aos idosos, traz-se o exemplo dos ocupantes de cargos nos poderes Executivo e Legislativo, que possuem, grande parte, mais de setenta anos de idade, sendo que, nos cargos que ocupam, tomam decisões de grande importância na esfera política e econômica do país, mas, se quiserem casar, não possuem liberdade para escolher o regime de bens do seu casamento. O que significa dizer que possuem capacidade para decidir sobre a economia da nação, mas não para definir e dispor sobre a economia da própria vida (Pereira, 2023).

2.1 O ENTENDIMENTO DA SÚMULA 377 DO STF

A súmula número 377 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1964, equiparou o regime de bens da separação legal (obrigatória) ao regime da comunhão parcial de bens, na medida em que dispõe que os bens adquiridos na constância do casamento são comunicados, desde que provado o esforço comum para obtê-los (Dias, 2023), o que significa dizer que ao prever a comunicação dos bens entre os cônjuges, mesmo casados pela separação obrigatória, o regime de bens possui o mesmo efeito da comunhão parcial de bens (Dias, 2023).

O mais recente entendimento e aplicação concreta, foi realizado por meio do EREsp 1.623.858/MG³, no ano de 2018, onde o STJ, ao julgar, estabeleceu a posição de que o esforço comum não é mais presumido, mas sim deverá ser provado pela parte que deseja ter o seu direito reconhecido (Dias, 2023). Isso porque, caso fosse o esforço comum fosse a regra e não se exigisse prova com relação a ele, tal preceito estaria totalmente em desacordo com o intuito do artigo 1.641, II, pois para provar o contrário o cônjuge interessado teria que fazer uma prova negativa de que o outro em nada contribui para aquisição de determinado bem, questão que seria difícil de provar e, por consequência, o intuito do inciso II do artigo 1.641, que é a proteção do patrimônio da pessoa idosa, não estaria sendo aplicado efetivamente⁴.

Dessa forma, desde o ano de 2018, o entendimento que se vem adotando é o de que o esforço comum deve ser provado pelo cônjuge que pleiteia a meação daquele bem. Sendo assim, esse julgamento consolidado, tem por objetivo justamente a proteção do direito no que se refere ao patrimônio dos cônjuges, na medida em que garante a comunicação dos

3 Portal STJ. Informativo de Jurisprudência. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@CNOT=%27016702%27>. Acesso em: 12 out. 2023.

4 Portal STJ. Informativo de Jurisprudência. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@CNOT=%27016702%27>. Acesso em: 12 out. 2023.

bens, desde que provado o esforço comum para obtê-los. De modo que, o direito patrimonial será assegurado ao consorte que provar que contribuiu para aquisição daquele bem, ainda que casado seja sob um regime de bens mais restritivo, o da separação obrigatória de bens.

3. OS DIREITOS DOS IDOSOS ESTABELECIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DO IDOSO

Os pressupostos legais que se referem a imposição de regime de bens aos maiores de 70 anos previstos no Código Civil brasileiro para o casamento, fere dispositivos do Estatuto da Pessoa Idosa, que começou a vigorar em 01 de janeiro de 2004, pelo art. 230 da Constituição Federal e pela Lei número 8.842/94, esta última tendo instituído a política nacional do idoso e criado o Conselho Nacional do Idoso (Barreto; Brasileiro, 2023).

De início, salienta-se que tanto o Estatuto da Pessoa Idosa quanto a Lei 8.842/94 protegem o que tange a autonomia dos idosos. No Estatuto, o parágrafo segundo do art. 10 dispõe que: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais”.

Já na Lei 8.842/94 o direito da autonomia está disposto no Art. 1º: “A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.”

Em consonância com o direito à autonomia e independência, pode-se falar também no princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de adquirir esses dois direitos (Barreto; Brasileiro, 2023). Na medida em que um deles não garantido acaba ferindo o princípio que garante dignidade à pessoa, de modo que possa exercer sua autonomia e independência tomando as “rédeas” e decidindo sobre sua vida privada.

Para as autoras Fernanda Carvalho Leão Barreto e Luciana Brasileiro, a legislação que impõe aos idosos o regime de bens que são obrigados a escolher, na verdade está pendendo para o lado do etarismo contra os septuagenários, o que pode ser definido como um nítido preconceito contra as pessoas “mais velhas” (Barreto; Brasileiro, 2023). Para reafirmar esse entendimento, as autoras fazem dois questionamentos principais: Como que pessoas com mais de setenta anos podem administrar e cuidar do orçamento de todo um país, incluindo a economia e diversas outras questões, mas não podem, ao mesmo tempo, possuir capacidade e autonomia para gerenciar seu próprio patrimônio, na medida em que não tem direito de escolher o regime de bens do seu casamento? (Barreto; Brasileiro, 2023).

Outro questionamento trazido pelas autoras mencionadas é de que como pode o Código Civil de 2002 não ter feito uma manutenção no dispositivo legal em questão, considerando que estamos em um momento histórico, social e jurídico completamente diferente daquele em que a legislação foi criada? (Barreto; Brasileiro, 2023). Para responder ambos os questionamentos, elas trazem a definição de etarismo e apontam que talvez seja com essa visão, de preconceito e discriminações, que a legislação se configura.

Somado ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, mencionado anteriormente, frisa-se também a existência do princípio da não intervenção ou da liberdade (art. 1513, CC), que prevê a proibição da interferência de qualquer pessoa, sendo de direito público ou privado, na comunhão de vida instituída pelas famílias. Para Flávio Tartuce (2015):

Trata-se de consagração do princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família. O princípio é reforçado pelo art. 1.565, § 2.º, da mesma codificação, pelo qual o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito

Ao analisar este princípio juntamente com uma imposição legal de determinado regime de bens é possível ver que estão totalmente em desacordo.

Para Maria Berenice Dias, os demais incisos do art. 1641, CC, que impõem o regime da separação obrigatória de bens fazem mais sentido pois visam proteger o interesse de alguém (Dias, 2015); o inciso I, por exemplo impõe o regime da separação obrigatória ao casamento “das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento”. As causas suspensivas estão dispostas no art. 1523 CC:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Na visão da autora, a imposição nesses casos encontra justificativa, pois visa proteger os interesses dos envolvidos, no âmbito patrimonial. Porém, com relação aos idosos, existe uma presunção de incapacidade que não se justifica, presunção esta que não depende de nenhum outro requisito ou comprovação. E imposta única e exclusivamente em razão da idade, o que a autora chama de “presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental” (Dias, 2015).

