



MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ

COORDENADORES
LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM
GILBERTO GLACIOIA
RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA
EDUARDO CAMBI

ORGANIZADORES
ANDERSON RICARDO FOGAÇA
ADRIANE GARCEL
HELOÍSA BAGATIN CARDOSO



DIREITO, INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE

Estudos em homenagem
ao Jurista René Ariel Dotti



**CÚPULA DIRETIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ
BIÊNIO 2023/2024**



Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen
PRESIDENTE



Desa. Joeci Machado Camargo
1ª VICE-PRESIDENTE



Des. Fernando Antônio Prazeres
2º VICE-PRESIDENTE



Des. Hamilton Mussi Corrêa
CORREGEDOR-GERAL
DA JUSTIÇA



Des. Roberto Antônio Massaro
CORREGEDOR DA JUSTIÇA

COORDENAÇÃO



Luiz Fernando Tomasi Keppen



Gilberto Giacoia



Ramon de Medeiros Nogueira



Eduardo Cambi

ORGANIZAÇÃO



Anderson Ricardo Fogaça



Adriane Garcel



Heloísa Bagatin Cardoso

Valdemir Paiva
EDITOR-CHEFE

Éverson Ciriaco
DIREÇÃO EDITORIAL

Katlyn Lopes
DIREÇÃO EXECUTIVA

Victor Malucelli
EDITOR DE RELACIONAMENTO

Paula Zettel
DESIGN DE CAPA

Jhonny Alves dos Reis
DIAGRAMAÇÃO E PROJETO GRÁFICO

Adriane Garcel
REVISÃO

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
BIBLIOTECÁRIA: MARIA ISABEL SCHIAVON KINASZ, CRB9 / 626

D598 Direito, inovação e sustentabilidade: estudos em homenagem ao Professor René
Ariel Dotti [recurso eletrônico] / coordenação de Luiz Fernando Tomasi Keppen
... [et al.] - 1.ed. - Curitiba: Editorial Casa, 2023.
1060p.: il., 23cm

Vários colaboradores
ISBN 978-65-5399-493-5

1. Direito. 2. Inovação. 3. Sustentabilidade. I. Keppen, Luiz Fernando Tomasi
(coord.). II. Paraná. Ministério Público. III. Escola Superior do MPPR. IV. Academia
Paranaense de Letras Jurídicas.

CDD 340.1 (22.ed)
CDU 340

1ª edição – Ano 2023

Copyright © Editorial Casa, 2023

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

É proibida a reprodução total ou parcial, mediante quaisquer meios, sem a expressa
anuência desta editora.

Não encontrando nossos títulos na rede de livrarias conveniadas e informadas em nosso
site, contatar o Editorial Casa.



Praça Generoso Marques, 27, 14º andar - Centro | CEP 80020-230 | Curitiba-PR
Telefone: (55) (41) 3264-9696 | E-mail: contato@editorialcasa.com.br
www.editorialcasa.com.br



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



Escola
Superior
do MPPR



TJPR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



Direito, Inovação e Sustentabilidade

Estudos em homenagem ao
Professor René Ariel Dotti

2023 | Curitiba



AUTORES

Accácio Cambi
Adriane Garcel
Adriano Vottri Bellé
Agenor de Lima Bento
Alberto Luiz Hanemann Bastos
Alejandro Knaesel Arrabal
Aletheia Cristina Biancolini D'Ambrosio
Alexandre Blank
Alexandre Jarschel de Oliveira
Alexandre Nasser de Melo
Ana Carla Karmatiuk Matos
Ana Cristina Cremonezi
Anderson Ricardo Fogaça
Andrea Fabiane Groth Busato
André Luiz Pereira Spinieli
Antonio Evangelista de Souza Netto
Berenice Miranda Batista
Bruno Freire Moura
Carla Graia Correia
Carla Noura Teixeira
Cibele Fernandes Dias
Clayton Maranhão
Clayton Reis
Cleston Augusto de Lima Franco
Cláudio Smirne Diniz
Cristiane Santos Leite
Cynthia Peluzzo de Oliveira
Daniela Daijane de Souza Leal
Douglas Alexander Prado
Eduardo Cambi
Eduardo de Oliveira Leite
Elcio Domingues da Silva
Felipe Cazuo Azuma
Fernando Gustavo Knoerr

Flavia Piva Almeida Leite
Flávia Jeane Ferrari
Francisco Cardozo Oliveira
Francisco Takmony Fernandes Dantas
Fredson Bernardo da Silva
Gessuelyton Mendes de Lima
Gregório Mehler Nadolny
Gustavo Calixto Guilherme
Gustavo Rabay Guerra
Helio José Cavalcanti Barros
Heloísa Bagatin Cardoso
Heloísa Regina Gazzoni
Henrique Kurscheidt
Heron Ferreira da Silva
Hirmínia Dorigan de Matos Diniz
Humberto Lucas Almeida
Jenyfer Michele Pinheiro Leal
Jorge Hector Morella Junior
José Eduardo De Resende Chaves Júnior
José Ivan Veras do Nascimento
José Laurindo de Souza Netto
José Sebastião Fagundes Cunha
João Victor Nardo Andreassa
Juliana de Carvalho Fontes
Juliana Leticia Suttilli Carniel
Juliano Jaronski
Julson Arantes
Júlia de Oliveira Mariano
Karen Paiva Hippertt
Klaus Almeida Struecker
Leonardo Raphael Carvalho de Matos
Liége Novaes Marques Nogueira
Lucca Groth Busato
Luciana de Aboim Machado
Luiza Andreza Camargo de Almeida
Luiz Antonio Ferreira
Luiz Eduardo Gunther
Luiz Fernando Tomasi Keppen

Maiara Prestes
Marcianita Lopata de Lima
Mariele Zanco Laismann
Mateus Simioni de Bittencourt
Michelle Aparecida Ganho Almeida
Miguel Kfoury Neto
Patrícia Précoma Pellanda
Paulo Cesar de Lara
Paulo Junior Trindade dos Santos
Pedro Triches Neto
Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha
Priscilla Garbelini Jaronski
Pâmela Adriéle Pertile dos Passos
Pâmella Cunha Lima
Rachel Lopes Queiroz Chacur
Ramon de Medeiros Nogueira
Ricardo Raposo Xavier Leite
Roberto Portugal Bacellar
Rogéria Fagundes Dotti
Sandro Gorski Silva
Silvana Aparecida Plastina Cardoso
Tiago Gagliano Pinto Alberto
Valmir César Pozzetti
Vinicyus Rodolfo Wiggers
Zulmar Fachin



APRESENTAÇÃO

A obra *Direito, Inovação & Sustentabilidade*, organizada e coordenada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pelo Ministério Público do Estado do Paraná, por intermédio de suas Escolas Judiciais, com o apoio da Academia Paranaense de Letras Jurídicas – APLJ, tem como objetivo contribuir para a análise e discussão da aplicação de temas jurídicos atuais e polêmicos, com destaque para os direitos e garantias fundamentais, funcionamento e eficiência das instituições que compõem o sistema de justiça, bem como da importância do conhecimento para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Para além disso, o trabalho conta com a participação de Ministros, Desembargadores, Procuradores, Advogados e renomados Acadêmicos que atendendo ao chamado para publicação no livro em homenagem ao Professor René Ariel Dotti, tornaram possível a reunião em uma obra única artigos elaborados a partir de suas experiências acadêmicas, teóricas e práticas de autores, pesquisadores e profissionais com vivência institucional e domínio da temática proposta. Ao mesmo tempo que dissemina o conhecimento, a prática e a cultura jurídica ordenados e acumulados pelos autores e suas reflexões, com ênfase na atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da advocacia, presta uma singela homenagem ao Professor René Ariel Dotti, por toda sua contribuição acadêmica e profissional.

René Ariel Dotti nasceu em Curitiba no dia 15 de novembro de 1934, filho de Gabriel Dotti (pintor) e Adelina Zulian Dotti (costureira). Teve toda a sua formação em escolas públicas. Graduou-se em direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR em 1958. Logo em seguida tornou-se professor da disciplina de Direito Penal na mesma universidade, tendo exercido o magistério durante mais de 40 anos (de 1962 a 2004, quando se aposentou). Ao longo de sua trajetória acadêmica, foi aprovado em quatro concursos de provas e títulos: Professor Auxiliar (1966-1970), Professor Assistente (1970-1979), Professor Adjunto (1979-1981) e Professor Titular (1981-2004).

Com a obra *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, classificou-se em 1º lugar no Concurso Nacional de Letras Jurídicas, promovido pela Secretaria da Justiça do Paraná e o jornal *Gazeta do Povo*, em 1978, cujo prêmio (De Plácido e Silva) foi outorgado por Comissão presidida pelo Ministro do STF, Oswaldo Trigueiro, e da qual participaram, entre outros, o ex-ministro Seabra Fagundes, o juriconsulto Miguel Reale e os mestres Washington de Barros Monteiro e Benjamin de Moraes Filho. Integrou o Conselho Diretor do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Foi vice-presidente da Associação Internacional do Direito Penal (com sede em Paris) e membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Atuou também como magistrado do TRE-PR.

Foi coautor do projeto de reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro e também da Lei de Execução Penal do Brasil (Leis no 7.209 e 7.210, de 11.07.1984) além de relator do anteprojeto da nova Lei de Imprensa.

René Dotti sempre teve uma profunda ligação com as artes. Frequentou aulas de teatro na juventude, para superar dificuldades de comunicação, tornando-se um grande admirador das artes cênicas. Atuou como crítico de teatro e de literatura. Foi ainda Secretário de Estado da Cultura no Paraná, durante o Governo Álvaro Dias (1987-1991).

Em junho de 2004, recebeu o título de Cidadão Emérito de Curitiba, concedida pela Câmara Municipal. Pouco tempo depois, em 19 de outubro de 2006, foi agraciado com a Medalha Vieira Neto pela OAB/PR, concedida a cada três anos ao advogado que tenha prestado relevantes serviços à Justiça, ao Direito e à Advocacia. Recebeu também o título de Sócio Benemérito do Instituto dos Advogados do Paraná. Em 2007, por proposta do Deputado Osmar Serraglio, recebeu a Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados, pela sua contribuição aos trabalhos de reforma do sistema penal, processual e penitenciário, em comissões do Ministério da Justiça, entre os anos de 1978 a 2000. Em setembro de 2011, recebeu ainda a Medalha Santo Ivo, concedida pelo Instituto dos Advogados Brasileiros.

Entre outros trabalhos, publicou: Reforma Penal e Penitenciária; A Proteção Penal do Meio Ambiente; Bases Alternativas para o Sistema das Penas; Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação, Reforma Penal Brasileira, Casos Criminais Célebres e Curso de Direito Penal Parte Geral, este atualmente na 8ª edição. Na área literária colaborou em jornais e revistas com artigos, crônicas e contos. Seu interesse pelo aperfeiçoamento do Direito reflete-se na copiosa produção intelectual que compõe sua bibliografia. Assumiu a cadeira nº 03 na Academia Paranaense de Letras, em 14 de setembro de 1992 e a cadeira nº 23 na Academia Paranaense de Letras Jurídicas, em 04 de novembro de 1998.

Faleceu em 11 de fevereiro de 2021, aos 86 anos.

Curitiba, 20 de janeiro de 2023.



Gilberto Giacoia

Procurador-Geral de Justiça



Eduardo Augusto Salomão Cambi

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

SUMÁRIO

PREFÁCIO 19

OS PODERES DO JUIZ NA CONDUÇÃO E DIREÇÃO DO PROCESSO E OS REQUISITOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 21

Accácio Cambi

A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E AS VIOLAÇÕES NA *INTERNET*: LIÇÕES DE RENÉ DOTTI E A ORIENTAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES. 37

Rogéria Fagundes Dotti

APLICAÇÃO E LIMITES DA TEORIA ECONÔMICA DO DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO 49

Andrea Fabiane Groth Busato, Clayton Reis, Miguel Kfourri Neto

TOMADA DE DECISÃO E FILOSOFIADAMENTE: ALGUMAS CORRELAÇÕES FÁTICAS ATUAIS 68

Tiago Gagliano Pinto Alberto

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE DA DECISÃO PARADIGMÁTICA DO STF NA ADI 6.387-DF 88

Zulmar Fachin

A PERMANENTE REVISÃO DOS ESPAÇOS DE CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PARÂMETROS E SUBSÍDIOS DO PROCESSO ESTRUTURAL 104

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz, Cláudio Smirne Diniz

MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS: AS DISPUTAS RESULTANTES DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM EM BRUMADINHO 122

Roberto Portugal Bacellar, Adriane Garcel, Karen Paiva Hippertt, Luiz Antonio Ferreira

MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS	147
Ramon de Medeiros Nogueira, Alexandre Nasser de Melo, Humberto Lucas Almeida	
O PODER JUDICIÁRIO E O AGRONEGÓCIO: A POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS AGRÁRIOS	160
Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel	
O PROCESSO CONTEMPORÂNEO E O OFICIAL DE JUSTIÇA FRENTE À AUTOCOMPOSIÇÃO E À COMUNICAÇÃO DIGITAL	173
Adriano Vottri Bellé	
A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E O SISTEMA BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	187
Agenor de Lima Bento	
VICTOR, SÓCRATES E OS AUTÔMATOS JUDICIAIS: REFLEXÕES SOBRE A (IN)VIABILIDADE DO USO DE INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS PARA A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES	204
Alberto Luiz Hanemann Bastos	
A POSIÇÃO DO FISCO NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS: EXIGÊNCIA DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO	225
Aletheia Cristina Biancolini D'Ambrosio	
A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E A REFORMA TRABALHISTA	239
Alexandre Blank	
MITIGAÇÃO DA NATUREZA INQUISITIVA DO INQUÉRITO CIVIL – A NECESSIDADE DE ADEQUAR OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS AO DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO	255
Ana Cristina Cremonesi	
POLÍTICA, DISCRIMINAÇÃO E VULNERABILIDADES SOCIAIS: NOTAS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA DEFICIÊNCIA	273
André Luiz Pereira Spinieli, Flavia Piva Almeida Leite	

**ANALISE DA PROTEÇÃO DA FAUNA AQUÁTICA À LUZ DA
LEI DE CRIMES AMBIENTAIS E JURISPRUDENCIAS DOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS 286**

Antonio Evangelista de Souza Netto, Valmir Cesar Pozzetti, Flávia Jeane Ferrari,
Gessuelyton Mendes de Lima

**A GARANTIA DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES
RELATIVAS AO AMBIENTE COMO INSTRUMENTO DE
UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL 305**

Berenice Miranda Batista, Ricardo Raposo Xavier Leite, Juliana de Carvalho Fontes,
Valmir César Pozzetti

**MEDIAÇÃO ONLINE COMO FORMA SUSTENTÁVEL DE
ACESSO A JUSTIÇA 325**

Carla Noura Teixeira, Douglas Alexander Prado

**REFLEXÕES SOBRE A MODULAÇÃO TEMPORAL
DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 346**

Cibele Fernandes Dias, Alexandre Jarschel de Oliveira,
Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha

**A RELAÇÃO ENTRE O FUNDO MONETÁRIO INTERNA-
CIONAL E A EFETIVIDADE DE DIREITOS NO BRASIL 357**

Cynthia Peluzzo de Oliveira, Francisco Cardozo Oliveira

**A INSEGURANÇA JURÍDICA NO JULGAMENTO DAS
ADCS 43, 44 E 54: IMPOSSIBILIDADE DE OVERRULING DO
ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF SOBRE A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA 373**

Cleston Augusto de Lima Franco

**NOVAS TÉCNICAS DE CONTROLE DE CONSTITU-
CIONALIDADE E O CONSEQUENCIALISMO NA DECISÃO
JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO PRAGMATISMO EM
DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 394**

Cristiane Santos Leite, Mateus Simioni de Bittencourt

**A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA E A
AGENDA 2030 404**

Cynthia Peluzzo de Oliveira

**ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL:
INOVAÇÃO TARDIA, MAS NECESSÁRIA 418**

Eduardo de Oliveira Leite

**A CONSTRUÇÃO DA VERDADE NA RELAÇÃO PROCESSUAL
E A PRODUÇÃO DO CONSENSO JUDICIAL 440**

Elcio Domingues da Silva , Júlia de Oliveira Mariano

**IMPACTOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA
INTERNALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO
SISTEMA PENAL BRASILEIRO 463**

Gregório Mehler Nadolny, Sandro Gorski Silva

**A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA E A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 473**

Helio José Cavalcanti Barros

**O MIGRANTE TRANSNACIONAL E SEU ACESSO A TUTELA
JURISDICIONAL BRASILEIRA 486**

Jorge Hector Morella Junior, Heloísa Regina Gazzoni

**CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO, FALSEABILIDADE
EMPÍRICA E COISA JULGADA: A APARENTE
INCOMPATIBILIDADE DA SISTEMÁTICA DECISÓRIA
INSTITUÍDA PELA NOVA LINDB COM A CONCEPÇÃO
CLÁSSICA DE COISA JULGADA 498**

Clayton Maranhão, Henrique Kurscheidt

**TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS COMO FORMA DE
ACESSO À JUSTIÇA 513**

Jenyfer Michele Pinheiro Leal, Adriane Garcel, Anderson Ricardo Fogaça

**EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: A NECESSIDADE
DE UMA PERSPECTIVA CRÍTICA PARA A VIDA EM
SOCIEDADE 524**

João Victor Nardo Andreassa, Luiza Andreza Camargo de Almeida, Carla Graia Correia

PROCESSO EM REDE ORIENTADO A DADOS 539

José Eduardo de Resende Chaves Júnior

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO E SUBJETIVA DO AGENTE PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS: DA IMPOSSIBILIDADE DO AGENTE PÚBLICO FIGURAR NO POLO PASSIVO DE AÇÃO PARA REPARAÇÃO DE DANOS 564

Juliano Jaronski, Priscilla Garbelini Jaronski

O DIREITO DA INSOLVÊNCIA NA CONTEMPORANEIDADE E O PAPEL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO AUXÍLIO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA NOVA PERSPECTIVA TRAZIDA PELA LEI Nº 14.112/2020 584

Karen Paiva Hippertt, Adriane Garcel, Fernando Gustavo Knoerr

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO DESENVOLVIMENTO SOB AS LENTES DO HUMANISMO INTEGRAL 600

Luciana de Aboim Machado, Bruno Freire Moura

REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O CARÁTER RESTRITIVO DA LEI 13.467/17 E AS ALTERAÇÕES ECONÔMICAS PARA O ÂMBITO EMPRESARIAL 622

Maiara Prestes, José Laurindo de Souza Netto

A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS ENVOLVENDO TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA PARA MANUTENÇÃO DA SOCIEDADE GLOBALIZADA 639

Marcianita Lopata de Lima

A AUTONOMIA PRIVADA E A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS CASOS DE CONFLITO FAMILIAR . . . 655

Mariele Zanco Laismann, Juliana Leticia Suttilli Carniel

MEDIAÇÃO FAMILIAR: MUITO ALÉM DA SENTENÇA 674

Mariele Zanco Laismann, Ana Carla Karmatiuk Matos

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTÊNCIAL: UMA DISCUSSÃO EM RELAÇÃO AS DOENÇAS RARAS E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS 706

Michelle Aparecida Ganho Almeida

A INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO REMÉDIO PARA A GLOBALIZAÇÃO EXCLUDENTE 728

Pâmela Adriéle Pertile dos Passos, Klaus Almeida Struecker, Luiz Eduardo Gunther

A CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA NO BRASIL E SUA HIERARQUIA NORMATIVA NUMA PERSPECTIVA DE JUSTIÇA ECOLÓGICA 744

Patrícia Précoma Pellanda

A GÊNESE DE UMA CONSTITUIÇÃO NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O CASO CHILENO 754

Paulo Cesar de Lara

AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO 779

Pedro Triches Neto, Felipe Cazuo Azuma

NOVA METODOLOGIA CIENTÍFICA APLICADA EM DIREITO AMBIENTAL E URBANÍSTICO: DA META-ANÁLISE AO BANCO DE DADOS DOS SISTEMAS E PLATAFORMAS JUDICIAIS 794

Rachel Lopes Queiroz Chacur

A SEGURANÇA PÚBLICA COMO SUSTENTABILIDADE DO MEIO AMBIENTE URBANO: ATUAÇÃO E CONTROLE DA SEGURANÇA PRIVADA EM MANAUS/AM. 811

Ricardo Raposo Xavier Leite, André Luiz Nunes Zogahib, Berenice Miranda Batista, Valmir César Pozzetti

CRISE E PERSPECTIVAS DO DESENVOLVIMENTO LATINO-AMERICANO: A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA E DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL PARA A UNASUL 835

José Sebastião Fagundes Cunha, Gustavo Rabay Guerra

O ACESSO À EDUCAÇÃO ESCOLAR NO SISTEMA PRISIONAL, COMO REQUISITO À DIGNIDADE DO APENADO INDÍGENA 848

Francisco Takmony Fernandes Dantas, Leonardo Raphael Carvalho de Matos,
Heron Ferreira da Silva, Valmir César Pozzetti

INCOMPETENCIA DO BATALHÃO DE POLICIA AMBIENTAL DO AMAZONAS NAS SANÇÕES AMBIENTAIS ADMINISTRATIVAS NO PERIODO 2020 A 2021 863

José Ivan Veras do Nascimento, Juliana de Carvalho Fontes, Fredson Bernardo da
Silva, Valmir César Pozzetti

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESSIGNIFICAÇÃO DO DOLO ATRAVÉS DA TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO E DO APORTE FILOSÓFICO DA LINGUAGEM 887

Daniela Daijane de Souza Leal, Adriane Garcel

O RACISMO AMBIENTAL COMO SUBSTRATO DA CRIMINALIDADE NO BAIRRO “SANTA ETELVINA” NA CIDADE DE MANAUS/AM 901

Heron Ferreira da Silva, Francisco Takmony Fernandes Dantas, Gessuelyton Mendes
de Lima, Valmir César Pozzetti

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO LIMITE À GLOBALIZAÇÃO E AO NEOLIBERALISMO 920

Andrea Fabiane Groth Busato, Lucca Groth Busato

CRÉDITO RURAL: SISTEMA DE FINANCIAMENTO PÚBLICO DO AGRONEGÓCIO E ASPECTOS POLÊMICOS 939

Heloísa Bagatin Cardoso, Julson Arantes

DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO, COMBUSTÍVEIS SUSTENTÁVEIS E DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO 1024

Pâmella Cunha Lima, Alejandro Knaesel Arrabal, Paulo Junior Trindade dos Santos,
Vinicyus Rodolfo Wiggers

VIOLÊNCIA, EQUIDADE DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS 1040

Eduardo Cambi, Silvana Aparecida Plastina Cardoso, Liége Novaes Marques Nogueira

Prefácio



Na condição de Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sinto-me honrado em prefaciá-la obra *Direito, Inovação & Sustentabilidade – Estudos em homenagem ao Jurista René Ariel Dotti*.

Este é o 4º livro lançado com o trabalho conjunto entre o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o Ministério Público do Estado do Paraná - com atuação decisiva de suas respectivas Escolas Judiciais - e o apoio da Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ), reunindo mais de 100 autores entre magistrados, promotores, servidores, advogados e estudantes, os quais produziram os artigos que compõem esta obra.

O Dr. René Ariel Dotti, de saudososa memória, foi um grande protagonista do seu tempo. Homem de família, brilhante advogado, professor instigante, louvável doutrinador e honroso cidadão honorário.

Os pilares que nominam esta obra, *Direito, Inovação e Sustentabilidade*, estão alicerçados justamente na trajetória acadêmica, profissional e pessoal do homenageado.

Como professor, transmitiu conhecimento, inspirou novas atitudes, apontou caminhos e permitiu que seus alunos caminhassem com os próprios pés.

Como jurista, estudou de modo exímio o direito, procurou solucionar e equilibrar as normas e sua aplicação na prática, dando novos contornos à atuação do advogado.

Como cidadão, teve a habilidade de atender às exigências do presente sem que isso afetasse o porvir, tendo sempre uma visão integradora, trazendo para o plano do Direito os aspectos econômico, social e ambiental.

Como é consabido, o Dr. René Ariel Dotti nos deixou um legado inspirador e a obra que chega às mãos dos leitores reflete justamente toda a atuação do nobre professor, pelo que recebe este justo e merecido reconhecimento.

Nesta oportunidade, outrossim, parabenizo todos os autores, organizadores e coordenadores que deram vida a esta obra.

Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen

Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná

OS PODERES DO JUIZ NA CONDUÇÃO E DIREÇÃO DO PROCESSO E OS REQUISITOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Accácio Cambi¹

INTRODUÇÃO

Nesta exposição, pretende-se analisar, com base nos ensinamentos doutrinários mais recentes, dois (2) aspectos do Código de Processo Civil (CPC): os poderes do juiz na condução e direção do processo e os requisitos necessários para fundamentação das decisões judiciais, os quais mereceram especial destaque pelo Legislador ao elaborar o Novo Estatuto Processual.

Os temas em exame estão fundamentados nos seguintes princípios constitucionais:

- a. **autoridade competente:** a pessoa somente pode ser processada pela autoridade competente (Art. 5, inc. LII, da CF). Não cabe à parte escolher o juízo, no qual deverá propor a demanda. A matéria é disciplina, não só na CF, como também nas Leis de Organização Judiciária, inclusive pelo artigo 42/CPC, que dispõe: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juiz arbitral, na forma da lei.”
- b. **contraditório e ampla defesa:** Esse princípio assegura às partes, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5, inc. LV, da CF), o pleno direito de pleitear em juízo. Para tanto, duas são as exigências fundamentais na aplicação correta do Direito, com a ressalva, prevista no artigo 9º do CPC de que: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”
- c. **direito à razoável duração do processo:** Atende ao principal interesse da parte: ver sua causa ser julgada com rapidez, utilizando os meios legais (art. 5, inc. LXXVIII, da CF). Entre outras medidas, para viabilizar tal princípio, o CPC concede ao juiz o poder para limitar o litisconsórcio facultativo, previsto no parágrafo 1º do artigo 113: “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.”

¹ Desembargador aposentado. Conciliador voluntário do TJ-PR. Especialista em Processo Civil.

Concede, ainda, ao juiz faculdade de dar preferência as ações mais antigas, conforme dispõe o artigo 12: “Os juízes e os Tribunais atenderão, preferencialmente, a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.”

- d. **fundamentação das decisões:** Esse princípio está previsto na CF (art. 93, inciso IX), e expressamente no artigo 11 do CPC: “Todos os julgamentos dos órgãos do PJ serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

A princípio, serão comentados os dispositivos do CPC, iniciando-se pelo exame dos artigos que se referem à condução do processo e, após, os relacionados à direção do processo, para demonstrar o avanço ocorrido com a nova legislação especialmente confrontando-a com a prevista no CPC revogado.

1 PODERES DO JUIZ NA CONDUÇÃO E DIREÇÃO DO PROCESSO

É importante o papel do juiz na condução e direção do processo, dado que exerce a autoridade sem mandância e deve ser exercida com segurança, firmeza, imparcialidade, urbanidade, prudência e humildade (CPC, NERY Jr, p.691). Daí decorre a relevância que deu o Legislador ao disciplinar este capítulo do CPC, assegurando ao juiz poderes indispensáveis para bem exercer suas funções jurisdicionais, a saber:

1.1 A condução do processo

1.1.1 *Assegurar as partes igualdade de tratamento*

O juiz, na condução do processo, não atua em função de seus interesses ou de seus escopos pessoais, mas daqueles que motivam o Estado a assumir a função jurisdicional. Por isso, a imparcialidade constitui a primeira de todas as virtudes exigidas a um juiz (Candido, p. 93). Isto pelo fato de que o juiz é um dos sujeitos do processo; sua posição é a de impessoalidade e imparcialidade e, para tanto, cabe ao juiz ocupar o vértice da relação jurídica processual, analisar e apreciar as provas produzidas pelas partes, garantir um tratamento igualitário e, finalmente, proferir uma solução imparcial, pondo fim não apenas o desfecho do conflito, mas a efetivação do direito assegurado a uma delas (Marcus Vinicius, p. 273-74).

Em suma, a igualdade de que fala o texto constitucional (art. 5º da CF) é real, substancial, de forma que o juiz deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades (CPC, NERY Jr, p. 691).

1.1.2 Velar pela duração razoável do processo

Compete ao juiz velar pela rápida solução do litígio, utilizando dos meios legais que lhe concede o CPC. Dois fatores contribuem para a melhor atuação neste aspecto: a) o preparo dos próprios juízes - de nada adianta uma legislação adiantada se a mentalidade dos julgadores não acompanhar essa evolução - e b) a legislação adequada pode contribuir para evitar a demora do processo, sobretudo tendo em conta o grande número de leis, que gera extrema dificuldade de interpretação e conseqüente aumento das demandas judiciais. (Direito e Justiça, Guilherme Freire, p.608)

Além disso, tal princípio não permite as delongas processuais desnecessárias consistentes em pretensões protelatórias, despachos que nada acrescentam; diligências dispensáveis. Contudo, cabe ressaltar que o princípio do prazo razoável não pode prejudicar um atropelo processual, que venha prejudicar a prestação jurisdicional adequada e justa. (CPC Fagundes, Jorge Vargas, p. 114)

Nesse mesmo sentido, o artigo 4º do CPC dispõe sobre a solução integral do mérito e a satisfação da pretensão, de forma que o direito fundamental à solução em tempo razoável seja efetivado. Enfim, não basta que o processo tramite com celeridade, nem mesmo que a decisão de mérito seja proferida, mas é essencial que, ao fim, dentro do prazo razoável, o direito material seja tutelado. (NCPC, V, p. 177).

1.1.3 Prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente postulatórias

A norma diz respeito a uma vigilância sobre eventuais desvios à litigância de boa-fé (art. 5º), que deve ser verificada também por ocasião da interpretação do pedido, até porque é um critério essencial de julgamento (CPC Fagundes, p. 285).

Com efeito, medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas são cabíveis em qualquer obrigação, quer no cumprimento de sentença, quer na execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, sempre com observação do contraditório, por meio de decisão (cf. art. 489, par. 1º., I e II) (Curso de Proc. Civil Completo, p. 65 e 66).

1.1.4 Promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais

A autocomposição das partes visa não só solucionar a lide, mas também a pacificação emocional das partes. Ocorre mediante transação na própria demanda

ou fora dela, realizada na presença do conciliador ou mediador, por termo nos autos (CPC FAGUNDES, p. 288 e 289)

Para facilitar e agilizar eventual composição, mediante conciliação ou mediação, dependendo do caso, o CPC dispõe que o autor, na petição inicial, se tiver interesse ou não de realizar autocomposição, na audiência prévia, declare a respeito, a fim de que o juiz, desde logo, possa designá-la. Se a manifestação for negativa, assim mesmo o juiz poderá tentar realizar a referida audiência (cf. art. 139, V, do CPC). (Com. ao CPC SP RT. 2015. NERY JR; NERY, p. 887).

Porém, se o autor não se manifestar sobre a conciliação ou a mediação, descabe ao juiz determinar a emenda da petição inicial, nem tampouco indeferi-la. (WAMBER; DANTAS; TALAMINI; DIDIER, FREDIE; Breves Coms. Ao CPC. SP: RT. 2015. p. 819)

A propósito da tentativa de conciliação/mediação, recorde-se que não há tempo final para tal procedimento: as partes podem chegar à composição amigável até de forma diversa daquela que foi estabelecida na sentença. (CPC, NERY Jr, p. 692)

1.1.5 Dilatar os prazos judiciais e alterar a ordem da produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades de conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito

É sabido que a ordem de produção da prova testemunhal segue dando prioridade: primeiro as testemunhas do autor, depois as do réu e, por último do Ministério Público, no caso deste atuar como fiscal da lei. Contudo, não se ignora que a ordem das provas a serem produzidas é a pericial, depois as provas orais, e, se necessária, a inspeção judicial.

O juiz deve agir com muita cautela ao aplicar este dispositivo processual, porque a alteração da ordem na produção da prova pode implicar numa indevida inversão do ônus da prova, podendo até mesmo em provocar indevidas surpresas a uma das partes. Logo, para efetivar o pedido de dilação de prazos, é preciso haver motivação necessária, para que o juiz possa bem fundamentar a decisão que defere a medida (CPC FAGUNDES, p. 289).

Quanto à dilação dos prazos, somente pode ocorrer antes do término desses prazos (cf. art. 139, par. único, do CPC), porém nada impede que o início do prazo seja adiado, conforme prevê o Enunciado 12 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF (Curso Proc. Civil completo, p. 182).

1.1.6 Exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais

O “poder de polícia” tem origem no Direito Administrativo. Porém, o juiz, na condição de autoridade pública, tem legitimidade para exercer tal poder. Portanto, pode o juiz utilizar do poder de polícia para prevenir ou reprimir atos que tanto podem infligir o bom andamento do processual, como também do funcionamento escorreito do fórum e tribunal. (CPC Fagundes, p. 290)

Os atos de polícia processual se justificam pela conveniência de que o processo se desenvolva de forma ordenada e tranquila. Esse poder atua sobre pessoas do público que não têm nenhuma relação de procedência para com os magistrados. (CPC, NERY Jr, p. 692-93)

1.1.7 Determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incida a pena de confesso

O juiz possui esse poder, que não é orientado para formar a prova em fazer de qualquer das partes ou mesmo para obter a confissão de qualquer delas. Ao ser interrogado livremente, a parte tem o dever de dizer a verdade. Na hipótese de a parte não atender ao chamado do juiz, não é possível deduzir, da sua omissão, a confissão ficta (CPC Comentado, LGM, p.302).

O interrogatório, aqui previsto, consiste em um mecanismo processual de que se vale o juiz para esclarecer pontos da causa, relevantes para a resolução judicial. (CPC Fagundes, p. 291). É diferente, portanto, daquele que é realizado por iniciativa das partes (inc. II, art. 361/CPC). Este destina-se a esclarecer questões postas no processo, após a coleta das provas orais, consistentes em dúvidas e incertezas decorrentes daquelas provas.

1.1.8 Determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais

Esta norma processual está relacionada com o previsto no artigo 317 dispõe que, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, e acrescenta o art. 352 que, verificando a existência de irregularidade ou de vícios sanáveis, o juiz determinará a sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias (CPC FAGUNDES, p. 291-292).

O CPC, ainda, concede ao juiz o poder de sanear vícios, quando, na apelação, o recorrente alegar qualquer dos casos previstos nos incisos do artigo 485, cabendo ao juiz no prazo de 5 (cinco) dias, retratar-se, apreciando os casos apontados pelo apelante.

É dever do juiz, também, em razão da instrumentalidade do processo, sempre que possível, evitar que o processo seja extinto sem resolução de mérito, por falta de pressupostos processuais ou por vícios. Ocorrendo vício sanável ou a ausência de sanável de pressuposto processual, deve o juiz determinar a correção do defeito, dando prosseguimento ao processo (CPC, MARINONI, p. 302).

1.1.9 Quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, officiar o ministério público, a defensoria pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º. da lei 7.347, de 24.7.1985, e o art. 82 da lei n. 8.078, de 11. 9.1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva competente

Esse dispositivo não é novidade no sistema, pois: com conteúdo similar, está prevista na Lei da Ação Civil Pública. Justifica-se, porque o juiz, em seu julgamento, deve guiar-se pelo juízo da legalidade, devendo no caso concreto aplicar a norma legal inspirado pelos princípios constitucionais e os direitos fundamentais. (Daniel, p. 154).

Outros poderes são concedidos ao juiz pelo CPC, a fim de que possa exercer suas funções jurisdicionais, com eficiência, rapidez, aproveitando ao máximo o contido nos autos, os quais estão previstos nestes dispositivos:

Art. 140: deve decidir mesmo que se alegue lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico;

Art. 141: decidir nos limites propostos pelas partes, sendo proibido de conhecer de questões não suscitada à cujo respeito a lei exige iniciativa da parte e

Art. 142: se as partes serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado pela lei, deve proferir decisão que impeça tais objetivos, aplicando, de ofício, as penalidades de litigância de má-fé.

1.2 Na direção do processo

1.2.1 Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles (art. 55, § 3º, CPC)

A norma prevê a reunião de processos relativos a ações não conexas, no caso de haver risco de serem proferidas decisões conflitantes ou contraditórias, caso decididos separadamente. Ademais, a indeterminação dos conceitos exigirá densificação jurisprudencial, embora o dispositivo, se bem utilizado, possa constituir importante instrumento de segurança jurídica (CPC, p. 170).

Para viabilizar a referida reunião, exige-se que, no processo, estejam presentes alguns requisitos, sem o que a reunião não poderá ocorrer, e que são os seguintes: (i) a ocorrência de hipótese de conexão; (ii) devem ser observados os requisitos no art. 311/CPC; (iii) as ações podem ser cumuladas na mesma petição inicial, e (iv) o procedimento esteja em estágio que permita a reunião dos processos; o processo cuja competência deverá ser alterada seja relativa. (CPC, NERY Jr, p. 415-16).

1.2.2 De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, par. único, CPC)

Ao aplicar esta norma, o juiz deve, desde logo, observar a existência dos requisitos de validade para os atos processuais em geral. Inclusive os de natureza subjetiva, como capacidade processual e ausência de vulnerabilidade, e os de natureza objetiva: causa versando sobre direitos passíveis de auto composição, respeito ao formalismo processual com a observância dos limites objetivos ao exercício de autorregulação da vontade no processo.

1.2.3 O juiz corrigirá, de ofício, e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se precederá ao recolhimento das custas correspondentes (art. 292, § 3º, CPC)

Esta faculdade concedida ao juiz tem assento na jurisprudência do STJ, que permitia a correção do valor da causa de ofício, desde que este esteja em

dissonância com as regras previstas na Lei Processual. Permite, dessa forma, ao juiz fazer o controle judicial, para efeito de corrigir o valor da causa, fixando-lhe novo valor, por arbitramento, observadas as regras legais, determinando que a parte recolha as custas referentes à alteração ocorrida.

1.2.4 Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal (art. 315, CPC)

A medida processual visa evitar a possibilidade de haver decisões conflitantes, bem como assegurar a coerência lógica entre as decisões judiciais no âmbito de suas respectivas competências, e firma entendimento no sentido de que procura respeitar num primeiro momento a deliberação da justiça criminal, ao afirmar que poderá o juiz suspender o andamento da ação cível para aguardar o pronunciamento da justiça criminal. Destaque, contudo, que essa suspensão não poderá ser por mais de um ano.

1.2.5 O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados (art. 357, § 7º, CPC)

Na decisão de saneamento do processo, ao deferir a produção de prova testemunhal, ao juiz é dado o poder de limitar o número de testemunhas, como meio, também, de agilizar a prestação jurisdicional, sem prejuízo às partes e desde que observadas as regras expostas do dispositivo em exame.

Há que se considerar, também, que a norma abriu a possibilidade de o juiz deferir um número de testemunhas abaixo do máximo previsto pelo parágrafo 6º do art. 357. Esse poder, contudo, deve ser utilizado com extrema ponderação, considerando que o convencimento, nem sempre se limita ao juiz que produz a prova, mas também àqueles que julgarão a eventual apelação.

1.2.6 O juiz poderá alterar a ordem estabelecida no caput se as partes concordarem. (art. 456, par. único, CPC)

A prova testemunhal é a última a ser produzida na instrução do processo. Esse procedimento pode ser alterado, desde que haja consentimento das partes, evitando, assim, possível arguição de nulidade. Sem tal consentimento, contudo, poderá haver a inversão da ordem estabelecida em lei, tendo em conta que é o juiz o responsável pela direção do processo, tendo o dever de alterar a ordem de

produção dos meios de prova, de forma a adequar às necessidades da demanda, assegurando maior efetividade à tutela do direito.

É bom ressaltar que essa faculdade concedida ao juiz – inverter a ordem de ouvida das testemunhas – somente é possível, se houver concordância de ambas as partes. Em caso contrário, a inversão for prejudicial torna o depoimento nulo. (CPC, NERY Jr, p. 1237)

1.2.7. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte. i – a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; ii – a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações; § 1º, os acareados serão repreguntados para que expliquem os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato de acareação. § 2º. a acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. (art. 461, incisos e §§, CPC)

As pessoas que foram mencionadas nas declarações das partes e de testemunhas poderão ser ouvidas, de ofício, ou a requerimento das partes. Isto não compromete a imparcialidade do julgador, porque, nesse caso, o juiz não tem conhecimento do teor de seu depoimento. Já a acareação, também, pode ser realizada, de ofício, ou a requerimento das partes. Quando sobre fatos relevantes divergem nas declarações de duas ou nas testemunhas entre si ou a de algumas com o depoimento da parte.

Portanto, essas provas visam suprir e complementar as provas já produzidas, a fim de que o juiz possa, com maior segurança, formar o seu convencimento para o julgamento da causa.

1.2.8 O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. §§ 1º, 2º. e 3º. (art. 480, e pars, CPC)

Somente é possível a realização de nova perícia, desde que o juiz ou uma das partes não estejam suficientemente convencidos quanto à completa elucidação das questões fáticas examinadas pela perícia. Ocorrendo tal fato, o juiz determinará a realização de nova perícia, que será realizada pelas mesmas regras da primeira e terá por objeto os mesmos fatos. Ela tem por finalidade suprir a deficiência probatória das partes, sob pena de comprometer o princípio da imparcialidade judicial.

1.2.9 O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 481)

A inspeção judicial visa melhor captar os fatos pela audição, olfato, paladar ou pelo tato, podendo recair sobre pessoas, coisas e fenômenos. A vantagem da inspeção é colocar o juiz imediatamente em contato com a fonte de prova, sem a participação de terceiros que nem sempre reproduzem, com fidelidade, as impressões recebidas.

É um instrumento processual muito utilizado para esclarecer dúvidas e contradições decorrentes do exame das provas produzidas nos autos, que não tem sido utilizado com frequência pelos julgadores, apesar de sua grande importância.

2 FUNDAMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

É regra constitucional de que todas as decisões deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade (inciso IX, do artigo 93, da CF).

A fundamentação é necessária para se fazer o efetivo controle pela própria sociedade, que tem o interesse na defesa da legitimidade da atuação jurisdicional, como elemento necessário aos anseios constitucionais e democráticos. Portanto, o dever de fundamentação possibilita o controle do *modus operandi* da atividade jurisdicional no tocante a administração da Justiça.

Algumas inovações foram incluídas no CPC, sobretudo nos parágrafos 1º., 2º. e 3º. do artigo 489, que se referem à fundamentação das decisões judiciais, na forma de interlocutória ou de sentença. São mudanças radicais que devem ser analisadas em consonância com os princípios processuais constitucionais (NCPC, v. V, p. 45 e 46) e que preveem maior amplitude de poderes concedida ao julgador. Pelo sistema atual, que se afastou daquela moldura de tipicidade anterior, o controle, agora, deve se dar por meio da motivação das decisões judiciais.

Portanto, tanto a interlocutória e a sentença, que são consideradas decisões judiciais, obrigatoriamente, devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Porém, a sentença se distingue diametralmente da noção de decisão interlocutória, porque se destina a pôr fim a fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução, em primeiro grau de jurisdição, podendo ser terminativa ou definitiva.

No artigo 489, incisos I, II e III, do CPC, estão previstos os elementos essenciais da sentença, enquanto, no § 1º., incisos I a VI, do mesmo dispositivo, o CPC relaciona as hipóteses em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial - interlocutória, sentença e acordo.

A seguir, serão mencionados os incisos do parágrafo 1º, do art. 489, do CPC, seguidos dos respectivos comentários:

2.1 SE LIMITAR À INDICAÇÃO, À REPRODUÇÃO OU À PARÁFRASE DE ATO NORMATIVO, SEM EXPLICAR SUA RELAÇÃO COM A CAUSA OU A QUESTÃO DECIDIDA

Deduz-se deste dispositivo que não haverá fundamentação em qualquer decisão judicial, se esta, simplesmente, repetir a lei, sem dizer expressamente, porque ela se aplica ao caso concreto decidido. Essa exigência aparece de forma mais contundente, quando se decide com base em norma jurídica, seja a lei ou algum princípio, que utiliza, em sua formação verbal um conceito vago ou indeterminado. (Temas, Luiz e Tereza, trecho de Tereza, p. 386)

Portanto, não se considera fundamentada a decisão que apenas indica, reproduz ou faz uma paráfrase de texto normativo, sem mostrar qual é a relevância do dispositivo citado para a solução do caso concreto, isto é, sem mostrar com qual significado o dispositivo é entendido e sem apontar qual é a sua relação com caso em exame.

2.2 EMPREGAR CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, SEM EXPLICAR O MOTIVO CONCRETO DE SUA INCIDÊNCIA NO CASO

O dispositivo dispõe que, se não forem utilizados de forma constitucionalmente correta os conceitos jurídicos indeterminados, na decisão judicial, podem representar uma autorização em branco, de tal forma que vai permitir ao julgador decidir a partir de argumentos os mais variados, por exemplo, relacionados à religião, à moral, aos preconceitos e outros e, assim, blindar sua decisão com a invocação de um conceito genérico que poderia servir, em tese, para outros dispositivos, ou, quando não, para dispositivos justamente em sentido contrário. Indispensável, portanto, que a decisão judicial seja proferida em ligação direta nas especificidades do caso.

2.3 INVOCAR MOTIVOS QUE SE PRESTARIAM A JUSTIFICAR QUALQUER OUTRA DECISÃO

A motivação adequada e efetiva é aquela que contém justificações suficientes sobre as questões de fato e de direito, fundada em “bons argumentos”, não somente para o juiz que pronuncia a decisão, mas também para todos aqueles

que possam valorar, posteriormente, as razões que formaram o convencimento judicial.

Além disso, é necessário que casos concretos sejam decididos com base em decisões e fundamentos concretos, sobretudo tendo em conta que, se as partes gastam tempo e recursos próprios e do Judiciário para expor suas razões e apresentar suas provas, não se justifica que os fundamentos da decisão sejam apenas a reprodução de outras decisões. Dessa forma, não se estará provendo jurisdição, mas apenas dando uma falsa impressão de acesso à justiça.

Enfim, a utilização de fundamento, que caberia para embasar qualquer decisão, é proibida pelo CPC – tal expediente era frequente no foro brasileiro. Portanto, doravante não mais se admite essa prática. (CPC, NERY Jr, p. 1321)

2.4 NÃO ENFRENTAR TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NO PROCESSO CAPAZES DE, EM TESE, INFIRMAR A CONCLUSÃO ADOTADA PELO JULGADOR

Enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes, é obrigação do julgador. O bom juiz é aquele capaz de persuadir a comunidade jurídica, atribuindo “bons” fundamentos, após considerar todos os pontos de vista relevantes para a decisão do caso concreto, sem prejuízo de apreciar todos os argumentos expostos, a partir das questões preliminares e prejudiciais, tendo em vista, também, que a mesma solução seja adotada para casos semelhantes ou análogos.

É evidente que, se a decisão se presta para justificar qualquer decisão, é porque normalmente não se atém aos fatos concretos alegados na causa que a fundamentação tem por finalidade resolver. Logo, essa decisão não se considerada fundamentada, por absoluto descolamento do caso.

2.5 SE LIMITAR A INVOCAR PRECEDENTE OU ENUNCIADO DE SÚMULA, SEM IDENTIFICAR SEUS FUNDAMENTOS DETERMINANTES NEM DEMONSTRAR QUE O CASO SOB JULGAMENTO SE AJUSTA ÀQUELES FUNDAMENTOS

A utilização de precedentes e de enunciados dos tribunais superiores é norma obrigatória. Porém, tal exigência processual não pode ocorrer de modo mecânico, nem impedir que o juízo prolator da decisão promova a possibilidade de melhoria do sistema, sob pena de reduzi-lo a um autômato.

É oportuno destacar que a busca do precedente é descoberta pelo julgador do caso posterior, uma vez que é ele quem dirá, a partir da comparação entre as

situações fáticas do caso anterior e do caso a ser julgado, se a razão de decidir daquele é possível de ser aplicada a este como base suficiente para a solução que espera. Além disso, é necessário que o precedente forme uma regra que possa ser extraída daquela decisão que serviu para a resolução de um caso específico e utilizada em outros que tenham semelhanças suficientes. (CPC completo, p. 901)

Por outro lado, mesmo concordando com a aplicação de precedentes, deve o juiz poder auxiliar na formação dos precedentes, permitindo que apresente novos argumentos, para que o Tribunal possa apreciá-los, embora tenha a obrigação de aplicar o precedente adotado pelas Cortes Superiores.

Sabe-se que não há lógica, nem racionalidade no sistema de precedentes, se a aplicação do precedente for realizada sem o rigoroso comparativo entre as situações fáticas e as questões jurídicas que ensejaram a formação do precedente e as que são objeto de novo julgamento.

É indispensável, também, que o precedente invocado se ajuste ao caso concreto, não se justificando a mera invocação aleatória do precedente como meio adequado para a fundamentação da decisão judicial. Além disso, que a fundamentação deverá transcender ao caso concreto, pois a decisão tem por finalidade ganhar uma dimensão extraprocessual, tornando-se paradigmática e, em consequência, pautas de conduta à sociedade, a fim de garantir a segurança jurídica do sistema.

De resto, a utilização de precedentes não significa apenas alinhar julgados (condensados ou não em súmulas) sem individualizar as suas origens, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto.

2.6 DEIXAR DE SEGUIR ENUNCIADO DE SÚMULA, JURISPRUDÊNCIA OU PRECEDENTE INVOCADO PELA PARTE, SEM DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO NO CASO EM JULGAMENTO OU A SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO

Duas (2) são situações importantes, que devem ser examinadas pelo juiz, referidas nesta norma: a) deixar de atender à força vinculante do precedente ou de jurisprudência formada mediante os incidentes próprios constitui violação do dever de fidelidade ao direito; b) superar precedente ou jurisprudência vinculante sem a devida fundamentação constitui violação do dever de fundamentação.

Assim sendo, a decisão pelo uso ou não de súmulas e precedentes é uma tarefa complexa e que depende do caso que se está sendo julgado. Como uma norma pode ou não ser adequada à solução de um caso, súmulas e precedentes,

também, não são meios que o julgador possa se utilizar para não ter o trabalho de fundamentar, de forma adequada, suas decisões.

Sobre a aplicação desta regra, há uma exceção a ser apreciada: no âmbito dos Juizados Especiais, as decisões proferidas não dependem de fundamentação (artigo 489/CPC), isto porque, naquele sistema, exige-se que se mencionem os elementos de convicção, seguido de um breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, sem referência ao relatório, e suscinta a fundamentação de decisão na turma recursal, acrescida de dispositivo. (CPC FAGUNDES, p. 770).

CONCLUSÃO

Ao concluir este texto, pretende-se ressaltar a importância de o magistrado, na elaboração de suas decisões, jamais ignorar os princípios constitucionais, acolhidos pelo Estatuto Processual Civil.

Procurou-se, através de uma intensa pesquisa, sintetizar os ensinamentos doutrinários que devem embaçar os poderes do juiz na direção do processo, desde o exame da petição inicial até a decisão que determina encaminha processo à apreciação da segunda instância, bem como a descrição dos requisitos indispensáveis para a correta elaboração das decisões judiciais no que diz respeito à sua fundamentação e motivação, com especial referência a obrigação no sentido de que sejam observados os precedentes aprovados pelos Tribunais, na elaboração da sentença.

Este texto não pretende esgotar a matéria; destina-se principalmente aos operadores e estudantes de Direito, que desejam aprofundar nos estudos sobre os temas aqui expostos. Para facilitar a compreensão deste trabalho, procurou-se mencionar expressamente no texto os dispositivos utilizados, previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil.

Enfim, é mais uma simples contribuição, sem maiores pretensões acadêmicas. Se o texto for útil àqueles que, com amor e dedicação, atuam, como julgador ou como operador do Direito, procurando SEMPRE, fazer justiça, este trabalho cumpriu inteiramente o seu objetivo.

REFERÊNCIAS

ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. **Novo CPC Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015**. São Paulo: Editora Método Ltda. 2015.

BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. **A Crise do direito e os novos rumos do direito processual civil brasileiro**. In: DIREITO E JUSTIÇA: Estudos em homenagem

gem a Gilberto Giacóia. Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf (org.). Curitiba: Editora Mona Ltda. Me. 2016.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; d'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de Processo Civil Completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1. ed. 2017.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; d'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de Processo Civil Completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed. 2022.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, René Francisco. **Precedentes e Dever de Motivação das Decisões Judiciais no Novo Código de Processo Civil**. *In*: Doutrinas Essenciais NOVO PROCESSO CIVIL, v. V, Sentença e Coisa Julgada. Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2.ed.

CAMBI, Eduardo. *In*: CAMBI, Eduardo. Bochenek, Antonio César (Coods.) **CPC. Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros. 2016.

FRANCO BAHIA, Alexandre Melo, PEDRON, Flávio Quinaud. **A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo CPC**. *In*: Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Sentenças e Coisa Julgada. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed.

FAGUNDES CUNHA, José Sebastião. BOCHENEK, Antonio César. CAMBI, Eduardo. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código De Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. 4. ed.

NASSER DE CARVALHO, Sabina. **Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação**. Técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. *In*: Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Sentenças e Coisa Julgada. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. 17. ed.

PESSOA ALVES, Francisco Glauber. **Fundamentação judicial no Novo CPC**. *In*: Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Sentenças e Coisa Julgada. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Novo Curso de Direito Processual Civil 1**. São Paulo: Saraiva. 12. ed.

- SCHWERZ, Stela Marlene. *In*: CAMBI, Eduardo. Bochenek, Antonio César (coord.) **CPC. Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Ed. Forense, v. II e IV. 1963. 1.ed.
- SILVA FILHO, Antonio José Carvalho da. *In*: CAMBI, Eduardo. Bochenek, Antonio César (Coods.) **CPC. Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- THEODORO UNIOR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinoud. **Novo CPC**. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Forense. 2.ed.
- VARGAS, Jorge de Oliveira. *In*: CAMBI, Eduardo. Bochenek, Antonio César (coord.) **CPC. Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sentença*. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. Tiragem.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DANTAS, Bruno. TALAMINI, Eduardo. DIDIER, Fredie. **Breves Comentários ao C. P. Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E AS VIOLAÇÕES NA INTERNET: LIÇÕES DE RENÉ DOTTI E A ORIENTAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES

Rogéria Fagundes Dotti²

INTRODUÇÃO

Em obra publicada nos anos 80 e valendo-se de lições de Michel Crozin, René Ariel Dotti destacou que “a informação não é neutra, a informação é poder” (DOTTI, 1980, p. 251).

Nada poderia ser mais atual do que a preocupação com o mau uso das informações, amplamente disponíveis na rede mundial de computadores. Prova disso são a edição do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) e a recente Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, já alterada pela Lei nº 13.853, de 2019). Tal tema tem estado também no centro dos debates entre juristas, empresários e professores, constituindo o motivo de inúmeros embates judiciais.

O presente texto tem por objetivo analisar o cenário atual desses conflitos gerados pelas manifestações na *internet*, valendo-se de relevantes lições doutrinárias. Ele procura ainda abordar as orientações que prevalecem nos tribunais superiores (STJ e STF) em relação à matéria. E, como não poderia deixar de ser, pretende fazer isso demonstrando a maior gravidade desses ilícitos, justamente porque ocorrem com uma abrangência imensurável, uma velocidade extraordinária e mediante atos de difícil controle.

1 PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A necessária ponderação entre a preservação da intimidade das pessoas e o direito à informação constitui uma das principais preocupações de juristas, legisladores e magistrados há muitos anos. E, inobstante o decurso do tempo, esse continua sendo um tema bastante atual e desafiador.

Em 1980, ou seja, há mais de quarenta anos, foi publicado pela Editora Revista dos Tribunais o livro *Proteção da vida privada e liberdade de informação*:

² Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Secretária Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, Presidente da Comissão de Processo Civil da OAB-PR, advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9127281732490379>.

possibilidades e limites. O trabalho, de autoria de René Ariel Dotti, havia sido o vencedor no Concurso Nacional de Letras Jurídicas no ano anterior. A comissão julgadora, formada pelos professores Miguel Reale, Seabra Fagundes, Oswaldo Trigueiro e Washington de Barros Monteiro, debruçou-se na análise de 82 monografias, enviadas de todas as partes do país.

O texto vencedor analisava os meios de comunicação, o direito à informação, o confronto entre os direitos e as exceções à proibição de invasão na vida privada, baseadas no interesse da investigação criminal, da saúde pública, da história, da crítica e da cultura, dentre outras. Trazia, assim, uma forma de equação para solucionar esse conflito de garantias constitucionais.

O mais interessante é que o texto já apresentava o que denominava de “novas formas de invasão da vida privada”, dando como exemplo a “utilização abusiva da informática”. Nesse aspecto, destacava que “o respeito à privacidade abrange não só o direito de impedir a compilação de certos dados de natureza íntima que não podem ser levados a registro, como a possibilidade de corrigir informações inexatas, inoportunas ou desatualizadas, prevenindo sua utilização abusiva” (DOTTI, 1980, p. 256).

As lições constantes nessa obra merecem ser revisitadas para o enfrentamento dos conflitos que decorrem da proteção da vida privada *versus* ameaças da ampla propagação de notícias e imagens na *internet*.

2 A INTERNETE A EXTREMA URGÊNCIA

Passados quarenta anos desde a edição da obra, podemos constatar que vivemos tempos de urgência. A rapidez dos meios de comunicação e a velocidade das relações comerciais tornaram tudo muito mais urgente.

Chegou-se, inclusive, ao ponto de se priorizar a celeridade em detrimento da reflexão. Como bem lembra François Ost, verifica-se atualmente um ambiente cultural no qual *se promete tudo, imediatamente* (OST, 1999, p. 279). Ainda que correspondente à parte da realidade, tal concepção é extremamente negativa pois reduz a atenção dadas às situações que, verdadeiramente, merecem um tratamento diferenciado, isto é, urgente.

Com efeito, “se tudo se torna urgente, nada mais o é”³. Essa é a expressão utilizada por Yves Strickler para demonstrar o fenômeno da generalização que banaliza a noção de urgência na França.

³ São essas as palavras no texto original: “*Mais, si tout devient urgent, plus rien ne l’est*”. (STRICKLER, Yves. *L’évolution contemporaine du référé et des procédures d’injonction*, in Revista de Processo, v. 261, Nov. 2016, p. 167 a 196).

Tal exigência de celeridade fica ainda mais clara nas situações de divulgação de conteúdos falsos ou ofensivos via rede mundial de computadores (*internet*). Nesses casos, surge uma urgência ainda maior pois a cada minuto milhares de pessoas poderão ter acesso à informação inverídica ou ofensiva. Com efeito, a velocidade das chamadas *fake news* é, ao mesmo tempo, algo extraordinário e temível.

Essa é a razão pela qual o tempo no processo assume uma importância vital. A aceleração das formas de comunicação via *web*, fax, celulares e em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, têm gerado uma cobrança ainda maior para a solução rápida dos processos judiciais e administrativos (NERY JUNIOR, 2016, p. 361). Isso decorre, também, das garantias constitucionais do acesso adequado à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Como bem defende Sergio Cruz Arenhart

vê-se, assim, a pesada responsabilidade que assume o Estado ao definir direitos. Quando o faz, deve assegurar, paralelamente, mecanismos de tutela que sejam adequados a satisfazer as carências daquele específico direito, sob pena de jogar ao ostracismo a garantia e, o que é muito pior, pôr em perigo sua legitimidade e sua própria sobrevivência. (ARENHART, 2000, p. 31)

O Poder Judiciário e os magistrados são os destinatários das esperanças dos jurisdicionados. Abordando as garantias fundamentais, Egas Dirceu Moniz de Aragão faz referência a uma decisão da Corte Europeia dos Direitos do Homem, a qual condenou o Estado Espanhol a indenizar um cidadão pela demora processual. Tal orientação, abriu novos rumos para o exame da efetividade e de acesso adequado aos tribunais. E, referindo-se ao Poder Judiciário afirmou:

Se este, e os magistrados que o consubstanciam, são providos de prerrogativas, que asseguram sua independência, e são tradicionalmente os depositários das esperanças de legiões de moleiros Sans Souci, que diariamente lhes batem às portas, é essencial que deles se exija o julgamento em prazo razoável, sem o que o jurisdicionado ficará ao desamparo e a justiça terá faltado em sua mais importante missão. (MONIZ DE ARAGÃO, 1991, p. 97-105)

Justamente em virtude da urgência na remoção de conteúdos ilícitos da *internet*, a tutela provisória ganha imensa importância prática.

Na medida em que não é possível obter a cognição exauriente (em virtude da necessidade de uma decisão célere), o objetivo consiste em se alcançar um

juízo a respeito do que é provável. Essa antinomia entre certeza e celeridade constitui um convite para soluções criativas e inovadoras, a partir das técnicas processuais (DOTTI, 2020, p. 35).

Nesse universo, a tutela provisória, por se basear na probabilidade, consegue evitar os dois excessos no processo civil: o excesso do muito pouco (*trop peu*) e o excesso do muito cheio (*trop plein*)⁴.

3 TUTELA DE URGÊNCIA E PAUTAS MÓVEIS DE PROBABILIDADE E *PERICULUM IN MORA*

Nos termos do art. 300 do CPC/2015, a concessão da tutela de urgência depende da existência concomitante da probabilidade do direito e do risco da demora. Ocorre que, há algum tempo, a doutrina brasileira já vem sustentando que a presença de um dos elementos pode ser mais forte que a do outro e, nem por isso, estaria afastado o cabimento da medida.

Nesse sentido, entende-se que a exigência dos requisitos não segue uma lógica do tudo ou nada, mas sim algo que varia em função dos graus de urgência e evidência. Não há como deixar de ver aqui uma certa mobilidade: a presença fraca de um requisito da tutela provisória pode ser compensada pela forte existência do outro e vice-versa (COSTA, 2011, p. 24 e 178).

A propósito, dos requisitos para a concessão de liminares nos Estados Unidos, James, Hazard e Leubsdorf igualmente afirmam que a demonstração forte de um dos fatores pode compensar a presença fraca do outro (JAMES JR; HAZARD JR; LEUBSDORF, 2001, p. 339). A ideia que está na base desse raciocínio é que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* são vistos como pautas móveis, que agem em correlação e se apresentam em graus ou níveis distintos (COSTA, 2011, p. 169). Em outras palavras, admite-se que nos casos concretos, ocorra a prevalência de um requisito sobre o outro, no que diz respeito ao convencimento judicial para a concessão da decisão sumária.

Essa concepção de pautas móveis é extremamente importante para a aplicação da tutela provisória em relação aos ilícitos cometidos na *internet*. Nesse âmbito de extrema urgência, como já exposto no tópico acima, a demonstração de um significativo *periculum in mora* pode dispensar a aferição de um direito altamente provável, bastando nesse caso um mínimo de probabilidade.

⁴ “Ce sont deux notions-cadre qui visent à sanctionner l’excès sous ces deux formes: l’excès du *trop peu* et l’excès du *trop plein*.” (FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure*, in *Le temps dans la procédure*, Paris: Dalloz, 1996, p. 22).

4 A PREOCUPAÇÃO EM PRESERVAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS SEUS LIMITES

A respeito do fenômeno da grande divulgação de informações e a consequente violação à vida privada, Mario Vargas Llosa afirma que a justiça deveria fixar os limites a partir dos quais uma informação deixa de ser de interesse público e viola o direito à privacidade dos cidadãos. Contudo, segundo ele, “muitas vezes os juízes, adotando um critério respeitável, resistem a proferir sentenças que pareçam restringir ou abolir a liberdade de expressão e informação, garantia da democracia” (VARGAS LLOSA, 2013, p. 122).

Nesse ponto, tem toda a razão. Respeitar a garantia constitucional da liberdade de expressão é algo de extrema relevância. Trata-se de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sob a garantia da liberdade de expressão estão os direitos de informar, ser informado e divulgar fatos e opiniões.

Todavia, assim como ocorre com todos os direitos fundamentais, a liberdade de expressão não pode ser exercida de forma absoluta. Os outros direitos fundamentais impõem certos limites. Essa é precisamente a razão pela qual o Poder Judiciário tem a função de conter os abusos. Não apenas no que diz respeito às indenizações após a prática das violações, mas também com o intuito de prevenir ou remover os ilícitos. Isso abrange inclusive a possibilidade de proibir rapidamente a divulgação daquilo que seja falso ou destoante do interesse público. A celeridade constitui, portanto, um elemento valioso nessas demandas. Como dito em outro momento “a evolução do conflito pela demora só faz aumentar a sensação de insatisfação das partes, especialmente do autor que tem razão” (DOTTI, 2020, p. 41- 42).

5 A (RELATIVA) NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DAS URLS

É bastante conhecido e reiterado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que para a remoção de conteúdo da *internet* é necessária a indicação precisa das URLs⁵ (Uniform Resource Locator)⁶. Essa é a orientação que prevalece na imensa maioria dos julgados. A exigência se justifica na medida em que não se pode exigir a exclusão de determinada postagem ou manifestação sem indicar precisamente o local em que ela se encontra.

⁵ Nesse sentido, por todos, AgInt no AREsp nº 931.341/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13.12.2021.

⁶ *Uniform Resource Locator* é a expressão inglesa utilizada para indicar o endereço virtual de um arquivo ou conteúdo disponibilizado na *internet*. A indicação do URL constitui, portanto, uma especificação para permitir a localização do material que o usuário procura na rede mundial de computadores.

Contudo, no julgamento do Recurso Especial 1.738.628/SE, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, embora fosse necessária a indicação precisa das URLs, tal exigência poderia ser dispensada nos casos em que já houvesse na petição inicial elementos suficientes para a exclusão do conteúdo difamatório. Concluiu-se então que, inobstante a ausência de tal informação, o descumprimento da decisão judicial pela empresa requerida caracterizou conduta omissiva autorizadora de sua responsabilização civil. Conforme o voto do Relator:

nas hipóteses em que for flagrante a ilegalidade da publicação, com potencial de causar sérios gravames de ordem pessoal, social e profissional à imagem do autor, a atuação dos sujeitos envolvidos no processo (juiz, autor e réu) deve ocorrer de maneira célere, efetiva e colaborativa, mediante a conjunção de esforços que busque atenuar, ao máximo e no menor decurso de tempo, os efeitos danosos do material apontado como infringente⁷.

Tal decisão, longe de desrespeitar o precedente já formado pela Corte, extraiu dele a sua *ratio*, concluindo que o motivo da indicação das URLs consistia na facilitação da localização. Por via de consequência, se já existiam nos autos outros elementos que permitiam essa identificação, não havia razão para a recusa no cumprimento da decisão judicial.

6 O CABIMENTO DE MULTA DIÁRIA PELO NÃO FORNECIMENTO DE ENDEREÇO IP

Em decisão de grande relevância, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a incidência de multa cominatória (*astreintes*) para o cumprimento de decisão visando o fornecimento de dados para a identificação de usuário na *internet*.

Com efeito, ao julgar o Recurso Especial nº 1.359.976⁸, a Corte concluiu não ser aplicável ao caso dos autos a Súmula 372, a qual afastava o cabimento da multa para as ações de exibição de documentos. Justificou tal entendimento afirmando que as sanções processuais que incidem nas exhibições de documentos (presunção de veracidade e busca e apreensão) são ineficazes para medida que busca apenas a informação dos dados do usuário na rede de computadores. Logo, a imposição da multa era necessária para assegurar o cumprimento da ordem judicial. Destacou ainda que se tratava da técnica da distinção em relação

⁷ STJ, REsp 1.738.628/SE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 19.02.2019, DJe 25.02.2019.

⁸ STJ, REsp 1.359.976/PB, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 25.11.2014.

ao entendimento contido na súmula. No mesmo sentido, vale citar também a decisão proferida no REsp nº 1.560.976/RJ⁹.

Atualmente, até mesmo a Súmula 372 encontra-se superada, diante do entendimento posterior, proferido em 26.05.2021, pela 2ª Seção do STJ, ao fixar o Tema 1.000/STJ:

Desde que prováveis a existência da relação jurídica entre as partes e de documento ou coisa que se pretende seja exibido, apurada em contraditório prévio, poderá o juiz, após tentativa de busca e apreensão ou outra medida coercitiva, determinar sua exibição sob pena de multa com base no art. 400, parágrafo único do CPC/2015¹⁰.

Assim, a Corte entendeu que no sistema do CPC/2015, mesmo em relação a qualquer exibição de documentos, admite-se a fixação de multa diária.

De qualquer forma, é importante demonstrar que, antes mesmo dessa mudança de orientação, a Corte já admitia a fixação das *astreintes* para o fornecimento de endereço de IP.

7 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA APLICADA À URGÊNCIA NA *INTERNET*

O legislador de 2015 inovou ao prever a possibilidade da estabilização da tutela antecipada antecedente (CPC arts. 303 e 304). Rompeu, assim, o liame necessário entre cognição sumária e cognição exauriente. A partir da vigência do novo sistema processual, passou-se a admitir no Brasil que uma decisão baseada em tutela provisória sobreviva isoladamente, não precisando mais ser confirmada por uma decisão ao final do processo.

A estabilização da tutela sumária tem inspiração no *référé-provision* do direito francês, o qual permite que o processo seja extinto após a concessão da medida provisória. Como afirma Roger Perrot, o réu, ciente de que não tem argumentos, não dá continuidade ao processo: “E aí, lucram todos: o autor que teve o seu pleito atendido e a Justiça que evita um longo processo”¹¹.

O sistema processual italiano também considera que em muitas demandas, a solução jurisdicional baseada em tutela provisória possa ser suficiente. O jurista

⁹ STJ, REsp 1.560.976/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 30.05.2019, DJe 01/07/2019.

¹⁰ O Tema 1000/STJ foi fixado no julgamento dos REsp 1.763.462 e 1.777.553, 2ª Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.06.2021.

¹¹ Perrot, Roger. **O processo civil francês na véspera do século XXI**. Conferência proferida em Florença em 27 set. 1997, na *Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, tradução de J.C. Barbosa Moreira. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16623-16624-1-PB.html>. Acesso em: 20 nov. 2022.

italiano Remo Caponi usa a expressão “coisa julgada cabível”, referindo-se à sua utilização apenas quando assim exigirem as partes (CAPONI, 2011, p. 397).

Tal inovação tem grande aplicação no âmbito das tutelas de urgência envolvendo a *internet*. Isso vale tanto para a remoção de conteúdos falsos e ofensivos, quanto para a obtenção de dados e identificação dos usuários que cometem atos ilícitos pela rede mundial de computadores. A razão é simples: em muitas demandas, o provedor ou o autor das postagens não terá interesse na continuidade do litígio. A tutela sumária, nessas hipóteses, atingirá o objetivo do processo, dispensando a instrução e a concessão da tutela definitiva.

A título de exemplo pode-se mencionar decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em medida judicial na qual se pretendia apenas o fornecimento dos dados cadastrais de usuário que praticara ofensas por meio da *internet*. A vítima, cuja honra fora atingida, procurava identificar seu ofensor, bem como obter os seus registros de conexão e acesso. Formulou então pedido de tutela antecipada antecedente, tendo obtido a concessão liminar. A parte requerida, Google Brasil Internet Ltda, não teve interesse em se opor ao pedido e, conseqüentemente, não interpôs o recurso de agravo de instrumento. Diante disso, a autora da ação não apresentou o aditamento à inicial (art. 303, § 1º, I do CPC), no pressuposto de que a decisão se estabilizaria. Apesar do juízo de primeiro grau ter entendido que a não apresentação do aditamento levaria à revogação da liminar e extinção do processo, tal entendimento foi afastado em segundo grau. A 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP concluiu, por unanimidade de votos, que a melhor interpretação do art. 303, § 1º, I e § 2º era a de privilegiar a estabilização da tutela de urgência concedida¹².

Observe-se que na França isso é bastante normal e corriqueiro. Lá, a decisão judicial baseada em tutela sumária (*référé*) é totalmente autônoma e independente do pedido principal. Logo, o requerente não é obrigado a provocar a denominada jurisdição do fundo do direito (jurisdição principal). Isso porque não há qualquer interdependência entre a jurisdição de *référé* e a jurisdição do *droit du fond*. Tal concepção gera duas boas conseqüências práticas: primeira, a parte só provocará a atuação do Judiciário com cognição exauriente se estiver convicta de seu direito, não havendo interesse em protelação; segunda, a dispensa da continuidade do processo promove a economia dos custos financeiros, materiais e humanos.

De qualquer forma, a boa aplicação dessa inovação processual no Brasil depende de uma mudança de mentalidade. Não se pode mais pensar que julgar é apenas examinar a lide com base em cognição exauriente. Como ensina o sociólogo Pierre Bourdieu, “uma instituição só funciona quando há correspondência

¹² TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1063187-63.2017.8.26.0100.

entre estruturas objetivas e estruturas subjetivas” (BOURDIEU, 2014, p. 228). Isso significa que a alteração da lei somente surtirá efeitos práticos se encontrar repercussão na atuação dos magistrados, no dia a dia das varas e tribunais.

8 A HOSPEDAGEM DE E-MAIL NO EXTERIORE O COMBATE À IMPUNIDADE

Em julgamento paradigmático, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu que a hospedagem de e-mail no exterior não impede a atuação do Poder Judiciário brasileiro para coibir atos ilícitos, tais como a realização de ofensas ou ameaças pela *internet* (*REsp* nº 1.745.657/SP).

O Recurso Especial fora interposto pela Microsoft Informática Ltda, com o intuito de afastar a multa de R\$ 310.000,00, fixada em virtude do descumprimento de ordem judicial para o fornecimento dos dados de usuário de e-mail. No caso, haviam sido veiculadas ameaças contra uma pessoa física e uma pessoa jurídica, ambas com domicílios no Brasil. Argumentava a recorrente que a Justiça brasileira seria incompetente para análise da causa, eis que o endereço eletrônico era acessado de fora do país e o provedor de conexão também tinha sua sede no exterior. Pretendia, então, impedir a atuação das autoridades judiciais brasileiras.

No julgamento, contudo, prevaleceu o voto da Ministra Nancy Andrighi, a qual concluiu que o Poder Judiciário nacional é competente para a medida judicial proposta pela vítima com domicílio no país, onde também ocorreu o acesso à informação. Segundo a Ministra Relatora, seria um equívoco imaginar que qualquer aplicação hospedada fora do Brasil não pudesse ser alcançada pela jurisdição e pelas leis nacionais. Em suas palavras:

É evidente que, se há ofensa ao direito brasileiro em aplicação hospedada no estrangeiro (por exemplo, uma ofensa veiculada contra residente no Brasil em rede social), pode ocorrer a determinação judicial de que tal conteúdo seja retirado da internet e que os dados do autor da ofensa sejam apresentados à vítima. Não fosse assim, bastaria a qualquer pessoa armazenar informações lesivas em países longínquos para não responder por seus atos danosos.

A decisão protege os direitos de personalidade dos cidadãos brasileiros, mesmo nos casos em que o ofensor maliciosamente se oculta em endereços estrangeiros. O Superior Tribunal de Justiça mostra assim estar conectado às necessidades da vida atual, permitindo que a tecnologia seja utilizada para favorecer a realização da justiça, jamais para inviabilizá-la.

9 RESPONSABILIZAÇÃO DO PROVEDOR DE CONTEÚDO E A NECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL

No que diz respeito aos provedores de conteúdo (também denominados provedores de aplicação), a orientação dos tribunais superiores é no sentido de que eles somente serão responsabilizados pelos atos ilícitos praticados por terceiros se houver descumprimento da ordem judicial de remoção do conteúdo. Trata-se da aplicação do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), o qual prevê a reserva da jurisdição.

Por outro lado, em relação às cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, o entendimento que prevalece é o da responsabilização excepcional caso não ocorra a imediata remoção após simples notificação da vítima (sistema de notice and take down)¹³. Isso decorre da aplicação do art. 21 da mesma Lei nº 12.965/2014. Mas, segundo o Superior Tribunal de Justiça, para isso são imprescindíveis os seguintes elementos: a) o caráter não consensual da imagem íntima; b) a natureza privada das cenas de nudez ou dos atos sexuais disseminados; c) a violação à intimidade.

Na aplicação do art. 21 do Marco Civil da Internet, o Superior Tribunal de Justiça procura proteger as vítimas da violência digital, também conhecida como disseminação de imagens íntimas não consentidas (NCII – da sigla inglesa de non-consensual intimate images).

Importante destacar que a constitucionalidade dos referidos artigos 19 e 21 da Lei nº 12.965/2014 ainda não foi analisada. Ela está aguardando julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (repercussão geral), nos Temas 533 e 987.

CONCLUSÃO

A evolução dos meios de comunicação e a celeridade na divulgação de notícias e imagens fazem com que a proteção da vida privada continue a ocupar o centro das preocupações dos operadores do direito.

O uso indevido da *internet*, mediante a propagação de notícias falsas ou concernentes à intimidade das pessoas, deve ser combatido de modo célere e eficiente pelo Poder Judiciário. Isso decorre das próprias garantias constitucionais do acesso adequado à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Ainda que não seja possível declarar o direito sem se utilizar de um período de tempo¹⁴, é preciso ter em mente que a análise jurídica não exige

¹³ STJ, REsp 1.840.848/SP, Rel. Min Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.04.2022, DJe 05.05.2022.

¹⁴ OST, François. *Le temps du droit*, Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 13.

necessariamente um tempo longo de duração, mas sim de um tempo que lhe seja próprio.¹⁵

A tutela provisória tem, assim, uma ampla aplicação no âmbito dos ilícitos praticados pela *internet*. E nesse aspecto é preciso considerar a importância da cognição sumária. Afinal “a decisão com base em probabilidade é tão importante quanto julgar com base em certeza. O sistema processual deve prezar, de igual forma, os valores da celeridade e da certeza. A tutela dos direitos deve considerar, portanto, ambos os valores”¹⁶.

A extrema urgência, presente em quase todos os ilícitos praticados na *internet*, justifica uma atenção especial e diferenciada por parte do julgador. Nesses casos, é possível a concessão de medidas liminares baseadas em um *periculum in mora* extremamente forte, ainda que à primeira vista se mostre mínima a probabilidade do direito. Tais requisitos funcionam como pautas móveis, de forma que a presença forte de um deles compense a existência fraca do outro.

A fixação de *astreintes*, o cabimento da estabilização da tutela antecipada, a relativização da exigência de indicação das URLs em casos excepcionais e a responsabilização mesmo em hospedagens fora do Brasil são alguns dos exemplos de importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça, no combate aos ilícitos praticados pela *internet*. Por sua vez, a análise da constitucionalidade dos arts. 19 e 21 da Lei nº 12.965/2014 mostram a importância e a urgência da atuação do Supremo Tribunal Federal nos Temas 533 e 987.

Todos esses casos revelam a atualidade das palavras de René Dotti, na obra editada em 1980:

A evolução dos mecanismos técnicos que tornaram possível o aproveitamento da informática criou no homem uma necessidade de reação contra algo de extraordinário que há bem pouco tempo não passaria de ficção, mas que hoje ameaça gravemente o desenvolvimento natural da personalidade. (DOTTI, 1980, p. 256)

Essa e tantas outras lições sobrevivem ao decurso do tempo. Elas permanecem em seus colegas de profissão, em seus alunos, nos alunos de seus alunos e assim sucessivamente. Nesta verdadeira *corrente de vidas* continuam a se propagar as ideias e os valores para a proteção da vida privada.

¹⁵ “Encore cet exemple pourrait-il induire en erreur si l'on en déduisait que le juridique appelle nécessairement la longue durée, ce qui n'est pas nécessairement le cas. L'important est plutôt qu'un temps propre, chargé d'un sens instituant, soit mobilisé par la mise en oeuvre de la norme juridique” (OST, François. Le temps du droit, Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 13).

¹⁶ DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 336.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: Cursos no *Collège de France*. Tradução Rosa Freire d'Aguiar, 1. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade na justiça civil** – primeiras notas sistemáticas. *In*: RePro, v. 192, 2011.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O direito vivo das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência no projeto do novo CPC** – uma análise dos seus pressupostos. *In*: ROSSI, Fernando [et al] (Coord.) O Futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. **Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure**. *In*: *Le temps dans la procédure*, Paris: Dalloz, 1996.
- JAMES JR; Fleming; HAZARD JR, Geoffrey; LEUBSDORF, John. **Civil Procedure, fifth edition, New York: New York. Foundation Press, 2001**.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Garantias fundamentais da nova Constituição. *In*: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 184, Abr.1991.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 12.ed., rev, ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- OST, François. **Le temps du droit**. Paris: Editions Odile Jacob, 1999.
- PERROT, Roger. **O processo civil francês na véspera do século XXI**. Conferência proferida em Florença em 27.9.97, na *Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*. Tradução de J.C. Barbosa Moreira. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16623-16624-1-PB.html>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- STRICKLER, Yves. **L'évolution contemporaine du référé et des procédures d'injonction**. *In* : Revista de Processo, v. 261, 2016.
- VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução Ivone Benedetti, 1. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

APLICAÇÃO E LIMITES DA TEORIA ECONÔMICA DO DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Andrea Fabiane Groth Busato¹⁷, Clayton Reis¹⁸, Miguel Kfourri Neto¹⁹

INTRODUÇÃO

Em razão da inserção da lógica consequencialista no ordenamento jurídico pátrio, bem como das decisões que tomam como base tal fundamentação, viu-se a necessidade de se analisar o instituto, as teorias que o apregoam, com vistas a se estabelecer critérios para sua utilização.