Feitas tais considerações acerca dos princípios e os analisando juntamente com a doutrina é visível a forma inconstitucional da norma, a qual macula, de forma clara o direito à dignidade, e os princípios da igualdade e liberdade que, por sua vez, são direitos humanos fundamentais.

Somado aos princípios violados, traz-se também alguns conceitos elencados na Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas Idosas, elaborada em 2015. Conceitos estes que se mostram não observados na legislação brasileira, mais especificamente no dispositivo legal aqui analisado (art. 1641, II, CC).

De início, no seu artigo 2º, a Convenção dispõe que discriminação por idade:

Qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada na idade que tenha como objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em igualdade de condições dos direitos humanos e liberdades fundamentais na esfera política, econômica, social e cultural ou em qualquer outra esfera da vida pública e privada.

Cumprido ressaltar que a convenção traz 27 direitos aplicáveis e reconhecidos pelos Estados Membros da OEA, dentre eles, o direito à autonomia e à independência. O documento tem por objetivo assegurar a inclusão e participação das pessoas idosas, as quais devem ser tratadas com igualdade, de modo a garantir sua participação digna na sociedade⁵.

No conteúdo elaborado pela Organização Pan-Americana da Saúde, em 2023, que analisou a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, foi trazido também o conceito do envelhecimento ativo e saudável. As Nações Unidas definiram a década de 2021 a 2030 como década do envelhecimento saudável, isso porque, segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS, o número de pessoas idosas tende a aumentar consideravelmente, sendo que em 2030, uma a cada 6 pessoas terá 60 anos ou mais.⁶ Ainda, de acordo com o documento da OPAS, a população idosa deve dobrar até 2050 e triplicar até 2100.

Importante salientar que, com base nos direitos trazidos na convenção e com a análise da OMS sobre o aumento do envelhecimento da população mundial, deve-se legislar e adaptar a lei para o momento atual. De forma que, alguns dispositivos legais, fundados com base na realidade da época do Código Civil de 1916, e que encontram realidade diversa hoje em dia, devem sofrer manutenção, para que priorizem os direitos e princípios atuais.

4. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na mesma linha dos princípios e direitos violados e narrados nos capítulos anteriores, iniciou-se discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da constitucionalidade da norma em questão. No caso em tela (Recurso Extraordinário com Agravo - ARE 1309642), se discute acerca de uma relação de união estável iniciada quando um dos companheiros já tinha mais de 70 anos de idade. O processo trata-se de um inventário onde a viúva busca sua participação na divisão dos bens do companheiro falecido.

De início, o Juiz de Direito de primeira instância reconheceu o direito da companheira sobrevivente como herdeira. Os argumentos do magistrado foram de que a norma seria inconstitucional na medida em que fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Complementou sua decisão alegando que a pessoa com 70 anos ou mais possui capacidade plena, inclusive quando se trata de relações envolvendo o direito patrimonial (IBDFAM).

5 Organização Pan-Americana da Saúde. *A Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos como ferramenta para promover a Década do Envelhecimento Saudável*. Washington, DC: OPAS; 2023. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/57780/9789275726945_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

6 *Envelhecimento Saudável* - Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em <https://www.paho.org/pt/envelhecimento-saudavel>.

Já em segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em face do recurso interposto pelos demais herdeiros do companheiro falecido, derrubou a decisão do Juiz de primeira instância sob o argumento de que a intenção da norma é a de proteger as pessoas idosas de relações com fundo de interesse econômico e patrimonial, ou seja o Tribunal aplicou a literalidade do artigo da lei, visando proteger não apenas a pessoa idosa, mas seus herdeiros também.

Da decisão de segunda instância também houve recurso, desta vez da companheira, que levou a discussão para o STF onde pretende que seja reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo legal e, posteriormente, que o regime de bens aplicável à sua união estável seja o da comunhão parcial de bens.

Cabe salientar que o caso teve repercussão geral reconhecida pelo STF. Para visualizar melhor frisa-se que o instituto da repercussão geral cabe quando o recurso apresenta uma questão que é relevante não apenas para aquele caso em questão, mas também para a sociedade geral, por se tratar de temas relacionados com a economia, política e aspectos sociais e jurídicos.

Traz-se esse instituto para o caso em análise, considerando que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário por meio do tema 1.236, no qual é relator o ministro Luís Roberto Barroso, a justificativa para que fosse reconhecido como tema de repercussão geral foi a de que: “O STF reconheceu o impacto social, econômico, político ou jurídico de uma discussão, de modo que o Plenário (11 ministros reunidos) tomará uma decisão que será aplicada em todos os processos do país que tratam da mesma matéria.”

Quando do reconhecimento do tema 1.236 foram trazidos como base para análise da constitucionalidade diversos artigos da Constituição Federal, dentre eles: art. 1º, III, que diz respeito à dignidade da pessoa humana; Art. 230, que dispõe 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”.

A constitucionalidade do art. 1.641, II, CC será analisada à luz dos artigos supramencionados, bem como do art. 226 da CF:

Art. 22 6. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O processo foi julgado pelo STF no dia 01/02/2024 e reconheceu que o dispositivo legal em questão, se interpretado de maneira absoluta, viola princípios consolidados, como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade (ARE 1309642 Repercussão Geral – (Tema 1236))⁷. Insta salientar também a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou o reconhecimento da companheira como herdeira, e acolheu o recurso dos outros herdeiros, aplicando-se o art. 1641, II, CC:

Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a apresentação de plano de partilha pela inventariante, com observância da sistemática introduzida pelo RE nº 646.721/RS, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC. Irresignação. Regime da separação obrigatória de bens que, ao restrin-

gir a autonomia de vontade dos nubentes, busca proteger a pessoa idosa de casamentos realizados com exclusiva finalidade patrimonial. Inconstitucionalidade não configurada. Restrição legal que se aplica igualmente ao casamento e à união estável. Precedentes do STJ e desta Corte. Companheira que, no entanto, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união estável. Incidência da Súmula nº 377 do STF. Decisão reformada. Agravo provido.