Inicia-se o trabalho analisando os artigos 4º., 5º. e mormente o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que inseriu formalmente a necessidade da análise consequencialista das decisões administrativas, controladoras e judiciais, constatando-se que, somente quando o caso for decidido com base em fundamentos abstratos, princípios, há possibilidade de se aferir as consequências; e aí, então, a limitação do conteúdo do princípio, do valor, deve ter uma ótica consequencialista.

Após, este trabalho faz uma comparação entre a Teoria Econômica do Direito (Posner), a Teoria Utilitarista (Benthan), que são eminentemente consequencialistas, e a Teoria Integralista do Direito (Dworkin) e o Deontologismo, que têm por base valores e princípios e são tradicionalmente utilizadas pelos operadores do direito, salientando que há que se compatibilizar a aplicação simultânea de ambos, ante a exigência legislativa.

¹⁷ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Unicuritiba (2021) Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, especialista em Direito Aplicado pela EMAP/PR, Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Juíza de Direito do TJPR. Link para currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3853771219040167>. E-mail: fabianebusato@gmail.com.

¹⁸ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1996). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1970). Magistrado em Segundo Grau, aposentado, do TJPR. Professor na Escola da Magistratura do Paraná e pertence ao Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (2012-2013).

¹⁹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Magistrado em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor visitante na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Professor permanente no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Fez estágio Pós-Doutoral na Universidade de Lisboa, Portugal (2012/2013).

Ressaltou-se a Teoria Econômica do Direito, evidenciando a necessidade do direito se socorrer de outras ciências para a solução das controvérsias, posto que a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, não se revelou suficiente para atender a sociedade atual conflituosa, em constante mutação.

Expôs-se os métodos, os conceitos, os elementos da Teoria Econômica do Direito, advertindo-se sobre a dificuldade de conceituação de bem-estar social, um dos esteios econômicos para a tomada de decisão, o que pode levar o julgador a distanciar-se de valores precípuos do direito, tal qual o Princípio da Equidade, da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica.

Ainda, o trabalho trouxe a conceituação das externalidades (exemplo: danos), que são essenciais para a análise econômica do direito, apresentando a Teoria de Coase, em que as externalidades não precisam ser indenizadas pelo causador do dano. O dano pode ser internalizado por aquele que pode arcar com o custo.

Analisa-se, por fim, as possibilidades da utilização dos métodos, apreendidos pela Teoria Econômica do Direito, nas medidas alternativas de solução de conflito e no arbitramento de danos morais, constatando-se que no primeiro caso os métodos são perfeitamente aplicáveis, mas no segundo caso, arbitramento de danos morais, a despeito da utilização jurisprudencial, os métodos da teoria econômica do direito encontram óbice no artigo 944 do Código Civil.

O método utilizado foi o lógico dedutivo, utilizando-se a pesquisa documental e bibliográfica, pelo qual serão aplicados textos constantes de livros, artigos e publicações jurídicas no geral.

1 A LINDB – LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E O CONSEQUENCIALISMO

Disciplina o artigo 4º. do Decreto-Lei n. 4657/42, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”. (BRASIL, 1942)

Por sua vez, o artigo 20, incluído pela Lei n. 13.655/18, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4657/42), inseriu o consequencialismo, premissa principal do Utilitarismo e também da Teoria Econômica do Direito (Law & Economics), da Escola de Chicago, no Ordenamento Jurídico pátrio, “in verbis”: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”. (BRASIL, 1942).

E, antes desta modificação legislativa, já podíamos admitir o consequencialismo no artigo 5º. da LINDB, “in verbis”: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”, além de outros dispositivos legais específicos (BRASIL, 1942).

No entanto, hoje se faz mais presente esta realidade, mormente ante a alteração legislativa, que evidenciou a obrigatoriedade da prática; e, ainda em razão das inúmeras decisões judiciais que se amparam no consequencialismo.

Conforme as previsões legislativas enumeradas, as decisões podem ser fundamentadas através de valores abstratos e quando estes forem utilizados como razão de decidir, devem ser utilizados argumentos decorrentes de consequências, assim como ressaltado por Justen Filho

A previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado. Como observado, o valor em sua dimensão abstrata comporta uma pluralidade de significados e compreende decorrências variadas. O processo de concretização do valor envolve não apenas a escolha de um dentre esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada. (2018, p. 29)

Neste raciocínio, somente quando as decisões judiciais forem fundamentadas em princípios, valores abstratos, há que se verificar suas consequências. Não se pode admitir que o artigo 20 da LINDB concedeu o poder de negar todo o arcabouço jurídico brasileiro ao julgador, fundamentando a decisão tão somente nas consequências.

E ainda, quando a decisão for baseada em valores ou princípios, deve-se optar dentre os seus diversos significados, considerando suas consequências, para ponderar qual o melhor efeito no mundo real.

Os princípios são meios de validação da atividade jurisdicional unidos ao moral, à ética, à axiologia (todos com relevo na busca pela verdade); e, as consequências inserem-se num meio de validação conectado à política, à eficiência, à teleologia (relevo da busca pela eficiência) (GABARDO-SOUZA, 2020, p. 101).

De acordo com Gabardo-Souza,

Todavia, ambos os critérios podem ser úteis ou inúteis, podem ser corretos ou incorretos, dependendo do comportamento do intérprete na sua aplicação – o que implica o reconhecimento de diferentes variáveis de indeterminação do resultado hermenêutico. (2020, p.102).

A diferença essencial entre a fundamentação baseada em princípios ou em consequências é que aqueles se ocupam dos valores morais e éticos antes de qualquer análise empírica da aplicação dos princípios em dada sociedade, sem, contudo, desqualificar a valoração dos resultados. E, estas (as consequências), ao contrário, têm como foco somente os efeitos que sociedade sofrerá em decorrência de uma decisão judicial.

Conforme Gabardo-Souza

No caso dos fundamentos principiológicos, a indeterminação se dá pela capacidade de abstração (abstração esta que é limitada pelo seu caráter apriorístico). No caso dos fundamentos consequencialistas, a indeterminação se dá pelo risco da imprevisão sobre o futuro (risco este que é limitado pelo seu caráter concreto). (2020, p.102).

O dilema entre a hermenêutica principiológica e consequencialista de há muito já ocupa os teóricos do direito, mormente Posner, criador da Teoria Utilitarista e Dworkin, criador da Teoria Integralista do Direito.

Para Posner, segundo Gabardo-Souza, “o consequencialismo é entendido como uma disposição que vincula os julgamentos aos fatos e às consequências, em detrimento de “conceitualismos e generalidades”. (2020, p.102).

Totalmente contrário a Posner, Ronald Dworkin, assevera que o pragmatismo é uma forma de ceticismo jurídico, na medida em que rejeita as pretensões jurídicas genuínas e não tem a necessidade de visar resultados para a coletividade (GABARDO- SOUZA, 2020, p.105).

Cunha Filho (2020, n.p), sustenta que o deontologismo é uma das teorias da justiça, que se contrapõe a outra, a utilitarista (consequencialista), sendo que, para aquela, algumas ações são ruins mesmo que levem a consequências benéficas se desrespeitados os direitos fundamentais das pessoas. Estes devem ser sempre considerados.

Neste cenário, apesar de calcados em premissas distintas, ante a exigência legislativa, há que se resolver o problema da aplicação simultânea dos valores e princípios, com as consequências da decisão judicial, administrativa e controladora.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Além das premissas destoantes acima elencadas, há que se trazer à tona, também, a problemática da observância do Princípio da Segurança Jurídica,

Alvim (2021, p.175) assevera que o consequencialismo não pode ser o único a fundamentar a decisão, mas apenas um “tempero”, nunca o argumento

principal, sob pena de colocar em risco a sociedade, que é tão pluralista em dias atuais e, também a segurança jurídica, ensinando que

Mas não se pode perder de vista o perigo que isto representa. Em sociedades pluralísticas como as atuais, em que não há uma classe dominante e outra dominada; em que as ideias de certo/errado estão razoavelmente esmaecidas; em que o que é bom/ruim, pode variar imensamente segundo o ponto de vista de quem faz esta avaliação, com o uso de argumentos consequencialistas deve-se ter muito cuidado. Ou seja, ainda que se admitisse que argumentos consequencialistas pudessem ser o fundamento principal de uma decisão judicial, muitos cuidados devem ser tomados, já que vivemos em sociedades de “muitas verdades”. Essas verdades nada mais são do que, de rigor, diferentes pontos de vista. Sem as cautelas necessárias, a difusão do estilo consequencialista de fundamentar decisões tem o condão de gerar intensa desuniformidade no direito e, por consequência, comprometer a previsibilidade.

O Princípio da Segurança Jurídica é posto em relevância por Alvim (2021, p. 176/177), quando se trata da análise das consequências das decisões, ressaltando que

Entretanto, pode-se dizer, sem medo de errar, que a necessidade de segurança jurídica foi uma das molas propulsoras da concepção do regime político resultante da Revolução Francesa. É sabido que a ideia de que juízes deveriam decidir com base na lei, sem permissão de interpretá-la, tinha em vista, principalmente, conter arbitrariedades, gerar respeito à isonomia e criar segurança jurídica.

As causas de que antes se falou e as características das sociedades contemporâneas que foram apontadas, somadas à existência de 90 tribunais num país de dimensões continentais, com fundas diferenças culturais de região para região levam à inexorável conclusão de que o uso de argumentos consequencialistas de forma desmensurada pelos juízes levaria a um cenário de integral insegurança jurídica.

Além do Princípio da Segurança Jurídica, como se verá adiante neste trabalho, nas decisões que se valem das consequências, há que se ter em consideração Princípios Jurídicos indeclináveis, como o Princípio da Equidade e também o Princípio da Proporcionalidade.

Assim, com vistas à necessidade de assegurar a segurança jurídica à sociedade, ainda, ao contido nas ideias antagônicas do consequencialismo e do

deontologismo; e, também, à realidade que se impõe ante a norma cogente do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas Legais, impõe-se verificar de que modo a Teoria Econômica do Direito, eminentemente consequencialista, pode auxiliar no exame das consequências das decisões judiciais, sem que colida em valores caros à ciência do direito.

3 DA TEORIA ECONÔMICA DO DIREITO

A economia é uma ciência que se ocupa da análise da tomada de decisões pelos seres humanos em um mundo de recursos escassos, bem como da consequência destas decisões. A ciência econômica é eminentemente empírica, posto que se vale da observação das coisas como elas são e nas experiências vivenciadas. (GICO, 2001, p. 17)

Além da economia, há outras disciplinas que se interligam com o direito e que também ajudam a entendê-lo, e também a tomar decisões, como a sociologia e a psicologia, por exemplo.

A utilização destes referenciais diverge da Teoria Pura do Direito, propugnada por Hans Kelsen, em que o direito deve estar livre de considerações empíricas e não-jurídicas de outras ciências sociais, como a filosofia, o moral, a ética, a política, a economia etc, atendo-se apenas ao direito positivo. Neste sentido são os esclarecimentos de Kelsen,

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 1994, p. 1)

O direito, para Kelsen, deve se preocupar com o “dever-ser” e não com o “ser”, como se ocupam os demais ramos do conhecimento.

No entanto, ante a dificuldade da pureza da ciência do direito em resolver a complexidade do estado atual das coisas, verifica-se que a completa alienação da ciência jurídica não é mais oportuna, na medida em que pode levar a uma diferença abissal entre direito e justiça/paz social, criando se um grande paradoxo.

Feita esta consideração, e observando que a ciência jurídica deve ser interdisciplinar para que sua finalidade maior seja alcançada, é importante destacar que estas ferramentas não podem ser encaradas como novas disciplinas do direito, a exemplo do direito civil, direito penal etc, mas como auxiliares de

todos os ramos do direito, com vistas a que a norma seja interpretada, sob nova perspectiva, sob novo rumo.

Porém, há que se cuidar com a ideologia, que ao contrário da ciência, não está preocupada com o objeto do conhecimento, mas com o prevalescimento de ideias, que muitas vezes têm por objetivo obscurecer, confundir a realidade, a verdade, como se vê na doutrina de Kelsen

[...] a ciência tem, como conhecimento, a intenção imanente de desvendar o seu objeto. A ‘ideologia’, porém, encobre a realidade enquanto, com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurece ou, com a intenção de atacar, de a destruir e de a substituir por uma outra, a desfigura. Tal ideologia tem a sua raiz na vontade, não no conhecimento, nasce de certos interesses, melhor, nasce de outros interesses que não o interesse pela verdade. (KELSEN, 1994, p.118-119)

Então, ao se utilizar das demais ciências, ou ferramentas postas à disposição, o intérprete deve observar se não está sendo objeto deste ou daquele setor da sociedade, que visa impor suas convicções do que seja uma sociedade harmônica e justa.

Deve-se ter em conta que direito tem como escopo regular o comportamento humano, de acordo com as regras aceitas por determinada sociedade, através do seu processo regulatório. Mesmo que o intérprete compactue com as ideias de determinado grupo social, deve se orientar pela regra aceita pela maioria, a fim de manter a legitimidade e não obscurecer a democracia.

A interpretação do direito não precisa ser estanque, porém não pode perder o rumo, podendo se valer das demais ciências, que podem ser úteis, principalmente naqueles casos complexos em que o ordenamento jurídico não tem aptidão para a resolução dos conflitos.

Nesta senda, este trabalho traz à discussão a ciência econômica como ferramenta auxiliar, através da análise econômica do direito, a qual utiliza referenciais empíricos e teóricos econômicos para “expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.” (GICO, 2001, p. 17-18).

A Análise Econômica do Direito, “*Law and Economics*”, emergiu nos EUA, no século passado, na década de 60, e tem como seu principal expoente, o professor e magistrado Richard Posner.

Assim como o utilitarismo, criado por Jeremy Benthan (1748-1832) e John Stuart Mill (18-6-1873), a Teoria Econômica do Direito, também é uma teoria ética consequencialista.

A teoria/análise econômica do direito, *economic analysis of law*, é uma das ferramentas para auxiliar o operador do direito na interpretação dos fenômenos jurídicos e sociais, que se apresentam na sociedade contemporânea. (PORTO, 2019, p. 25).

Conforme GICO (2001, p. 18), os adeptos à Análise Econômica do Direito entendem que o direito deve ser criado, interpretado e modificado de acordo com as consequências que ocorrem na prática e o julgamento de valor, o deontologismo, sem a análise das consequências (o consequencialismo), não são aceitos pelo movimento da AED – Análise Econômica do Direito.

Ocorre que toda a tradição do direito brasileiro é orientada pelo formalismo jurídico e pela deontologia (do grego *deon*, “dever, obrigação” + *logos*, “ciência”) ou seja, pela ciência do dever e da obrigação. E os valores morais, éticos e de justiça estão imbricados com a deontologia (termo criado em 1834 por Jeremy Bentham, autor do princípio da utilidade ou da maior felicidade, como contraponto à sua teoria).

Assim, mesmo com a inserção do instituto no direito brasileiro, não há como se fundamentar decisões judiciais meramente nas suas consequências, como apregoa a Teoria Econômica do Direito, sem a análise dos valores éticos, morais (Princípios) que informam todo o ordenamento jurídico. Negar-se-ia todo o direito posto, bem como poder-se-ia fundamentar as decisões em consequências que não atendessem o bem-comum, a coletividade, que é o fim maior do direito.

3.1 DO MÉTODO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Porto (2020, p.28) assevera que os métodos da análise econômica do direito são os da teoria microeconômica, ou seja, são comparados os custos e benefícios antes da tomada de qualquer decisão, a fim de que esta seja eficiente; e, para esta análise do custo-benefício, a **preferência** do tomador de decisão e o **conjunto de informações disponível** são levados em consideração.

Analisando a preferência sob a ótica do indivíduo, esta se traduz no cálculo que se faz sobre a utilidade que determinada escolha trará à sua vida (eficiência/bem-estar). Neste contexto, o conceito de utilidade é amplo, podendo ser bens de consumo, como sentimentos (alegria, satisfação pessoal etc) (PORTO, p.29). Se pensarmos sob a ótica da empresa, a preferência poderão ser lucros, por exemplo.

A pergunta que se infere do acima exposto é a seguinte: Mas qual é a **preferência** do tomador de decisão, na análise do custo-benefício, que deve ser levada em conta na análise econômica do direito?

A resposta da análise econômica do direito é que a preferência que embasa a escolha é a eficiência, o bem-estar. Aí reside a incerteza, a possibilidade da influência ideológica na decisão do legislador ou do julgador, pois de quem é o bem-estar que deve ser levado em consideração?

Conforme Porto (2020, p. 28-29) a **preferência** na avaliação do custo-benefício deve avaliar as melhores circunstâncias de bem estar, asseverando que “o bem-estar individual é medido pela **utilidade** que o agente retira da sua decisão, bem como das decisões que poderia ter tomado e não tomou (os custos de oportunidade)”. E, conforme a ótica da teoria utilitarista, o bem-estar social seria a somatória do bem-estar dos indivíduos, não importando que alguns indivíduos não tenham utilidade com determinada decisão, bastando que o saldo seja positivo. (PORTO, 2020, p. 28-29)

A referida teoria preconiza que se deve realizar um cálculo para prever o resultado da ação e, dentre as possibilidades, o agente deve optar pela ação que proporcione a maior quantidade de prazer ao maior número de pessoas possível e na maior quantidade de tempo. (PORFÍRIO, 2022, n.p)

Conforme Porto (2020, p.29) “Geralmente não é possível obter mais eficiência sem aumentar a assimetria distributiva. O critério utilitarista prefere a eficiência à igualdade distributiva (a rigor é neutro em relação à distribuição) [...]”

Comenta Smith (2009 apud YABIKU, 2011, p. 3) que, de acordo com Bentham,

[...] os elementos essenciais e a estrutura do utilitarismo seriam a concepção do benefício como prazer ou felicidade (utilidade) e o Direito seria simplesmente algo para aumentar essa felicidade. **A ação correta seria aquela que atendesse melhor aos desígnios da utilidade, a maior felicidade ou o prazer para o maior número possível de pessoas.**

Verifica-se assim, que o agente econômico faz as escolhas que acredita que sejam úteis para maximizar o seu bem-estar (eficiência) e, esta eficiência não revela necessariamente uma preocupação com o bem-estar de toda a coletividade.

Então, como o operador do direito pode conciliar a teoria econômica do direito, sem vilipendiar os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Proporcionalidade?

Entendo que tanto a fundamentação com base em princípios, quanto a com base em consequências não devem se distanciar do contido no ordenamento jurídico, mas com ele conversar, dialogar, sob pena de mitigação dos princípios da tripartição dos poderes, da democracia, da segurança jurídica. Assim, haverá

sempre a preponderância dos valores eleitos pela maioria, em processo democrático, em detrimento das consequências das decisões.

No que se refere à fundamentação consequencialista, há que encontrar um norte, um limitador para as consequências que devem ser tomadas em conta pelo julgador. Veja-se que dependendo do julgador, em um caso concreto é possível se dar relevância ao progresso econômico em detrimento da saúde, da educação, do meio-ambiente etc ou vice-versa. Pode-se, também, priorizar uma esfera econômica da sociedade em relação a outra.

Veja-se que, conforme já asseverado, para os consequencialistas, a eficiência prepondera sobre a igualdade distributiva, o que deve alertar o tomador de decisão acerca da possibilidade de se violar o Princípio Constitucional da Igualdade.

Para o fim de acomodar a economia ao direito, destaca-se o que John Rawls (apud PORTO, p. 29) ensina, que em uma das formas de cálculo de bem-estar social, haveria maior relevância às preferências dos indivíduos que possuem menor utilidade no cômputo total do bem-estar social.

Esta conceituação pode ser eventualmente mais consentânea com o Princípio da Equidade, em que os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de sua desigualdade.

Além disso, há a premente necessidade de as consequências não se afastarem do Princípio da Proporcionalidade em sentido Estrito, em que a aplicação do ordenamento jurídico deve atender à situação concreta de forma adequada e proporcional, proibindo-se medidas excessivas.

Segundo Marques (2009):

Originário do Direito Penal, onde se solidificou a ideia de que as sanções criminais devem ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados, o princípio da proporcionalidade, também denominado doutrinariamente como princípio da vedação de arbítrio, princípio de avaliação de bens jurídicos, princípio de avaliação de interesses, princípio da vedação de excesso ou mandado de ponderação (conforme leciona Robert Alexy), estabelece limitações à liberdade individual, dirigindo a ação do indivíduo na sociedade, evitando que se fira as liberdades proclamadas pelo espírito democrático, e “aferindo a conformidade das leis e dos atos administrativos aos ditames da razão e da justiça”. Não é inconsistentemente que se afirma que este princípio assume prestígio de protetor das liberdades e de grande inimigo do líbido de administradores públicos. [...] Para Gomes Canotilho, o princípio da proporcionalidade representa a proibição do excesso, em sede de restrição de direitos. Corroborando tal entendi-

mento, Almiro do Couto e Silva adverte que “as providências adotadas pelos particulares ou pelo Estado com relação aos interesses das demais pessoas ou dos administrados, devem ser adequadas a esses mesmos interesses, proibindo-se medidas excessivas” [...] Assim, onde um direito fundamental estiver sendo restringido com excesso, presente estará o postulado da proibição de excesso.

Destarte, os tomadores de decisão, sejam julgadores, legisladores etc, ao utilizarem o critério consequencialista devem ter os Princípios da Igualdade e da Proporcionalidade em mente, criando solução adequadas e não excessivas, limitando-se aos critérios da razão e da justiça.

3.2 DAS EXTERNALIDADES

Quando um indivíduo, um ente, uma empresa praticam algum ato ou fato jurídico, além dos custos e benefícios que deles advém, também há possibilidade de surgirem externalidades, que são definidas pela ciência econômica, como as repercussões causadas a terceiros decorrentes de sua ação, tais como danos ao meio ambiente, danos à saúde, danos às pessoas (danos físicos, morais). Estas são as externalidades negativas.

As ações também podem causar externalidades positivas, como no caso da vacina, em que um indivíduo se vacina e protege a coletividade.

Em especial, as externalidades negativas interessam aos operadores do direito, pois elas podem ensejar demandas, principalmente as relativas à responsabilidade civil.

Ocorre a internalização das externalidades, quando alguém é responsabilizado pelos danos causados a outrem ou à sociedade.

Conforme Bonfadini de Sá (2020, p.24), o artigo pioneiro de Robert Coase, qual seja, *O Problema do Custo Social*, é o marco teórico da análise econômica do direito no que diz respeito ao tema da responsabilidade civil.

Em contraponto a Arthur Cecil Pigou, que pregou a criação de uma taxa pelo Poder Público àquele que criasse externalidades negativas, a tese de Coase era a de que não deveria haver intervenção do Estado e que as partes deveriam negociar sobre a distribuição dos custos das externalidades, sendo que o Estado deveria intervir apenas para delimitar regras bem definidas sobre os direitos de propriedade, bem como para diminuir os custos de transação. (BONFADINI, 2020, p.24-25)

Além do interesse das partes, o interesse da coletividade pode ficar prejudicado com a simples aplicação da norma, sem se constatar o que é economicamente melhor para as partes envolvidas no litígio e, também, para a sociedade.

O raciocínio é eminentemente consequencialista, ressaltando-se que nas soluções trazidas por Coase (apud Bonfadini de Sá, 2020, p. 27), as externalidades não precisam ser internalizadas por quem causou o dano, como é a exigência da teoria clássica da responsabilidade civil. O dano pode ser internalizado por aquele que possui melhor condição de arcar com o custo

Com base nesta proposição, constata-se, sem dúvidas, a utilização das medidas alternativas de solução de conflitos é a maneira econômica com mais propriedade para resolver as divergências jurídicas.

4 AS MEDIDAS ALTERNATIVAS DA SOLUÇÃO DE CONFLITO

A Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça erigiu a Política Nacional de Justiça a utilização de métodos adequados na solução de conflitos, levando o Poder Judiciário à criação de políticas públicas de disseminação, planejamento de programas de autocomposição. (SOUZA, LEAL e GARCEL, 2020, p.337)

Antes, não havia esta preocupação, como se pode constatar do próprio Código de Processo Civil de 1973, em que apenas a conciliação era prevista no Ordenamento Jurídico. (SOUZA, LEAL e GARCEL, 2020, p.336). Por sua vez, o CPC de 2016 inseriu em seu bojo as ADR – Alternative Dispute Resolution, prevendo as demais medidas adequadas para a solução dos conflitos, quais sejam, a mediação e o arbitramento.

A conciliação também passou a ser uma solução no âmbito do direito penal (art. 76 da Lei 9099/96) e também no direito administrativo (Lei 13.140/2015).

Direciona-se, portanto, o direito pátrio à utilização de critério de eficiência econômica para resolver a sobrecarga do Poder Judiciário, quando foi incumbido do monopólio de dizer o direito (art, 5º, XXXV da CF/88).

Como dito, a forma econômica mais eficiente de se resolver conflitos e se chegar ao melhor índice de bem-estar social possível, é a adoção das medidas alternativas de gestão de conflitos.

Ainda, como vimos, a definição de bem-estar, ou seja, da escolha das utilidades (quais e de quem) é que distanciam a análise jurídica e econômica de um problema, isto porque cada indivíduo, cada empresa, cada setor e até mesmo o Estado tem a sua preferência, a sua necessidade. E é justamente aí que o conflito se instaura.

O julgador pode tentar equalizar as consequências da sua decisão, sem que com isto fira as regras, os princípios, a lógica jurídica. Mas, ainda assim, a eficiência pode não ser alcançada.

Isto porque somente as partes de um litígio são capazes de encontrar a melhor solução para os seus problemas, impedindo consequências indesejadas e, muitas vezes, desastrosas.

Observe-se que a decisão judicial sempre causará consequências indesejadas a alguém, posto que se for negada a sua argumentação, prevalecendo a da parte contrária, e isto não lhe causar qualquer consequência negativa, há que se perguntar se o processo não foi simulado.

Somente através das medidas alternativas de gestão de conflito, as consequências podem ser minimizadas e as teorias econômicas não serão vilipendiadas, eis que terá havido a “preferência”, “dentre as soluções possíveis”, para se atingir a eficiência, que é a medida do bem-estar dos envolvidos.

Porém, nem sempre estas medidas são aceitas, aplicadas, sendo necessário o julgamento da demanda.

Dentre as diversas demandas em que se poderia aplicar os métodos da Teoria Econômica do Direito, elege-se neste estudo a responsabilização civil por danos morais, cuja fixação é tarefa das mais dissonantes nos tribunais pátrios.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL VISTA ATRAVÉS DA LÓGICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Além das resoluções adequadas/alternativas dos conflitos, vem-se apregoando a utilização de critérios econômicos na aplicação do direito no âmbito da responsabilidade civil, mormente na problemática da fixação do *quantum debeat* no dano moral.

A quantificação do dano moral se revela das tarefas mais árduas para o julgador, ante a necessidade de se precificar o que não é palpável, não é aferível por perícia.

Nesta toada, a análise econômica do direito poderia ser instrumento válido para auxiliar no desiderato.

Segundo Guido Calabresi (apud Bonfadini de Sá, 2020, p. 27), também um adepto da Teoria Econômica do Direito, na obra *The costs of accidents*, a função das leis de responsabilidade civil é a de diminuir os custos dos acidentes (custos do dano e custo de prevenção), pelo que aquele que estiver em melhores condições de realizar a análise do custo e do benefício, e assim, evitar o dano, deve fazê-lo.

Alteram-se os critérios da responsabilidade civil, pois o responsável pelo dano, o nexo de causalidade e a culpa não são mais os elementos para análise do conflito.

Bonfadini de Sá (2020, p. 28) leciona que Guido Calabresi criou uma equação, em que são multiplicados os elementos custos de prevenção e de expectativa de dano para se chegar ao custo social. E, que a aferição, pelo jurista, do grau de culpa, se dá com base na solução de um caso concreto nos Estados Unidos, pelo juiz Learned Hand: *United States x Carroll Towing Company*.

No caso americano, houve o afundamento de um pequeno barco de propriedade da empresa *Corners Company*, em que havia carga de farinha de trigo comprada pelos EUA. Este barco estava atracado, juntamente com outras embarcações, na baía de Nova Iorque, todos amarrados por uma única corda. Ao rebocar outro barco ancorado ao lado da embarcação de trigo, a tripulação do rebocador da *Carroll Towing Company*, soltou a corda, porém não a ajustou devidamente após o rebocamento, o que causou o abaloamento do barco de soja contra um cargueiro e o consequente naufrágio da embarcação. Além dos Estados Unidos, da *Carroll Towing Company*, também era litigante a empresa *Corners Company*.

Ao decidir a demanda, o juiz Hand utilizou os seguintes critérios para sua solução: 1- a probabilidade da embarcação se soltar; 2- a gravidade do dano que resultou do sinistro e 3- os custos da precaução.

Nesta equação, a conduta foi culposa, pois o cuidado (custos de prevenção) foi menor do que a probabilidade do acidente, multiplicado pelos custos do dano causado. Hand concluiu que houve negligência da empresa *Corners Company*, tendo-a condenado, concorrentemente com *Carroll Towing Company* a indenizar os Estados Unidos, pois aquela empresa deveria ter deixado um tripulante durante o dia para cuidar da embarcação.

Vê-se, portanto, que o custo de prevenção é importante elemento para a Teoria Econômica do Direito. Para a teoria, deve-se utilizar a responsabilidade civil para estimular a prevenção dos acidentes, impondo-se um ressarcimento superior aos custos necessários para que os acidentes sejam evitados. (BONFANTINI de SÁ, 2020, p.29).

Para ilustrar a importância da consideração do custo de prevenção, traz-se à colação o seguinte exemplo: A empresa Ford, na década de 1970, industrializou um veículo que tinha o tanque de combustível na parte traseira, o que poderia ensejar o incêndio, caso houvesse uma colisão traseira. Como os custos para adequar o projeto eram superiores a eventuais danos que poderiam ser ressarcidos, caso fossem processados, os empresários não tomaram nenhuma providência, o que ensejou 117 casos judiciais em que houve lesões e mortes de consumidores do produto. (BONFANTINI de SÁ, 2020, p.32)

Calabresi (apud BONFANTINI de SÁ, 2020, p. 32) afirmou que se deve fomentar a utilização da responsabilidade civil para que os acidentes sejam evitados, fixando os valores reparatórios com vistas também à prevenção dos danos. Asseverou o autor que o sistema de responsabilidade civil frequentemente decide que certos danos valem a pena, na medida em que custam menos do que evitá-los.

Esta lógica do custo da prevenção, além da função punitiva propriamente dita, é a da *punitive damages* (indenização punitiva) norte-americana, que, apregoadado por vários autores, encontra óbice para aplicação no Brasil, em razão do disposto no caput do artigo 944 do Código Civil, *in verbis*: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” (BRASIL, 2002).

Nesta senda, haveria impossibilidade de se punir o agente que não adotou as precauções contra o risco de acidentes, na medida em que a indenização por danos é meramente compensatória.

Ou seja, a vítima não pode ser indenizada em valor superior ao suficiente para a compensação de sua dor, havendo a impossibilidade do seu enriquecimento ilícito.

Porém, não há no Código Civil qualquer método ou parâmetro para a quantificação do dano imaterial, valendo-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê acórdão 1.374.284/MG, julgado sob o procedimento dos recursos repetitivos (Tema 707), os seguintes critérios: a) extensão do dano; b) reprovabilidade da conduta do agente; c) capacidade econômica da vítima; e, d) capacidade econômica do ofensor. (BONFANTINI de SÁ, 2020, p. 32).

Schreiber (2013, p. 212), constata os mesmos elementos utilizados nos tribunais brasileiros para a fixação do dano, asseverando que dois deles têm natureza eminentemente punitiva

As cortes referem-se usualmente a quatro critérios: (i) gravidade do dano; (ii) capacidade econômica da vítima; (iii) grau de culpa do ofensor; e (iv) capacidade econômica do ofensor. Como denuncia Maria Celina Bodin de Moraes, os dois últimos critérios refletem uma função exclusivamente punitiva, na medida em que não dizem respeito ao dano em si, mas à conduta e, mais gravemente, à pessoa do ofensor.

Destarte, a despeito do contido no artigo 944 do CC, vê-se que a jurisprudência utiliza a reprovação da conduta do agente dentre os elementos para a fixação do dano moral, o que leva a se pensar que o critério econômico pode ser aventado, que não é deixado ao largo da solução no Brasil.

Schreiber (2013, p. 212) ressalta que esta direção da jurisprudência contraria o Código Civil, e diminui o efeito dissuasório dos *punitive damages*, visto que combina critérios punitivos e compensatórios (o que se distancia da doutrina norte-americana), para atingir um único resultado, pois o causador do dano, não sabe se está pagando parcela relativa a punição ou a compensação.

Além disso, a realização do integral custo de prevenção não é aferida, mormente porque nem mesmo são realizadas provas periciais com este desiderato no país.

Se o fossem, por certo que os custos de prevenção dos riscos ultrapassariam muito a extensão do dano da vítima, colidindo frontalmente com o disposto no artigo 944 do Código Civil.

Destarte, para estimular o instituto da responsabilidade civil como instrumento para a diminuição de acidentes, evitando a colisão do Código Civil com condenações em danos morais baseadas na análise econômica do direito, ou seja, no custo com os riscos/no custo com a prevenção de eventuais danos que poderiam ter sido evitados, há que se discutir a inclusão legislativa de criação um fundo de destinação de valores destas condenações, com fundamento nos custos de prevenção, para a reparação de danos causados aos consumidores, ao meio-ambiente etc.

CONCLUSÃO

No decorrer deste artigo, buscou-se analisar as balizas e os critérios para a fundamentação de decisões judiciais com base do consequencialismo, analisando-o principalmente sob a vertente da Teoria Econômica do Direito.

Constatou-se que é inadmissível que o artigo 20 da LINDB tenha concedido o poder ao decisor de ignorar o ordenamento jurídico pátrio, o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica, ao utilizar o consequencialismo para fundamentar suas decisões.

Porém, ante a norma cogente prevista no artigo 20 da LINDB, há que se compatibilizar o consequencialismo com o deontologismo, usualmente utilizado pelos aplicadores do direito, que se fundamenta em valores e princípios.

Através da comparação entre estas premissas e entre as escolas que as apregoam, constatou-se a problemática da ausência de conceituação de bem-estar pelas teorias que propugnam o consequencialismo, posto que o bem-estar pode ser analisado sob diversas perspectivas.

O agente econômico faz as escolhas que acredita que sejam úteis para maximizar o seu bem-estar (eficiência), porém a preocupação com o bem-estar de toda a coletividade não é uma premissa obrigatória.

Assim, como se é possível harmonizar a teoria econômica do direito com os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Proporcionalidade?

Ante esta lacuna, propôs-se que o Princípio Constitucional da Igualdade e o Princípio da Proporcionalidade sejam, também, os norteadores do julgador, quando se valer do método consequencialista.

Ou seja, quando o julgador tiver de aplicar o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, considerando a consequência de suas decisões, os princípios da Igualdade e da Proporcionalidade, entre outros, não podem ser deixados ao largo, posto que norteadores de todo o sistema.

Ainda, ao se analisar a aplicação do consequencialismo na prática, vislumbrou-se que a teoria econômica do direito propugna que os danos devem ser arcados por aquele que possua melhor de condição de arcar com o seu custo, não sendo o ofensor o único responsável, pelo que as medidas alternativas de conflito se revelam afinadas com a referida teoria consequencialista.

As medidas alternativas de conflito, à exceção da conciliação, são relativamente novas no ordenamento jurídico pátrio, posto que o Código de Processo Civil de 1973 não as previa, como o faz o novel CPC, e revelam a preocupação do legislador em promover, em utilizar as premissas da teoria econômica do direito no direito moderno.

E, por fim, se verificou que as demandas atinentes à responsabilidade civil encontram óbice legislativo, qual seja, o artigo 944 do Código Civil, para se coadunar perfeitamente com a teoria econômica do direito, apesar da jurisprudência pátria utilizar parâmetros que com ela se compatibilizam.

O artigo citado prevê que a indenização não pode ultrapassar a extensão do dano, inviabilizando a fixação do *quantum debeatur* dos danos sofridos, com base na punição do agente que não adotou as precauções contra o risco de acidentes.

A vítima somente pode ser indenizada no valor suficiente para compensar a sua dor, no caso dos danos morais, sendo impraticável agregar aos valores a serem indenizados, parcela que represente punição, ou incentivo à prevenção dos riscos.

No entanto, constatou-se que a jurisprudência pátria utiliza critérios que ultrapassam a mera extensão do dano para a apuração do *quantum* indenizatório, quais sejam, a reprovabilidade da conduta do agente e a capacidade econômica das partes, a fim de que a condenação sancione a conduta do ofensor e não se revele inexpressiva ou exagerada, *a contrario sensu* do que preceitua o artigo 944 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

BARR, Nicholas (2012). *The relevance of efficiency to different theories of society. Economics of the Welfare State 5th ed. [S.l.]: Oxford University Press.* 46 páginas. ISBN 978-0-19-929781-8

BONFADINI DE SÁ, Carla T. Da precificação da dor. Critérios e metodologia do arbitramento da indenização por danos morais sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED). **Reflexões sobre Direito e Economia.** Rio de Janeiro: FGV – Direito Rio. ISBN: 978-65-86060-07-2. P. 21-53.

BRASIL. **Lei nº 4.657, de 4 de dezembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 de abril de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1374284/MG, (2012/0108265-7), da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Recurso Especial a que se negou provimento. Data de julgamento 27/08/14. Segunda Seção. Data de Publicação 05/09/2014). Recorrente: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Recorrido Emília Mary Melato Gomes. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864823848/recurso-especial-resp-1374284-mg-2012-0108265-7/inteiro-teor-864823858>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 de janeiro de 2002. BRASIL, ART 944 DO CC.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequentialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020. DOI: 1º 0.21056/aec.v20i81.1452.

GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito.** O que é a análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.18. ISBN 978-85-7700-468-3.

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

KLEIN, Vinícius (Coord.) [...] **O que é análise econômica do direito**: Uma Introdução. Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 17-26 ISBN 978-85-7700-468-3.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **O Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 05 Set. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/ufsc/113-direito-constitucional/4350--princípio-da-proporcionalidade. Acesso em: 01 jul.2022.

NETTO, José Laurindo de Souza; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane. SOLUÇÃO PROMISSORA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE HARVARD E DA TEORIA DOS JOGOS NA MEDIAÇÃO. **Percurso**, [S.l.], v. 5, n. 36, p. 327 - 355, dez. 2020. ISSN 2316-7521. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/4824>. Acesso em: 01 jul. 2022.

PORTO, Antônio José Maristrello. **Direito e Economia**. Capítulo I. Princípios de análise do direito e da economia.

PORFÍRIO, Francisco. **“Utilitarismo”**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/utilitarismo.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2022.

YABIKU, Roger Moko. Ética e Direito no utilitarismo de Jeremy Bentham. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3090, 17 dez. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20642>. Acesso em: 20 out. 2021

TOMADA DE DECISÃO E FILOSOFIA DA MENTE: ALGUMAS CORRELAÇÕES FÁTICAS ATUAIS

Tiago Gagliano Pinto Alberto²⁰

INTRODUÇÃO

O tema das questões fáticas e a percepção pelo Juiz não é nova. Há autores, como Friedrich Stein, que já se preocupavam desde o final do século XX com o conhecimento privado do Juiz e a sua possível interação no contexto da percepção (STEIN, 2017). Antes ainda, e, saltando um pouco do direito à filosofia, postulações como (i) a correlação entre racionalidade e emoção (HUME, 2009; DESCARTES, 2006), (ii) movimento da consciência em direção ao mundo (HUSSERL, 2015) e de volta à individualidade (HUSSERL, 2016), (iii) conexões entre mente e a intuição (BERGON, 2006 e 2013) e muitas outras questões correlacionando fatos e sua compreensão retratam os problemas com os quais juízes, professores e pesquisadores acadêmicos se preocupam até hoje no ambiente da tomada de decisão.

O que efetivamente constitui algo atual é a sobreposição desses problemas à teoria da argumentação jurídica e, em particular, à teoria da decisão judicial. Após a proposta da distinção contextual de Hans Reichenbach, fortemente influenciada por William Whewell (REICHENBACH, 1970), Jerzy Wróblewski transferiu o plano dos contextos para a argumentação jurídica, gerando o que hoje conhecemos como interpretação baseada em contextos da justificação e descoberta (WRÓBLEWSKI, 1985). A partir desse passo inaugural, destacados Autores da filosofia e teoria do direito – tais como Theodor Viehweg, Stephen Toulmin, Neil MacCormick, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado – expuseram as suas preocupações com a racionalidade na tomada de decisão, considerando o contexto de justificação. Hodiernamente, especialmente com base nos ensinamentos das escolas de Gênova (Taruffo, Tarello, Guastini), Girona (Jordi Ferrer) e norte-americana (S. Haack, R. Allen), há contribuições teóricas pesquisando a verdade em relação aos fatos provados no que se refere especificamente ao contexto da descoberta.

²⁰ Pós-doutor em Psicologia Cognitiva pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Pós-doutor em Direito pela Universidad de León/ES, Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor em cursos de graduação e pós-graduação (*lato e stricto sensu*). Juiz de Direito. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6162329963599583>. Email: tiagogagliano@hotmail.com.

Essas abordagens parecem localizadas apenas no campo acadêmico, mas são altamente relevantes em relação às decisões judiciais e à adjudicação do direito. Se o juiz não se preocupa com a existência de parâmetros racionais para a apreciação da prova, ou seja, se não conhece e pratica a ideia de *padrões probatórios*, ou se a racionalidade argumentativa lhe parece vazia, então pouco adiantará que a teoria da argumentação jurídica seja desenvolvida ao máximo no tocante ao contexto de justificação, com o objetivo de que a decisão, ao fim e ao cabo, convole-se em material argumentativo racional que possa dar ao jurisdicionado a certeza de que o juiz não está decidindo com base no que quer ou apenas no que lhe pareça subjetivamente mais apropriado.

Efetivamente, propor racionalidade na decisão judicial e trabalhar para alcançá-la é algo necessário não apenas para fortalecer o discurso argumentativo e converter a decisão em material dialogicamente válido, mas também para obter legitimidade estatal do próprio discurso, afastando a atuação judicial das esferas íntimas, subjetivas e, portanto, irracionais. Nesta área, a compreensão dos contextos, para iniciar a análise do assunto, é essencial.

O contexto da justificação tem, evidentemente, importância acentuada e este artigo não tenta reduzi-lo, mas é importante salientar que a fase mais moderna da teoria da argumentação jurídica não se contenta em definir modelos argumentativos. Atualmente, o contexto da descoberta saltou da teoria para a prática jurídica e se tornou também motivo de preocupação entre os profissionais do direito. Dessa forma, correlações entre a decisão judicial e contribuições de outros ramos do conhecimento também passaram a ocupar espaço entre os pontos que pesquisadores acadêmicos e juristas em geral deveriam enfatizar.

Partindo dessa perspectiva, existem várias formas de examinar questões fáticas e a sua correlação com o conhecimento. A epistemologia, como propõem Susan Haack, Ronald Allen, Jordi Ferrer Beltrán, seguindo os passos de autores clássicos como Peirce, é um deles. Nesse sentido, questões como compreensão de inferências fechadas, crenças básicas, propriedade relacional ou não relacional, argumentos epistemicamente autorrefutáveis ou correntes epistemológicas gerais (entre elas, fundacionalismo, coerentismo, funderentismo, funcionalismo, entre outros, com suas correspondentes variações) denotam importante marco teórico a ser pesquisado.

Além da epistemologia, a psicologia cognitiva, ou, mais especificamente, a psicologia do testemunho, também apresenta contribuições muito interessantes para a compreensão do que se conhece como *massa factual*, aludindo e aprofundando o exame de questões como: o conceito de memória (seus desmembramentos, como memórias falsas, memórias emocionais, memórias de trabalho, memórias reprimidas, etc), os sistemas de avaliação por questões de

fato (entre outros: ARNTZEN, 1970; UNDEUTSCH, 1967, 1988, STELLER e KÖHNKEN, 1994, STELLER, 1989; STELLER e BOYCHUCK, 1992), técnicas baseadas em entrevista cognitiva, técnicas de questionamento neutro, conceitos de eventos percebidos e suas diferenças com aqueles imaginados, não presenciados, instantâneos ou contínuos (BERNSTEIN, 1986), feedback positivo ou negativo, descritores de ação, entre muitos outros pontos de investigação e análise.

Ainda no campo da psicologia, sua variante comportamental ou experimental trouxe importantes pontos de reflexão para os pesquisadores sobre o tema das questões de fato. León Festinger, por exemplo, propôs a teoria da dissonância cognitiva (FESTINGER, 1975), Stanley Milgran realizou muitos experimentos cognitivos com o desafio de localizar a tomada de decisão a partir do entendimento interno de questões como (i) obediência à autoridade, (ii) habitualidade, (iii) normalização de conduta, entre outras contribuições (MILGRAN, 1963). Mais recentemente, métodos psicológicos de análise de tomada de decisão foram propostos por autores como Henle (o método racional-dedutivo), Jonathan Haidt (o método social intuitivo), Harman, Mason e Sinnot - Armstrong (o método do equilíbrio reflexivo), Joshua Greene (método social de valoração), o que indica que de fato a questão da valoração dos fatos e da tomada de decisão está longe de ser definitivamente resolvida.

A lista de outros ramos do conhecimento poderia ser bastante ampliada, mencionando-se, por exemplo, a economia comportamental, que, com Richard Thaler, propôs que as decisões podem ser severamente influenciadas por aspectos externos gerados por ela ou por agentes econômicos, pelo mercado, pela Estado ou simplesmente por outros indivíduos (THALER & SUSTEIN, 2008; THALER, 2019); as neurociências que, muitas vezes envolvidas com a medicina, também oferecem pontos de reflexão, como os destacados por autores como António Damásio; as teorias das ciências sociais, a partir de contribuições clássicas como as de Alfred Schütz, Herbert Blumer (com o interacionismo simbólico), George Herbert Mead, Erving Goffman (dramaturgia sociológica), Hardol Garfinkel, Peter Winch, Geert Hofstede, a autores mais recentes, como Manuel Arias Maldonado, que postula o ideal do sujeito pós-soberano (MALDONADO, 2016); e, por fim, ao marketing, com autores como Malcolm Gladwell e Dan Ariely, que destacam variações importantes na tomada de decisão baseada em fatos, crenças, percepções etc.

Neste artigo, embora, como vimos, sejam inúmeras as possibilidades de exame, focaremos na análise da filosofia da mente. Interessá-nos examinar a correlação entre a tomada de decisão e a filosofia da mente, em seu recorte do contexto da descoberta, para a avaliação das situações fáticas.

1 LOCALIZANDO O PROBLEMA: CONTEXTOS ARGUMENTATIVOS

Imagine que um comerciante contrate um jornal para anunciar uma TV de 50 polegadas que, no mercado brasileiro, vale cerca de R\$10.000,00 (dez mil reais). Agora suponha que o jornal erre na transcrição do valor real, de sorte que o importe de R\$1.000,00 (mil reais) seja o efetivamente publicado, ao contrário dos R\$10.000,00 (dez mil reais) propostos. Com certeza no dia seguinte à publicação haverá uma fila enorme em frente ao estabelecimento comercial, pois o entendimento do público será o de que houve desconto, ou que o estabelecimento está falindo e, por isso, vendendo todo o seu estoque de produtos por preço muito inferior ao habitual.

O estabelecimento, para não ser prejudicado, nega, em hipótese, aos consumidores a compra da TV de 50 polegadas, o que gera uma profusão de processos judiciais, sob o argumento de que foi constatada, com a situação, violação à boa-fé.

Agora considere que existam 5 juízes com competência para analisar o caso naquela cidade hipotética. As sentenças variam de acordo com o entendimento dos julgadores, que se espria desde aqueles que entendem que houve violação da boa-fé com base em propaganda errônea e a não venda do produto, até outros que compreendem acertada a conduta do vendedor, sob o fundamento de que a boa-fé tampouco pode ser unilateral, de modo que teria sido possível que os consumidores percebessem que se tratava de um erro, já que o preço estava longe da realidade.

O que é fundamental nessas decisões hipotéticas é que todos os juízes basearam suas conclusões na concepção de boa-fé e, por terem estudado a teoria da argumentação jurídica, sabiam que para legitimar suas decisões deveriam explicitar o que entendiam sobre boa-fé e porque essa expressão de densidade semântica porosa em relação à regra se correlacionou com o caso.

Em seguida, considere ter havido recurso e, como todos os juízes disseram o que compreendiam por boa-fé em suas sentenças, isso ampliou o catálogo dialógico de questões debatidas no caso, de modo que a instância revisora logrou apreciar não apenas a conclusão final das decisões, mas também se o entendimento de boa-fé utilizado pelos magistrados foi compatível com o que se entende acerca de tal expressão.

Uma vez que o Tribunal tenha se pronunciado – e aqui vamos eliminar a possibilidade de outros recursos, para facilitar o exemplo, considerando, ainda, que este hipotético Tribunal tem competência para, com suas decisões, estabelecer precedentes – e a decisão tenha se tornado definitiva, tal gerará um precedente

que deverá, por razões de coerência argumentativa, ser observado por todos os futuros juízes que, sob a jurisdição daquele Tribunal, devam apreciar casos semelhantes. Isso, sem dúvida, estabilizará o ordenamento jurídico, pois todos os agentes do mercado saberão de antemão qual o efeito de uma publicação errônea e como a boa-fé se aplica, ou não, a essa situação.

A estabilidade do sistema, neste exemplo hipotético, só foi possível porque todos os juízes que atuaram no caso, desde os de primeiro grau até a instância de revisão, obedeceram à teoria da argumentação racional, não se limitando a invocar a boa-fé como conceito jurídico indeterminado, mas também trabalhando o conceito, especificando-o e, de fato, trazendo à luz suas opiniões sobre o assunto. A consequência foi a estabilidade do sistema. Se fosse o contrário, ou seja, se a boa-fé fosse usada sem maiores explicações, apenas a conclusão e os fundamentos da decisão seriam analisados, sem que se pudesse, ao final, definir até que ponto a boa-fé deveria ser compreendida no caso de uma publicação errônea, o que dificilmente geraria um precedente para futuras situações semelhantes.

Essa é a importância do contexto da justificação na argumentação jurídica racional. De fato, a decisão judicial será considerada racional desde que possa explicar os fundamentos necessários para ampliar o catálogo de debates dialogicamente verificados no caso em questão.

Em torno deste eixo existem, como se sabe, muitas questões passíveis de desenvolvimento, figurando, *numerus apertus*, entre tais: (i) a discricionariedade judicial, existente ou não; (ii) a escola de pensamento em que se baseia a concepção judicial, pois um juiz positivista não decidirá da mesma forma que um pós-positivista e os dois discordarão de juízes comunitários, realistas, marxistas feministas e assim por diante; (iii) problemas gerados por concepções de tipologias de normas jurídicas, especialmente quando surgem no caso as antinomias, de regras ou princípios; (iv) o conceito, estrutura, propósitos e desafios da lei, bem como suas formas de falar por meio dos agentes estatais; (v) questões relativas à distribuição do poder na sociedade e à legitimidade para a realização dos atos do Estado. Muitos outros debates poderiam ser feitos se levássemos em consideração o contexto da justificação e a função judicial. No entanto, a abordagem da teoria da decisão judicial considera, embora sejam múltiplas as questões discutidas, a necessidade de lançar luz sobre a racionalidade, transformando o sistema jurídico de instável em estável no que se refere à tomada de decisão judicial.

Ocorre, porém, que não há apenas o contexto de justificação a ser considerado, impondo-se observar também o contexto de descoberta para que todo o processo decisório possa ser efetivamente racionalizado. De nada adiantará uma decisão com argumentos racionais que promovam a ampliação do diálogo

entre os participantes do caso se a condenação, principalmente em relação às questões de fato, não for igualmente racionalizada.

Portanto, como o contexto de justificação, o contexto de descoberta tem um papel importante na racionalidade argumentativa. Mas, se os desafios são os mesmos, os caminhos para alcançar a solução são diferentes. Se, para definir o contexto de justificação do direito e em termos de argumentação jurídica, a concepção de modelos argumentativos ajuda bastante a relativizar a irracionalidade argumentativa, isso não ocorre no contexto da descoberta. Como vimos anteriormente, outros ramos do saber precisam ser chamados a intervir e, além de sua intervenção, o juiz deve estar preparado para perceber a necessidade de não confiar apenas em sua intuição para entender o que está acontecendo ao seu redor.

Exemplificamos o ponto com uma situação bastante usual nos processos criminais debatidos no Judiciário: o peso da palavra da vítima no contexto do processo penal. Qual seria, efetivamente, a metodologia utilizada para verificar a consistência das provas materializadas com os depoimentos de uma suposta vítima e sua correlação com a reconstrução da realidade passada? Haveria algum critério metodológico específico de reconstrução fática para cada prova (e sua percepção pelo Juiz) ou, ao contrário, algo de natureza geral?

Essa visão geral mostra que, para fins de racionalização do argumento, não é suficiente, embora absolutamente essencial, levar em conta o contexto da justificação. Sem dúvida, definir a metodologia para elaborar a decisão e apresentá-la ao debate no jogo argumentativo do caso em discussão é essencial, mas insuficiente, pois não denotará o que efetivamente levou o juiz a resolver tal caso. Essa análise será desenvolvida não com o contexto da justificativa, mas com pesquisas vinculadas ao contexto da descoberta, capazes, estas sim, de considerar os fatores que podem ter contribuído decisivamente para a tomada de decisão.

Obviamente, essa compreensão do assunto não significa que a subjetividade inerente à tomada de decisão possa ser controlada, disciplinada ou regulada de alguma forma. Entender dessa forma seria reduzir o problema a uma abordagem normativa, do ponto de vista descritivo ou conceitual, o que seria inadequado. De fato, pesquisas relacionadas ao contexto de descoberta, tomada de decisão e verdade trazem à tona a existência de vários fatores que influenciam a tomada de decisão e que podem simplesmente estar ocultos nesse ambiente. O controle do contexto da descoberta é feito, em primeiro lugar, pelo próprio decisor, que, ciente dos possíveis atalhos em seu processo de raciocínio jurídico ou probatório, deve perceber se está decidindo com base em algum salto causal inapropriado, influenciado pela forma definida por elementos externos e sem sequer se dar conta disso, ou se, ao contrário, está raciocinando criticamente sobre os pontos de discussão que são passíveis de debate.

Na verdade, o mal-entendido ou a falta de consciência do que está acontecendo no contexto da descoberta pode ser ainda pior do que tomar decisões com base em uma escolha teórica previamente estabelecida. Explicamos de outra forma: quem se autodenomina positivista, pós-positivista, realista, estudioso do direito natural etc., agirá, em sua decisão, de acordo com os quadrantes especificados pela teoria que defende. Dessa forma, será limitado em suas conclusões finais pelo preceito teórico que decidiu seguir. No entanto, quem decide sem perceber a existência de detalhes e circunstâncias de influência não tão visíveis na interpretação jurídica ou na análise probatória terá plena certeza do que decide, embora, na realidade e infelizmente, seja por si mesmo enganado.

Considere por um momento os seguintes exemplos:

- a. O juiz acaba de ler um interessante artigo sobre como atos de improbidade aumentam os custos do Estado e prejudicam o patrimônio financeiro utilizado para despesas como a merenda escolar. Em seguida, proferirá uma sentença referente a um caso em que se discute um ato de improbidade administrativa. Haverá alguma influência da leitura do artigo na interpretação dos fatos ou da lei em debate? Acaso positivo, por quanto tempo essa influência estará viva em sua vida diária e o que pode fazer para mantê-la fora de sua compreensão do caso, se realmente lhe interesse fazê-lo?
- b. A juíza acaba de ver um filme que narra a infeliz vida na prisão que levou um cidadão a ser injustamente acusado de um crime de estupro, em que a palavra da vítima prevaleceu para a sentença condenatória. Em seguida, proferirá sentença criminal em situação praticamente idêntica, sendo a única prova a palavra da suposta vítima. Haverá alguma influência da situação narrada no filme e da apreciação das provas? Ela estará mais inclinada a aceitar a narrativa processual como semelhante? Ou, ao contrário, estará mais propensa a rejeitar a palavra da vítima, como se quisesse provar a si mesma que não estaria cometendo uma injustiça? Por quanto tempo essa âncora externa pode influenciar a tomada de decisão?
- c. O juiz está analisando um caso em que é alegado que um cidadão cometeu um roubo. A peculiaridade é que em pelo menos duas outras ocasiões esse mesmo cidadão já havia sido condenado por crime idêntico. A condição pessoal deste acusado influenciará o exame das provas apresentadas em juízo?

Em todos estes casos — e há diversas variações possíveis —, haverá uma análise isenta e crítica do conjunto fático e do material jurídico? Note-se que o fato de o decisor adotar algum posicionamento teórico sobre as correntes do pensamento jurídico não resolve o problema. Passando do direito natural ao pós-positivista, as dificuldades serão as mesmas na análise do corpo probatório fático e na interpretação das questões jurídicas envolvidas. Dessa feita, restará ao exame do contexto da descoberta o necessário auxílio na decisão a ser tomada.

Aliás, será fundamental atuar neste quadrante, sob pena de ser tendencioso na análise e potencialmente injusto.

E, quanto ao contexto da descoberta, a busca de teorias relacionadas à epistemologia jurídica também será absolutamente necessária, embora, como vimos anteriormente, outros ramos do conhecimento também possam ser chamados a intervir. No que se refere especificamente à epistemologia, levar em conta se a análise realizada pelo juiz no momento da compreensão do material probatório é realizada em nível coerentista (BONJOUR, 1993; FUMERTON, 1993), confiabilista (GOLDMAN, 1993; ALSTON, 1995), internalista ou externalista (BONJOUR, 1980; GOLDMAN, 1980), com base na epistemologia das virtudes (SOSA, 2003; CODE, 1987), a epistemologia naturalizada de Quine (QUINE, 1969, 1988 e 1990; KITCHE, 1992), de matriz teórica fundacionalista (ALSTON, 1976; BONJOUR, 1993) ou de outra natureza ajudará muito na compreensão da situação de fato no processo de análise da reconstrução dos eventos que deram origem ao processo judicial.

Neste artigo, entretanto, abordaremos o problema a partir da filosofia da mente, a fim de perceber como a compreensão do debate mente-cérebro pode acabar por influenciar na tomada de decisão.

2 APROFUNDANDO A DISCUSSÃO

2.1 A FILOSOFIA DA MENTE

A filosofia da mente não é algo novo. Os filósofos de há muito sustentam a conexão entre a mente e o cérebro, chamada, a princípio, de relação corpo-alma. Há registro de pesquisas sobre o assunto desde os pré-socráticos e, mesmo antes, em escritos religiosos, como o Bhagavad-gītā. Entretanto, foi apenas com René Descartes que as escolas mais atuais de filosofia da mente foram desenvolvidas. Sua dúvida cartesiana (*cogito ergo sum*) nos permitiu compreender o sujeito da mente e do cérebro do ponto de vista do que hoje é conhecido como dualismo substancial, que considera a existência de duas coisas diferentes e separadas: a mente e o cérebro, que interagem, embora tenham origens e finalidades diversas (CASTRO, 2018).

Embora a abordagem de Descartes ao dualismo substancial receba muitas críticas pelo fato de que tende a separar o corpo (a *res extensa*) da mente (a *res cogitans*)²¹, pode ser considerada a primeira grande tentativa de elucidar a

²¹ Entre as principais: (i) A dúvida sistemática, que leva à formulação do cogito, parece mostrar que o pensamento não pode ser separado da essência do sujeito (Antoine Arnauld); (ii) Como é possível explicar a interação entre as duas substâncias (alma e corpo), já que uma delas não tem componente material, enquanto a outra é puramente matéria? (John Cottingham); (iii) e, por fim, nesta lista meramente exemplificativa, o

questão de onde termina a mente e começa o mundo, o que, traduzindo para os fins da teoria da argumentação jurídica, pode ser traduzido como: (i) o que é um fato; (ii) o que se entende por fato comprovado; (iii) a conexão entre as duas coisas, o fato e a prova.

Além disso, ao afirmar que “*eu*” sou aquele que pensa, logo existo, a tese cartesiana também inaugurou o que ficou conhecido como **princípio da autoridade de si próprio** (também chamado ponto de vista da primeira pessoa), importante postulação epistemológica pertinente à origem do conhecimento, a partir da qual aquele que afirma deve ser capaz de **garantir** seu conhecimento sobre a assertiva.

Considerando que o dualismo substancial foi fortemente atacado – e com argumentos muito bons –, o entendimento da tese mente-cérebro sofreu mudanças, inclusive no próprio dualismo. Onde antes se via a completa independência entre a mente e o cérebro, a questão começou a ser examinada a partir do que se chamou de epifenomenalismo, ou dualismo de atributos ou propriedades (JACKSON, 1982; DENNET, 1991).

Sob esse entendimento, que ainda está localizado no dualismo, a matéria altera a mente. Matéria e substância mental são diferentes, embora a mente não altere a matéria. Para o epifenomenalismo, alguns ou todos os estados mentais são meros epifenômenos – ou seja, efeitos ou subprodutos – do estado físico do mundo. O epifenomenalismo nega que a mente tenha qualquer influência sobre o corpo ou qualquer outro lugar do mundo físico: enquanto os estados mentais são causados por estados físicos, os estados mentais não têm influência sobre os estados físicos. Há uma conexão entre eles, mas apenas em um caminho. Os estados mentais são causados por estados físicos, como sentir dor, por exemplo. Não há independência entre eles, mas autonomia, de modo que o estado mental é afetado pelo estado físico, mas não vice-versa.

O problema é que, se por um lado o epifenomenalismo resolve a questão cartesiana da total independência entre mente e cérebro (que até favorece a religião, trocando a concepção de mente pela de alma), considerando que somente os estados físicos promovem mudanças nos estados mentais e não o contrário, tal equivaleria a afirmar que as sensações nunca podem afetar o mundo físico e, portanto, o comportamento (MCLAUGHLIN, 1995, p. 277). As qualidades fenomenais, ou *qualia*, para os epifenomenalistas, são muito limitadas e percorrem o caminho em um único sentido.

Considere, por exemplo, que em um julgamento oral a testemunha apresenta uma versão inusitada e totalmente fantasiosa de fatos passados e, pelo con-

problema das outras mentes, para o qual se considera que, se a tese de Descartes estiver correta, não haveria como saber, com certeza, que outras mentes existem.

teúdo absurdo de seu depoimento, dá ao juiz a sensação de que a testemunha está trapaceando. Segundo a corrente epifenomenalista, o ato de falar da testemunha, seu estado físico que produziu o sentimento de raiva ou descontentamento no juiz não levará o juiz a avaliar a prova de forma tendenciosa, devido à ausência de influência do estado mental (os sentimentos do juiz na declaração de trapaceira) no mundo físico. Isso, sabemos, não é o que toda a literatura que trata de heurísticas e vieses propõe – e comprova – e vai contra as mais modernas teses da psicologia comportamental ou experimental.

Não é por outra razão que Chalmers propôs, contra o epifenomenalismo, o argumento do zumbi. Para ele, é possível conceber, do ponto de vista dessa corrente dualista, zumbis fenomenais: seres que carecem de experiências fenomenais, mas que são fisicamente idênticos a um ser humano comum. Para Chalmers, o zumbi fenomenal é totalmente igual ao ser humano, mas carece de *qualia*, ou seja, os aspectos qualitativos e subjetivos das sensações que promovem mudanças no mundo físico. Uma vez que o juiz, no caso do depoimento mencionado, não é um zumbi, é muito difícil argumentar que os estados mentais não produzem mudanças intencionais nos estados físicos, mas apenas o contrário (CHALMERS, 1996, p. 94).

Tendo em vista que o dualismo, em suas versões substanciais ou epifenomenalistas, não parece oferecer opções seguras, outras vertentes foram desenvolvidas, tentando unificar mente-cérebro em uma única substância. É o que se denomina materialismo, que, igualmente, recebe subdivisões: (i) redutiva; (ii) eliminacionista.

Para o materialismo, também conhecido como monismo, existe apenas uma substância e não a divisão mente-cérebro. Tudo o que existe é a matéria, que é a única categoria a ser considerada em relação ao estado intencional. Embora desde os gregos a concepção de matéria tenha sido debatida, foi talvez com o famoso artigo “Por que não sou materialista” de Ulises Moulines (MOULINES, 1977), que esse aspecto teórico recebeu um impulso moderno mais acentuado, que o identifica com a tese tipo-tipo, com as seguintes características, segundo Marcelo Díaz (DÍAZ, 2013):

1. Identificação da mente com o cérebro (mente = cérebro). Esta é a tese ontológica.
2. O mental, o interno, isso é, o neural, tem um papel causal no comportamento. O que se encontra dos indivíduos em seu comportamento é resultado de eventos nervosos internos. Essa conexão entre o interno e o comportamento, ignorada ou desvalorizada nos credos behavioristas, será justificada na teoria da identidade psicofísica, bem como nas

abordagens funcionalistas (computacionalistas) que estão na base do paradigma cognitivo segundo o qual pensar é computar símbolos. Esta tese é, então, subscrita tanto por filósofos materialistas quanto ontologicamente neutros, uma vez que para funcionalistas (computacionalistas) tal processo computacional pode ser realizado em um cérebro, em hardware de computador e até em uma mente imaterial.

3. Metodologicamente, opta-se por um reducionismo em que os relatos introspectivos na primeira pessoa do presente (por exemplo “sinto uma coceira nas costas”) são traduzidos em relatos comportamentais na segunda ou terceira pessoa (“fulano está coçando as costas ou está balançando”) para finalmente chegar a um relatório fiscalista (“em tal área deste cérebro canais iônicos foram ativados produzindo um sinal elétrico”). Esse reducionismo metodológico (fiscalismo de tipos) deixa a autonomia da psicologia científica em mau sentido, enquanto a possibilidade de ser reduzida a uma ciência mais básica, a física, permanece aberta. Tal possibilidade tomou forma na fase fiscalista do Círculo de Viena (Herbert Feigl e Rudolf Carnap foram seus mais ilustres defensores).

O materialismo tampouco é unânime. Existem variações que, embora partam de um mesmo tronco, apresentam pontos de diferenciação.

O materialismo reducionista afirma que os estados mentais podem ser reduzidos a estados físicos, vistos de um ponto de vista diferente. Essa variação teórica, também conhecida como teoria da identidade, ou simplesmente reducionismo, considera que a identidade lógica se afasta do dualismo, reduzindo estados mentais a estados cerebrais e considerando a base de que tudo o que existe é material. Todos os estados – e aqui não importa se cerebrais ou mentais – seriam, para essa subdivisão do materialismo, apenas processos no cérebro, que nos permitiriam ver diferentes aspectos de um mesmo evento. Talvez o exemplo mais ardente de materialismo reducionista seja o do trovão e do relâmpago. Ambas são a mesma realidade, embora vistas de pontos de vista diferentes, ou seja, do que se vê ou do que se ouve (TUNÓN, 2011).

No campo dos fatos comprovados, o materialismo reducionista é algo perigoso. Se reduzirmos todas as realidades a estados neurais, a conclusão necessária que a abordagem geraria seria que não podemos influenciar nossos pensamentos além do que o sistema orgânico do cérebro nos permitiria fazer. Assim, um juiz faminto ou muito cansado, por exemplo, estaria mais propenso a examinar de forma menos detalhada a realidade que se apresenta diante dele, a fim de terminar seu trabalho e ir para casa para jantar ou descansar. Essa seria uma conclusão inevitável para o materialismo reduutivo, porque simplesmente não

haveria outra maneira de ver a realidade a não ser a partir de estados cerebrais e as suas consequências orgânicas. Seria melhor, então, alimentar o juiz do que municia-lo com bons argumentos para a resolução do caso.

Além disso, o materialismo reducionista é extremamente fisicalista, falhando também em explicar onde o pensamento está localizado. De fato, considerar que alguém existe em pensamento não significa necessariamente localizá-lo dentro de nosso cérebro. Como menciona o filósofo JJC Smart (SMART, 1959), em tradução livre:

este isso é uma *ignorante elenchi*. Não estou argumentando que a pós-imagem é um processo cerebral, mas a experiência de ter uma pós-imagem é um processo cerebral. É a experiência que é relatada no relato introspectivo. Da mesma forma, se for contestado que a pós-imagem é laranja-amarelada, mas quando um cirurgião dá uma olhada dentro do seu cérebro, ele não veria nada laranja-amarelado, minha resposta é que é a experiência de ver algo que está sendo descrito como amarelado-laranja, e essa experiência não é algo laranja-amarelado. Então, dizer que um processo cerebral não pode ser laranja-amarelado não é dizer que um processo cerebral é, de fato, a experiência de ter uma pós-imagem laranja-amarelada. Nesse sentido, não existe uma pós-imagem ou um dado sensorial, embora existam coisas como a experiência de ter uma imagem, e essa experiência é indiretamente descrita em uma linguagem de objetos materiais, mas não em uma linguagem fenomenal, porque não existe tal coisa.

Em virtude de todas essas críticas, o materialismo reducionista também evoluiu, mudando sua forma para o materialismo eliminativo, cujo pressuposto é o de que a linguagem mental está errada. Em termos mentais, sustenta essa corrente, não sabemos o que significa sonhar, entender, ou querer, de modo que simplesmente estabelecemos convenções de linguagem sobre o que todas essas realidades significam.

O materialismo eliminativo, como postulado pelo casal Churchland (Paul e Patrícia), autores mais destacados dessa corrente de pensamento, a linguagem cotidiana (chamada por eles de psicologia popular, ou *folk psychology*), não é suficiente para descrever verdadeiramente fenômenos mentais subjetivos, para o qual utiliza expressões como intenção, crença, desejo e afins sem se separar do discurso oriundo da ciência. Seu entendimento é de que, aos poucos, à medida em que a neurociência avança, as concepções populares são cada vez mais consideradas inadequadas, obsoletas e inadequadas (CHURCHLAND, 2004).

Thomas Nagel, no entanto, discordou do casal Churchland e argumentou que os fenômenos mentais deveriam ser vistos como uma propriedade especial de porções de matéria da qual o universo é composto. O cérebro, do seu ponto de vista, é capaz de produzir estados mentais ou subjetivos, independentemente dos estados físicos. Nos artigos “Fisicalismo” (NAGEL, 1977) e “Como é ser um morcego?” (NAGEL, 1974), Nagel considera que as pretensões materialistas não explicam adequadamente o problema da consciência, pois existem alguns estados mentais que não permitem uma descrição em termos fisicalistas ou materialistas. Para ele, nem mesmo a linguagem cotidiana seria capaz de explicar os estados que se localizam no domínio da subjetividade; descrever, como a neurociência faz ou busca, seria possível, mas não colocar a mente em um estado subjetivo de percepção.

Essa crítica alterou o parâmetro até então definido pelo materialismo, mudando o exame da questão para a ideia de propriedades funcionais, ou seja, funcionalismo.

No funcionalismo, não é a estrutura do cérebro ou a divisão mente-cérebro que importa, mas sim o papel desempenhado no contexto da tomada de decisões. Para essa corrente, a consciência não é algo sobrenatural, mas puramente instrumental. Partindo do pressuposto da realidade dos estados mentais, que eles não são redutivos aos estados físicos e, ainda, que os estados mentais podem ser definidos pelo seu papel funcional como entradas e saídas em um organismo ou sistema, o funcionalismo entende que, além da preocupação em torno da definição entre mente-cérebro, o mais importante é a função desempenhada.

Existem dois tipos básicos de funcionalismo, embora atualmente muitas sejam as divisões e desdobramentos. Em primeiro lugar, o funcionalismo da inteligência artificial costuma ser chamado aquele em que se percebe uma analogia entre mentes e computadores. A partir dos anos 70 do século 20, e muito influenciado por Alan Turing de sua famosa palestra de 1947 no National Física Laboratório de Londres, convertido, em 1950, no artigo “Can a machine think?” (TURING, 1951), desenvolveu-se esse pensamento, em que os conceitos de hardware e software aproximaram-se do corpo humano (concebido como o hardware) e da mente (representando o software), bem como a ideia de entradas e saídas de informação da mesma informação funcionou de alguma forma.

Nessa vertente teórica, o “Teste de Turing” buscou verificar a confiabilidade da inteligência artificial para a tomada de decisões, indistintamente dos seres humanos – e justamente por isso – capaz de equiparar sistemas artificiais e humanos em termos de funções. O Teste consistia em um jogo de imitação envolvendo uma máquina (a “máquina de Turing”) e os seres humanos. Uma pessoa, que ocupa a função de juiz, está localizada isolada em um ambiente e, no

outro, haverá outra pessoa e uma máquina. O juiz faz perguntas aos dois e, caso não consiga distinguir qual resposta advém do ser humano ou da máquina, fica comprovado que o aparelho digital é inteligente e, portanto, que a inteligência artificial e a mente humana são idênticas em função, não representando coisas diferentes.

Se Turing estiver correto, então um certo estímulo, uma *entrada (input)*, é capaz de gerar um certo estado mental, que, como consequência, geraria uma resposta, uma *saída (output)*; o funcionalismo, nesse campo, define o mental a partir da causa e consequência dos comportamentos, o que o aproxima muito de uma subdivisão especial da corrente chamada behaviorismo psicológico.

A partir dessa trilha, o funcionalismo da inteligência artificial, a compreensão dos fatos pelos juízes não se desviaria do mesmo desenvolvimento que um computador poderia empreender, uma vez que são idênticos em funções e consequências de suas visões. Se, na época de Turing, esse tipo de possibilidade já era imaginado a partir de computadores recém-criados, talvez hoje, com o advento dos computadores quânticos, essa realidade se aproxime, pelo menos não no sentido de tomada de decisão, mas ao mesmo tempo como instrumento capaz de aumentar a quantidade de potencialidades e elementos percebidos em relação a um evento ocorrido e que, portanto, pode ser considerado comprovado. A questão é nova e não está claro como – ou se – um computador poderia ajudar na compreensão dos fatos e na sua verificação, mas do ponto de vista teórico funcionalista é razoável acreditar que os dispositivos da inteligência artificial podem exercer importante ajuda em termos de tomada de decisão.

Mas, como já foi dito, o funcionalismo baseado em inteligência artificial não é unânime entre os pesquisadores do assunto. Há outra maneira de examiná-lo, apresentada em grande parte a partir do artigo de 1970 “A Natureza da Mente”, de David Armstrong (ARMSTRONG, 1980). De acordo com o que propõe, é possível dar uma explicação completa do homem em termos puramente físico-químicos, motivados principalmente pelo conhecimento da biologia molecular e da neurofisiologia. Para ele, “a visão científica do homem e não a visão filosófica, religiosa, artística ou moral do homem, é a melhor aula que temos sobre a natureza do homem”. Apresentando-se racional, argumenta a partir da melhor evidência possível, que pode – e para Armstrong deve – ser a da ciência.

Assim, entende que as disposições para conduzir, expressão que toma de Gilbert Ryle em “The Concept of Mind” (RYLE, 2002), explica, do condutivismo physicalista que o comportamento de um homem constitui a razão para que certos processos mentais sejam atribuídos a ele, mesmo que o comportamento em si não possa ser identificado com os processos mentais. Se alguém tem

maior probabilidade de adotar determinado tipo de comportamento, essa será sua “disposição comportamental” e é razoável acreditar, portanto, que a noção de mente e estados mentais individuais esteja logicamente ligada ao comportamento (ARMSTRONG, 1980, p. 4).

Talvez o que eles entendam por estado de espírito seja algum estado da pessoa que, nas circunstâncias certas, produz certa reputação de comportamento. Talvez a mente possa ser definida não como comportamento, mas sim como a causa interna de determinado comportamento. O pensamento não é a fala que ocorre nas circunstâncias certas, mas algo dentro da pessoa que, nas circunstâncias certas, produz a fala. E, de fato, acho que essa é a explicação verdadeira, ou pelo menos uma primeira explicação verdadeira, do que entendemos por estado de espírito.

Desse ponto de vista, o estado mental é “um estado da pessoa capaz de produzir uma certa gama de comportamentos”, o que é relevante para o contexto da descoberta e, principalmente, para as questões probatórias. Se certos tipos de reações de uma testemunha, ou sua declaração, por exemplo, dão ao juiz um estado de espírito específico, é razoável acreditar que uma certa gama de comportamento – um padrão decisório – será a consequência. A interpretação que o juiz fará dos fatos não será determinada por ele, mas por uma terceira pessoa, alheia a ele, o que, na filosofia da mente, é conhecido como o ponto de vista do outro e é exatamente o oposto do que sustentou Descartes em sua tese da autoridade do eu.

No entanto, o funcionalismo, ou a inteligência artificial, ou mesmo o behaviorista (ou o materialismo funcionalista), foram alvo de críticas. Um dos mais conhecidos veio de John Searle e é conhecido como o experimento do quarto chinês. A abordagem hipotética de Searle, que se baseia na ideia de que a sintaxe não garante a existência da semântica, consiste em imaginar que alguém está trancado em uma sala e que outra pessoa lhe passa perguntas em mandarim escritas em um pedaço de papel, através de uma fenda. A pessoa não fala esse idioma, mas na sala há um manual com instruções que ele entende perfeitamente, pois está escrito em seu idioma. Ao consultar este manual, a pessoa pode procurar as respostas correspondentes em mandarim ao que lhe é pedido, devolvendo-as através da mesma fenda. Então, quem está de fora, fazendo as perguntas, vai pensar que quem está de dentro também fala a língua e que está conversando, o que não é verdade, pois – e esse é o ponto de Searle – quem está de o quarto não entende o que diz, porque não sabe o que lhe perguntam, nem o que responde.

Compreender, portanto, é diferente, para Searle, de responder. A tese do quarto chinês de Searle desmantela, de uma vez por todas, o funcionalismo da inteligência artificial, porque prova que o que o computador faz é simplesmente o mesmo que a pessoa no quarto chinês: comparar a tabela de letras de um sistema e repeti-la sem se preocupar em entendê-lo. O que faz não é entender, mas repetir (SEARLE, 2002; SEARLE, 2006).

Em outros termos – e avançando ao que nos interessa no contexto da descoberta –, de acordo com o quarto chinês de Searle, (i) a verificação dos fatos pode ser feita sem necessariamente ser compreendida; (ii) considerar que os fatos estão provados não significa necessariamente que o juiz os tome como ocorridos (afinal, para que sejam provados basta que, como também analogamente se observa no quarto chinês, uma comparação epistemológica entre os critérios de validade, inferenciais ou não, sejam atendidas); (iii) prevalece o critério sintático de comprovação dos fatos (fact-checking) quando comparado ao critério semântico.

Pode-se ver que até então os filósofos em geral e os filósofos da mente em particular não chegaram à conclusão do que acontece entre o cérebro e a mente.

Hilary Putnam é um exemplo de como a compreensão da dicotomia mente-cérebro pode ser confusa. Em seu livro de 1975, *Mind, Language and Reality*, Putnam argumentou que o estado mental pode ser considerado parte integrante de um sistema e não o próprio sistema (PUTNAM, 1975). Era uma postulação funcionalista, pois a comparação entre sistema e estado era feita do ponto de vista das consequências e não da estrutura. Essa posição continua a ser sustentada para Putnam em “Razão, Verdade e História”, em 1981 (PUTNAM, 1992), enquanto, em 1988, em “Representação e Realidade”, ele abandona sua tese inicial, defendendo a ideia de que o funcionalismo falha em explicar a natureza dos estados mentais como crença, desejo etc, de modo que o maquinismo de Turing não apresenta uma representação clara da psicologia de seres humanos e animais e, em geral, os modelos computacionais também não são suficientes para a psicologia cognitiva.