Destaca-se também a decisão e os argumentos trazidos pelo juiz de primeiro grau, quando julgou inconstitucional a legislação aplicada ao caso:

Ademais, sobre a questão atinente ao artigo 1641, inciso II, do CC, observa-se que tal dis positivo é inconstitucional, já que fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional.

O contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. Desse modo, não há justificativa plausível para a mencionada limitação.

Ademais, tal restrição foi prevista para o casamento, sendo vedada a interpretação extensiva de norma restritiva de direitos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou nos termos da ementa acima mencionada e aplicou à união estável a regra da súmula 377, já explicada no capítulo 2.1 (página 05) deste trabalho, que é quando existe a comunicação dos bens desde que comprovado o esforço comum.

Na manifestação do relator, ministro Luís Roberto Barroso, que definiu o caso como repercussão geral foram ponderados dois lados na controvérsia do recurso em análise:

Por um lado, em favor da constitucionalidade da norma, sustenta-se que o legislador atuou com o objetivo de impedir a comunicação patrimonial em uniões familiares formadas sem bases afetivas consistentes, integradas por pessoas idosas e outras que tenham por objetivo principal a obtenção de vantagens econômicas. Nesse sentido, a intenção seria tutelar tanto o direito de propriedade dos maiores de setenta anos quanto o direito à herança de eventuais herdeiros, ambos protegidos nos termos do art. 5º, XXII e XXX, da Constituição. (Acórdão 30/09/2022 - ARE 1309642 RG / SP, Relator Min. Roberto Barroso) (Brasil, 2022)

Já o outro ponto observado pelo ministro e trazido na manifestação por ele proferida, o qual estaria de acordo com a pretensão da companheira sobrevivente e que consubstancia para o assunto abordado no presente trabalho seria o de que:

Por outro lado, em desfavor da constitucionalidade da norma, argumenta-se que, ao presumir de forma absoluta a incapacidade de maiores de setenta anos para decidir sobre o regime patrimonial aplicável às uniões familiares que contraírem, a regra interfere na autonomia desses indivíduos, sendo esse um aspecto que integra o conteúdo mínimo da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição). Levando-se em conta a elevação da expectativa de vida da população nas últimas décadas, a aplicação dessa regra potencialmente impediria a tomada de decisões por indivíduos plenamente conscientes de suas implicações. Assim, estariam em tensão os dispositivos que preveem a vedação à discriminação contra idosos, a proteção às uniões estáveis e o dever de amparo às pessoas idosas (arts. 3º, IV, 226, § 3º, e 230, da Constituição). (Acórdão 30/09/2022 - ARE 1309642 RG / SP, Relator Min. Roberto Barroso) (Brasil, 2022)

Foram reconhecidos, ainda, na manifestação do ministro, três aspectos que justificam a importância do julgamento e que o tornam digno de repercussão geral: o primeiro, aspecto social, na medida em que o regime de bens definido nas relações conjugais dos maiores de 70 anos tem impacto direto na sociedade brasileira, pois dizem respeito não só àquela relação em si, mas também em eventuais relações com terceiros interessados.

Outros dois aspectos trazidos foram:

- (ii) jurídico, porque a questão guarda relação com a interpretação e o alcance de normas constitucionais que asseguram especial proteção a pessoas idosas; e
- (iii) econômico, eis que a tese a ser fixada produzirá impacto direto nos regimes patrimonial e sucessório de maiores de setenta anos. (Acórdão 30/09/2022 - ARE 1309642 RG / SP, Relator Min. Roberto Barroso) (Brasil, 2022)

Dessa forma, conclui-se que a corte tem dois lados para analisar e pesar, onde vai contar com argumentos trazidos por ambas as partes e pelos chamados *amicus curiae* que atuam no processo (IBDFAM), que são: Ministério Público do Estado de São Paulo, Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e a Defensoria Pública da União (DPU).

5. EXPECTATIVA DE VIDA E O ENVELHECIMENTO SAUDÁVEL

O artigo 1.641, II, o qual tentou buscar uma “proteção” para a pessoa idosa, não acompanhou a evolução do envelhecimento ativo e saudável dos últimos anos, bem como o aumento da expectativa de vida, pois apresenta a antiga redação do Código Civil de 1916, em contraponto com a atual, considerando dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A redação do CC de 1916 era pautada com ainda mais desigualdade e preconceito porque estabelecia idades mínimas diferentes para imposição do regime da separação obrigatória, para homens a idade era de sessenta anos e para mulheres a idade era de cinquenta anos (IBDFAM).

Isso para que a regra da imposição legal alcançasse ainda mais cedo as mulheres, que como figura da época era vista como interesseira alcançando como vítimas os idosos. Sendo essa a redação legal daquele tempo:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do orfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395. embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453).

O CC de 2002, por sua vez, observa o princípio da igualdade e traz a mesma idade para ambos ao impor o regime, homens e mulheres. Ainda, somado aos princípios e direitos mencionados anteriormente, o inciso II do art. 1641 CC, parece estar em ainda mais desacordo quando analisado juntamente com os dados referente à expectativa de vida da população.

De acordo com o IBGE, por volta dos anos de 1900 a expectativa de vida era de 33,7 anos, tendo um aumento significativo quando comparado à 2014, que era de 75,4. Aumento este que se deu em razão da melhora de serviços médicos, melhoria da qualidade de vida, avanço da tecnologia no âmbito da medicina, entre outros fatores determinantes.

Somado ao aumento da expectativa de vida, a OMS trouxe o conceito de envelhecimento ativo e saudável, que se conceitua, através da Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (OEA), da seguinte forma:

Processo pelo qual se otimizam as oportunidades de bem-estar físico, mental e social; de participar em atividades sociais, econômicas, culturais, espirituais e cívicas; e de contar com proteção, segurança e atenção, com o objetivo de ampliar a esperança de vida saudável e a qualidade de vida de todos os indivíduos na velhice e permitir-lhes assim seguir contribuindo ativamente para suas famílias, amigos, comunidades e nações. O conceito de envelhecimento ativo e saudável se aplica tanto a indivíduos como a grupos de população. (OEA, 2015)

Desse modo, conclui-se que é uma idade em que se deve potencializar as oportunidades seja qual for a esfera da vida. Ainda, o termo “envelhecimento ativo” surge da necessidade de que, apesar da faixa etária, ainda continuem participando da sociedade no que tange a questões sociais, econômicas e culturais (Calmon, 2023).