A partir de Putnam e dos debates mencionados nessa seção, pode-se ver com muita clareza que os teóricos sobre o tema da filosofia da mente ainda não chegaram a uma solução do assunto e podem nunca chegar, de modo que nos resta continuar acompanhando as discussões e debates à medida que ocorrem e são incorporados em artigos, livros e outros materiais acadêmicos. Por outro lado, não se pode deixar de considerar que, dependendo de como a interação cérebro-mente é vista, alguma consequência no contexto da descoberta será produzida.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber do debate mente-cérebro, a filosofia da mente está mais próxima do contexto da descoberta do que se poderia imaginar. A tomada de decisão, em especial a judicial, precisa compreender a discussão para poder dimensionar adequadamente os fatos e as consequências jurídicas dele advindos.

Até agora não se chegou a uma noção segura acerca do caráter dicotômico ou não da formação do pensamento, operatividade da mente e inserção das propriedades cerebrais em todo esse contexto.

Se não se sabe onde termina a mente e começa o mundo, tampouco se saberá como decidir a partir de delineamentos fáticos duvidosos. Eis, portanto, a razão para a abordagem dessa temática e sua correlação com a teoria da decisão.

REFERÊNCIAS

AKEHURST, L.; KÖHNKEN, G. & Höfer, E. (2001). **Credibilidade de conteúdo de contas derivadas de apresentações ao vivo e em vídeo**. *In: PSICOLOGIA JURÍDICA E CRIMINOLÓGICA*.

ALSTON, William Alston. **Como Pensar em Confiabilidade**. *In: Philosophical Topics* 23 (1995).

ALSTON, William. **O fundacionalismo foi refutado?** *In: Philosophical Studies* 29, 1976.

ARCE, Ramón. **Análise de conteúdo de depoimentos de testemunhas: avaliação da validade científica e judicial da hipótese e da prova forense**. *In: AÇÃO PSICOLÓGICA*, dezembro de 2017, v. 14, n. 2.

ARMSTRONG, David. **A Natureza da Mente e Outros Ensaios**. St. Lucia: University of Queensland Press, 1980.

BERGSON, Henri. **Ensayo sobre los datos inmediatos de la conciencia**. Traducción de Juan Miguel Palacios. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2006.

BERGSON, Henri. **El pensamiento y lo moviente**. Traducción de Pablo Ires. Buenos Aires: Cactus, 2013.

BERNSTEIN, EM PUTNAM, FW (1986). Desenvolvimento, confiabilidade e validade de uma escala de dissociação. *In: Revista de Doença Nervosa e Mental*, 174.

BERNSTEIN, DP, STEIN, JA, Newcomb, MD, Walker, E., Poqge, D., Ahluvalia, T. Zule, D. (2003). **Desenvolvimento e validação de uma versão breve de triagem do questionário de trauma na infância**. *In: ABUSO E NEGLIGÊNCIA INFANTIL*, 27. Berkowski, M., & MacDonald, DA (2014).

BONJOUR, Laurence. **Coerentismo Holístico**. In: Louis P. Pojman (comp.). *A Teoria do Conhecimento*. Belmont Califórnia: Wadsworth, 1993.

BONJOUR, Laurence. **Teorias externalistas do conhecimento empírico**. In: Peter A. French, (comp.), *Midwest Studies in Philosophy*, v. 5. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1980.

BONJOUR, Laurence. **Uma Crítica ao Fundacionalismo**. In : POJMAN, Louis P. (comp.). *A Teoria do Conhecimento*. Belmont, Califórnia: Wadsworth, 1993.

CHALMERS, DJ. **The consciente Mind**. Oxford: Universidade de Oxford Imprensa, 1996.

CHURCHLAND, Paul. **Materialismo eliminativo e as atitudes proposicionais**. In: HEIL, John (Ed.). *Filosofia da mente: um guia e antologia*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CASTRO, Luis. *Una reflexión en torno a los fundamentos de la filosofía de la mente*. In: REVISTA LÓGOI. Núm. 33 (2018).

CODE, Lorraine. **Rumo a uma epistemologia responsável**. In: CODE, Lorraine. *Responsabilidade Epistêmica*. Hanover e Londres: University of New England Press, 1987.

DÍAZ, Marcelo. **Materialismo na filosofia da mente e nas ciências cognitivas**. In: SCRIPTA PHILOSOPHÆ NATURALIS 4: 43–57 (2013).

DENNETT, Daniel C. **Consciousness explained**. Londres: Penguin Books, 1991.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FUMERTON, Richard. **Uma Crítica do Coerentismo**. In : Louis P. Pojman (comp.). *A Teoria do Conhecimento*. Belmont, Califórnia: Wadsworth, 1993.

GREEN, Josué. tribos mouriscas. **Uma tragédia da moralidade do senso comum**. Tradução de Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Editora Record, 2018.

GOLDMAN, Alvin I. **A Concepção Internalista de Justificação**, In: Peter A. French, (comp.), *Midwest Studies in Philosophy*, v. 5. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1980, p. 27-51.

GOLDMAN, Alvin I. **Confiabilismo: O que é Crença Justificada?** In: Louis P. Pojman (comp.). *A Teoria do Conhecimento*. Belmont, Califórnia: Wadsworth, 1993.

HAIDT, J. **As emoções morais**. In : DAVIDSON, RJ ; SCHERER, KR & GOLDSMITH, HH (Eds). *Manual de ciências afetivas*. Imprensa da Universidade de Oxford, pág. 852-870, 2003.

- Haidt, J. **O cão emocional e sua cauda racional**: Uma abordagem intuicionista social ao julgamento moral. *Psychological Review*, 108. (2000; [2001]).
- HARMAN, G. MASON, K e SINNOTT-ARMSTRONG, W. **Raciocínio Moral**. In: DORIS, JM, *The Moral Psychology Handbook*, 2009.
- HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- HUSSERL, Edmund. **La idea de la fenomenología. Cinco lecciones**. Traducción de Miguel García-Baró. México: UNAM, 2015.
- HUSSERL, Edmund. **Meditaciones cartesianas**. Traducción de Mario A. Presas. Madrid: Editorial Tecnos, 2016.
- KITCHE, Felipe. **O Retorno do Naturalista**. In : *Philosophical Review* 101, 1992.
- JACKSON, F. (1982), **Epiphenomenal qualia**. In: *Philosophical Quarterly*. 32: 134.
- McLAUGHLIN , Brian P. **Epiphenomenalism**. In: GUTTENPLAN, Samuel (ed.). *A companheiro da filosofia da mente*. Oxford : Blackwell Editores, 1995.
- MALDONADO, Manuel Arias. **La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI**. Barcelona: Página Indómita, 2016.
- MILGRAM, S. (1963). **Behavioral Study of obedience**. In: *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, 67(4). <https://doi.org/10.1037/h0040525>.
- MOULINES, C. Ulises. **Por qué no soy materialista**. In: *Critica*: 9 (26):25-37 (1977).
- NAGEL, Thomas. **Fisicalismo**. In: *Cuadernos de Crítica*, 2, UNAM, México 1977.
- NAGEL, Thomas. **Como é ser um morcego**. In: *Rev. abordagem gestalt*. v.19 n.1 Goiânia jul. 2013, republicação do artigo de 1974.
- NOLDE, SF, JOHNSON, MK, & RAYE, CL (1998). **O papel do córtex pré-frontal durante testes de memória episódica**. In: *TENDÊNCIAS EM CIÊNCIAS COGNITIVAS*, 2.
- PUTNAM, Hilary. **Meaning and reference**. In: *The journal of philosophy*, 1973. (v. 70)
- PUTNAM, Hilary. **Mind, Language and Reality**. *Philosophical Papers*, v. 2. Cambridge University Press, 1975.
- PUTNAM, Hilary. **Razão, verdade e história**. Tradução de António Duarte. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1992.
- QUINE, WV **A Busca da Verdade**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1990.
- QUINE, WV **Epistemologia Naturalizada**. In : QUINE, WV *Relatividade Ontológica e Outros Ensaios*. Nova York: Columbia University Press, 1969.

- REICHENBACH, Hans. **Experiência e Previsão**: Uma análise dos fundamentos e da estrutura do conhecimento. 7a. impressão. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.
- RYLE, Gilbert. *The Concept of Mind*. Chicago: University Chicago Press, 2002.
- SMART, JJC. *Sensations & Brain Processes*. Duke University Press, *Philosophical Review*, 68 (2), 1959.
- SEARLE, John. R. **Intencionalidade**. Tradução de Júlio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SEARLE, John. R. **A redescoberta da mente**. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SOSA, Ernesto. **Uma Epistemologia da Virtude**. In: SOSA, Ernesto; BONJOUR, Laurence. *Justificação Epistêmica: Internalismo vs. Externalismo, Fundações vs. Virtudes*. Malden, Massachusetts: Blackwell, 2003.
- STELLER, M.Y., & KOHNEN, G. (1989). **Análise de depoimentos**: avaliação da credibilidade de depoimentos de crianças em casos de abuso sexual. In: DC RASKIN (ED.), *Métodos Psicológicos Na Investigação E Evidência Criminal*. Nova York: Springer.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2017.
- THALER, Richard H. *Misbehaving. A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.
- THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press, New Haven, CT, 2008,
- TURING, A. M. *Can digital computers think?* In: COPELAND, B. J. (Ed.). *The essential Turing: the ideas that gave birth to the computer age*. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1951]. Chapter 13. Facsimile available at.
- TUÑÓN, 2011. *¿Nueva fenomenología o Refundación de la Fenomenología? Una presentación materialista*. In: Eikasía, n. 183, septiembre, 2011.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE DA DECISÃO PARADIGMÁTICA DO STF NA ADI 6.387-DF

Zulmar Fachin²²

INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais tem recebido atenção especial da doutrina, do legislador e da jurisprudência. Em relação a esses dados, a doutrina tem desempenhado papel importante para a compreensão dos seus múltiplos aspectos, o legislador tem atuado para estabelecer seus contornos normativos, mormente com a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), e o Poder Judiciário, especialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF), tem estabelecido as melhores interpretações sobre o tema, inclusive, reconhecendo a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.

O tema da pesquisa está delimitado. O texto apresenta uma reflexão teórica dos direitos fundamentais e, em seguida, analisa a construção do direito fundamental à proteção de dados pessoais, especialmente, a decisão paradigmática do STF proferida na ADI 6.387-DF.

O problema da pesquisa consiste em saber se, mediante decisão do STF, a proteção de dados pessoais pode ser considerada um direito fundamental autônomo.

Para responder à pergunta formulada no problema, a pesquisa pretende confirmar a hipótese de que a decisão do STF foi suficiente para reconhecer a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, sendo irrelevante, para esse fim, a edição posterior de emenda constitucional, inserindo a proteção de dados pessoais no corpo da Constituição Federal.

O tema estudado neste artigo tem elevada importância e sua justificativa alicerça-se em que o século XXI está sendo marcado pela multiplicação, cada vez mais expressiva, dos volumes de dados pessoais. Na sociedade capitalista

²² Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Licenciado em Letras (Unicesumar). Professor na UEL e no Programa de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica na Universidade Cesumar - Unicesumar. Coordenador do Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias” da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8640721822545057>. ORCID - 0000.0001.5514.5547. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br.

digital, os dados são um ativo cada vez mais valioso, que atribuem poder a quem os detém. Tal essencialidade gerou as condições necessárias para reconhecer a existência de um novo direito fundamental. Nesse contexto, está inserida a decisão paradigmática do STF e a subsequente aprovação de emenda constitucional.

A pesquisa aponta para a necessidade de reconhecer a existência de legitimidade na criação de um direito fundamental autônomo por decisão do STF, conferindo-se, a esse direito, o mesmo regime inerente aos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O trabalho está subdividido em três tópicos. No primeiro, resgata fundamentos teóricos dos direitos fundamentais, na perspectiva das teorias liberal e do estado social. No segundo, após discorrer sobre a forma assumida e o lócus dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, identifica a proteção de dados pessoais como um exemplo de direito fundamental. Na terceira, analisa votos dos ministros do STF, proferidos na ADI 6.387-DF, cujo acórdão reconheceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFLEXÕES A PARTIR DAS TEORIAS LIBERAL E DO ESTADO SOCIAL

Os direitos fundamentais, especialmente a partir da segunda guerra mundial, passaram a ocupar espaço privilegiado das reflexões, estudos e pesquisas em diversas áreas do conhecimento humano. Axiologicamente, eles assumiram posição de centralidade no ordenamento jurídico dos países, sobretudo, no mundo ocidental. Em alguns momentos, chegou-se a falar em uma aura mística ou religiosa desses direitos.

Os Direitos Fundamentais, sobretudo em sua veste de Direitos Humanos, já foram considerados, apenas com um pouco de *grano salis*, como uma nova religião. Tal dimensão, a um tempo sacral e proselitica, que concita a confluência de convicções diversas (sendo, portanto, eclética), dá-lhes uma visibilidade autônoma, guindando-as a uma existência com luz própria no firmamento dos astros jurídicos (CUNHA, 2013, p. 17).

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos a partir de diversas perspectivas. Neste tópico, eles serão estudados com enfoque nas teorias liberal e do estado social. Não se ignora, com isso, que os direitos fundamentais podem ser compreendidos a partir de outras perspectivas (institucional/institucionalista, valorativa, democrática, marxista-leninista), as quais, embora importantes, não

serão estudados no âmbito desta pesquisa. Trata-se, apenas, de fazer um corte epistemológico para condensá-los em um espaço delimitado.

A teoria liberal dos direitos fundamentais tem seu momento mais elevado de aceitação os séculos XVII, na Inglaterra, e XVIII, nos Estados Unidos e na França. O ideário liberal de direitos fundamentais pode ser identificado em diversos documentos jurídico-normativos de grande relevância produzidos naquele momento da vida dos povos. A Declaração de Direitos (1689), a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) foram as principais manifestações de afirmação dos direitos fundamentais, ainda que, em certa medida, limitados aos planos teórico e normativo. Essas declarações marcam um momento importante do constitucionalismo.

Nesse contexto histórico, a doutrina tem compreendido o constitucionalismo em três perspectivas distintas, porém semelhantes, consubstanciadas nos modelos inglês, norteamericano e francês (MARTÍNEZ, 1995, p. 145-154). Esses modelos contribuíram para a evolução dos direitos fundamentais.

John Locke (1632-1704), pensador do século XVII, mas até hoje reconhecido como um dos mais importantes ideólogos do liberalismo, empenhou-se em elaborar os fundamentos teóricos da liberdade e da propriedade. Em face da liberdade, concebeu-a em três dimensões.

A liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas por regra apenas a lei da natureza. A liberdade do homem em sociedade consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, segundo o encargo a este confiado [...]. Mas a liberdade dos homens sob um governo consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido (LOCKE, 1998, p. 401-403).

Para José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como liberdades, direitos de *autonomia* individual e de *defesa* contra o Estado, protegendo os indivíduos contra a quase sempre nociva intervenção estatal. Esses direitos realizam uma espécie de repartição de competências entre o Estado e os indivíduos, deixando àquele apenas a garantia externa do uso efetivo das liberdades por parte dos seus titulares (VIEIRA, 1998, p. 56). Nessa perspectiva, os direitos fundamentais limitam o grau de intervenção do Estado, o qual somente poderá atuar no espaço reservado aos indivíduos quando

houver fundadas necessidades de protegê-los. Desse modo, a intervenção estatal que deverá ocorrer será sempre em caráter excepcional.

Em face dos direitos fundamentais, na concepção liberal, encontra-se diante de liberdades puras e simples, não havendo qualquer relevância para os motivos ou os fins pelos quais são exercidos, garantindo-se ao indivíduo o poder de escolher sobre como irá decidir o seu uso. Neste sentido, “o único limite ao poder de escolha de cada indivíduo reside no poder de escolha dos outros”, reservando-se às instituições o papel de garantir e ampliar as liberdades individuais e de limitar a atuação do poder estatal. Nessa perspectiva, “é a iniciativa de cada cidadão que torna efectivo e garante o conteúdo dos direitos” (VIEIRA, 1998, p. 56-57).

Pode-se afirmar, nessa perspectiva, que os direitos fundamentais são garantias, visto que garantem a liberdade individual de cada pessoa, embora, conceitualmente, existam distinções entre direito, garantia e liberdade. Em outras palavras, os direitos fundamentais garantem a autonomia individual.

Neste sentido, segundo a lição de Perez Luño:

Os direitos fundamentais, como todos os demais direitos, são uma criação tecno-jurídica que opera como garantias formais do funcionamento do sistema político do Estado de Direito. Os direitos fundamentais atuam como *garantias da autonomia individual*, é dizer, como direitos destinados a maximizar e otimizar o desfrute da liberdade pessoal, assim como instrumentos de defesa frente às ingerências dos poderes públicos na esfera privada (LUÑO, 1995, p. 121).

A teoria liberal dos direitos fundamentais garantiu aos indivíduos uma liberdade abstrata, não concreta. Essa teoria deixou, portanto, um espaço aberto a ser preenchido por outra concepção que se ocupasse não apenas com a formalização, mas, sobretudo, com a efetivação desses direitos. Exigia-se menos abstração e mais concretude.

A teoria do estado social preocupa-se com a dimensão concreta dos direitos fundamentais. Assume, então, o desafio de ir além da constitucionalização desses direitos, para concentrar esforços na sua efetivação no grau mais elevado possível. Em outras palavras, não se satisfaz com a declaração, mas exige a concretização dos direitos fundamentais declarados.

Segundo Andrade (1998), esta teoria preocupa-se fundamentalmente em mostrar a insuficiência das liberdades abstratas produzidas pelo liberalismo defendido pela teoria clássica. Por isso, é necessário considerar as condições sociais, na medida em que são pressupostos do exercício dos direitos individuais. Neste sentido, as liberdades têm de existir de modo concreto e, no contexto de

uma sociedade de massas, essa garantia só pode ser atribuída e exercida pelos poderes públicos. O autor reconhece que a teoria do estado social, aceitando os direitos de liberdade, não pretende destruir a dimensão subjetiva e pessoal das liberdades, porém, sustenta, em acréscimo, que a sua consagração constitucional exige que o Estado interfira para que tais liberdades se realizem efetivamente na prática cotidiana (VIEIRA, 1998, p. 67-68).

Os direitos de liberdade são também chamados de negativos, ao passo que os de igualdade são denominados positivos. Em regra, aqueles exigem a abstenção do Estado, que deve preservar o espaço da autonomia da vontade individual, e estes carecem da intervenção do poder público, com o objetivo de prover as necessidades básicas das pessoas.

Os direitos negativos excluem e afastam o Estado; os positivos o incluem e o exigem. Para que existam os primeiros, as autoridades públicas devem se abster de agir; para que existam os segundos, devem intervir ativamente. Os direitos negativos, em regra, protegem a liberdade; os positivos promovem a igualdade. Os primeiros protegem a esfera privada, ao passo que os segundos redistribuem os dólares dos contribuintes. Os primeiros são privativos ou obstrutivos, ao passo que os segundos são caritativos e contribuintes. Os direitos negativos nos protegem do Estado, os positivos nos concedem serviços do Estado (HOLMES; SUNSTEINI, 2019, p. 27).

É importante reconhecer que a liberdade e a igualdade não são excludentes entre si. Ao contrário, a convergência de ambas deve ser uma busca permanente. Em outras palavras, o ideal de liberdade igual deve nortear o agir das pessoas, empresas e governos, visto que “Liberdade igual para todos os seres humanos é a essência do significado dos direitos fundamentais” (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 48).

Qualquer que seja a perspectiva (liberal ou social), os direitos fundamentais têm posição de fundamentalidade no ordenamento jurídico e beneficiam do mesmo regime jurídico próprio desses direitos. Esses direitos desfrutam de dupla fundamentalidade: material e formal. A doutrina mostra que a fundamentalidade formal diz respeito ao direito positivado na Constituição. Por esse motivo, os direitos fundamentais situam-se no ápice da pirâmide e desfrutam de superioridade em relação ao restante do ordenamento jurídico; constituem-se em limites (formais e materiais) ao poder constituinte de reforma; não dependem de regulamentação para serem efetivados, visto que as normas que os definem têm aplicação imediata e vinculam entidades privadas e públicas. Já a sua fundamentalidade material está relacionada à ideia de Constituição material,

condensadora das decisões mais importantes sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Vale ressaltar que a fundamentalidade formal pode estar (e quase sempre está) vinculada à fundamentalidade material, porém, teoricamente, são duas realidades distintas (SARLET, 2015, p. 75-76).

Conclui-se que tanto a teoria liberal quanto a do estado social apresentam faces importantes para o desenvolvimento e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nessa perspectiva, direitos de liberdade (em regra, negativos) e de igualdade (em regra, positivos) ensejam atuações distintas por parte do Estado.

2 A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

Os direitos fundamentais, componentes do ordenamento jurídico do Estado, têm uma trajetória no tempo. Eles podem apresentar-se de diversas formas. Podem ser explícitos ou implícitos; serem formal ou materialmente constitucionais; estarem no catálogo específico, dispersos ou mesmo fora da Constituição.

Os direitos fundamentais explícitos, como o nome sugere, estão expressamente positivados na Constituição. Em regra, fazem parte do catálogo específico, como, no exemplo brasileiro, aponta o amplo rol previsto entre os artigos 5º e 17. Excepcionalmente, eles estão dispersos ao longo da Constituição, como ocorre, no caso brasileiro, com o direito fundamental ao meio ambiente (art. 225). Em ambas as hipóteses, os direitos fundamentais encontram-se positivados no plano mais elevado da pirâmide jurídica. Por outro lado, a existência de direitos fundamentais implícitos não é alheia ao constitucionalismo. Não escritos na Constituição, eles podem ser extraídos do regime constitucional ou dos princípios adotados pela Constituição. Embora implícitos, a eles deve ser atribuído o *status* constitucional, residindo, portanto, no plano superior do ordenamento jurídico do Estado.

Há direitos fundamentais que são formalmente constitucionais, ou seja, estão escritos na Constituição do Estado, ainda que não tenham substância própria a esses direitos. Ao reverso, podem ser encontrados direitos fundamentais que não estão escritos na Constituição, sendo, portanto, apenas materialmente fundamentais, como ocorre, no momento atual, com o direito fundamental de acesso à água potável. Contudo – e essa é a regra geral – há direitos fundamentais que são, ao mesmo tempo, formal e materialmente constitucionais, visto que, além de terem assento na Constituição, desfrutam do *status* de direito fundamental.

No âmbito dos direitos fundamentais, a distinção reconduz-se ao seguinte: há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo fato de beneficiarem da posituação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; outros, pelo contrário, além de revestirem a forma constitucional, devem-se considerar materiais quanto à sua natureza intrínseca (direito formal e materialmente constitucionais) (CANOTILHO, 2003, p. 406).

Por outro lado, os direitos fundamentais podem estar na Constituição ou fora dela. O apropriado é que estejam insculpidos no plano constitucional. Todavia, em situações excepcionais, ainda que de modo temporário, podem não ter assento constitucional, mas constarem em tratados internacionais, em leis e mesmo emergirem de decisões judiciais.

Isto leva à necessidade de identificar quais são as fontes dos direitos fundamentais. A Constituição tem sido indicada, por alguns doutrinadores, “como única fonte dos direitos fundamentais” (CARETI, 2005, p. 140). Contudo, parece não ser possível deixar de reconhecer que são diversas as fontes dos direitos fundamentais.

No corpo da Constituição, os direitos fundamentais têm um *locus* específico. Ao reuni-los, as Constituições estabelecem um catálogo destinado exclusivamente a esses direitos. Ressalta-se que as Constituições pós-segunda guerra mundial, como as de Portugal e do Brasil, comportam um amplo rol de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Fazem-no consciente e planejadamente.

Ocorre, todavia, que há direitos fundamentais com assento constitucional, mas que não estão no catálogo específico. São, por isso, chamados de “dispersos”. Identificá-los não é tarefa simples, porém, necessária.

Problema é saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extra-constitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 406).

Nessa perspectiva, a Constituição brasileira protege direitos fundamentais ausentes do catálogo específico, tais como o direito à cultura (art. 215) e o direito ao meio ambiente (art. 225).

Nesse contexto, ainda que em carácter excepcional, pode-se falar em direitos fundamentais fora da Constituição e não é tarefa difícil encontrá-los.

Em diversos momentos históricos, tem sido identificados diversos exemplos, tais como o direito fundamental de acesso à água potável (FACHIN, SILVA, 2015), o direito fundamental de acesso à internet (GONÇALVES, 2013) e o direito fundamental de proteção dos dados pessoais (DONEDA, 2020, p. 33-49). É importante ressaltar que, em algum momento temporal, esses direitos deixarão de ser exemplos de direitos fundamentais fora da Constituição, visto que passarão a ter assento no texto constitucional. É o que acaba de ocorrer com o direito fundamental à proteção de dados pessoais, conforme se explicitará no próximo tópico.

Assinala-se que a o nascimento de novos direitos fundamentais é um processo histórico. O passar dos tempos enseja as condições necessárias para o surgimento de novos direitos fundamentais, visto que esses direitos “nascem em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 1992, p. 5). Em outras palavras, as circunstâncias e as necessidades geram direitos fundamentais, os quais, ao cabo de determinado espaço temporal, se incorporam no acervo já existente.

Nessa perspectiva, o estudioso precisa estar atento à vida que o cerca. Cientificamente comprometido, sempre atento ao passado e pronto a descortinar o futuro, ele precisa ser fiel intérprete do seu tempo. As inevitáveis circunstâncias da vida cotidiana têm a força suficiente para partejar novos direitos fundamentais, que nascem gradativamente no curso natural do tempo. Esses direitos, partejados por tais circunstâncias, marcados pelas necessidades humanas, passam a compor o patrimônio cultural e histórico da humanidade. O que se tem, então, é o acréscimo de novos direitos fundamentais ao acervo existente (FACHIN; SILVA, 2012, p. 80).

Nesse sentido, nas últimas décadas, tem se desenvolvido um processo – lento, porém, inexorável – de digitalização do direito, especificamente, de direitos fundamentais. Esse processo inclui, dentre outros, “o reconhecimento gradual, na esfera constitucional e no âmbito do direito internacional, de direito humano fundamental à proteção de dados”. Há, nos tempos atuais, uma facilidade cada vez maior de acesso aos dados pessoais em larga escala. Essa facilitação, “somada à velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante o reconhecimento e o controle de informação sobre a vida pessoal, privada e social” (SARLET, 2021, p. 22).

O direito à proteção de dados pessoais foi assumindo enorme importância na sociedade digital. Afirma-se que, nos campos atuais, vem ocorrendo verdadeira transformação digital, o que implica reconhecer que ela “traz consigo

oportunidades para melhorar as condições de vida, mas também riscos para o bem-estar dos indivíduos e para a preservação de uma ordem social justa” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 4). As pessoas usufruem dessas facilidades, mas, ao mesmo tempo, são alvo de violações em seus bens mais elementares.

Em uma perspectiva axiológica, passou a constituir e a se fortalecer um direito tão ou mais importante do que alguns direitos fundamentais formalmente protegidos na Constituição de 1988. Por esta razão, tornou-se imperioso reconhecer a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo, o que vinha sendo feito pela doutrina. Neste sentido, “Considerando a amplitude e importância da proteção de dados, este direito é tido em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e é considerado como um direito fundamental” (DONEDA, 2020, p. 34).

Não será demais lembrar que a emenda constitucional é o procedimento adequado para inserir na Constituição um direito, seja ele fundamental ou não. O direito criado pela emenda passa a ter assento constitucional. Contudo, mesmo que excepcionalmente, não se pode excluir a possibilidade de um direito fundamental ser criado por decisão de órgão do Poder Judiciário, em especial, do Tribunal Constitucional, intérprete derradeiro da Constituição.

3 ANÁLISE DA DECISÃO PARADIGMÁTICA DO STF NA ADI 6.387-DF: O DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Neste item, são examinados votos proferidos pelos ministros na ADI 6.378-DF, consolidando o caminho de construção do direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.

O presidente da República editou a Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020, determinando que as concessionárias de serviços de telefonia (Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e Serviço Móvel Pessoal – SMP) compartilhassem com o IBGE nomes, números de telefones e endereços dos seus consumidores, tanto pessoas físicas como jurídicas. A medida provisória estabeleceu que “As empresas de telecomunicações prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços dos seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas” (art. 2º).

Contra essa medida provisória, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387, com pedido de medida cautelar. Concomitantemente, tramitaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, todas propostas por

partidos políticos com representação no Congresso Nacional, em observância a preceito constitucional (art. 103, inciso VIII). A Ministra-relatora Rosa Weber entendeu que a ADI ajuizada pelo Conselho Federal OAB era mais ampla, abarcando o objeto das demais, razão pela qual a análise do caso deu-se no bojo da primeira ação.

A inicial apontou inconstitucionalidades formal e material, violadoras de normas constitucionais que protegem diversos direitos fundamentais, entre os quais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem (art. 5º, inciso X) e o sigilo de dados (art. 5º, inciso XXI).

Manifestaram-se nos autos o IBGE (Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), a AGU (Advocacia-Geral da União) e a PGR (Procuradoria-Geral da República). Anexou-se aos autos parecer do jurista André Ramos Tavares.

Foram admitidos na condição de *amici curiae* o Laboratório de Políticas Públicas, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a Associação *Data Privacy* do Brasil e Internet – LAPIN.

A Ministra-relatora Rosa Weber concedeu a medida cautelar, suspendendo a eficácia da Medida Provisória 954/2020, submetendo, porém, sua decisão ao referendo do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, e a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, que suste tal pedido, com imediata comunicação à(s) operadora(s) de telefonia (WEBER, 2020, p. 25).

A medida cautelar concedida pela Ministra-relatora foi submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal que, em decisão paradigmática proferida nos dias 6 e 7 de maio de 2020, por dez votos a um, manteve a suspensão da medida e reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.

Além de inconstitucionalidade formal, por não observância dos requisitos específicos do art. 62 da Constituição Federal, os ministros também reconheceram

a existência de inconstitucionalidade material, por violação a diversas normas constitucionais que protegem a dignidade da pessoa humana (art. 5º, inciso III), a liberdade individual (art. 5º, *caput*), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, inciso X), o sigilo de dados (art. 5º, inciso XII), o devido processo legal em sua dimensão substantiva (art. 5º, inciso LIV), o *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII) e o estado democrático de direito (at. 1º). Identificou-se, ainda, violação dos princípios da autodeterminação informativa e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (LGPD, art. 2º, incisos, II e VII), da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e da razoabilidade.

Do voto da Ministra-relatora Rosa Weber podem ser extraídos os argumentos centrais para a concessão da medida liminar contra a medida provisória impugnada:

- a. a medida provisória não delimita o objeto, a finalidade e a amplitude da estatística a ser produzida, bem como não esclarece se há necessidade de disponibilizar os dados e como estes serão efetivamente utilizados;
- b. a medida provisória não deixa claro se a estatística a ser produzida tem relação com a situação de pandemia invocada como fundamento para sua edição, embora disponha que o ato normativo terá aplicação durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional acarretada pela Covid-19;
- c. não se identifica, na medida provisória, a existência de interesse público legítimo no propósito de compartilhar os dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, havendo omissão quanto à necessidade, à adequação e à proporcionalidade da medida;
- d. a medida provisória atribui ao presidente da Fundação IBGE a possibilidade de praticar atos relativos ao procedimento para compartilhar dados, sem apresentar mecanismo técnico ou legislativo capaz de proteger os dados pessoais diante do risco de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida dos dados coletados;
- e. embora preveja exclusividade do uso dos dados coletados pela Fundação IBGE, a medida provisória não oferece garantia de que os dados coletados receberão tratamento seguro.

Conforme é possível observar, a pandemia do coronavírus (Covid-19) gerou profunda crise sanitária, com graves consequências não apenas de saúde pública, mas também sociais e econômicas. Nesse contexto, a importância dos dados pessoais foi destacada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Para ele, os dados pessoais servem como chave de identificação e de acesso a um universo de plataformas eletrônicas, as quais detêm uma pluralidade de informações sobre o titular da linha telefônica.

É preciso ficar claro, portanto, que não se está a falar de informações insignificantes, mas da chave de acesso a dados de milhões de pessoas, com alto valor para a execução de políticas públicas, é verdade, mas também com provável risco de adoção de expedientes, por vezes, dissimulados, obscuros, que possam causar desassossego na vida diária do indivíduo (LEWANDOWSKI, 2020, p. 83).

A situação grave descrita na medida provisória e exigente de tratamento específico de governos, empresas e indivíduos não justifica a violação de direitos fundamentais. Ao contrário, deve ensinar a reafirmação destes. Nessa perspectiva, o voto Ministro Edson Fachin sustenta que “a situação de emergência, por mais penosa que seja sua natureza, não pode gerar um regime de incompatibilidade com a proteção de direitos fundamentais” (FACHIN, 2020, p. 45).

Vale ressaltar que, desde a edição da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), o desiderato de compartilhar informações sobre dados pessoais deve ser precedido da explicitação de todos os aspectos que o ato pode gerar. Embora, no caso sob análise, se estiver diante de situação excepcional e grave, não há autorização constitucional para sacrificar direitos fundamentais da pessoa humana.

Esta preocupação está contida também no voto do Ministro Luiz Fux (2020, p. 72):

Ocorre que, mesmo em cenário de crise, o uso compartilhado de dados deve seguir os mandamentos constitucionais e legais, observando a estrita relação entre necessidade e adequação. Situações de emergência não são, de forma alguma, uma carta em branco para emprego irrestrito de dados pessoais. O tratamento e compartilhamento de informações devem respeitar direitos e garantias individuais, sendo precedidos de uma adequada especificação das finalidades e medidas de segurança.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, sustentou que o direito fundamental à proteção de dados pessoais já encontrava fundamento em diversos dispositivos constitucionais, entre os quais, os que protegem a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X), o sigilo das comunicações (art. 5º, inciso XII) e o *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII). Segundo seu entendimento, para além disso, “A autonomia do direito fundamental em jogo nessa ADI exorbita, em essência, de sua mera equiparação com o conteúdo normativo da cláusula de proteção de sigilo” (MENDES, 2020, p. 109).

Neste sentido, sustentou a necessidade de atualizar e reconceitualizar a força normativa da Constituição: “A força normativa da constituição pode

e deve ser atualizada e reconceitualizada para preservar garantias individuais que constituem a base da democracia constitucional e que hoje são diretamente ameaçadas pelo descompasso entre o poder de vigilância e a proteção da intimidade” (MENDES, 2020, p. 98).

Ao final, o Plenário do STF, por maior de dez votos a um, afirmou a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais. Deve-se reconhecer que esse qualificativo atribuído pela Corte Constitucional é suficiente para que o direito à proteção de dados seja, efetivamente, tratado como fundamental. A edição subsequente de emenda constitucional apenas eleva o direito a *status* formalmente constitucional.

Em face da decisão do STF, a doutrina reconhece a importância de proteger esse bem jurídico:

A disciplina da proteção de dados é extremamente relevante para conferir segurança jurídica aos diversos setores da economia envolvidos e para tratamento de dados pelo próprio Estado. Mais do que isso, porém, ela se tornou uma indispensável garantia fundamental para a manutenção da confiança dos cidadãos nas estruturas de comunicação e informação (MENDES; RODRIGUES JR; FONSECA, 2021, p. 67).

Vale registrar, ainda, que, após a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional, investido de poderes constituintes de reforma, aprovou a emenda constitucional 115/2022, inserindo na Constituição Federal norma protetora do direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (art. 5º, inciso LXXIX). Essa decisão é de significativa importância, visto que a positivação de um direito fundamental, revestindo-o de *status* constitucional, gera efeitos benéficos. Neste sentido, a doutrina aponta diversas vantagens atribuídas ao direito fundamental, como decorrência de sua positivação: a) o direito fundamental passa a ter um novo sentido, visto que será interpretado, regulamentado e aplicado em uma organização política concreta e no espaço de uma Constituição; b) ele passa a ter mais força normativa, condicionando a atuação de todos os poderes estatais, do poder privado e da atuação dos indivíduos; c) o conteúdo do direito fundamental passa a ser mais concreto e específico, podendo, inclusive, gerar outros direitos (ANDRADE, 1998, p. 32-22; FACHIN, 219, p. 227).

No decorrer de sua própria trajetória, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, marcado por autonomia em relação a outros direitos fundamentais, passa a ter *status* constitucional em ambas as dimensões: material e formal.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são o resultado de uma longa evolução histórica, pois nascem em circunstâncias específicas e em momentos históricos diversos. Existem muitas teorias a partir das quais os direitos fundamentais podem ser estudados, tais como as teorias liberal, a do estado social, a institucionalista, a valorativa, a democrática e a marxista-leninista. A pesquisa abordou os direitos fundamentais a partir de duas teorias específicas: a liberal e a do estado social.

A teoria liberal compreende os direitos fundamentais como limites à atuação do poder estatal. São direitos de defesa ou de liberdade, que impõem ao Estado um dever de abstenção, ou seja, o poder estatal não pode interferir no espaço reservado à autonomia individual, salvo se for para protegê-la. Essa teoria concebe os direitos fundamentais como direitos negativos, dotados de certo grau de abstração.

A teoria do estado social ocupa-se da dimensão concreta dos direitos fundamentais, estando comprometida não apenas com a sua proteção, mas, sobretudo, com sua efetivação. Essa teoria sustenta que o Estado deve intervir para que os direitos fundamentais possam ser protegidos e efetivados. Ela concebe os direitos fundamentais como direitos positivos.

Os direitos fundamentais compõem um catálogo específico de direitos garantidos pela Constituição. Em uma perspectiva (axiológica) mais ampla, a pesquisa reconhece a existência de direitos fundamentais explícitos e implícitos; formalmente e/ou materialmente constitucionais; localizados no catálogo, dispersos ou mesmo fora da Constituição.

Em uma perspectiva histórico-sociológica, direitos fundamentais podem nascer sem as formalidades que caracterizam o poder constituinte (originário ou reformador), o que enseja, por exemplo, o reconhecimento da existência de um direito fundamental por reconhecimento social ou mesmo por decisão de órgãos do Poder Judiciário, especialmente o STF.

Em decisão paradigmática, o STF reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais. Conclui-se que a existência desse direito, com o qualificativo que lhe foi atribuído explicitamente, decorre da própria decisão do Tribunal, sendo irrelevante, para esse fim, que posteriormente tenha sido editada emenda constitucional, inserindo a proteção de dados pessoais no corpo da Constituição Federal.

Após a referida decisão do STF, o Congresso Nacional, investido de poderes constituintes de reforma constitucional, aprovou a supramencionada emenda constitucional, inserindo no catálogo específico da Constituição Federal

a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo (até a data da conclusão deste texto, a emenda constitucional ainda não foi publicada).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 27 jan. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARETTI, Paolo. **IDiritti Fondamentali**. Torino, Itália: G. Giappichelli Editore, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Direitos Fundamentais e Crise Europeia: do direito à felicidade à democracia Crepuscular**. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito do Estado, 2013.

DONEDA, Danilo. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. **Direito Digital: direito privado e internet**. 3. ed. Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi (Coords.). Indaiatuba, SP: Foco.

FACHIN, Edson. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 27 jan. 2022.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Verbatim, 2019.

FACHIN, Zulmar. SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão**. 2. ed. Campinas, Millenium, 2012.

FUX, Luiz. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 27 jan. 2022.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Inclusão Digital como Direito Fundamental**. São Paulo: Delfos, 2013.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital: desafios para o direito**. Trad.: Ítalo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HOLMES, Stephen. SUNSTEINI, Cass R. **O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 27 jan. 2022.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad.: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MARTÍNEZ, Gregório Paces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Imprensa Nacional de la Aeboe, 2014.

MENDES, Gilmar. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 27 jan. 2022.

MENDES, Laura Schertel. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a Proteção Constitucional dos dados Pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. *In*: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Trad.: António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLER, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLER, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WEBER, Rosa. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 27 jan. 2022.

A PERMANENTE REVISÃO DOS ESPAÇOS DE CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PARÂMETROS E SUBSÍDIOS DO PROCESSO ESTRUTURAL

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz²³, Cláudio Smirne Diniz²⁴

INTRODUÇÃO

As políticas públicas destinam-se, dentre outras finalidades, à superação das desigualdades sociais. Notório que tais políticas são, em regra, naturalmente insuficientes para a consecução de seus objetivos constitucionais voltados ao asseguramento da dignidade e à concretização da justiça nas mais diversas relações interpessoais.