Do exposto, os anos de 2021 a 2030 foram definidos pela OMS como a década do envelhecimento saudável, para colocar esse conceito em prática foram elencados quatro áreas de ação:

- mudar a forma como pensamos, sentimos e agimos com relação à idade e ao envelhecimento;
- garantir que comunidades promovam as capacidades das pessoas idosas;
- entregar serviços de cuidados integrados e de atenção primária à saúde centrados na pessoa e adequados à pessoa idosa; e
- propiciar o acesso a cuidados de longo prazo às pessoas idosas que necessitem.

No que se refere ao envelhecimento ativo e saudável, cabe salientar que se encontra previsto também na Constituição Federal onde dispõe que:

Art. 230. 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.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Ainda, para fins de consolidar melhor e de forma mais objetiva os princípios relacionados ao envelhecimento ativo e saudável, foi regulamentado, através do Decreto nº 9.921, de 2019

em seu artigo 21 a “Estratégia Brasil Amigo da Pessoa Idosa”. O artigo tem por objetivo incentivar as cidades e a população, no geral, a desenvolverem ações que busquem justamente o conceito trazido pela OMS, de envelhecer permanecendo ativo e saudável.

Interligando os objetivos citados acima com o dispositivo legal aqui analisado (art. 1.641, II, CC), objetivos estes que tem por fim promover um envelhecimento de forma ativa, nota-se que o dispositivo legal restringe a liberdade e, conseqüentemente, as pessoas idosas não possuem a mesma liberdade que as pessoas mais novas (Calmon, 2023). Notório que o exercício de direitos deve ser inerente à pessoa quando esta for totalmente capaz. O que diferencia a possibilidade ou não do exercício de direitos é a incapacidade (IBDFAM), que não é o caso das pessoas maiores de setenta anos, pelo menos não como regra.

Ademais, o disposto no art. 1.641, inciso II do Código Civil Brasileiro, segundo a autora Maria Berenice Dias (2015)

Mas, com relação aos idosos, há presunção juris et de jure de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.

De acordo com a autora, ainda, mais lógico seria então estipular como regra, nesses casos, o regime da comunhão parcial de bens, que é o regime que vigora quando não estipulado pelos cônjuges outro através de pacto antenupcial. Dessa forma, seriam evitadas injustiças na medida em que os bens adquiridos na constância do casamento seriam de ambos os cônjuges. Já, impor um regime onde mesmo os bens adquiridos durante o casamento são de apenas aquele cônjuge, abre brecha para possíveis injustiças que venham a surgir (Dias, 2015).

Do mesmo modo é o pensamento do professor Flávio Tartuce (2020)

(...) Sobre a afirmação de inconstitucionalidade do inc. II do art. 1.641, de fato, há posicionamento convincente na doutrina segundo o qual essa previsão é inconstitucional. A essa conclusão chegaram os juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil, conforme o Enunciado n. 125 do Conselho da Justiça Federal, que propõe a revogação da norma. Foram suas justificativas, com as quais se concorda integralmente: “A norma que torna obrigatório o regime o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico político da Carta Magna (art. 1, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”. (...) A justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros também não é plausível. Ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho, pois herdeiro não é profissão. (...)

Com relação à presente discussão, o entendimento dos ministros ao julgarem em 2024 o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 1309642) não foi diferente. A tese firmada foi a de que a separação obrigatória de bens prevista no artigo 1.641, II do código civil pode ser afastada mediante vontade das partes, devidamente manifestada e expressa por meio de Escritura Pública.

Os argumentos para fixação da tese foram principalmente pautados em razão do dispositivo violar princípios constitucionais, mais precisamente o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Nesse cenário, cito um trecho do voto do relator, ministro Luís Roberto Barroso:

(...) O art. 1.641, II, do Código Civil também contraria o princípio da igualdade (arts. 3º, IV, e 5º, caput, da Constituição), porque utiliza a idade como elemento de desequilíbrio entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se demonstrado que se trata de fundamento razoável para realização de um fim legítimo. Não é isso o que ocorre na hipótese, pois as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade mental, têm o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e a disposição de seus bens. princípio da igualdade (arts. 3º, IV, e 5º, caput, da Constituição), porque utiliza a idade como elemento de desequilíbrio entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se demonstrado que se trata de fundamento razoável para realização de um fim legítimo. Não é isso o que ocorre na hipótese, pois as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade mental, têm o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e a disposição de seus bens. (...). ARE 1309642 Repercussão Geral – (Tema 1236). Relator(a): Min. LUÍS ROBERTO BARROSO. Julgamento: 01/02/2024. Publicação: 02/04/2024)

Além de trazer os princípios acima citados em seu voto, o relator também citou a necessidade de combater o etarismo e teceu considerações sobre o envelhecimento da população brasileira, motivo pelo qual será necessária a adaptação do país com essa nova realidade, por meio de políticas públicas, de modo que o preconceito e discriminação com as pessoas idosas seja rechaçado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todo exposto, principalmente nos princípios e direitos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, e que há anos vêm se consolidando e evoluindo, conclui-se que a parte da legislação que impõe o regime da separação obrigatória de bens ao casamento (art. 1.641, II, CC) única e exclusivamente em razão da idade dos cônjuges está totalmente em desacordo com a realidade dos tempos atuais.

Conforme demonstrado, a expectativa de vida e o envelhecimento de forma saudável e com qualidade estão apresentando aumento e, com isso, deve o legislador adaptar-se às evoluções no que se refere aos idosos. É sabido que o envelhecimento saudável não se traduz apenas por cuidados médicos e atendimento preferenciais, por exemplo, mas também pelo tratamento dos idosos como seres que possuem autonomia, liberdade e igualdade perante à sociedade, ainda que contem com mais idade.