Sucedem que o correspondente e necessário controle judicial sobre tais políticas não apresenta níveis satisfatórios de efetividade. Um dos fatores que explica o problema está na morosidade da tramitação das ações judiciais. Outro óbice, não menos relevante, atribui-se à complexidade inerente às tutelas coletivas, especialmente aquelas dotadas de intensa litigiosidade, passando pela necessidade de enfrentamento de questões como as de planejamento, orçamento (com os consequentes remanejamentos de recursos) e admissão de pessoal, o que contribui para que o provimento jurisdicional nem sempre seja o que melhor resolve a lide²⁵. A falta de efetividade, muitas vezes, não se encontra no processo de conhecimento, mas nos percalços que despontam na fase executória. Não raras vezes, o Estado alega a inexistência de meios para o cumprimento do comando.

Esse cenário convida a uma reflexão sobre os métodos do controle judicial nesse importante segmento, com o propósito de conferir-lhe maior efetividade, para o que se propõe que novos critérios sejam agregados ao modelo de atuação, notadamente no que se refere à incorporação de determinados institutos do que

²³ Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Mestre em Direito (PUC/PR). Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora de Direito à Educação.

²⁴ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Doutor em Direito (PUC/PR). Professor de Direito Administrativo. Professor do PPGD da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

²⁵ Dentre os efeitos indesejados do controle judicial das políticas públicas, apontam-se os processos individuais, os quais poderão, em tese, comprometer outros direitos fundamentais, considerando que a decisão judicial em caso isolado gera despesas, as quais poderão refletir no equilíbrio dos recursos públicos destinados à política pública mais global.

se denomina como processo estrutural, com o propósito de que se avance em relação à efetividade do controle.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

Entende-se por políticas públicas os programas de ação governamental, estabelecidos com a finalidade de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2002, p. 241). Para Ana Paula de Barcellos (2008, p. 816):

A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente, mas envolvem gasto de dinheiro público. As escolhas de matéria de gastos e políticas públicas não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas constitucionais.

As políticas públicas encerram um processo de escolha. Vale dizer, dentre tantas finalidades, há que se definir quais seriam as realmente indispensáveis; dentre tantos meios, há que se mensurar a disponibilidade orçamentária efetivamente adequada e quais os instrumentos jurídicos seriam válidos para sua respectiva consecução.

Odete Medauar descreve a “grade sequencial” das políticas públicas, desde a sua concepção até a avaliação de seus resultados (2014, p. 192):

Na literatura sobre o tema, são mencionadas, com algumas variações, as fases ou *grade sequencial* das políticas públicas: a) identificação do problema e sua inserção na agenda governamental; b) formulação do plano ou programa ou estratégia para sua solução (p. ex.: quais métodos, meios, atores, prazos etc.); c) previsão e alocação de recursos financeiros e provisão de outros recursos; d) implantação; e) análise dos resultados e, se for o caso, encerramento do programa ou projeto.

O êxito das políticas públicas, ressalta-se, está condicionado à existência, à correta destinação e ao bom gerenciamento dos recursos públicos. Daí a relevância dos controles que devem incidir sobre esta atividade estatal, dentre os quais, para o fim aqui proposto, destaca-se o controle judicial.

2 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ADMISSIBILIDADE

Ao longo do tempo, foi consolidado o entendimento doutrinário e jurisprudencial, no sentido da admissibilidade do controle do mérito do ato administrativo, ainda que dentro de certos parâmetros e sempre em caráter excepcional. Por isso, é perfeitamente possível a tutela jurisdicional tendente a determinar a adequação de política pública, a qual não atenda aos fins constitucionais a que se presta.

Afinal, as políticas públicas não se tratam de “protocolares agendas daquilo que os governos pretendem realizar, isto é, simples programas governamentais, não de Estado” (FREITAS, 2014, p. 20), já que “a liberdade administrativa, em matéria de políticas públicas, só pode ser exercida ‘em razão e nos limites’ das prioridades constitucionais” (FREITAS, 2014, p. 23). Nesse sentido: STF. AgReg. no RE com Agravo 639.337–SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.08.2011.

Sobre a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, extrai-se do voto do Min. Celso de Mello na ADPF 45:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, [...] – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

No REextr. 592.581 (j. 13.08.2015), foi fixada a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade

da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Recentemente, no julgamento do Mandado de Injunção 7.300, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão estatal em relação à implementação da renda básica da cidadania, porque não regulamentada a Lei 10.835/2004:

O Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem injuncional, para: i) determinar ao Presidente da República que, nos termos do art. 8º, I, da Lei nº 13.300/2016, implemente, “no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022)”, a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei nº 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza - renda per capita inferior a R\$ 89,00 e R\$ 178,00, respectivamente - Decreto nº 5.209/2004), devendo adotar todas as medidas legais cabíveis, inclusive alterando o PPA, além de previsão na LDO e na LOA de 2022; e ii) realizar apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básico e variáveis do programa Bolsa Família (Lei nº 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei nº 10.835/2004, unificando-os, se possível.

Do quanto se verifica, parte-se, portanto, da admissibilidade do controle judicial sobre as políticas públicas. Resta delinear a moldura dentro da qual está adstrito, assim como refletir sobre métodos estratégicos que lhe confeririam maior efetividade, pois, como se sabe, há sérias dificuldades a serem superadas neste campo.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PROBLEMAS

Entretanto, em que pesem os avanços vivenciados nesta matéria, constata-se a baixa efetividade de tal espécie de controle²⁶.

²⁶ Com essa preocupação, mesmo que de maneira ainda tímida, o Projeto de Lei 8.058/2014 “institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”. Destaca-se: “Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em: I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão

É certa a baixa legitimidade do Poder Judiciário para determinadas intervenções, em razão de não terem seus membros sido eleitos por voto popular. Nesse sentido, é verdadeiro que o processo político, a envolver a atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, seria naturalmente o foro adequado para o tratamento e sistematização das intensas discordâncias sobre a formulação e a implementação das políticas públicas.

Logo, a atuação do Poder Judiciário deverá ser, sempre, excepcional e cautelosa, fundada na proteção dos direitos das minorias excluídas do processo político. Deve, sobretudo, a atuação do Poder Judiciário, centrar-se na definição de qual instituição deve fazer as escolhas ou formular a política, e não, sobrepor-se a quem quer que seja, substituindo-se em tal formulação. Do contrário, a tutela da ordem jurídica poderá desbordar em invasão de competências e, portanto, dos próprios fundamentos para seu exercício.

Deve ser considerado que a efetividade dos processos movidos em desfavor do Poder Público depende da implementação de receita, de orçamento, de licitação, de prestação pecuniária pela via dos precatórios, dentre outros. De toda sorte, a realização dos direitos sociais não prescinde da sustentabilidade fiscal e do equilíbrio orçamentário.

Exemplos paradigmáticos dos problemas tratados encontram-se nas ações judiciais que buscam a matrícula na educação infantil, cuja satisfação depende da implementação da ampliação da estrutura física e humana existente e, portanto, a dificuldade de seu imediato adimplemento.

Além disso, o provimento jurisdicional tem o potencial de provocar distorções nas prestações estatais, como ocorre nas hipóteses em que simplesmente se substituem os destinatários atuais do serviço pelos beneficiários da decisão judicial (por exemplo, nos casos de dispensação de medicamentos); privilegia-se os que demandam judicialmente, em detrimento daqueles que não têm acesso à jurisdição (“fura-filas”, no caso da educação infantil); ou reduz-se a qualidade do serviço (por exemplo, quando se aumenta o número de alunos por sala, para cumprir decisão judicial).

antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida. § 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa. § 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. [...]”.

4 O EQUÍVOCO DA RECOMENDAÇÃO CONJUNTA Nº 02/2020 DO CNMP

A Recomendação Conjunta da Presidência e da Corregedoria Nacional nº 02, de 18.06.2020, do Conselho Nacional do Ministério Público, com o propósito de evitar indevida intromissão na gestão das políticas públicas, apontou critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas às unidades do Ministério Público.

Não obstante a legítima e pertinente preocupação com a matéria, não parece, todavia, ter encontrado a solução mais adequada. Verifica-se que o texto se inicia com algumas justificativas, sob a forma de “considerandos”, os quais encerram tópicos relativos a fundamentos do Direito Administrativo, há muito discutidos e também superados pela doutrina e pela jurisprudência.

Dentre eles, destaca-se uma nítida tomada de posição: “o controle do conteúdo da decisão administrativa que seja cometido por outro órgão que não de gestão transborda a análise objetiva de sua legalidade e enseja violação à tripartição das funções estatais por caracterizar exercício ilegal de competência administrativa alheia”.

Trata-se de retorno amargo ao pensamento prevalente na década de 1970 e, com isso, desconsidera avanços teóricos em matéria de controle, reduzindo indevidamente as competências do Poder Judiciário e as atribuições do Ministério Público. Se de um lado, de fato, não incumbe aos órgãos de controle a eleição de políticas públicas; de outro, é seu dever atuar como garante da juridicidade dos atos administrativos e como agente indutor da efetivação dos direitos fundamentais, concretizados por meio das políticas públicas.

Na verdade, não se trata de abolir ou diminuir o inescusável dever de controle, mas de aprimorá-lo, mediante a adoção de certos parâmetros, dos quais se passa a tratar.

5 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PROPOSTAS DE AVANÇO

Para a superação dos óbices existentes, algumas propostas devem ser examinadas, conforme a seguir será pontualmente analisado.

Afastamento fundado e exaustivo de eventual alegação da “reserva do possível”, especialmente em contexto de crise fiscal. Para Daniel Sarmiento (2016, p. 229):

A garantia dos direitos fundamentais depende de recursos escassos, o que também vale para a proteção do mínimo

existencial. A escassez obriga o Estado, em alguns casos, a se confrontar com verdadeiras escolhas trágicas, pois, diante da limitação de recursos para atender a múltiplas demandas, ele é forçado a eleger prioridades entre diversas necessidades e exigências legítimas. As escolhas alocativas acabam sendo também desalocativas, pois subtraem fatias do bolo dos recursos existentes, mesmo quando isso não seja explicitado. Para lidar com este fenômeno elaborou-se o conceito de reserva do possível.

Considera-se, quanto a esse aspecto, que as restrições orçamentárias constituem-se em destacado óbice aos comandos judiciais voltados a interferir nas políticas públicas, sendo esse o ambiente para a verificação dos dilemas de alocação de recursos e de mediação orçamentária, para que se evite frustrações nos projetos de concretização dos direitos fundamentais ou mesmo a obtenção de sentenças favoráveis, porém inexecutáveis, porque em descompasso com a realidade.

Há que se ter em mente que os orçamentos públicos têm por finalidade a apresentação das estimativas de receitas e as correspondentes autorizações para a realização de despesas. Logo, por ser no processo legislativo orçamentário, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, que são estabelecidas as “escolhas trágicas”, é que deve haver ênfase na atuação nesse espaço, de forma que seja plenamente exercido o controle sobre as decisões alocativas de recursos.

Busca-se, com isso, a perfeita compreensão das plúrimas opções de pactuação no exercício das competências administrativas, para que, assim, possa ser verificada a pertinência e mesmo a legitimidade para eventual intervenção, não se olvidando da consequentialidade social, política e econômica das decisões, de inegável inspiração utilitarista, segundo a qual a validade das ações encontra-se condicionada à maximização do bem-estar, com o menor sacrifício possível.

Importante contribuição nesse sentido adveio das Recomendações CNMP 44 e 48 de 2016 que indicaram frentes de atuação ministerial no controle das despesas mínimas em saúde e educação.

Análise pormenorizada da relevância do direito que está sendo preterido pela insuficiência da política pública, pois apenas o denominado “mínimo existencial” pode ser oposto à reserva do possível.

Em outras palavras, diante da insuficiência dos recursos financeiros e da legitimidade dos gestores públicos para suas correspondentes alocações, resta ao controle a verificação do atendimento das necessidades básicas, que integram o denominado “mínimo existencial”, projeção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Lenio Luiz Streck propõe “fórmula” para a verificação quanto à pertinência da atuação judicial (2020, p. 103):

[...] pode ser feita a partir das três perguntas que um juiz-tribunal deve fazer: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado – quer dizer, concedido às demais pessoas – e se, para atender àquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia.

Insiste-se que se legitima o controle judicial apenas em relação ao núcleo essencial de direitos. Nas demais hipóteses, as escolhas quanto às alocações de recursos devem se esgotar no Poder Legislativo, a quem compete a aprovação dos orçamentos.

Verificação do posicionamento do controle interno e dos demais órgãos de controle externo. Faz-se, aqui, alusão ao dever de motivação do administrador público, porque as decisões devem ser sempre fundadas em argumentos razoáveis, extraídos do ordenamento jurídico, os quais poderão esclarecer, aos órgãos de controle, os riscos ponderados para agir de tal ou qual forma, os aspectos econômicos considerados, os reflexos sociais e a técnica que balizou a decisão.

Democratização do processo. Considera-se que o “processo não é um fenômeno restrito ao âmbito de manifestação da vontade do Estado no exercício da função jurisdicional, mas se estende, com idêntica importância, aos âmbitos de manifestação da vontade estatal no exercício de todas as demais funções: a legislativa e a administrativa” (MOREIRA NETO, 1997, p. 11-12).

Além disso, não raras vezes, determinado litígio coletivo atinge diferentes grupos sociais, de certa maneira, com interesses colidentes. Nesse sentido (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 367):

Nos últimos anos, tem-se observado esforços em todo o sistema jurisdicional brasileiro no sentido de melhorar os mecanismos de participação social nas decisões. O fato de o Poder Judiciário começar a intervir de forma reiterada em políticas públicas também o credenciou a procurar técnicas processuais capazes de legitimar as suas decisões. Tradicionalmente, a decisão judicial retira a sua legitimidade da participação das partes, pela via do contraditório travado no processo.

Igual linha de raciocínio é desenvolvida por Ada Pellegrini Grinover (2017, p. 448):

A tutela jurisdicional adequada aos chamados conflitos de direito público, envolvendo a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, deve se servir de um novo processo de natureza dialogal, com contraditório e cognição ampliada, servindo-se o magistrado da assessoria dos mais diversos expertos, e que acabe fixando aos demais Poderes ordens abertas e sucessivas, a serem cumpridas segundo planejamento a ser oferecido pela administração, aprovado pelo juiz e executado progressivamente, sob a fiscalização deste.

Para Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 215):

O contraditório visto como direito de *efetivamente influir* no convencimento do juiz, aqui, não pode limitar-se a partes de um conflito abstrato. Exige a participação de toda coletividade, na medida em que a política pública também se destina a toda ela. Logicamente, porém, essa ampla participação de todos os sujeitos individuais que compõem o grupo ou a sociedade como um todo é inviável, o que impõe o emprego de técnicas de representação adequada dos vários interesses em jogo e dos vários segmentos que possam utilmente contribuir para a construção da decisão judicial. Ainda assim, porém, trata-se de uma visão muito mais ampla do que o tradicional dualismo que impregna o processo individual e o processo coletivo tal como praticado hoje em dia.

Ainda nessa linha, necessária a manutenção de diálogos interinstitucionais. Resgatando-se o exemplo da educação infantil, observa-se que o provimento a ser proferido atingirá a esfera de interesses das crianças atualmente matriculadas, das crianças beneficiárias da decisão, do município que ofertará as vagas, dos professores que prestarão o serviço, dos contribuintes que suportarão o custo da prestação. Todos esses grupos submetidos a uma mesma decisão judicial.

O controle judicial, não há dúvidas, merece um redimensionamento.

6 PROCESSOS ESTRUTURAIS

Os processos estruturais decorrem de demandas judiciais complexas, em que se busca a solução de uma situação de desconformidade, que sugere uma reorganização ou reestruturação de instituições. Isso porque, não raras vezes, “o pedido é apenas um reflexo da necessidade de se alterar estruturas públicas destinadas a promover prestações à coletividade em geral” (VITORELLI, 2018, p. 340).

O mencionado estado de desconformidade, “não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re) estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou condutas ilícitas” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 47).

A magnitude dos problemas de que se está a tratar impõe a necessidade de respostas diferenciadas, que não se esgotam em um único ato. Ao contrário, muitas vezes envolve a elaboração de plano de longo prazo e sua respectiva implementação, mediante providências gradativas e incrementais, as quais deverão submeter-se ao devido acompanhamento. Essas etapas são cumpridas e avaliadas continuamente (VITORELLI, 2018, p. 333-369), de tal forma que a fase de conhecimento se limite a reconhecer a ilegalidade e, na execução, são criadas as condições para a concretização das necessárias correções.

O processo estrutural presta-se a definir a transição de uma situação de insuficiência para um contexto mais desejado. Deve, portanto, identificar o problema estrutural, que termina com uma sentença estrutural e, após, parte-se para a estruturação. Assim, na “medida em que a realidade se altera, pela passagem do tempo e, também, pela efetivação das providências anteriormente determinadas, cabe ao juiz reestruturar a ordem inicial e modificar os planos, de acordo com o novo contexto” (VITORELLI, 2018, p. 340).

Nesse sentido, deve-se “prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento do direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais” (LINDB, art. 23).

Diante de tais fatores, o processo civil tradicional não se mostra suficiente para uma tutela diferenciada “dos litígios policêntricos, que possuem em sua *ratio* a construção de decisões de mérito em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração, por exemplo, dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações trazidas pelo Estado (em sentido *lato*) e pela sociedade civil [...]” (STJ. RESp. 1.854.842-CE. Rel^a. Min^a Nancy Andrighi. J. 02.06.2020).

Muitas vezes, o processo estrutural é marcado pela multipolaridade, compreendida pela presença de múltiplos interesses envolvidos, normalmente polarizados. Igualmente frequente, embora também não necessariamente, que tenha caráter coletivo.

Para tanto, alguns instrumentos próprios devem ser utilizados, a exemplo das audiências públicas e da participação do *amicus curiae*, de forma que se assegure o direito de influir, tanto pelos variados núcleos de interesse, quanto pelos especialistas aptos a trazerem subsídios técnicos para a compreensão e para a solução dos problemas (ARENHART, 2015, p. 215):

Para a consecução desse objetivo, instrumentos como as audiências públicas e o *amicus curiae* são fundamentais. Audiências que permitam a participação ampla da comunidade envolvida, embora não disciplinadas expressamente nem no CPC, nem na legislação básica a respeito do processo coletivo, são indispensáveis. Do mesmo modo, é fundamental que o processo seja capaz de absorver a experiência técnica de especialistas no tema objeto da demanda, em que possam contribuir tanto no dimensionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia.

Esses traços de flexibilização do processo civil tradicional podem ser concretizados pela utilização de procedimento bifásico, operacionalizado pelo fracionamento da resolução de mérito (CPC, art. 354, parágrafo único; art. 356). Registra-se, igualmente, a atipicidade dos meios de prova²⁷ (CPC, art. 369), das medidas executivas (CPC, art. 139, IV; art. 536, § 1º) e dos instrumentos de cooperação judiciária (CPC, art. 69).

Alguns institutos do processo civil individual também devem ser revisitados, a exemplo do princípio da adstrição judicial à pretensão ou princípio da demanda. Isso porque a discussão que envolve políticas públicas é marcada pela dinamicidade, dificultando que o autor, no início da ação, possa deduzir pedido específico que, uma vez atendido, venha a solucionar o problema ao final do processo.

Por outro lado, ênfase deve ser conferida à consensualidade. Consigne-se que, na história jurídica brasileira, prepondera a concepção segundo a qual há certa exclusividade do Estado-juiz na solução das controvérsias²⁸. Esse pensamento enfraquece as propostas de utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, os quais são vistos, por muitos, com relativa predisposição contrária à sua viabilidade.

Entretanto, de maneira promissora, acompanha-se, no cenário jurídico brasileiro, significativa modificação de concepção no tocante a esses mecanismos

²⁷ São exemplos de provas atípicas a amostragem, a estatística, a indiciária, dentre outras.

²⁸ Ver WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação social. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). São Paulo: DPJ, 2005.

de solução dos conflitos, sendo possível observar o surgimento, ainda que em níveis embrionários, de novas frentes desjudicializadas, de onde se destacam a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Diversos marcos regulatórios, recentemente introduzidos na ordem jurídica nacional, evidenciam a tendência à modificação de paradigma de que se está a tratar²⁹. Dentre eles, destaca-se o Código de Processo Civil, especialmente quando prevê a produção antecipada para “viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou “evitar o ajuizamento de ação” (CPC, art. 381, II e III).

A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655, de 25.04.2018) determina que:

Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após a realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar **compromisso com os interessados**, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (art. 26, caput)

Em síntese, denota-se a priorização dos métodos alternativos de solução dos conflitos, caminho que se mostra pertinente ao exercício do controle das políticas públicas.

Por outro lado, o Código de Processo Civil de 2015 sinaliza para o modelo processual cooperativo ou colaborativo, o que se extrai, dentre outros, de seu art. 6º: “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

Tanto a vertente da desjudicialização, quanto a da colaboração processual convergem para o instituto dos negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos. Quer-se, com isso, a ampla utilização das variadas técnicas de negociação, tanto em relação ao conteúdo de direito material, quanto no que se refere à eventual necessidade de adaptação do procedimento, diante das especificidades do caso concreto, a abranger os ônus, poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais.

Todos esses aspectos, comprometidos com a eficiência e com a efetividade do processo, devem ser incorporados ao controle judicial das políticas públicas.

²⁹ A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre a Política Nacional de Resolução Apropriada de Conflitos e apresenta as primeiras diretrizes para a implementação dos meios não adjudicatórios de resolução de conflitos. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por sua vez, editou a Resolução nº 118, de 01.12.2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público.

Em razão de suas peculiaridades, será tratado a seguir, em separado, dos negócios jurídicos processuais.

7 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O Código de Processo Civil, em prestígio ao princípio da autonomia da vontade, possibilita o autorregramento, ao prever que, se o processo versar sobre direitos que admitam composição, “é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (CPC, art. 190). Trata-se de cláusula geral que faculta às partes a celebração de acordo sobre aspectos que dizem respeito à relação processual, permitindo os respectivos ajustes às necessidades concretas.

Ainda diante da desnecessidade de homologação judicial (CPC, art. 200), as convenções processuais vinculam o juiz, estando ele adstrito ao controle da validade do negócio jurídico. Podem ser recusadas judicialmente apenas nas hipóteses de nulidade ou de vulnerabilidade de uma das partes (CPC, art. 190, parágrafo único³⁰).

Transcreve-se o conceito do instituto dado por Antonio do Passo Cabral: “Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento” (2016, p. 68).

Houve resistência inicial às convenções em processos que versassem sobre direito público, sob o fundamento de que as normas processuais são cogentes. Entretanto, a indisponibilidade do direito material não impede a negociação sobre o processo, mesmo porque, nas convenções que versam sobre direito processual, não há disposição de direitos materiais coletivos³¹.

São exemplos de convenções processuais, dentre outros, os ajustes que: a) estabeleçam deveres e sanções para o cumprimento dos acordos; b) ampliem prazos das partes de qualquer natureza; c) dispensem ou invertam os ônus

³⁰ “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

³¹ Nos termos do Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual”, pois direito indisponível não equivale a direito que não admite autocomposição. Por isso, no mesmo ambiente de debates, foi aprovado o Enunciado 256: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual”; e o Enunciado 253: “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”.

probatórios³²; d) pactuem sobre a produção obrigatória de prova antecipada (inclusive para viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado à solução do conflito; CPC, art. 381, inc. II); e) fixem o rateio de despesas processuais; f) excluam a recorribilidade; g) estipulem a obrigatoriedade de mediação ou conciliação extrajudicial; e, h) excluam a audiência de mediação ou de conciliação, prevista no art. 334 do CPC³³.

Especificamente nos litígios estruturais, especialmente naqueles em que se pretenda a adequação de políticas públicas, vislumbra-se a possibilidade de convenção sobre a entrega de relatórios periódicos, com o necessário detalhamento acerca das medidas tomadas, incluindo justificativas para as metas não cumpridas e reformulações de cronogramas. De igual forma, cogita-se da obtenção de autorização do requerido para o acesso irrestrito a certas informações.

Nesse sentido, concebe-se o negócio jurídico processual, cuja celebração não se presta a transigir, por óbvio, em relação ao direito material, de cunho social, mas, antes, compor em relação à forma de sua implementação, mediante ajuste voltado ao aprimoramento das políticas públicas, fixando-se, por exemplo, cronograma de cumprimento da obrigação.

Além disso, é certo que há espaço para convencionar-se sobre a distribuição do ônus da prova, assumindo o Poder Público o compromisso de, em cronograma igualmente convencionado, demonstrar a tomada de decisões e respectivas realizações de aportes de recursos para a implementação da política pública tida por insuficiente.

Outro aspecto que poderia ser contemplado no negócio jurídico processual refere-se à participação de terceiros, fomentando a atuação colaborativa, destinada ao fornecimento de elementos de convicção para a futura decisão judicial.

O negócio jurídico processual, em suma, apresenta-se como um mecanismo capaz de aperfeiçoar a forma de controle das políticas públicas.

8 EXEMPLOS DE DECISÕES ESTRUTURAIS

O grande paradigma, que inaugurou a concepção estrutural do processo, foi o julgamento do caso *Brown v. Board Education* (1954), pela Suprema Corte

³² As partes encontram limites em normas de ordem pública. Nesse sentido, Marinoni pondera que as partes não dispõem de poderes, por exemplo, que impliquem na renúncia à prova, de maneira a obstar a formação da convicção judicial: “Tudo isso significa que as convenções processuais que restringem prova, exatamente porque podem inviabilizar a coisa julgada sobre questão e a formação de precedentes, negam um dos principais fins do processo, o de tutelar a segurança jurídica. Desse modo, e por consequência, as convenções limitadoras de prova também impedem que o processo realize os seus objetivos de promoção da liberdade e da igualdade” (MARINONI, 2019, p. 127).

³³ Nesse sentido, conferir o Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Norte-Americana, quando foi reconhecida a inconstitucionalidade da prática de segregação racial existente no sistema escolar, herança de um pensamento cultural escravagista, consistente na existência de escolas exclusivas para negros e escolas exclusivas para brancos. Definiu-se, assim, por um processo de reconstrução dessa sistemática, conduzido por magistrados (“*structural injunction*”).

Na Ação Popular 3.388/RR (caso Raposa Serra do Sol), o Supremo Tribunal Federal admitiu a demarcação de terras em favor de grupos indígenas, com a condição de que o usufruto da terra, porque situada na fronteira do país, observasse a Política de Defesa Nacional.

Na ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu um “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário nacional, proveniente de falhas estruturais e da insuficiência de políticas públicas, causadoras de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, a reivindicar medidas de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Extrai-se do acórdão: “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”.

No REsp, 1.854.842-CE, da Relatoria da Min^a. Nancy Andrighi (J. 02.06.2020), no qual se tratava do acolhimento institucional de menor, por período superior ao limite legal, reconheceu-se a presença de litígio de natureza estrutural. Extrai-se da ementa:

6- Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual.

O Min. Fachin, ao reconhecer quadro de violações sistemáticas e de omissão estrutural, proferiu voto, determinando ao Estado do Rio de Janeiro que elabore, no prazo de 90 dias, plano de redução da letalidade policial e de controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança. O plano deverá conter medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos correspondentes recursos financeiros (STF. ADPF 635. J. 12.04.2021).

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 760-DF, fundada na redução de recursos, no abandono do plano de preservação do bioma, na desregulação ambiental e na diminuição da cobertura vegetal, a Min^a.

Cármen Lúcia, em 06.04.2022, votou no sentido de reconhecer o estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento da Amazônia para, na sequência, determinar à União e aos órgãos competentes (IBAMA, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e Fundação Nacional do Índio) a apresentação de Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia (PPCDAm), no prazo de sessenta dias, para corrigir esse cenário.

No Plano devem ser detalhadas medidas e metas para a redução do desmatamento, para o combate das atividades ilícitas e crimes ambientais e para a preservação dos direitos de indígenas.

Consta do respectivo voto, na condição de Relatora, que:

Não compete a este Supremo Tribunal a escolha da política pública mais apropriada para o combate às queimadas ilegais, ao desmatamento e à degradação ambiental. Mas, no desempenho da função precípua desta Casa de guarda da Constituição e do Estado de direito ambiental, compete a este Supremo Tribunal assegurar o cumprimento da ordem constitucional com a observância do princípio constitucional da prevenção para preservação do meio ambiente equilibrado e proibição do retrocesso.

Assim, justifica a intervenção judicial:

A Constituição da República impõe o agir estatal para preservar, proteger, se for o caso, restaurar o meio ambiente. A inércia do administrador ou sua atuação insuficiente ou, pior ainda, contrária aos deveres constitucionais estatais macula de inconstitucionalidade a atuação do Estado, impondo-se a intervenção judicial para restabelecer a eficácia dos direitos constitucionais à dignidade ambiental, aos direitos fundamentais dos indivíduos da presente e das futuras gerações.

A ADPF 651 questionou o Decreto Presidencial 10.224/2020, que promoveu diversas alterações na composição do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Por maioria dos votos, no Plenário, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a norma que excluiu a participação da sociedade civil do correspondente Conselho Deliberativo.

No julgamento da ADI 6.148, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Resolução CONAMA 49/2018, por não regulamentar, de forma minimamente eficaz e adequada, os padrões de qualidade do ar.

O Plenário do STF também referendou a liminar que obstara a transferência de demarcação de terras da Funai para o Ministério da Agricultura (ADIs 6.172, 6.173 e 6.174).

No julgamento da ADPF 709, o STF determinou ao governo federal que adotasse medidas para conter o avanço da Covid-19 entre a população indígena. Situação similar ocorreu na ADPF 742, que obrigou o governo a elaborar plano de combate à Covid-19 para a população quilombola.

À toda evidência, a jurisprudência caminha no sentido de providências estruturantes para a solução de situações complexas.

CONCLUSÃO

O controle judicial das políticas públicas, embora admitido e essencial, dentro de certos parâmetros, não se mostra suficientemente adequado. O aperfeiçoamento desse controle recomenda a verticalização dos aspectos orçamentários envolvidos, a demonstração da relevância do direito tutelado, o exame criterioso da motivação da Administração Pública, a democratização das decisões e a utilização das ferramentas do processo estrutural, práticas que podem ser instrumentalizadas, dentre outras, pelas convenções processuais.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. v. 2/2015, Jul – Dez/2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestações de saúde**: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: RT, 2017.
- CAMBI, Eduardo. **Comentários ao art. 334 do Código de Processo Civil**. *In*: Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves. **Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil**. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (orgs.). *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Bahia: JusPodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR; Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 303/2020, maio/2020.

FREITAS, Juarez. **O controle jurisdicional das políticas públicas e o início do fim do Estado omissis**. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 16, n. 84, mar./abr. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (orgs.). O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público. Bahia: JusPodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Convenção Processual sobre prova diante dos fins do Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 288/2019, fev./2019.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Audiências Públicas**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 210, out./dez. 1997.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Os 30 anos da Constituição: o papel do Direito e da Jurisdição Constitucional**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 18, n. 27, jan./abr. 2020.

VITORELLI, Edilson. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 43, n. 275, jan. 2018.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação social**. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). São Paulo: DPJ, 2005.

MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS: AS DISPUTAS RESULTANTES DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM EM BRUMADINHO

Roberto Portugal Bacellar³⁴, Adriane Garcel³⁵,
Karen Paiva Hippertt³⁶, Luiz Antonio Ferreira

INTRODUÇÃO

Ao 12h28 do dia 25 de janeiro de 2019, na Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho, a barragem B-I, de responsabilidade da Vale S.A, se rompeu, soterrando as barragens B-IV e B-IV-A. Ao todo, foram espalhados cerca de 13 milhões de m³ de rejeito de minério.

Do dia para a noite inúmeras pessoas e comunidades foram atingidas, tendo suas vidas impactadas, direta ou indiretamente, com reflexos que se irradiam pelas mais diversas searas.

A tragédia que paralisou o globo levou a óbito imediato 270 pessoas, sendo que 11 delas, anos depois, ainda sequer foram localizadas. Ao todo, a lama destruiu cerca de 133, de 27 hectares, de vegetação nativa da Mata Atlântica, e 70,65 hectares de APP. A maior tragédia humana com barragens.

³⁴ Doutorado na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Mestre em Direito Econômico Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001), especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Paranaense - UNIPAR (1997) e especialização em MBA em Gestão Empresarial pela Universidade Federal do Paraná (2004). Ingressou na carreira de Juiz de Direito em 1989. Atualmente é Desembargador do Tribunal Justiça do Estado do Paraná. Atua como professor do quadro permanente de professores da Enfam.

³⁵ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA/ UNIBRASIL. Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Escola do Ministério Público – FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Graduada em Letras e Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. EMAIL adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>

³⁶ Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. ORCID: <https://orcid.org/00000002-39918850>.

Diversos trabalhadores encontravam-se na rota da avalanche de lama composta por rejeito de minério, que se alastrou por cerca de nove setores censitários do município. Foi também o maior acidente de trabalho na história nacional.

As comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas que tinham como meio de subsistência o Rio Paraopeba e seus tributários foram gravemente atingidas, acentuada sua vulnerabilidade.

As toxidades do rejeito de minério, ainda hoje, causam danos à população local e ao meio ambiente, afetando até mesmo a biodiversidade.

A lama que secou, virou poeira e segue se espalhando pela cidade. Não há como saber quais serão os possíveis impactos ambientais e à saúde da comunidade atingida, dada a toxidade dos agentes químicos, físicos e biológicos, com a possibilidade de adoecimento em razão da exposição aos compostos químicos.

Uma pesquisa realizada por Mônica Lopes Ferreira, do Instituto Butantan em parceria com a Universidade Federal do Rio de Janeiro, com o objetivo de analisar a toxidade da água do rio Paraopeba evidenciou que, em 2019, havia grande concentração de ferro, alumínio e mercúrio, este com concentração 720 vezes acima do permitido. Isso, sem falar na presença de bactérias como a salmonela, cianobactérias.

Também, um escudo envolvendo os peixes da região, com similaridade genética de 70% em se comparada a espécie humana, apontou um atraso no desenvolvimento embrionário, com má formação, ausência de boca, escoliose, edema pericárdio, hemorragia e etc.

O ciclo dos vetores e hospedeiros, por exemplo, foi alterado. O Rio Paraopeba tornou-se, inclusive, impróprio para consumo, irrigação, pesca, banho e lazer.

A magnitude do dano oriundo do rompimento da barragem é tamanha que acabou afetando, além das pessoas usualmente definidas assim pela Defesa Civil e registrados no momento do resgate e socorro, como desabrigados, desalojados, mortos, feridos e doentes, outras tantas que tiveram suas condições de vida e trabalho atingidas, mesmo que situadas em outros territórios.

A tragédia de Brumadinho transfigurou-se em litígio de natureza estrutural com afetação da sociedade como um todo, não só de forma fluida, volátil e sem delimitação, mas com impactos distintos para cada subgrupo.

Considerando a natureza secundária das normas processuais civis, que atuam diante da não concretização do dever ser prescrito na norma jurídica de natureza material, tem-se que as técnicas previstas ao atingimento dos fins pretendidos pelas normas primárias sejam, no mínimo, adequadas.

Não é de se conceber, nesta linha, que um processo coletivo de natureza irradiada se resolva por meio de procedimento idêntico ao estruturado para os litígios tradicionais, senão por um modelo próprio, articulado, flexível, que possibilite a alteração substancial do estado de desconformidade.

Diante deste cenário, e tendo como caso paradigma o desastre ocorrido na Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho, o presente estudo objetiva analisar os processos estruturais enquanto mecanismos consensuais próprios a solução de processos de natureza estruturada.

Para a elaboração, será utilizado o método lógico dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

Para além da introdução e conclusão, a exposição se desenvolverá em três capítulos. Investigar-se-á, primeiramente, os litígios estruturados e o processo – a crise do modelo individual de gestão de litígios. Na sequência, o processo estrutural como método adequado e consensual de resolução dos conflitos complexos de natureza irradiada. Por fim, será feita análise das disputas resultantes do rompimento da barragem brumadinho e o procedimento consensual de resolução adotado.

O estudo se justifica considerando a ausência de tratamento adequado da matéria na legislação vigente de um tema de grande repercussão social.

Também, dado o crescimento, ainda expressivo, do número de barragens em situação crítica em Minas Gerais, mesmo após o desastre de Brumadinho.

1 LITÍGIOS ESTRUTURAIS E O PROCESSO: A CRISE DO MODELO INDIVIDUAL DE GESTÃO DE LITÍGIOS

Conforme preceitua venosa (2019, p. 207) “A vida em sociedade produz uma série de relações, que, quando banhadas pela juridicidade ou protegidas pela ordem jurídica, transformam-se em jurídicas”, sendo que, para cada tipo, ou conjunto, haverá uma tutela específica destinada.

No caso das relações jurídicas processuais civis, conquanto o Código de Processo Civil as regule de forma abrangente (arts. 13 e 15), não o faz suficientemente quanto à tutela das de natureza coletiva, mais complexas e multipolares em suas particularidades.

A legislação processual volta-se eminentemente a reger a relação jurídica processual civil tradicional, entre indivíduos e sociedade. Parte de uma concepção individual patrimonialista, polarizada, retrospectiva, episódica, de interdepen-

dência ente direito e tutela, com controle das partes sobre o processo por meio de um julgador imparcial com atuação limitada a lei.³⁷

Segundo Almeida (2019, p. 16 – 26), a insuficiência do Direito Processual de cunho tradicionalista se faz presente em pelo menos sete elementos do código: **(1) a petição inicial e a formação do processo**, os artigos 319 e 330 do código, evidenciam um apego desmedido a forma da inicial, limitada a abrangência do direito de ação, deixando de contemplar as demandas mais complexas; **(2) princípio da demanda e inércia judicial (art. 2º, CPC)**, relacionados a disponibilidade do direito material, sem qualquer flexibilização, de modo que os interesses que transcendem a demanda, como os de terceiros, ou os não requeridos pelas partes, ficam de lado; **(3) princípio da correlação e a sentença (arts. 203 e 492, do CPC)**, voltados aos processos de cunho individual, limitam a atividade jurisdicional à causa de pedir, com prejuízos aos direitos sociais e coletivos eventualmente envolvidos; **(4) estrutural processual e sistema probatório marcado pela retrospectividade (art. 369, CPC)**, voltados ao passado e a certeza dele (FERRARO, 2015, p. 86), rejeitando a precaução, ou mesmo a prova de eventuais danos e consequências futuras, posteriores a decisão terminativa; **(5) litisconsórcio³⁸ e a intervenção de terceiros³⁹ (art. 113 a 130, CPC)**, uma vez tomar como ponto de partida a certeza, ou grande probabilidade, de quem são as partes; dada a similitude dos interesses com os dos demais polos envolvidos na relação, a sistemática adotada o é incapaz de contemplar a multiplicidade de partes que participam de uma relação complexa, que tem por ponto de partida o desconhecimento quanto aos interessados no processo; **(6) representação pelo legitimado coletivo**, de forma fictícia, dos interesses metaindividuais e

³⁷ Há mais de quarenta anos Abram Chayes (2017) explicava esse modelo tradicional: “*Tradicionalmente, el proceso ha sido visto como un medio para resolver conflictos de derecho privado entre particulares. Las características que definen este modelo de litigio son: (1) Un proceso bipolar. El litigio se organiza como una confrontación entre dos individuos, o al menos dos intereses unitarios diametralmente opuestos, a resolverse sobre la idea que “el ganador se lleva todo.* (2) *El litigio es retrospectivo. La controversia gira en torno a una serie identificada de eventos pasados y está destinada a determinar si ocurrieron y, en su caso, con qué consecuencias legales para las partes.* (3) *El derecho y el remedio son interdependientes. El alcance de la reparación se deriva más o menos lógicamente de la violación sustantiva, bajo la teoría general de que el actor obtendrá una compensación medida en base al daño causado por el accionar ilícito del demandado en un contrato, otorgándole al actor el dinero que hubiera tenido de no incurrirse en tal ilícito; en un caso de responsabilidad civil, pagando el valor del daño causado.* (4) *El proceso es un episodio auto-suficiente. El impacto de la sentencia está restringido a las partes. Si el actor vence, habrá una simple transferencia con fines de compensación, usualmente el pago de una suma de dinero y sólo ocasionalmente la devolución de una cosa o la realización de un acto determinado. Si el demandado vence, el perjuicio permanece donde se encontraba. En cualquier caso, el dictado de la sentencia concluye la actividad judicial.* (5) *El proceso es iniciado por las partes y controlado por las partes. El caso se organiza y las cuestiones se definen a partir de los intercambios entre las partes. La responsabilidad sobre el desarrollo de los hechos es suya. El juez es un árbitro neutral de dichas interacciones, que decide cuestiones jurídicas solo si éstas son apropiadamente planteadas por alguna de las partes”.*

³⁸ Corresponde “a pluralidade de sujeitos em um dos polos de uma relação processual” (DIDIER JR., 2017, p. 510).