Quando se é retirado a opção de escolha, restringindo a autonomia e a liberdade de dispor sobre o seu patrimônio e escolher o regime de bens do casamento que mais se adequa à relação que possuem, seja qual for a idade e apenas em razão dela, sem observar qualquer outro aspecto, fere-se direitos e garantias amplamente consolidados nos dispositivos citados: Constituição Federal, Estatuto do Idoso e Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.

Ainda, para consubstanciar o assunto abordado neste trabalho, que apresentou um caso concreto, julgado pelo STF em fevereiro de 2024, onde a cônjuge pretendia justamente a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo do Código Civil, foi trazido também o julgamento do caso, com os principais pontos e argumentos lançados pelo ministro relator em seu voto.

Cabe salientar, inclusive, que o magistrado de primeiro grau do processo mencionado, em sentença, declarou a inconstitucionalidade do art. 1641, II do CC e reconheceu o direito da companheira.

Além disso, vários são os juristas que entendem pelo mesmo aspecto. Por tal motivo o tema foi objeto de tema de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. A constitucionalidade ou não do artigo já vem sendo alvo de debates há algum tempo, na I Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2002, os juristas participantes já elaboraram um enunciado no sentido de que fosse revogado o artigo.

Dessa forma, deve-se legislar observando não são os direitos e garantias da pessoa idosa, mas também ao atual momento que vivemos, onde uma pessoa de 70 anos é plenamente capaz de decidir sobre sua vida, devendo o Estado incentivar sua autonomia e liberdade e não restringi-las com um pensamento etarista.

Por fim, cabe salientar que a tutela e proteção do legislador se mostra necessária, mas para os casos em que o grupo em questão seja vulnerável e precise daquele amparo. Nos demais casos, a liberdade e igualdade devem prevalecer, de modo a garantir um envelhecimento digno, com autonomia para decidir sobre seus destinos, sem a interferência do Estado nas relações privadas.

O objetivo do legislador, ao impor tal restrição   pessoa idosa, até poderia fazer sentido no século passado, onde a medicina não tinha tanto avanço e a expectativa de vida era baixa, sendo comum o idoso não ter um envelhecimento saudável e, conseqentemente, seria um "alvo" mais fácil de possíveis relacionamentos interesseiros. Hoje em dia, entretanto, com os avanços médicos, científicos e tecnológicos, a pessoa idosa consegue desfrutar a vida de forma igual, e às vezes até melhor, às pessoas mais novas.

Dito isso, nota-se que a redação legal, em que pese busque a proteção da pessoa idosa, protegendo-as de golpes do ba  e de relacionamentos fundados em interesse econômico e patrimonial, está, na verdade, incentivando o etarismo e a discriminação, o que deveria ser repudiado pelo ordenamento jurídico.

A presente discussão traz à tona também o conceito de etarismo. Muitas vezes sofrido pelos idosos em diversas circunstâncias das suas vidas e no dia a dia.   vista disso e diante do apresentado, verifica-se a necessidade de o ordenamento jurídico legislar de forma justa e igualitária, com o intuito de construir uma sociedade livre de qualquer tipo de preconceito, inclusive àquele em razão da idade.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão; BRASILIERO, Luciana. *A não aplicabilidade extensiva do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos da união estável*. Regimes da separação de bens. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023. p. 239.

BRASIL. *Decreto nº 9.921, de 18 de julho de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática da pessoa idosa. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9921.htm. Acesso em: 2 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 out. 2023.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil de 1916. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Estatuto da Pessoa Idosa. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010*. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12344.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994*. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência*. 3 ago. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@CNOT=%27016702%27>. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Revista das jornadas do CJF: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1.pdf. Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Consulta Processual das Partes. ARE 1309642*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6096433>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema: 1236. Título: Regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1236>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Consulta Processual*, 30 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356350049&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Entenda - repercussão geral*, 4 set. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Entenda a discussão no STF sobre separação de bens em casamento de pessoa maior de 70 anos*, 18 out. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=516260&ori=1>. Acesso em: 25 nov. 2023.

CALMON, Patrícia Novais. *Direito das famílias e da pessoa idosa*. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

CALMON, Patrícia Novais. O direito à autonomia na escolha do regime de bens: entre idade e vulnerabilidade. *IBD-FAM*, 11 maio 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1976/O+direito+%C3%A0+autonomia+na+escolha+do+regime+de+bens%3A++Entre+idade+e+vulnerabilidade>. Acesso em: 25 nov. 2023.

CHAVES, Amanda de Paula. (In)constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil. Repercussão Geral acerca do Tema 1236 do STF: A separação obrigatória de bens seria um ato atentatório à dignidade humana? *ibdfam*, 12 dez. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1918/%28In%29constitucionalidade+do+artigo+1.641%28>

2C+II%2C+do+C%C3%B3digo+Civil.+Repercuss%C3%A3o+Geral+acerca+do+Tema+1236+do+STF%3A++A+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+de+bens+seria+um+ato+atentat%C3%B3rio+%C3%A0+dignidade+humana%3F#_ftnref2. Acesso em: 3 dez. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já! Comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 38. *Apud*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A mudança de regime de bens da separação obrigatória para comunhão parcial sob o enfoque das nuances das restrições ao direito de amar*. Regimes da separação de bens. Editora Foco, 2023. Indaiatuba, SP. p. 35.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias I*. 10. ecl. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice; RECHDEN, Ana Paula Neu; OPPERMANN, Marta Cauduro. *A presunção do esforço comum na separação obrigatória e a modulação de efeitos do ERESP 1.623.858/MG*. Regimes da separação de bens. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Envelhecimento saudável: acompanhamento em todas as fases da vida. *Gov.br*, 4 out. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/outubro/envelhecimento-saudavel-acompanhamento-em-todas-as-fases-da-vida>. Acesso em: 26 nov. 2023.

OEAs. *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos*. Washington, D.C., 2015. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/CIPM_POR.pdf. Acesso em: 26 nov. 2023.