³⁹ Compreende o “ato jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em um processo pendente, transformando-se em parte” (DIDIER JR., 2017, p. 538)

individuais em massa, sem necessidade de autorização; para tanto, faz prevalecer a vontade do autor coletivo, não necessariamente correspondente ao do restante do grupo em favor de quem atua (ARENHART, 2017, p. 427), que deixa de expressamente manifestar seus interesses; **(7) a coisa julgada e o fim do processo**, visam tornar imutável a sentença almejando a pacificação social, o que não necessariamente seria possível, ou deveria se alcançar, nos litígios complexos dada a dinamicidade que lhes é inerente.

A discussão em torno do tema, no entanto, não é recente e remonta a segunda onda do acesso à justiça.

Na vigência de um processo originariamente de cunho individualista, Cappelletti e Garth (1988) constatam a ausência de uma sistemática com mecanismos aptos à tutela dos direitos difusos e coletivo. Passam a investigar, então, os meios mais adequados de solução. O Código de Defesa do Consumidor, Ação Popular, Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, destacam-se como os primeiros passos, neste sentido.

Do mesmo modo, Meireles e Salazar (2017, p. 21 – 38) reconhecem a inadequação da estrutura do processo civil clássico, “fundado nas concepções de chiovendiana e carneluttiana de jurisdição e processo” (VIOLIN, 2013, p. 145), advertindo que a lógica tradicional, em que o juiz fica limitado a uma visão parcial, relativa apenas ao que lhe foi trazido e pedido pelas partes, abstraído as complexidades e subjacências da demanda, mostra-se inadequada, ou melhor, ineficaz, em se tratando de litígios complexos, com repercussão social.

Embora os sistemas individual e coletivo coexistam, e o legislador do Código de Processo Civil tenha buscado avançar em pontos essenciais, dando passo à frente com relação ao precedente, quanto à disciplina do processo complexo de natureza coletiva, a tratativa ainda é insuficiente e até mesmo inadequada.

Ainda não há na legislação processual nenhuma parte especificamente destinada às peculiaridades dos litígios complexos, que ainda são enquadrados na disciplina do processo coletivo.

Quanto ao último, destaca Arenhart (2017, p. 70), “As ações coletivas, por outro lado, também não representam resposta muito melhor. Isso porque, substancialmente, a tutela coletiva brasileira pode ser resumida em um processo ‘individual’, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade”, mas que não “permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, autoriza apenas “alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade defender os interesses desta””.

Didier Jr. (2018, p. 61) e Picoli (2018, p. 24) também reconhecem que o Código de Processo Civil pouco se adequou aos litígios coletivos e muito menos

buscou disciplinar os complexos, edificando-se à semelhança do antecedente, em uma tutela eminentemente individual de direitos.

Os litígios coletivos são conflitos que envolvem interesses jurídicos relevantes de um grupo de pessoas como um todo, tratado de forma conjunta, deixadas de lado as características particulares de cada uma, pela contraparte.

Conforme explica Vitorelli (2018, p. 3 – 8), classificam-se em três espécies, **(1) local**, quando é atingida a sociedade enquanto solidariedade, ou seja, de forma significativa um grupo de pessoas determinadas, que compartilham laço de solidariedade social, a exemplo dos indígenas, trabalhadores de determinada empresa e minorias, resultando em uma complexidade moderada com o elemento união mantendo claro o objetivo comum; **(2) global**, quando atingida a sociedade enquanto estrutura. Neste caso, a lesão é pouco relevante do ponto de vista individual, com baixa conflituosidade entre os membros do grupo, mas juridicamente relevante do ponto de vista global, da sociedade de modo geral; **(3) irradiado**, afeta a sociedade como criação. Quando a lesão é relevante para a sociedade envolvida como um todo, atingindo, no entanto, de forma diferente os diversos subgrupos envolvidos, sem que haja perspectiva social comum, ou vínculo de solidariedade: “A sociedade que titulariza esse direito é fluida, mutável e de difícil delimitação, motivo pelo qual se identifica com a sociedade como criação”.

Com origem nos anos 50 e 60 do século XX, a partir do julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, pela Suprema Corte Norte Americana, os litígios irradiados, ou estruturais, compreendem relações jurídicas complexas marcadas pela multipolaridade, coletividade e complexidade – como características típicas, mas não essenciais (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 110).

Compreendem problemas policentricos em estrutura de teia. Isto é, compostos por vários fios, intimamente interligados entre si, impactando um nos outros, como espécies de interesses imbricados.

Nos litígios estruturais, as reivindicações se interligam, assim como a eficácia da decisão, cujo efeito *erga omnes* interconecta as pretensões individuais em um sistema de relações múltiplas.

Como características, assinala-se, o grande número de pessoas afetadas pela violação; o envolvimento de diversos réus como responsáveis pela falha estrutural; resolução complexa, negocial, voltada para o futuro, geral, flexível e que abrange sujeitos que, muitas vezes, sequer participaram do processo.

Igualmente, Didier, Zaneti e Oliveira (2020, p. 110 – 114), destacam três características típicas, mas não essenciais, do processo estrutural: **(1) multipolar**, “o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado”; **(2) cole-**

tivo, uma vez discutir situação jurídica coletiva – embora seja possível um processo individual com inequívoca natureza estruturante na situação em que o mesmo fato “afetar a esfera de situações jurídicas individuais e de situações jurídicas coletivas”, hipótese em que a intervenção terá cunho (re)estruturante; **(3) complexo**, tratando-se de processo com diversas soluções possíveis. Em razão desta característica, Vitorelli (2018, p. 3 – 8) enquadra os litígios estruturais na categoria de litígios irradiados, aqueles que “envolvem um vasto grupo de pessoas, afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos, a serem representados no processo.

Em resumo, destaca Lima (2015, p. 97 – 98), os litígios coletivos de natureza irradiada, como também são conhecidos, colocam em embate interesses sociais vários, todos, mercedores de tutela.⁴⁰ Isto é, afetam diretamente “[...] o interesse de diversas pessoas ou segmentos sociais” que, no entanto, “não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas [...]”, dando origem a conflitos “[...] mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio”.

Nesta linha, abstratizados os sujeitos envolvidos, diante da dificuldade em se mensurar a medida da contribuição de cada um, com uma condição que se prolonga no tempo, o foco do procedimento no litígio estrutural migra para a superação satisfativa da violação de direitos.

Neste modelo, o juiz desempenha papel ativo, fundamental na construção da relação processual, visando a obtenção do atendimento da melhor forma dos interesses envolvidos.

⁴⁰ Quanto a origem do processo estrutural, explicam, Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira (2020, p. 110): “Tudo começou em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*. Isso foi apenas o início. Segundo Owen Fiss, “o sistema de Ensino público foi o objeto do Caso *Brown*, mas com o tempo as reformas estruturais foram alargadas para incluir a polícia, prisões, manicômios, instituições para pessoas com deficiência mental, autoridades públicas de auxílio à moradia e agências de bem-estar social”. Ou seja: o modelo de decisão proferida no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* expandiu-se e foi adotado em outros casos, de modo que o Poder Judiciário dos Estados Unidos, por meio de suas decisões, passou a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidos determinados valores constitucionais. Outro bom exemplo são os casos *Holt v. Sarver*, por meio dos quais todo o sistema prisional do estado do Arkansas, nos Estados Unidos, foi judicialmente impugnado, em demandas que visavam à reforma completa do sistema penitenciário e que serviram de base para outras demandas similares, deflagradas posteriormente, em 1993, contra quarenta outros estados norte-americanos. A partir dessas situações pontuais, passou-se a designar como decisão estrutural (*structural injunction*) aquela que buscasse implementar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos.

A racionalidade do conflito estrutural vai de encontro com a dos litígios bipolares até mesmo em razão do escopo do processo que transcende a satisfação do que foi pedido pelas partes – dos princípios da congruência e da demanda.

O foco aqui é epistêmico-pragmático, muito mais do que competitivo, busca-se explicar e conhecer os eventos para alcançar uma decisão democrática, inclusive, com a participação de indivíduos que estão fora do conflito.

Conforme Lima (2021) “As decisões estruturais carregam a responsabilidade de se estar interferindo em serviços próprios de políticas públicas. É de se refletir sobre esse tipo de decisão como uma solução eficiente em demandas [...] de alta complexidade”.

Dado isso, as conceitua como sendo “aquelas que tentam garantir a prestação de um direito fundamental ou a efetiva implementação de uma política pública em um cenário complexo, por meio de ações programadas, em determinado lapso temporal e com o condão de interferir na estrutura da instituição que deveria” ter garantido o serviço, mas não o fez (LIMA, 2021).

Considerando que, nem o processo individual, nem o coletivo, são meios efetivos à tutela satisfativa dos interesses multipolares, e que uma manifesta inadequação, por sua vez, pode gerar prejuízos, efeitos contrários aos pretendidos, obstando a efetivação de direitos constitucionalmente assegurados, tem-se que as particularidades do litígio estrutural, complexo, ou irradiado, impõe uma tutela diferenciada, para além da genérica prevista no código, com tratamento mais adequado.

2 OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS

A ideia de lei genérica, abstrata, fundada na vontade do parlamento, que tomou como ponto de partida um contexto ideal de sociedade, alheio a realidade concreta da vida, foi superada com a adoção de um modelo de Estado mais alinhado às desigualdades existente.

Com isso, o Processo Civil atrelado ao procedimento, desatento ao fim último de atuar substancialmente diante das violações, ou ameaças, ao direito material, prestando com adequação resposta às demandas sociais, foi deixado para traz, construído um modelo de um processo mais próximo da realidade concreta do direito material e dos valores constitucionais fundamentais.

Conforme destaca Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna, Marco Félix Jobim (2021), “As regras do processo só podem valer legitimamente se e quando

cumprem sua missão constitucional e aderem, de fato, aos problemas da realidade a que devem servir”.

Volta-se o Processo à tutela dos direitos, colocando-se em posição de construção constante. Antes de dado, é um construído, sua técnica não serve de nada, senão quando alinhada às necessidades da sociedade.

Dar conta dos problemas concretos da realidade, daí decorre a serventia do processo enquanto instrumental de atuação nos problemas da vida concreta.

Longe de ser conceito unívoco, a imbricação que sua construção tem com o direito material, de caráter instrumental, faz da tutela conceito polissêmico.

Ao se relacionar com a proteção que se busca conferir, a tutela, se concretiza por meio de uma técnica, com o processo amoldando-se com vistas a alcançar a melhor proteção. Assim, concluir-se que o Processo é técnica polissêmica que se presta a tutelar o direito material, isto é, de caráter eminentemente instrumental. Donde também decorre a sua serventia.

Considerando o compromisso que o processo tem com o direito material, não é de se conceber que a técnica utilizada para a resolução de um problema estrutural seja outra senão uma suficiente “para que a tutela – do problema já estruturado – seja factível” (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021).

Policêntrico e multipolar, o litígio, ou problema estrutural, eminentemente complexo, decorre de um estado de desconformidade estruturada de coisas a ser reorganizado, ou reestruturado.

Conforme explicam Didier, Zaneti e Oliveira (2020, p. 106), independentemente se a causa que deu origem ao Estado de desconformidade é lícita, ou não, o que importa é a presença de uma situação de “ [...] desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante”. O tratamento do litígio irradiado não partirá da noção de ilicitude.

Os graus de estruturalidade, por sua vez, irão variar a medida da magnitude dos efeitos da reestruturação.

Inobstante, a noção acerca da relevância dos impactos deste tipo de litígio e a complexidade de resolução, a demandar uma solução não única, mas contínua, que se dê de forma duradoura, com acompanhamento, para reorganizar ou reestruturar, se evidencia, principalmente, nas questões envolvendo o Direito Ambiental.

Catástrofes como as vivenciadas pelos municípios de Brumadinho e Mariana, além da ACP do Carvão, reclamam uma resolução estruturante e reorganizante que transcenda o mérito, concretizando os direitos fundamentais em

jogo e valores públicos constitucionais através de uma tutela jurídica adequada dos interesses contemplados.

Para além, envolvem situações, tais como, o direito a locomoção de pessoas portadoras de necessidade, direito a saúde, educação, dos afrodescendentes, da população carcerária e ações concursais (DIDIER; ZANETI JR.; DE OLIVEIRA, 2020, p. 45 – 81), bem como “dessegregação racial, estado de coisas inconstitucional em presídios, despoluição de rios, estruturação de programas de moradia, alimentação, saneamento básico, alfabetização” e etc. (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021).

Todas, demandas que “carregam em si a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas”, com “desdobramentos imprevisíveis no âmbito do órgão responsável pelo serviço reclamado”, nas quais, portanto, a tutela do direito material reclama um processo diferenciado com pressupostos e fundamentos próprios, com a burocracia cedendo lugar a um modelo flexível e de participação potenciada, com relativização, inclusive, dos pressupostos processuais (LIMA, 2021). Neste sentido, Arenhart (2013, p. 5):

Talvez um dos mais importantes instrumentos nessa direção sejam as chamadas *structural injunctions*, concebidas pela doutrina norte-americana. Percebeu-se que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado.

Assim, o processo estrutural é, segundo Vitorelli (2018, p. 8), “um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, obrigando a um litígio estrutural”.

Pressupõe “a superação das características próprias ao processo tradicional, para dar lugar a um modelo adjudicatório próprio aos litígios estruturais” (PICOLI, 2018, p. 52) em que se objetivam “decisões que almejam a alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição” (ARENHART, 2019).

O foco da decisão estrutural reside na implementação concreta dos objetivos fixados ⁴¹, se destrinchando nos âmbitos econômico, político e social

⁴¹ Salienta, Arenhart (2019): “o foco do processo estrutural não está no mérito da decisão, mas na sua implementação concreta”.

da localidade em que o litígio se deflagrou. Além disso, projeta-se para o futuro buscando sempre se antecipar aos problemas que eventualmente possam vir a surgir, sendo que, seu objetivo imediato, consiste na remoção do estado de desconformidade para alcançar o estado ideal de coisas, ou de conformidade.

A efetivação das constantes modificações necessárias para que se torne factível a alteração do estado de coisas, também demandam um envolvimento direto, contínuo e empenhado das partes e da estrutura judicial com uma “zona de solução do problema” (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021).

Colocando-se constantemente diante do caso, é possível que se constatem os ajustes que precisam ser realizados quanto às medidas adotadas em sede de decisão preliminar.

Com adoção de providencias outras que se entendam necessárias, trilham-se caminhos distintos, com novos passos, em direção a melhor resolução do problema estrutural sempre em uma visão prospectiva e que contemple o todo.

Para além da multipolaridade, coletividade e complexidade, enquanto características típicas, mas não essenciais, Dider Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2020, p. 133) destacam outras quatro, estas tidas como essenciais aos litígios estruturais:

i) 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; *(ii)* 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; *(iii)* 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; *(iv)* desenvolver-se num 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; *(v)* e, pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).

Neste tipo de processo, conquanto relevante à obtenção de um pronunciamento judicial, não será ele o fim último almejado. Além disso, conforme Medina e Mossi (2020), a tutela voltar-se-á ao direito atual, mas também aos potencialmente violados, presentes e futuros.

Na maioria das vezes, a solução não se dará por ato único. Dadas as características particulares a este tipo do litígio, é comum serem necessárias

várias e sucessivas decisões em cascata identificando e solucionando os problemas específicos decorrentes. Conforme destaca Fiss (2008), é característico ao processo que lida com problemas estruturais que a decisão proferida seja implementada de forma sucessiva.

Em um primeiro momento fixa-se uma decisão núcleo, abrangente, mais genérica, quase que principiológica, na qual se farão constar as primeiras impressões e diretrizes gerais voltadas a tutela do direito violado. Desta, outras se sucederão, conforme forem necessárias à implementação da decisão-núcleo, ou mesmo a especificar alguma medida concreta precisa.

Como resultado, tem-se uma ampla cadeia de decisões que irão avançar, ou mesmo retroceder, ao ponto de partida abstratamente previsto em sede de decisão preliminar.

Assim, já que na resolução de um problema estrutural podem se entrelaçar “ [...] várias formas diferentes de soluções [...], é possível que um só processo contenha diferentes técnicas em diferentes arranjos em cada um dos feitos” (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021).

Neste ponto, conforme destaca Virorelli (2020, p. 61), a sentença proferida no processo estrutural aproxima-se em muito daquela do cumprimento de sentença, diante da formação do provimento cascata, com uma decisão preliminar mais genérica e sucessivas outras mais específicas até a “decisão-núcleo”.

Também, um processo desta natureza, implica a adoção de técnicas similares à da mediação e negociação, em decorrência da elasticidade, como em um procedimento plastificado que conta com ampla participação de atores institucionais vários (VITORELLI, 2020).

Como técnicas de flexibilização, Didier (2020, p. 124 – 132) destaca: **(1)** atenuação das regras da congruência objetiva externa e da estabilização objetiva da demanda, artigos art. 141 e 492, bem como 329, todos do Código de Processo Civil, com possibilidade de alteração do objeto; **(2)** legitimidade democrática obtida através de uma maior abertura do processo à participação de terceiros – atores e grupos diversos, eventualmente atingidos; **(3)** Modelo probatório diferenciado, com adoção de meios atípicos de prova (art. 369, do Código de Processo Civil); **(4)** atipicidade das medidas executivas com uso da dialeticidade (arts. 139, IV, e 536, 1º, do CPC). As medidas executórias voltadas ao cumprimento das decisões estruturais são delegadas a entidades de infraestruturas especificamente criadas para a resolução dos conflitos coletivos. Serão elas as terceiras responsáveis pela implementação da decisão ou autocomposição; **(5)** atipicidade da cooperação judiciária; **(6)** adoção do procedimento comum do Código de Processo Civil, que seve como circuito-base, com previsão de diversas

técnicas de flexibilização que vem a possibilitar a adaptação as peculiaridades do caso – concessão de tutela durante o processo, resolução antecipada do mérito da causa apto a julgamento, cooperação judiciária, negócio jurídico processual, medidas atípicas de execução e a possibilidade de “cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão” (art. 327, CPC).

Destarte, tem-se que a melhor forma de resolução de um problema estrutural, a que com ele mais se harmoniza, ainda é a resposta acordada entre os interessados múltiplos na resolução do problema, uma vez que produz resultados muito mais viáveis e concretos.

Conforme destacam Arenhart, Osna e Jobim (2021), “[...] a solução negociada pode oferecer claras vantagens, prestando-se como instrumento mais aderente às possibilidades e às necessidades dos interessados e do problema examinado”.

Nesta linha, o que se tem é nada mais do que uma adequação da tutela jurídica aos interesses dentro da lógica de que o processo é um instrumental construído, cuja técnica deve sempre se amoldar com vistas a alcançar a melhor tutela do direito material violado. Como bem adverte Medina (2020, p. 3) “ as normas-regra realizam o que as normas-princípio planejam”.

Tendo em vista que o processo não é alheio a vida concreta, mas atua nos problemas advindos mundo cotidiano, com suas técnicas adaptando-se ao direito, apenas quando da implementação da decisão inicial é que os problemas irão surgir, com imposições novas a serem implementadas, à luz do debate, visando a resolução construída do caso e de eventuais problemas, em uma espécie de teia, ou cascata, de decisões que se sucedem e entrelaçam.

Ato contínuo, a reforma estrutural visa permitir ao Judiciário, justamente, “sair do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios individuais ou privados (a chamada *dispute resolution*), alçando-o ao posto de participante do governo e parte integrante do sistema político” (FISS, 2008).

3 AS DISPUTAS RESULTANTES DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM EM BRUMADINHO E O JUIZ ARTICULADOR

O rompimento da barragem B-I, de responsabilidade da Vale S.A, em 25 de janeiro de 2019, acarretou verdadeira devastação, com consequências que se ampliaram no espaço-tempo (COSTA *et al*, 2020, p. 384).

Os danos que se multiplicam são de diversas natureza, ambiental, social, econômica, cultural e territorial. Afetam, direta, ou indiretamente, aproximada-

mente 35 municípios que se estendem pela bacia do rio Paraopeba. (INFORME DEFENSORIAL N° 01/20122),

Ajuizado processo coletivo, englobando três ações civis públicas, intentadas pelo Estado de Minas Gerais, Ministério Público Federal e a Defensoria Pública (5010709-36.2019.8.13.0024; 5026408-67.2019.8.13.0024; 5044954-73.2019.8.13.0024; e 5087481-40.2019.8.13.0024), o Judiciário foi acionado com urgência visando a responsabilização e reparação integral do dano causado pela empresa Vale S.A decorrente do desastre.

Diante da hipercomplexidade fática e jurídica de um conflito estrutural de tamanha magnitude houve a necessidade de adequação da tutela, com adoção de um modelo de processo estrutural que, em constante adaptação, permitiu o intercâmbio de diálogos institucionais e entre sujeitos vários.

As decisões que se deram de forma prospectiva, em cascata, naturais à técnica processual adotada, foram também essenciais ao possibilitarem a resolução dos problemas a medida do seu surgimento, quando da execução da decisão instituída em sede preliminar. Um modelo dialógico e mais flexível, participativo.⁴²

Nesta linha, Arenhart, Osna e Jobim (2021) destacam que a solução de um litígio estrutural não deve se ater meramente ao retorno do *status quo ante*, mas voltar-se ao futuro, de maneira prospectiva.

Assim, demanda um envolvimento duradouro das partes e Poder Público com o problema, combinando o uso de mecanismos diferentes, formas consensuais, soluções adjudicadas e mecanismos dialogados com implementação delegada, que se sucedem, visando a reestruturação. Tais mecanismos, criam “[...] verdadeira teia de momentos de decisão e de formas de decisão no curso de todo o processo” (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021).

Eminentemente estrutural, o litígio de Brumadinho reflete a adequação da técnica do direito processual a tutela que se pretenda do direito material específico.

Sua natureza estrutural, e a correlata necessidade de adaptação, se evidenciam diante das seguintes características presentes (SOUZA, 2019, p. 70 – 74):

⁴² Ao tratar das formas de solução da controvérsia estrutural, Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marcos Félix Jobim (2021), destacam: “Inobstante, a resolução deste tipo de litígio “Exige, isso sim, um envolvimento duradouro, próximo e atento das partes e do Judiciário com o problema existente, apto a constantemente enfrentar o caso e ajustar as medidas antes adotadas, nessa tentativa de operar para o futuro aquelas transformações que se imagina sejam adequadas para amenizar ou eliminar o problema estrutural objeto do processo. Posto isso, pode-se imaginar três maneiras diferentes de impor reformas institucionais: as formas consensuais, as soluções adjudicadas e os mecanismos dialogados (de implantação delegada). Logicamente, dada a possibilidade, como dito acima, de várias “decisões” ao longo do processo, é possível que tais formas de solução se sucedam ou se misturem em vários momentos diversos, criando verdadeira teia de momentos de decisão e de formas de decisão no curso de todo o processo”.

(1) interesses e bem jurídicos múltiplos, dadas as inúmeras mortes, desaparecimentos, danos psicológicos, aos trabalhadores, meio ambiente, até mesmo comunidades indígenas e quilombolas; **(2) necessidade de reforma da Agência Nacional de Mineração** que herdou os problemas do antigo Departamento Nacional de produção Mineral (DNPM); **(3) objetivo de fazer uso da via jurisdicional para implementar valores sociais relevantes**, com a presença, para tanto, de **pedido inicial amplo e prospectivo**. Isto é, de natureza contínua, voltado a imposição de uma obrigação de fazer que se protrairá no tempo, sucedida por inúmeras medidas e decisões; **(4) condução dialógica e participativa do processo**, com oitiva dos diversos grupos envolvidos, ampla publicidade das audiências de conciliação, possibilitando a atuação como *amicus curiae* e a instituição de comitê técnico-científico composto pelos representantes da Universidade Federal de Minas Gerais para auxiliar o juízo da causa, planejando os custos e fluxograma de trabalho; **(5) execução de um projeto prolongado e contínuo de reforma** baseado na apresentação de uma plano de reestruturação da atividade de barragens no Brasil, contempladas medidas estruturais de planejamento e gestão do setor, a curto, médio e longo prazo.

Segundo Marcelo Kokke (2019, p. 119 – 136), conquanto legislação repouse em regras ordinárias de responsabilidade civil, é difícil se chegar a uma resposta nos casos de desastres por causas humanas que acabam por revelar três situações-problemas, competência jurisdicional, definição de medidas urgentes, identificação do atingido e assistência técnica.

Assim, no caso Brumadinho, o modelo de um processo dialógico, participativo, auxiliou na obtenção de melhores resultados na resolução do problema. A utilização da figura do *amici curiae*, por exemplo, foi essencial ao permitir prontamente o debate interinstitucional em um caso que demandava resposta emergencial.

Em um primeiro momento, foram determinadas medidas emergenciais a serem cumpridas pela Vale S.A., com a contratação de assessorias técnicas independentes (ATIs), divididas por território atingido, em cinco regiões, para auxiliar as pessoas no processo de reparação (INFORME DEFENSORIAL Nº 01/2022).

Inobstante, a composição foi essencial ao assegurar, por exemplo, em menos de um mês, por meio da audiência realizada nos autos da Ação Civil Pública nº 5010709-36.2019.8.13.0024, o pagamento imediato de auxílio financeiro emergencial a família das vítimas, evitando a protelação dos debates. Também, possibilitou a celebração de vários acordos individuais a partir de perspectivas pré-estabelecidas. Originalmente, por meio da atuação da Defensoria Pública de Minas Gerais e, posteriormente, do Ministério Público do Trabalho.

Conforme destaca Carvalho (2021), uma das estratégias utilizadas nestes acordos, como forma de mitigar os riscos e melhor tutelar a comunidade, foi a adoção de cláusulas abertas, dotadas de critérios axiológicos e hermenêuticos, “[...] que autorizam a melhoria das condições enquanto vedam retrocessos”.

Outra medida fundamental a salvaguarda da exequibilidade dos acordos foi à realização de reuniões mensais, favorecendo a manutenção de um diálogo constante.

Os resultados foram muito mais satisfatórios do que os obtidos em situações anteriores, a exemplo do que se viu no caso Mariana. Ao todo foram celebrados cerca de 5.109 acordos envolvendo 10.411 pessoas, no âmbito individual, bem como 1.439 acordos envolvendo 2.472 pessoas na seara trabalhista (VALE, 2022).

A experiência adquirida permitiu um importante avançar no método utilizado para a resolução de litígios desta natureza, com adequação por meio de um processo dialógico.

No âmbito das ações coletivas, em 4 de fevereiro de 2021, foi celebrado o “Acordo de Reparação Integral” entre o Estado de Minas Gerais, as Instituições de Justiça e a Vale.

O acordo contempla o valor estimado de R\$ 37,7 bilhões para custear obrigações de fazer e de pagar da Vale, incluindo ações de reparação socioeconômica e socioambiental relativas aos danos decorrentes do rompimento da barragem em Brumadinho. As indenizações referentes aos direitos individuais não se incluem neste valor e continuam sendo executadas pela Vale (VALE, s.d). Também, não foram englobados os povos indígenas, diante da existência de processo reparatório específico.

Quanto às comunidades quilombolas, estipulou-se que a execução do acordo deveria considerar as suas particularidades. Além disso, paralelamente, elaborou-se termo de referência pela Fundação Cultural Palmares, com a contratação de consultoria para a realização de diagnóstico dos danos sofridos e elaboração de plano de reparação.

A definição dos projetos da reparação socioeconômica se dá em diversas etapas. Primeiro, são feitas propostas de projetos pelas Prefeituras e comunidades, com o apoio de assessorias técnicas. Segundo, os compromitentes do Acordo – Governo de Minas Gerais e as Instituições de Justiça – analisam os projetos e realizam uma consulta popular para definir o que deve ser realizado primeiro. Em um terceiro momento, a Vale recebe a lista de projetos para planejar e detalhar a sua execução. Por fim, é feita uma análise do detalhamento dos projetos pela Vale, sendo dado início a sua execução após autorização (VALE, s.d).

Dentre as disposições do acordo, destaca-se a criação do Programa de Transferência de Renda à população atingida como solução definitiva ao pagamento emergencial feito, até então, pela empresa.

Até outubro de 2021, foram realizados pagamentos emergenciais pela Vale. Em 28 de outubro de 2021, foi concluído o depósito em juízo do valor de R\$ 4,4 bilhões referente à transição para o programa de transferência de renda.

A partir de novembro de 2021, passaram a valer os termos do Programa de Transferência de Renda, criado e gerenciado pelas Instituições de Justiça, Ministérios Públicos Estadual e Federal e Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, sem a participação da Vale, em substituição ao pagamento emergencial. A gestão e a destinação do valor depositado são realizadas pelas instituições de justiça e acompanhadas por auditoria externa independente. (VALE, 2021).

Na Ação Civil Pública nº 0010261-67.2019.5.03.0028, no dia 15 de julho de 2019, a Vale e o Ministério Público do Trabalho de Minas Gerais assinaram um acordo que colocou fim a fase de conhecimento da Ação Civil Pública. O procedimento se deu pela habilitação dos familiares dos trabalhadores vítimas do desastre para receber reparação, iniciando a execução do acordo individual.

Nos termos do acordo, cônjuge ou companheiro, filhos e pais recebem R\$ 700 mil, individualmente, sendo R\$ 500 mil a título de dano moral e R\$ 200 mil a título de seguro adicional por acidente de trabalho. Irmãos de trabalhadores falecidos recebem individualmente R\$ 150 mil por danos morais. Em relação aos danos materiais, foi garantido aos dependentes de trabalhadores falecidos pensão mensal vitalícia até a idade de 75 anos, sendo a indenização mínima de R\$ 800 mil, ainda que a renda mensal acumulada do trabalhador não alcance tal projeção. No que se refere ao dano moral coletivo, foi estabelecido o valor de R\$ 400 milhões, a ser pago no dia 6 de agosto de 2019 (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM MATO GROSSO, 2019).

Adicionalmente, foi garantida estabilidade no emprego de três anos para os empregados da Vale e terceirizados que estavam lotados na Mina de Córrego do Feijão na data do desastre, bem como pagamento de auxílio-creche para filhos com até 3 anos de idade (R\$920,00 mensais) e auxílio-educação para filhos com até 25 anos de idade (R\$998,00 mensais). Também foi previsto plano médico vitalício e sem coparticipação para os cônjuges ou companheiros dos trabalhadores até que os dependentes completem 25 anos de idade, além de tratamento psicológico e psiquiátrico pós-traumático para pais e mães de falecidos (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM MATO GROSSO, 2019).

Na Ação Civil Pública nº 0010357-31.2019.5.03.0142, ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração de Ferro e Metais Básicos

de Brumadinho e Região, e outros em face de Vale S.A, foi homologado acordo após audiência realizada por Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais, com o objetivo de indenizar os trabalhadores sobreviventes e lotados.

O acordo define os trabalhadores sobreviventes como sendo àqueles “próprios e terceirizados que estavam trabalhando na Mina do Córrego do Feijão no momento do rompimento da Barragem B1, [...] independentemente da lotação funcional formal”. A eles foi assegurado “[...] o pagamento de indenização no valor de até R\$ 250 mil – sendo R\$ 150 mil por danos materiais e R\$ 100 mil por danos morais” (JUSTIÇA DO TRABALHO, 2020). Ainda, aos sobreviventes, foi assegurada assistência psicológica e psiquiátrica, em rede credenciada, até janeiro de 2022.

Por sua vez, os lotados são definidos como “ todos os trabalhadores próprios e terceirizados com contrato ativo em 25/1/2019 e que, efetivamente, trabalhavam na Mina Córrego do Feijão, embora não estivessem no local no momento do rompimento da Barragem”. A eles foi assegurada indenização no montante de R\$ 80 mil, abrangendo danos materiais e morais, a não ser que afastados, qualquer que seja o motivo, por mais de 30 dias, quando o montante indenizado reduzirá a metade (JUSTIÇA DO TRABALHO, 2020). O acordo também engloba os profissionais que, naquela mesma data, trabalhavam na Mina da Jangada.

Com relação às comunidades indígenas, Pataxó e Pataxó Hã-Hã-Hãe, estabelecidas às margens do Rio Paraopeba, e que faziam uso de suas águas para consumo e atividades diversas, portanto, diretamente afetadas pelo desastre, em 5 de abril de 2019, foi firmado o Termo de Ajustamento Preliminar Emergencial (TAP-E) em negociações envolvendo a Vale, o Ministério Público Federal, a Fundação Nacional do Índio (Funai) e a Defensoria Pública da União (VALE, 2019):

A Vale também disponibilizou profissionais com formação e experiência indigenista para o diálogo com os indígenas e tem apoiado a comunidade em diversas ações institucionais e acesso a políticas públicas. A Vale está em contato permanente com a Funai e com a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), que intermediam acordos para novas doações a partir de necessidades mapeadas junto à comunidade indígena Pataxó. A Vale reitera seu respeito às comunidades indígenas e informa que busca manter diálogo com essas comunidades e entidades públicas, garantindo um diálogo transparente e aberto.

Na negociação do primeiro aditivo, foi estabelecido o pagamento mensal emergencial de até um salário-mínimo por adulto, meio salário-mínimo por adolescente e um quarto do salário-mínimo por criança. Também, foi definido o pagamento de valor correspondente a uma cesta básica para cada núcleo familiar e um frete de entrega das cestas. Ademais, foi acordado que a Vale bancaria a contratação de uma assessoria técnica independente para auxiliar os indígenas durante os processos de indenização, bem como um plano de atendimento na área da saúde de acordo com as necessidades identificadas, em caráter complementar ao SUS (LOVISI, 2019).

Ato contínuo, em agosto de 2021, foi negociado um segundo aditivo, mantendo o atendimento à saúde dos indígenas financiado pela Vale nos mesmos moldes até 2023, tendo sido mantida a assessoria técnica do Instituto Nenuca de Desenvolvimento Sustentável (Insea), com estabelecimento de pagamento em parcela única, em substituição à verba emergencial mensal (RONAN, 2021).

De acordo com a Procuradora da República, Flávia Cristina Tôres: “A decisão sobre a forma de recebimento dessa quantia foi tomada pelos próprios indígenas e debatidas com a Vale em sucessivas reuniões que realizamos ao longo deste ano” (DA REDAÇÃO, 2021).

Com base nos valores que seriam pagos mensalmente, de um salário-mínimo por adulto, meio salário-mínimo por adolescente e um quarto do salário-mínimo por criança, além do valor de uma cesta básica e frete para 60 famílias até dezembro de 2024, chegou-se ao montante de R\$ 10,85 milhões em repasse único (BÔAS, 2021).

Fica evidente, no caso em tela, a adoção de uma técnica processual voltada a “máxima coincidência possível” e que situa o juiz na posição de gerenciador, articulador, na lógica do que preceitua os §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC.

Aplicada ao processo estrutural, a solução consensual, construída por intermédio da efetiva participação da comunidade afetada pelo problema, e também pela solução, produz resultados mais concretos, flexíveis e, portanto, exequíveis, do que a solução adjudicada. Amolda-se muito mais às características próprias dos problemas estruturais, promovendo a efetiva reforma estrutural pretendida.

O ponto de partida é comum, a insatisfação com relação à situação vigente e a busca pela reestruturação. A técnica processual utilizada, por seu turno, reflete o novo modelo albergado pelo Código de Processo Civil, de um procedimento substancial, extremamente adequado, tempestivo e satisfativo. Isto é, a máxima de que o Direito Processual enquanto norma secundária deverá ter a sua técnica adequada ao direito material que pretenda tutelar.

Inobstante, Arenhart (2013, p. 4-7) chama atenção aos requisitos e limites que devem ser impostos às decisões estruturais que não devem ser adotadas de forma indiscriminada: **(1) maturidade do sistema jurídico**, requisito satisfeito, também, diante da orientação do Supremo Tribunal Federal de que passou a possibilitar o controle pelo Judiciário dos atos e políticas públicas em atenção aos direitos fundamentais; **(2) subsidiariedade da decisão estrutural**, que deve ser adotada em caráter excepcional, como último recurso, apenas quando reconhecida a inviabilidade de adoção de outros mecanismos de resolução mais simples; **(3) flexibilização do princípio da demanda**, possibilitando, quando necessário, que se extrapole os limites do pedido imposto pelo autor, de modo que o sistema se torne permeável, tenha a “flexibilidade necessária a adequação da decisão judicial às particularidades do caso concreto”, inclusive, permitindo decisões em cascata (ARENHART, 2013, p. 5); **(4) satisfação completa do contraditório**, com ampla e contínua colaboração tanto das partes como dos atingidos pela decisão. Neste sentido, destaca-se “a adoção de audiências públicas, a permanente manutenção do diálogo entre os interessados e outras medidas de participação no processo” (2013, p. 6), como práticas a serem estimuladas.

CONCLUSÃO

Os litígios coletivos são conflitos que envolvem interesses jurídicos relevantes de um grupo de pessoas como um todo, tratado de forma conjunta, deixadas de lado as características particulares de cada uma, pela contraparte.

Os litígios irradiados, ou estruturais, enquanto uma de suas espécies, por sua vez, compreendem relações jurídicas complexas marcadas pela multipolaridade, coletividade e complexidade – como características típicas, mas não essenciais (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 110). Decorrem de um estrado de desconformidade estruturada de coisas a ser reorganizado, ou reestruturado.

Envolvem situações como o direito a locomoção de pessoas portadoras de necessidade, saúde, educação, dos afrodescendentes, população carcerária e ações concursais (DIDIER; ZANETI JR.; DE OLIVEIRA, 2020, p. 45 – 81). Também, a “dessegregação racial, estado de coisas inconstitucional em presídios, despoluição de rios, estruturação de programas de moradia, alimentação, saneamento básico, alfabetização” e etc. (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021).

Eminentemente de natureza estrutural, catástrofes como as vivenciadas pelos municípios de Brumadinho e Mariana, além da ACP do Carvão, reclamam uma resolução estruturante e reorganizante que transcenda o mérito, capaz de

concretizar os direitos fundamentais em jogo e valores públicos constitucionais através de uma tutela jurídica adequada dos interesses contemplados.

O foco da decisão estrutural reside na implementação concreta dos objetivos fixados buscando superar o estado de desconformidade, de modo que lhe é característico projetar-se ao futuro antecipando-se aos problemas eventuais.

Também, quanto ao procedimento, a elasticidade, com a relativização dos princípios da congruência e demanda, por exemplo, permite que se efetivem as modificações necessárias. A ampla participatividade, com envolvimento direto e contínuo, inclusive, de terceiros, também marca a “zona de solução de problema” formada.

Trata-se, o processo estrutural, de mecanismo consensual de resolução voltado aos problemas complexos de natureza irradiada.

Colocando-se, o interessado, constantemente diante do caso, é possível que se constatem os ajustes que precisam ser realizados quanto às medidas adotadas em sede de decisão preliminar.

Com adoção de providencias outras que se entendam necessárias, trilharam-se caminhos distintos, com novos passos, em direção a melhor resolução do problema estrutural sempre em uma visão prospectiva e que contemple o todo.

O desastre ocorrido na Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho, enquanto paradigma do qual partiu o presente estudo, é emblemático, neste sentido.

Avançou-se muito desde Mariana. A tragédia de Brumadinho representou um grande avanço para a sistemática adotada na resolução efetiva de litígios de natureza estrutural.

Às soluções inovadoras construídas por meio do diálogo, participação ativa e contínua de toda a coletividade e Poder Público, possibilitaram a minimização dos danos e uma resposta muito mais célere, efetiva e transparente.

À luz do caso paradigma é possível concluir que os processos estruturais apresentam-se enquanto mecanismos consensuais próprios à solução de litígios complexos de natureza irradiada.