OLIVEIRA, Niielmar de. I BGE: expectativa de vida dos brasileiros aumentou mais de 40 anos em 11 décadas. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 29 ago. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/ibge-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumentou-mais-de-75-anos-em-11> Acesso em: 26 nov. 2023

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Década do Envelhecimento Saudável 2020-2030*. 2020. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52902/OPASWBRAFPL20120_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 2 dez. 2023.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *A Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos como ferramenta para promover a Década do Envelhecimento Saudável*. Washington, DC: OPAS, 2023. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/57780/9789275726945_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 nov. 2023

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Envelhecimento Saudável*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/envelhecimento-saudavel>. Acesso em: 12 nov. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A mudança de regime de bens da separação obrigatória para comunhão parcial sob o enfoque das nuances das restrições ao direito de amar*. Regimes da separação de bens. Editora Foco, 2023. Indaiatuba, SP. p. 33.

SANTOS, Bernadete Schleder dos. A inconstitucionalidade da súmula 655 do STJ. *IBDFAM*, 13 nov. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1905/A+inconstitucionalidade+da+s%C3%BAmula+655+do+STJ>. Acesso em: 26 nov. 2023

STF : julgamento da imposição de regime de bens para maiores de 70 anos começa hoje (18). *IBDFAM*, 18 out. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11253/STF%3A+julgamento+da+imposi%C3%A7%C3%A3o+de+regime+de+bens+para+maiores+de+70+anos+come%C3%A7a+hoje+%2818%29>. Acesso em: 26 nov. 2023.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/03/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 25/03/2024
- Avaliação 1: 26/10/2024
- Avaliação 2: 08/01/2025
- Decisão editorial preliminar: 08/01/2025

- Retorno rodada de correções: 19/01/2025
- Decisão editorial/aprovado: 24/01/2025

Equipe editorial envolvida

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

DIREITOS DAS FAMÍLIAS: EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO CIVIL

FAMILY RIGHTS: EXISTENCE OF A STABLE
UNION PARALLEL TO CIVIL MARRIAGE

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO¹
KEREN DA SILVA ALCÂNTARA²
LUDMILA AREDES BRANDÃO³

RESUMO

O estudo examina a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a coexistência de união estável com o casamento civil. A pesquisa foca na Apelação Cível n. 0310137-76.2015.8.24.0008, na qual o tribunal reconheceu uma união estável pós-morte, conferindo direitos à pensão à mulher que alegava um relacionamento de quarenta anos com um homem casado. A análise envolveu uma abordagem metodológica baseada em pesquisa bibliográfica e exploratória, além de exame dos textos legais e jurisprudência do TJSC. Destacou-se a aplicação dos requisitos legais para reconhecimento da união estável, como coabitação e convivência pública, contínua e duradoura. Além disso, enfatizou-se a relevância da afetividade, do princípio da boa-fé objetiva e da evolução das relações familiares na interpretação e decisão judicial. A pesquisa concluiu pela necessidade de reconhecer as novas formas de família e garantir seus direitos, mesmo diante de situações desafiadoras.

Palavras-chave: uniões estáveis paralelas; jurisprudência; afetividade; evolução das relações familiares.

ABSTRACT

The study examines the jurisprudence of the Santa Catarina Court of Justice regarding the coexistence of stable union with civil marriage. The research focuses on the Appeal Case No. 0310137-76.2015.8.24.0008, in which the court recognized a post-mortem stable union, granting pension rights to the woman who claimed a forty-year relationship with a married man. The analysis involved a methodological approach based on bibliographical and

- 1 Pós-Doutor em Direito pelo PPGD da Universidade FUMEC. Pós-Doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pelo PPGD/FUMEC. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD/FUMEC). Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum (2020-Atual). Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde FCH/FUMEC, na Graduação em Direito. Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado do CONPEDI. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor na Pós-Graduação da EJEF/TJMG (2022-Atual). Membro do Conselho Consultivo da EJEF/TJMG. Chefe de Gabinete da Presidência do TJMG. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com.
- 2 Mestranda em Direito no PPGD na Universidade FUMEC. Graduada em Direito pela Faculdade Unifenas Unidade Itapoã. Graduação em Teologia pela Faculdade de Teologia Hokemah (2014). Atualmente é Assistente de Direção Superior do TJMG. Associada do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/4659064061370333>. E-mail: keren.17@hotmail.com.
- 3 Pós-graduanda em Direito Público pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Especialista em Relações Econômicas Externas da União Europeia, pela Universidade de Coimbra. Coordenadora de Área do TJMG. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/6229662119969620>. E-mail: aredes96@hotmail.com.

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

RIBEIRO, Adriano da Silva; ALCÂNTARA, Keren da Silva; BRANDÃO, Ludmila Aredes. Direitos das famílias: existência de união estável paralela ao casamento civil. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 250-256, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i1.9915>.

exploratory research, as well as examination of legal texts and jurisprudence of the TJSC. The application of legal requirements for recognizing stable union, such as cohabitation and public, continuous, and lasting coexistence, was highlighted. Furthermore, the relevance of affection, the principle of objective good faith, and the evolution of family relationships in judicial interpretation and decision-making were emphasized. The research concluded on the need to recognize new family forms and ensure their rights, even in challenging situations.

Keywords: parallel stable unions; jurisprudence; affectivity; evolution of family relations.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a compreensão da existência de união estável paralela ao casamento civil à luz do Direito das Famílias, mediante comentário a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). Justifica-se, dessa forma, com base no atual cenário da sociedade brasileira, bem assim as realidades vividas pelas pessoas e a afetividade, a resultar na evolução das relações e relacionamentos familiares.

Nesse contexto, busca-se identificar e entender o fundamento adotado pelos julgadores para decidir pelo reconhecimento da união estável simultânea ao casamento na Apelação Cível n. 0310137-76.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil (Brasil, 2020).

Para o desenvolvimento deste comentário utiliza-se a pesquisa bibliográfica e exploratória, bem como exame dos textos legais e a jurisprudencial do TJSC.

Estrutura-se este comentário a jurisprudência, a partir da apresentação do caso. Na seqüência, a análise e comentários. A seguir, as considerações finais.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO/JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência selecionada no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, qual seja, a Apelação Cível n. 0310137-76.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 02-07-2020 reconheceu a existência de união estável com consequente direito à pensão, a partir do pedido de uma mulher que afirmou ter se relacionado por quarenta anos com um homem casado, também falecido.

Para melhor compreensão da decisão, apresenta-se a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. PRETENZA REFORMA DO JULGADO. REJEIÇÃO. INSTITUTO NÃO CARACTERIZADO. RELAÇÃO APÓS SEPARAÇÃO JUDICIAL. MERO ENVOLVIMENTO PATRIMONIAL INCAPAZ DE EVIDENCIAR A FORMAÇÃO DE NOVO ARRANJO FAMILIAR. PROVA ORAL FRÁGIL. DOCUMENTOS ACOSTADOS NA PETIÇÃO INICIAL, OUTROSSIM, REFERENTES A LAPSO TEMPORAL IRRELEVANTE. NASCIMENTO, ADEMAIS, DE FILHO DO FALECIDO COM OUTREM. IMPOSSIBILIDADE DE UNIÕES ESTÁVEIS EM PARALELO. INCERTEZA QUANTO À VIDA EM COMUM NO PERÍODO RECLAMADO. ÔNUS QUE INCUMBIA À APELANTE. INTELIGÊNCIA DO ART.

1.723, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. JULGADO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. - "O ordenamento jurídico estabelece como pressupostos ao reconhecimento da união estável: [...] (b) coabitação; (c) convivência pública, contínua e duradoura; e, (d) o objetivo de constituir família. '(TJSC, Apelação Cível n. 2015.016275-3, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa)" (TJSC, Apelação Cível n. 0304749-54.2015.8.24.0054, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber). - "O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída' (REsp 1454643/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze) (AC n. 0001906-83.2013.8.24.0015, rel. Des. André Carvalho)" (TJSC, Apelação Cível n. 0011301-16.2013.8.24.0075, rel. Des. Carlos Roberto da Silva). - "Ressalvadas as uniões estáveis de pessoas casadas, mas de fato separadas, uma segunda relação paralela ou simultânea ao casamento ou a outra união estável é denominada concubinato e não configura uma união estável, como deixa ver estreme de dúvidas o artigo 1.727 do Código Civil." (MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15 e ss). - "Tem-se dito reiteradas vezes que a importância constitucional conferida às entidades familiares constituídas por uniões estáveis e os relevantes direitos atribuídos aos conviventes, na esfera pessoal e patrimonial, exigem que os requisitos de convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família estejam palpitantes na prova dos autos, não se podendo declarar a união estável em situações dúbias, contraditórias, ou em que a prova se mostre dividida - esta prova não há nos autos" (TJRS, Apelação Cível n. 70053975140, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos). (TJSC, Apelação Cível n. 0310137-76.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 02-07-2020). (Brasil, 2020)

Da leitura ementa, já se observa a utilização na fundamentação de julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Mas, anote-se que a configuração da união estável como entidade familiar está prevista no Código Civil, artigos 1.723 e 1.724 (Brasil, 2002). Os requisitos, assim, na relação afetiva formada, devem estar presentes.

A seguir, é possível compreender o cotejo da doutrina, da legislação e do julgado selecionado.

3. ANÁLISE/COMENTÁRIOS

Para comentar o caso apresentado, importante fixar os conceitos de Direito das Famílias, bem assim entidade familiar e famílias paralelas.

O termo "Direito das Famílias" significa diversidade de famílias, a família deixou de ter sua figura singular para ter uma figura plural. Para Maria Berenice Dias: "é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenham a formação que tiver" (Dias, 2020, p. 44).

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, o sentido de família, também considerada entidade familiar, "é gênero que comporta duas espécies, em sua constituição":

a família conjugal e a família parental. A conjugal é aquela que se estabelece com base em uma relação afetiva, envolvendo sexualidade e pode advir daí filhos, ou não. Pode ser heteroaferiva ou homoafetiva, pelo casamento ou união estável, simultânea à outra, quebrando o princípio da monogamia, ou não; a família parental é aquela que decorre de formação de laços consanguíneos ou socioafetivos. Pode ser por inseminação natural ou artificial, geradas em útero próprio ou de substituição (barriga de aluguel) (Pereira, 2023, p. 17).

Afirma Ana Martins Costa que o Código Civil, “no tocante ao Direito de Família, apresentou em seu texto, a partir de 2002, algumas alterações significativas; todavia, é preciso mais”. Salienta, ainda, que “o Direito de Família de hoje carece de maior repersonalização e despatriarcalização, arrimado na valorização do ser humano, por meio de sua dignidade”. Portanto, “reconhecendo-se as novas construções familiares já existentes, a fim de minar as díspares interpretações, comentários e emendas sobre suas repercussões jurídicas” (Costa, 2011, p. 334).

Quanto ao tema, são defensores Giselda Hironaka e Flávio Tartuce: “As famílias paralelas estão presentes quando se constata a presença de mais de um vínculo marcado com o objetivo de constituir família” (Hironaka; Tartuce, 2015, p. 417).

Nesse contexto, volvemos ao caso, cuja ementa foi citada anteriormente, para anotar que a autora manteve relacionamento durante quase meio século com um homem casado. Com o falecimento do homem, a autora ajuizou o reconhecimento da união estável e o direito à partilha dos bens deixados pelo *de cujus*.

A sentença de primeiro grau confirmou o interesse e a proteção de ambas as células familiares, que foi confirmada na Apelação Cível n. 0310137-76.2015.8.24.0008, de rel. Rubens Schulz, que destacou o formalismo legal não deveria prevalecer sobre a situação fática. Justificou, ainda, ter havido a comprovação da estabilidade, reconhecimento público da união e coabitação. Dessa relação familiar foi gerada uma filha, o que claramente demonstrou existir união estável paralela ao casamento civil, mesmo havendo vedação legal.

Para Tatiana Rodrigues, o julgado do TJSC, “a questão da existência de relações simultâneas vai muito além”. Destaca, ainda, que “a realidade fática e caráter afetivo das relações deve ser levado em consideração, para, inclusive, não permitir que relações reais tenham seus efeitos jurídicos negados por conceitos legais não atualizados com a realidade” (Rodrigues, 2020, p. 2).

Importante anotar que, embora a questão, ainda controversa na doutrina e na jurisprudência, é fundamental proteger a família e suas novas formas, bem assim garantir os efeitos jurídicos.

Explica Ana Surany Martins Costa, nesse contexto, que “a ciência jurídica reconhece” “apenas no caso da mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do esposo/convivente, sendo tais relações resolvidas na seara do direito obrigacional”. Entende a autora: “não se propõe a defesa da poligamia, mas sim da boa-fé do novo grupo familiar”, que foi “surgido à margem daquele originário”. Logo, “não obstante serem consideradas uniões adulterinas”, a família paralela, ou melhor, as famílias paralelas encerram em si, “embora de modo não ortodoxo, relações de afeto, gerando, inevitavelmente, efeitos na esfera jurídica” (Costa, 2011, p. 330).

Para tanto, sustenta a existência da família paralela, Ana Martins Costa, pois, “um dos integrantes participa como cônjuge/convivente de mais de uma família concomitantemente” (Costa, 2011, p. 329).

E para garantir os efeitos jurídicos do reconhecimento, a boa-fé objetiva, considerada princípio fundamental no direito privado, aplicada no campo contratual/obligacional (art. 422 do Código Civil), e também no direito das famílias. É o que ensina Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

Não obstante a tendência doutrinária e jurisprudencial de direcionar o princípio da boa-fé objetiva para o campo contratual, por tudo que se sustentou, é forçoso concluir que o referido princípio encontra grande reflexo nas relações jurídicas que não sejam de cunha meramente negocial e que envolva interesse “suprapessoais”. É, pois, em vínculos jurídicos envolvam valores relacionados ao bem comum e de caráter personalíssimo, tais como as relações familiares que o dever de cooperação e a preservação da confiança alheia se fazem ainda mais necessária (Gurgel, 2018, p. 122).

Assim, fixa-se que o entendimento de que a boa-fé objetiva se aplica nas relações familiares permite assegurar o reconhecimento de direitos, o conhecimento e a concordância expressa ou tácita dos envolvidos nas uniões paralelas. Logo, deve-se admitir a necessidade de reconhecer as famílias paralelas, principalmente quando pautadas no princípio da boa-fé.

Evidencia Tatiana Rodrigues que “a boa-fé e a comprovação dos demais requisitos da união estável não de garantir às pessoas envolvidas os efeitos jurídicos decorrentes dessa união, a despeito do disposto na legislação vigente” (Rodrigues, 2020, p. 3). Defende, ainda, quanto às decisões judiciais “que os Tribunais estão cada vez mais atentos às peculiaridades apresentadas em cada caso, buscando decidir com base na boa-fé, solidariedade, afetividade, liberdade, igualdade para garantir efetividade jurídica a esses novos arranjos familiares” (Rodrigues, 2020, p. 3).

Ressalta-se, a propósito do afeto, que é de fundamental valor para a vida social e familiar. Assim orienta Cleber Affonso Angeluci:

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. A compreensão desse valor nas relações do Direito de Família leva à conclusão de que o envolvimento familiar não pode ser considerado somente do ponto de vista patrimonial individualista. Há a necessidade de ruptura dos paradigmas até agora existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto é elemento relevante, a ser observado na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (Angeluci, 2006, p. 48).

Defende-se, assim, a relevância jurídica do afeto, elemento de valor para as famílias e a relação na sociedade.

E, no caso examinado, reconhecer a realidade e o que acontece nas muitas famílias brasileiras é efetivamente fazer justiça e garantir a equalização dos interesses entre as partes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se analisar a decisão proferida na Apelação Cível n. 0310137-76.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil (Santa Catarina, 2020), foi necessário aplicar do princípio da afetividade, visto que houve comunhão afetiva e vínculo íntimo e duradouro.

Analisou-se o mencionado recurso de Apelação Cível do TJSC, também, sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva, vez que ambas as famílias não sabiam da existência uma da outra, ou seja, a companheira acreditava na união legal que convivia com o companheiro. O Direito das Famílias, portanto, é voltado tanto para dignidade da pessoa humana quanto para igualdade.

Nesse sentido, compreende-se a necessidade do reconhecimento das famílias paralelas, sendo assim, tendo a possibilidade de atribuir efeitos jurídicos. Na relação familiar das famílias paralelas, o sentimento maior é o de cuidar entre os envolvidos, seja com ações de amor, solidariedade, respeito, compaixão e responsabilidade. Tudo a evidenciar o afeto e amor nas uniões e relações familiares.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 48, 2006 .

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: 18 fev. 2024.

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: 20 fev. 2024.

BRASIL . Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Processo: 0310137-76.2015.8.24.0008* (Acórdão do Tribunal de Justiça). Relator: Rubens Schulz. Origem: Blumenau. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil. Julgado em: 2 de julho de 2020. Juiz Prolator: Edson Marcos de Mendonça. Classe: Apelação Cível. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 12 fev. 2024.

COSTA, Ana Surany Martins. Os novos arranjos familiares que alteram afeição da família tradicional à luz do Direito Civil: O afeto como bem jurídico. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 100, p. 317-342, jul./set. 2011. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/160>. Acesso em: 27 fev. 2024.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2022 .

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018 . Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8093/1/Fernanda%20Pessanha%20do%20Amaral%20Gurgel.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2024.

HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio. Famílias contemporâneas (pluralidade de modelos). In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (coord). *Dicionário de direito de famílias*. São Paulo: Atlas, 2015. v. I.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. 2022 .

PEREIRA, Rodrigo da C. *Direito das Famílias*. Grupo GEN, 2023. Disponível em: Minha Biblioteca (4th edição).

RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. Justiça reconhece união estável simultânea ao casamento. *Editora B18* , 7 set. 2020. Disponível em: <https://www.b18.com.br/justica-reconhece-uniao-estavel-simultanea-ao-casamento/>. Acesso em: 12 fev. 2024.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 13/03/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/03/2024
- Avaliação 1: 13/03/2024
- Avaliação 2: 13/03/2024

- Decisão editorial preliminar: 13/03/2024
- Retorno rodada de correções: 13/03/2024
- Decisão editorial/aprovado: 13/03/2024

Equipe editorial envolvida

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