Refletem a prevalência da substancia sobre a forma, à luz de um sistema processual que prima pela entrega de uma tutela extremamente adequada, ajustada ao direito material que se pretende tutelar, e satisfativa.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 225, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos Estruturais no Direito Brasileiro**: reflexões a partir da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marcos Félix. **Curso de Processo Estrutural** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. ISBN: 978-65-5614-568-6.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho em Mato Grosso do Sul. **Reparações trabalhistas para vítimas de Brumadinho estão garantidas em acordo firmado entre o MPT e a Vale S.A.** Disponível em: <https://www.prt3.mpt.mp.br/procuradorias/prt-belohorizonte/1183-reparacoes-trabalhistas-para-vitimas-de-brumadinho-estao-garantidas-em-acordo-firmado-entre-o-mpt-e-a-vale-s-a>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Minas Gerais. **NJ – Vale fecha acordo com entidades sindicais para indenizar trabalhadores sobreviventes ao rompimento da barragem de Brumadinho.** Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-vale-fecha-acordo-com-entidades-sindicais-para-indenizar-trabalhadores-sobreviventes-ao-rompimento-da-barragem-de-brumadinho>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CARVALHO, Leandro Coelho de. **Solução de conflitos em ambientes dominados por litigantes habituais e os acordos individuais via defensoria pública em Brumadinho**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/36979>. Acesso em: 11 abr. 2022.

CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law litigation*. 89 Harv. L. Rev. 1281 1975 - 1976. *Traducción al español* de Olivia Minatta y Francisco Verbic. **Revista de Processo**, n. 268, jun. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/33807119/El_rol_del_juez_en_el_litigio_de_inter%C3%A9s_p%C3%BAblico. Acesso em: 11 abr. 2022.

ALMEIDA, Vitória Brito de. **Insuficiências do Código de Processo Civil na resolução de processos complexos e decisões estruturais como meio de superação**: o caso Samarco na ACP 0023863-07.2016. 4.01. 3800. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas. Santa Rita, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16540/1/VBA04102019.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

DA REDAÇÃO. Indígenas afetados em rompimento em Brumadinho receberão pagamento único da Vale. **Hoje em dia**, 14 ago. 2021, 5:41. Disponível em: <https://>

www.hojeemdia.com.br/minas/indigenas-afetados-em-rompimento-em-brumadinho-receber-o-pagamento-unico-da-vale-1.850153. Acesso em: 08 mar. 2022.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador. Ed Jus Podivm. 2017.

DIDIER Jr, Fredie; HERMES Zaneti Jr. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 12. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, Jan/mar, 2020, p. 45 - 81.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>. Acesso em: 18 ago. 2019

FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.

KOKKE, Marcelo. “Justiça ambiental e o desastre de Brumadinho”. **Revista dos Tribunais**, v. 1010, p. 119 - 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2019.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Tipologia dos litígios transindividuais**: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Repercussões do novo CPC – processo coletivo. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

LOVISI, Pedro. Vale entra em acordo com índios atingidos pelo rompimento da barragem de Brumadinho. **Estado de Minas Gerais**, 5 abr. 2019, 20:51. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/04/05/interna_gerais,1044230/vale-entra-acordo-indios-atingidos-rompimento-barragem-brumadinho.shtml. Acesso em: 8 mar. 2022.

MOSSOI, Alana Caroline; MEDINA, José Miguel Garcia. Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 1018, 2020.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo estrutural**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/56148>. Acesso em: 18 ago. 2019.

RONAN, Gabriel. Após acordo, Vale vai repassar dinheiro a indígenas vítimas de Brumadinho. **Estado de Minas Gerais**, 13 ago. 2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/08/13/interna_gerais,1295817/apos-acordo-vale-vai-repassar-dinheiro-a-indigenas-vitimas-de-brumadinho.shtml. Acesso em: 8 mar. 2022.

SALAZAR, Rodrigo; MEIRELES, Edilton. Decisões estruturais e o acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 3, n. 2, p. 21-38, 2017.

SOUZA, Isabella Pogliá Freitas. **A viabilidade dos processos estruturais no ordenamento jurídico brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/36979>. Acesso em: 11 abr. 2022.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. **Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante**: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VALE. **Balanco da Reparação**. Vale. 2º semestre 2021. Disponível em: http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/Paginas/balanco-reparacao.aspx. Acesso em: 9 mar. 2022.

VILLAS BÔAS, Bruno. Vale pagará R\$ 10,8 mi a índios atingidos por rompimento em Brumadinho. **CNN Brasil**, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/vale-pagara-r-10-8-mi-a-indios-atingidos-por-rompimento-em-brumadinho/>. Acesso em: 8 mar. 2022.

VALE. **Cartilha para a comunidade**. Entendendo o Acordo de Reparação Integral. Disponível em: [http://www.vale.com/brasil/PT/Documents/arquivos_links/Cartilha%20para%20a%20comunidade%20-%20Acordo%20de%20Repara%C3%A7%C3%A3o%20Integral\[12444\]%201.pdf](http://www.vale.com/brasil/PT/Documents/arquivos_links/Cartilha%20para%20a%20comunidade%20-%20Acordo%20de%20Repara%C3%A7%C3%A3o%20Integral[12444]%201.pdf). Acesso em: 11 mar. 2022.

VALE. **Saiba detalhes sobre o Programa de Transferência de Renda**. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/saiba-detalhes-sobre-o-programa-de-transferencia-de-renda.aspx>. Acesso em: 09 mar. 2022.

VALE. **Reparação e desenvolvimento**. Disponível em: http://www.vale.com/brasil/pt/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/paginas/indenizacoes.aspx. Acesso em: 13 abr. 2021.

VALE. **Brumadinho**: Vale segue focada na reparação e apoio aos atingidos. Vale, 24 abr. 2019. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/Brumadinho-Vale-segue-focada-na-reparacao-e-apoio-aos-atingidos.aspx>. Acesso em: 11 mar. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**. O controle jurisdicional de decisões políticas. Editora Juspodivm, 2013. ISBN: 978-857-761-860-6.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. 2018. p. 333 - 369.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, p. 369 - 422, 2017.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista de Interés Público**, v. 3, 2020.

LIMA, Giselle Sissy Medeiros de Lima. Decisões estruturais em demandas sanitárias. **migalhas.com.br**, 20 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344020/decisoes-estruturais-em-demandas-sanitarias>. Acesso em: 13 abr. 2022.

RAMOS, Leonardo. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. 2013.

MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

Ramon de Medeiros Nogueira⁴³, Alexandre Nasser de Melo⁴⁴,
Humberto Lucas Almeida⁴⁵

INTRODUÇÃO

Conforme as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, na mesma proporção cresceram a complexidade dos negócios jurídicos entabulados entre os cidadãos. De igual forma, o volume a complexidade dos conflitos originados destes negócios jurídicos também cresceu. O grau de desenvolvimento de uma sociedade é diretamente refletido nos conflitos que ela gera e com que eficácia os soluciona.

O início do século XXI demonstra a tendência dos operadores do direito em adotar, cada vez mais, outros métodos de resolução destes litígios que não são necessariamente a judicialização dos conflitos de interesse, mas sim focados na eficiência, celeridade e menor onerosidade da resolução.

O estado da arte tecnológico permite uma utilização segura dos sistemas de informação como ambiente para o desenvolvimento de negócios jurídicos válidos e sobretudo confiáveis. Os registros dos dados, a certificação digital e a ampla aceitação já tornaram a mundo *online* o ambiente mais corriqueiro para se contratar. Por outro lado, a globalização da cultura jurídica trouxe ao direito nacional grandes avanços no que diz respeito à utilização dos meios consen-

⁴³ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Curitiba no período de 1999/2009, chefe de Departamento de Direito Privado da mesma instituição no período de 2003/2005 e professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, entre 2001 e 2003. Atualmente, é professor de pós-graduação na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9197999980079503>.

⁴⁴ Advogado especializado em Direito Empresarial. Sócio fundador da Nasser de Melo – Advogados Associados, escritório especializado em Direito Empresarial e da Credibilità Administrações Judiciais, empresa focada em administração judicial, inventariança e perícia. Coordenador e professor da Pós-graduação em Falência e Recuperação de Empresas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Autor do livro Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, publicado pela Editora Juruá. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0945030232834962>.

⁴⁵ Advogado, pós-graduando em direito empresarial e civil pela PUC-PR, pós-graduado em direito aplicado pela Escola da Magistratura Paranaense – EMAP.

suais de solução de litígios, de forma que conceitos, princípios e institutos do direito estrangeiro foram incorporados no nacional e enriqueceram as opções consensuais de resolução das controvérsias.

Esta experiência tem grande potencial nas diversas áreas da economia e do direito. Uma delas é o Direito Concursal, nos processos de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências, que essencialmente são complexos e acumulam em um só trâmite um número elevado de litígios entre os devedores e credores.

Nesta pesquisa, busca-se demonstrar qual a aplicabilidade dos métodos consensuais de resolução de conflito aos processos de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências, partindo-se do conceito fundamental do acesso à justiça, passando pela teoria básica da resolução alternativa ou adequada de controvérsias e a aplicando aos processos de insolvência.

1 ACESSO À JUSTIÇA

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, sem dúvida, assegura a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça, definindo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Já o Código de Processo Civil de 2015, na Parte Geral, Livro I Das Normas Processuais Civil, no art. 3º, caput, também reproduziu a comando “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Kazuo Watanabe (WATANABE, 2019, p.128) atacou diretamente o ponto sensível destas previsões normativas, afirmando que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar os acessos à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.”⁴⁶ Esta é a interpretação que deve ser conferida ao mandamento constitucional.

Neste mesmo espírito de compreender o princípio como “acesso à ordem jurídica justa”, o professor Mauro Cappelletti desenvolveu, junto aos professores Bryant Garth e Earl Johnson Jr., significativa pesquisa em âmbito mundial sobre o acesso à justiça, que foi denominado *Florence Access-to-Justice Project*. Esse trabalho reuniu uma grande equipe multidisciplinar de advogados, sociólogos, antropólogos, economistas e formuladores de políticas, originários de quase trinta países diferentes. O resultado final dessa pesquisa comparativa foi condensado em um tratado de cinco volumes intitulado “Acesso à Justiça”

⁴⁶ Em estudo anterior Watanabe já havia utilizado a expressão ordem jurídica justa (K. Watanabe, Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas, in Kazuo Watanabe [et. al.] Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, p. 161).

(1978-81). Neste ensaio desenvolvido para o Projeto Florença, Cappelletti e Garth identificaram três grandes ondas renovatórias no processo evolutivo de acesso à ordem jurídica justa.

A primeira onda teve início em 1965, concentrando-se na assistência judiciária. A segunda referia-se às “...reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor”. O terceiro movimento ou onda foi o chamado de “enfoque de acesso à justiça”, reproduzindo as experiências anteriores, mas indo além, buscando “...atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.31).

Justamente a terceira onda se relaciona com a busca de meios eficazes, céleres e desburocratizados para se atingir a justiça. A própria Lei 9.099/95, referente aos Juizados Especiais, prevê um processo que busca a satisfação do direito de forma mais célere e eficaz, regulamentando mecanismos para tanto. A mediação, conciliação e arbitragem também se apresentam como exemplos claros desta terceira onda renovatória de acesso à justiça, trazida com mais detalhes no novo sistema processual cível.

O impacto da terceira onda no processo civil brasileiro gerou a inclusão dos três parágrafos que complementam o *caput* do já citado art. 3º do Código de Processo Civil. São eles: § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei; § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

2 RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS

Para que se compreendam as bases da resolução de disputas dentro do contexto dos processos de insolvência é necessária a assimilação, em primeiro lugar, dos conceitos pertinentes à resolução alternativa (ou adequada) de controvérsias - *alternative dispute resolution* (ADR). Para isso, há de se conhecer os principais mecanismos não judiciais para dirimir conflitos e suas principais características, vantagens e desvantagens em relação à judicialização e procedimentos.

O convívio social e o surgimento de conflitos são fatos indissociáveis. Onde há relacionamento entre pessoas, há divergências que originam conflitos, que por sua vez podem ser solucionados das mais diversas maneiras. Negociações, manifestações públicas, ações judiciais, atos de violência são exemplos das mais variadas formas do ser humano lidar com as divergências. As partes envolvidas podem buscar a resolução de diversas formas, autocompositivas – autotutela,

desistência, submissão, negociação e mediação, ou heterocompositivas, como a arbitragem e a judicialização (HÖRNLE, 2009, p.50).

Em 1976, quando da realização de uma conferência para debater as causas da insatisfação dos jurisdicionados com o sistema judicial norte-americano, o professor da Escola de Direito da Universidade de Harvard, Frank Sander, convidado a contribuir com suas reflexões à problemática exposta, desenvolveu o conceito do *multidoor courthouse system* fundamentando que a gestão adequada ao conflito permite o uso eficiente dos recursos pelos Tribunais. A ideia central do sistema multiportas de resolução de conflitos é de que para cada conflito específico existe um caminho mais adequado para sua resolução (SALES; SOUSA, 2011, p.207).

Sander pontuou, naquela oportunidade, que os advogados (grupo ao qual ele se incluiu), têm uma visão restrita quando se trata de resolução de litígios, com a tendência de assumir que os Tribunais são a opção natural e óbvia para solucionar litígios. Porém, os operadores do direito, muitas vezes, deixam de observar que existem diversas formas de se resolver uma divergência entre as partes, como arbitragem, mediação, negociação, e várias misturas desses e outros métodos, e cada uma delas tem características significantes que as tornam mais adequadas para solucionar um ou outro tipo de conflito.

O Tribunal Multiportas não partiria, inicialmente, da judicialização da demanda, mas sim de uma análise por um profissional capacitado de quais as características do conflito apresentado à corte, para que então as partes dissidentes fossem encaminhadas para a porta adequada, ou seja, o método mais indicado para que aquele conflito fosse solucionado. O desafio, segundo Sander, é eleger qual procedimento (ou procedimentos) é o mais adequado para determinada divergência. Caso o resultado no método eleito fosse negativo, o conflito seria reavaliado para que se decidisse qual seria o novo instrumento de resolução indicado.

2.1 NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

No esteio da ideia do tribunal multiportas, convém compreender quatro das principais portas disponíveis aos litigantes para resolver suas disputas.

A primeira delas é a negociação. Esta é a mais fundamental de todas, anterior à própria existência do direito e possivelmente o método mais acionado de resolução de conflitos. Nela as partes, em um processo de comunicação voltado ao entendimento mútuo de concessões chegam a um ponto em comum entre os interesses de ambos, sem a necessidade de um terceiro

intermediador. É a mais simples, porém é também a mais frágil, porque pode ser facilmente descumprida.

Na mediação, por sua vez, uma terceira parte é convidada pelos envolvidos e ingressa como assistente na busca de uma solução. Porém, não há intervenção direta do mediador no conteúdo da composição, não existindo sugestão ou interferência. O mediador desempenha vários papéis: preside as conversas e garante sua confidencialidade; guia e informa as partes; administra suas interações, controlando tempo, tom e precisão; traduz as comunicações, confirmando sua compreensão pelos envolvidos; fomenta a reavaliação de expectativas e de análises sobre o conflito e; evita que a mediação seja utilizada para a obtenção de vantagens indevidas, como o acesso a informações privilegiadas, ou para agressões entre as partes. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assim conceitua a mediação:

[...] uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição.

Já na conciliação o terceiro facilitador passa a adotar uma postura mais ativa frente ao conflito, podendo sugerir soluções e intervir diretamente no conteúdo do acordo.

Por fim, o método adversarial da arbitragem. O terceiro participante eleito pelas partes abandona a posição de intermediador e passa a efetivamente decidir a controvérsia. Trata-se da opção conferida pela Lei n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem), com as profundas ampliações introduzidas pela Lei n. 13.129/2015, para as pessoas capazes de contratar valerem-se da arbitragem (de direito ou de equidade) para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Submetendo a solução do litígio a juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem - a cláusula compromissória e o compromisso arbitral - não se abre mão do direito de ação, apenas se autoriza a opção por uma jurisdição privada.

Reconhecendo a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu por sua Resolução n.º 125 a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses.

3 MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NO DIREITO DE INSOLVÊNCIA

A Lei 11.101/2005 encontra-se em vigência há mais de quinze anos. A prática forense deixou transparecer as limitações da lei, principalmente diante do desafio de conciliar interesses diversos – ou até mesmo opostos – em prol de um bem maior, de interesse público, que inclui os benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial.

Conforme o sistema de insolvência brasileiro, há três principais institutos do direito concursal. O Primeiro, a Recuperação Judicial, que visa, nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, preservando a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. O segundo, a Recuperação Extrajudicial, que de igual maneira objetiva também soerguer a empresa em crise. O terceiro, a Falência, que visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa, como previsto no art. 75 da Lei nº 11.101/2005. Os procedimentos são regidos pela Lei n.º 11.101/2005. A natureza negocial e os interesses disponíveis tornam a Recuperação Judicial e Extrajudicial um ambiente adequado para a aplicação da mediação, como forma de resolução dos conflitos empresariais.

Os processos de recuperação ou falência abrangem uma única multilateralidade de interesses, considerando que podem envolver, milhares e até mesmo centenas de milhares de credores e interessados. O objetivo, todavia, deve ser o mesmo a todos: o de soerguimento da empresa viável (nos processos de recuperação judicial ou extrajudicial) ou de liquidação da empresa inviável com a maximização do valor dos ativos para a satisfação dos créditos (COSTA; MELO, 2021, p.130).

Os mecanismos de prevenção e simplificação das crises empresariais são uma constante no direito falimentar do mundo, de forma que é recomendado que se adotem métodos alternativos de resolução dos conflitos empresariais para que a insolvência seja tratada precocemente, maximizando o valor recebido pelos credores minimizando o custo global para a economia. Toma-se por exemplo as previsões para a reestruturação preventiva dos devedores em crise da Diretiva 2019/1023 da União Europeia.

No direito nacional já se via na doutrina a recomendação da mediação e da conciliação como mecanismos de pré-insolvência, conforme enunciado 45 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, que prevê que

“A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais.”

Com esse objetivo, a Recomendação Nº 58 de 22/10/2019 do CNJ passou a recomendar aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos casos de recuperação empresarial e falências a promoção, sempre que possível, do uso da mediação. Referida recomendação elencou as hipóteses (não exaustivas), do uso da mediação no âmbito da insolvência:

Art. 2o A mediação pode ser implementada nas seguintes hipóteses, entre outras: (redação dada pela Recomendação n. 112, de 20.10.2021)

I – nos incidentes de verificação de crédito, permitindo que devedor e credores cheguem a um acordo quanto ao valor do crédito e escolham um dos critérios legalmente aceitos para atribuição de valores aos bens gravados com direito real de garantia, otimizando o trabalho do Poder Judiciário e conferindo celeridade à elaboração do Quadro Geral de Credores; (redação dada pela Recomendação n. 112, de 20.10.2021)

II – para auxiliar na negociação de um plano de recuperação judicial, aumentando suas chances de aprovação pela Assembleia Geral de Credores sem a necessidade de sucessivas suspensões da assembleia; (redação dada pela Recomendação n. 112, de 20.10.2021)

III – para solucionar disputas entre os sócios/acionistas do devedor; (redação dada pela Recomendação n. 112, de 20.10.2021)

IV – em casos de concessionárias/permissionárias de serviços públicos e órgãos reguladores, para pactuar acerca da participação dos entes reguladores no processo; e (redação dada pela Recomendação n. 112, de 20.10.2021)

V – nas diversas situações que envolvam credores não sujeitos à recuperação, nos termos do § 3o do art. 49 da Lei no 11.101/2005, ou demais credores extraconcursais. (redação dada pela Recomendação n. 112, de 20.10.2021)

Parágrafo único. O acordo obtido por meio de mediação não dispensa a deliberação por Assembleia Geral de Credores nas hipóteses exigidas por lei, nem afasta o controle de legalidade a ser exercido pelo(a) magistrado(a) por ocasião da respectiva homologação.

Outrossim, a Recomendação CNJ 71/2020 passou a sugerir aos Tribunais a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC

Empresarial e o fomento do uso de métodos adequados de tratamento de conflitos empresariais. Tendo como base as experiências bem-sucedidas já implementadas por alguns Tribunais brasileiros, essa recomendação buscou oferecer aos juízos de todo o país um procedimento uniforme e lastreado em boas práticas.

Até 2020 a utilização de ADRs no Direito Concursal vinha da construção doutrinária, jurisprudencial, regulamentar e da aplicação legal de outros instrumentos normativos que não a Lei n.º 11.101/2005. Os dispositivos inseridos na Seção II-A da LREF pelas alterações trazidas na Lei n.º 14.112/2020 passaram, então, a dispor que a conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau e nos tribunais superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nessa lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial. A reforma legal trouxe nova visão sobre a incidência dos métodos adequados de resolução de conflitos aos processos de insolvência, em especial quanto às hipóteses previstas nos artigos 20-B e C.

A primeira hipótese é a admissão da conciliação e da mediação - nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolvem credores não sujeitos à recuperação judicial. Em especial quanto às disputas societárias, o ambiente sigiloso e direcionado da mediação ou conciliação poderá garantir uma maior chance de superação da celeuma e conferir efetividade ao processo. Conflitos societários exigem uma solução assertiva, pois o impacto não atinge somente os sócios, mas também a sociedade empresarial em si, seus funcionários, fornecedores e clientes. Alcançar uma solução consensual entre estes é a melhor opção possível, visto que, apesar de sempre haver divergências, o objetivo dos sócios tende a ser o mesmo: o êxito da atividade empresarial.

A lei também prevê a mediação ou conciliação dos conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais. Nesses casos, o diálogo com entes da administração pública direta ou indireta está estritamente ligado à continuidade da atividade empresarial, e deve-se imprimir celeridade às resoluções e reduzir os impactos de uma intervenção judicial direta na administração pública. Egon Bockmann Moreira, em conclusão a estudo sobre a administração pública e mediação, afirmam que

os institutos da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem têm a capacidade de aproximar as partes e gerar resultados compatíveis com as diretrizes constitucionais, inclusive com os princípios que regem a Administração Pública (MOREIRA, 2020).

A reforma operada na LREF pela Lei n.º 14.112/2020 adicionou o art. 20-B e positivou a possibilidade de se utilizar dos métodos adequados de resolução de conflitos nas Recuperações Judiciais, nos seguintes casos: *(i)* nos litígios que envolverem credores que não são aptos a se sujeitar à recuperação judicial e nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em processo de recuperação judicial; *(ii)* em conflitos que envolverem entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais, e/ou ainda concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores; *(iii)* na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial em vigor de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais; *(vi)* em caráter antecedente ao ajuizamento, para a negociação de dívidas e formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores. Nessa última hipótese, é facultada às empresas que preenchem os requisitos para a recuperação judicial, a obtenção de tutela de urgência cautelar.

Dentre estas diretrizes, o procedimento no âmbito de insolvência ainda deve obedecer ao disposto na Lei nº 13.140/2015, a Lei de Mediação, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos. O art. 2º do referido diploma dispõe que a mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé. De igual forma, a principiologia da Resolução 125 do CNJ regerá o procedimento.

Com estes instrumentos, tanto da LREF, da Lei de Mediação, das resoluções do CNJ e do CPC, vê-se que a mediação emerge como uma alternativa viável para imprimir celeridade e diminuir a litigiosidade dos processos de insolvência empresarial, tornando os processos de Recuperação Judicial mais democráticos e eficientes. A dificuldade proporcionada pelo grande volume de credores pode ser decomposta em milhares de casos individuais de menor complexidade e que se repetem com frequência, como são os casos de consumidores ou credores trabalhistas que debatem acerca do valor de seus créditos.

Um caso emblemático para o sistema de insolvência nacional foi a Recuperação Judicial do Grupo OI⁴⁷. Nele ocorreram diversas fases de mediação, tais como a mediação com pequenos credores (2016), mediações envolvendo os incidentes processuais (2018), mediações envolvendo créditos ilíquidos (2018),

⁴⁷ Recuperação Judicial do Grupo Oi (processo n 0203711 65 2016 8 19 0001) em trâmite perante a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

mediação extrajudicial envolvendo credores financeiros (2020), tudo conforme relatório final apresentado pela Administração Judicial. Destacam-se as celebrações de acordos com detentores de créditos até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que ensejou o programa de acordo com credores, operacionalizado em plataforma *online* e no qual foram celebrados mais de 35 mil acordos, com valor financeiro de aproximadamente R\$ 640.000.000,00 (seiscentos e quarenta milhões de reais). Veja-se o excerto extraído do relatório da Administração Judicial, página 572721 dos autos:

Ao longo da Recuperação Judicial do Grupo Oi, marcada pelo gigantismo de seus números, este MM. Juízo, de forma pioneira e emblemática, incentivou a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos.

Nesse contexto, considerando que 85% dos credores do Grupo Oi detinham créditos de até R\$ 50.000,00, este MM. Juízo autorizou as Recuperandas a oferecer a todos os credores concursais a opção de participar de um Programa de Acordo, antes da instalação da AGC, para antecipação do pagamento até o limite de R\$ 50.000,00, em duas parcelas, sendo a primeira (correspondente a 90%) paga em até 10 dias após a assinatura do termo de acordo e a segunda correspondente a 10%) em até 10 dias após a homologação ou reconhecimento judicial do Plano. Tal opção foi materializada na cláusula 4.4 do PRJ.

No âmbito do procedimento, foram celebrados 31.220 de acordos dessa natureza no Brasil e 4.614 em Portugal, totalizando o pagamento expressivo de aproximadamente R\$ 640.000.000,00 a credores concursais.

Ainda, na forma do art. 20-B, III da Lei, admite-se a solução alternativa de conflitos (na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais. Já o inciso IV do mesmo dispositivo, prevê a possibilidade de conciliação e mediação para a negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

O § 2º do art. 20-B traz importante normativa. Em que pese a conciliação e a mediação sejam incentivadas, a Lei traz a expressa ressalva que é vedada a composição acerca da classificação de créditos e da natureza jurídica, o que poderia ser utilizado para burlar o concurso de credores reclassificando créditos conforme o interesse e conveniência das recuperandas (COSTA; MELO, 2021, p.134).

Na prática, ainda são fartas as dificuldades à aplicação da lei falimentar para a efetivação dos meios de solução de controvérsias consensuais do modo preconizado pelos artigos 20-A a 20-D da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, visto a baixa oferta de mediadores especializados e capacitados para trabalhar com o tema, seja em caráter antecedente ou incidental, pela especificidade da matéria ou pela ausência de cultura na comunidade jurídica da utilização destes mecanismos.

Todavia, verifica-se que há, neste momento, um contexto normativo favorável a um acréscimo substancial dos mecanismos de resolução consensual de conflitos nos processos de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências, que, de acordo com o incentivo daqueles que conduzem os processos, poderá estabelecer uma nova cultura no exercício do direito de insolvência.

CONCLUSÃO

Os valores justiça (e seu acesso), segurança jurídica, acessibilidade, rapidez (celeridade), modernidade, transparência, imparcialidade, probidade, ética e efetividade são alguns valores que compõem o conjunto de ideais que o Poder Judiciário promete, formalmente, oferecer ao cidadão e que efetivamente são atributos de valor para a sociedade.

Mas, ao abrir as portas da justiça ao cidadão comum, sem conseguir cumprir a sua promessa básica de julgar os casos em tempo razoável, o Poder Judiciário passa por uma situação que precisa ser redimensionada. Como diria o saudoso Rui Barbosa: Justiça atrasada não é justiça. Dessa forma, com o nível de abarrotamento do Poder Judiciário brasileiro, faz-se necessário buscar desenvolver outros mecanismos, como os aqui apresentados.

Esses mecanismos, obviamente, também têm espaço no direito de insolvência, já que o sistema brasileiro foi objeto de uma transformação legal com o advento da Lei n.º 14.112/2020. Mesmo assim, ainda carece de uma transformação jurídico-cultural por parte dos aplicadores do direito e dos jurisdicionados. Precisa-se ser difundida a ideia do sistema norte-americano de mediação que defende que para alguém ganhar, todos devem ganhar. Mas, para isso, é necessário um grande e paciente trabalho cultural e educacional.

O estudo ora realizado permite concluir que com a solidificação da política pública brasileira sedimentada pela Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual instituiu a Política de Tratamento adequado de Conflitos, primando pela qualidade da prestação jurisdicional como garantia de acesso à ordem jurídica justa, as recomendações 58 e 71 do CNJ e a reforma da Lei n.º 11.101/2005, o sistema de insolvência brasileiro recebeu mecanismos para

se utilizar de métodos eficazes de solução consensual de conflitos, que podem diminuir a litigiosidade desses processos e seu tempo de duração.

Conclui-se, então, que os últimos anos têm representado um período de grande evolução para o Direito Concursal no que tange aos métodos adequados de solução de conflitos, os quais terão, agora, cada vez mais a sua aplicação prática testada em processos de insolvência.

REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resoluções online de controvérsias**: tecnologias e jurisdições. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi: 10.11606/T.2.2016.tde-01092016-154830.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal** - Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Tradução de: Mauro Cappelletti.

COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Curitiba: Ed. Juruá, 2021. 2. ed.

CURY, César. **Um modelo transdisciplinar de solução de conflitos**: direito e tecnologia no processo de recuperação judicial do leading case OI S/A. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020.

HÖRNLE, Julia. Cross-Border **Internet Dispute Resolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. [online] Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/crossborder-internet-dispute-resolution/CDA11E35A1711F6A6E318723FDCE63F0>. Acesso em: 25 jul. 2022.

HÖRNLE, Julia. **Encouraging Online Dispute Resolution in the EU and Beyond- Keeping Costs Low or Standards High?** *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies — Research*. 2012 [online] Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2154214>. Acesso em: 25 jul. 2022.

LAPORTA, Celeida Maria Celentano. **ODR - RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ONLINE**. São Paulo - Quartier Latin. 2019.

MOREIRA, Egon Bockman. **Administração Pública e mediação**: notas fundamentais. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9lla%20leila%20moreira%20egon%20bockmann%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20...pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. SOUZA, Cássio Bruno Casto. **Online dispute resolution e administração pública sustentável**. *In*: Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável. Coord. SILVEIRA, Alessandra. ABREU, Joana Covelo de. COELHO, Larissa A. Pensamento Sábio - Associação para o conhecimento e inovação - 2020, Braga - Portugal. 2020.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

O PODER JUDICIÁRIO E O AGRONEGÓCIO: A POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS AGRÁRIOS

Gustavo Calixto Guilherme⁴⁸, Adriane Garcel⁴⁹

INTRODUÇÃO

Esta exposição tem como finalidade apresentar a constitucionalização do Direito Agrário, os métodos consensuais de resolução de conflitos e a possibilidade da utilização da autocomposição no agronegócio.

O Direito Agrário é o ramo do Direito que estuda as relações jurídicas entre o homem e a utilização da terra, a propriedade rural, a agricultura, a realização de atividades agropecuárias, a industrialização e comercialização dos produtos do agronegócio.

O agronegócio é conceituado como o conjunto das operações de produção, processamento, armazenamento, distribuição, comercialização e outras atividades econômicas que estão ligadas ou derivam da produção agrícola ou pecuária.

A Constituição da República como fonte formal do Direito Agrário impõe a necessidade de atendimento ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, à solução pacífica de conflitos e ao desenvolvimento sustentável em todo o ambiente do agronegócio.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos assumiram protagonismo no sistema jurídico. São novas possibilidades de findar controvérsias sem a necessidade do ajuizamento da ação judicial, através do diálogo e da aproximação das pessoas visando uma solução construída em conjunto.

Nessa perspectiva, esta pesquisa objetiva analisar o viés constitucional do Direito Agrário, os métodos adequados de solução de conflitos, a possibi-

⁴⁸ Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes. Formado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no biênio 2021/2022. Assessor da 2ª Vice-Presidência e integrante do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na gestão 2019/2020. Revisor da Revista Gralha Azul Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná – EJUJ/PR. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0022546041410306>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>.

⁴⁹ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e FEMPAR. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Email: adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>.

lidade de utilização da autocomposição nos conflitos agrários e algumas das ações realizadas recentemente pelos Tribunais, entre elas a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Agronegócio, o CEJUSC Agro, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A pesquisa justifica-se diante da necessidade de expansão da utilização dos métodos consensuais para o desenvolvimento da sociedade, em consonância às diretrizes constitucionais.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, serão apresentados o Direito Agrário e o agronegócio como componentes do ordenamento jurídico constitucional.

Em um segundo momento serão explicitadas a mediação e a conciliação como métodos adequados de solução de conflitos nas mais diversas áreas do conhecimento.

Em seguida, serão abordados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e a possibilidade de autocomposição na seara do agronegócio.

Por fim, será demonstrado que o investimento dos Tribunais nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania possibilita a solução consensual de conflitos em diversas áreas, inclusive nas relações atinentes ao Direito Agrário e ao agronegócio, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social do país.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AGRÁRIO

A constitucionalização do Direito produz impactos em todos os ramos jurídicos. A Carta Magna passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de interpretar todos os demais ramos do Direito⁵⁰.

Do princípio da Supremacia da Constituição decorre o fato de que todos os atos normativos devem ser consonantes com a Constituição, material e formalmente, sob pena de serem considerados inválidos. A compatibilidade deve ser material, no sentido de que o conteúdo dos atos deve ser harmonioso com o texto constitucional, e formal, devendo ser elaborados conforme os procedimentos estabelecidos na Carta Magna⁵¹.

A Constituição estabelece, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária,

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 33.

⁵¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 201.

garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos.

É a primeira vez que uma Constituição assinala objetivos fundamentais do Estado brasileiro para prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, cultural e social, no intuito de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana⁵².

A dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento sustentável e a solução pacífica dos conflitos merecem especial relevo, na medida de sua abrangência e magnitude.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o ordenamento jurídico. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade do que é necessário para o desenvolvimento integral do homem não se pode dizer Ciência do Direito⁵³.

A positivação constitucional da dignidade da pessoa humana reafirma que o ser humano está acima de todo e qualquer interesse, de modo que ela deve ser tratada como valor absoluto, na medida em que é imprescindível à própria legitimidade do ordenamento jurídico⁵⁴.

O princípio do desenvolvimento sustentável é o modelo econômico que, a partir da utilização racional dos recursos naturais, busca satisfazer necessidades humanas sem comprometer a capacidade do planeta em abrigar as gerações futuras⁵⁵.

Na sua perspectiva objetiva, o direito ao desenvolvimento sustentável significa a proteção do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado⁵⁶.

A solução pacífica de conflitos é um dos princípios do artigo 4º do texto constitucional e é fundamental para o progresso da humanidade.

O conflito é o fenômeno social que decorre da interação entre indivíduos que, mesmo permeado de aspectos negativos, contribuiu para a construção do mundo, perpassando pela história e pelos diferentes contextos sociais que determinaram os rumos da sociedade⁵⁷.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. rev. e atual./ até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 107-108.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional brasileiro: curso completo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 140.

⁵⁴ RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 407.

⁵⁵ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

⁵⁶ WEDY, Gabriel. **O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/ambiente-juridico-direito-fundamental-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 11 mai. 2021.

⁵⁷ MAZIERO, Julia Izabelle Toneto Romano; SOUZA NETTO; José Laurindo de. **Meios Adequados de Resolução de Conflitos: uma leitura pela comunicação não violenta, teoria da ação comunicativa e**

John Paul Lederach propõe a visão da transformação do conflito, de modo que seja visto como oportunidade a longo prazo para se criar processos de mudanças construtivos que reduzam a violência, aumentem a justiça e a estrutura social como um todo⁵⁸.

No Direito Agrário não é diferente. O Direito Agrário pode ser considerado um dos novos ramos do direito e é conceituado como o conjunto de normas destinado a regulamentar as relações jurídicas que disciplinam o acesso e o uso da terra, normas que regulamentam a agricultura, compreendida como o trabalho da terra para a produção de vegetais, e reprodução dos animais considerados indispensáveis ou úteis à vida humana, a exploração das atividades agroextrativistas e a transformação, industrialização e comercialização destes produtos⁵⁹.

O elemento fundamental que integra a definição de direito agrário é seu vínculo com a justiça social, pois o interesse coletivo prevalece e se sobrepõe ao individual. Uma de suas funções principais é a de dirimir conflitos sociais⁶⁰.

Os princípios estabelecidos pelas leis agrárias e seus regulamentos formam um todo orgânico que mantém estreitas relações com os demais ramos do Direito, em especial com o Direito Constitucional, onde emanam todos os princípios norteadores e as diretrizes básicas⁶¹.

O termo agribusiness (agronegócio) foi originalmente trazido pelos professores da Universidade de Harvard, John Davis e Ray Goldberg⁶², em 1957, que conceituaram o agronegócio como a soma das operações de produção e distribuição de suprimentos, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles⁶³.

teoria dos afetos. In: *Mediação e Conciliação: Métodos Adequados de Solução de Conflitos*. Garcel, Adriane. Mossoi, Alana Caroline. Fogaça, Anderson Ricardo. Menotti, Anna Fernanda Scalla. Dias, Bruno Smolarek. Ferreira, Luis Antonio...[Et al.]; - Curitiba: Clássica Editora, 2021, p. 227.

⁵⁸ LEDERACH apud FACCHINI, JULIA. **Por uma construção relacional da paz: a intersubjetividade na transformação de conflitos de John Paul Lederach.** Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Economia e Relações Internacionais da Universidade Federal de Uberlândia, 2020, p. 44.

⁵⁹ ROCHA, Ibraim. **Manual de Direito Agrário Constitucional.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶⁰ TRECCANI, Girolamo Domenico; BENATTI, José Heder; HABER, Lilian Mendes; CHAVES, Rogério Arthur Friza; ROCHA, Ibraim. **Manual de Direito Agrário Constitucional.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1196>. Acesso em: 1 fev. 2022.

⁶¹ CHAVES, Rogério Arthur Friza; ROCHA, Ibraim. **Manual de Direito Agrário Constitucional.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1196>. Acesso em: 1 fev. 2022.

⁶² DAVIS, J. H.; GOLDBERG, R. A. *A concept of agribusiness.* Boston: Harvard, 1957.

⁶³ DAVIS; GOLDBERG, apud BURANELLO, Renato, et al. **Financiamento do agronegócio [livro eletrônico]: comentários à Lei n. 13.986/2020/** coordenação Renato Buranello. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

A fonte formal básica do Direito Agrário é a Constituição Federal. O artigo 22, I, reserva a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. O artigo 5º, XXII, XXIII, XXIV e XXVI, trata da propriedade, de sua função social, da desapropriação e da impenhorabilidade da pequena propriedade rural. O artigo 153, VI, aborda a competência para a instituição do ITR (Imposto sobre Propriedade Territorial Rural), os artigos 184 a 191 estabelecem as regras da Política Agrícola e Fundiária e as diretrizes fundamentais da Reforma Agrária. O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964) e toda a legislação ordinária complementar e os decretos regulamentadores concernentes aos temas agrários incluem-se nas fontes formais⁶⁴.

O artigo 225 do Texto Maior impõe a necessidade de preservação do meio ambiente, o direito ao meio ambiente equilibrado e o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Impende destacar a importância do agronegócio para a economia brasileira. Em 2020, o agronegócio, que engloba toda a cadeia produtiva (insumos, agropecuária, indústria e serviços), foi o responsável por 26,5%⁶⁵ do Produto Interno Bruto, indicador que representa a soma de todos os bens e serviços produzidos pelo país.

Nessa esteira, a constitucionalização do Direito Agrário traz a necessidade de alinhamento aos ditames da Carta Magna e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solução pacífica dos conflitos e do desenvolvimento sustentável.

Nas palavras da Ministra de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Tereza Cristina Correa da Costa Dias:

A agricultura brasileira é movida à ciência. Nos últimos cinquenta anos, desenvolvemos um modelo de agricultura tropical baseado em pesquisa e inovação que conjuga de forma singular os três pilares da sustentabilidade: o social, o econômico e o ambiental. [...] A agropecuária, realizada de maneira sustentável, é parte da solução para um duplo desafio: mudança do clima e segurança alimentar⁶⁶.

O entendimento da Ministra é corroborado ao serem analisados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

⁶⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Curso de direito agrário [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁶⁵ Relatório Agropecuária Brasileira em Números – Dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/agropecuaria-brasileira-em-numeros/abn-12-2021.pdf/view>. Acesso em: 22 fev. 2022.

⁶⁶ DIAS, Tereza Cristina Correa da Costa. **Agropecuária sustentável é parte da solução para mudança do clima e segurança alimentar**. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/tereza-cristina-agropecuaria-sustentavel-e-parte-da-solucao-para-mudanca-do-clima-e-seguranca-alimentar/>. Acesso em: 01 fev. 2022.

A Agenda 2030⁶⁷ é um plano de ação universal para o desenvolvimento sustentável, para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade.

Entre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que buscam fortalecer a paz universal e a erradicação da pobreza, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 2 traz a necessidade de erradicar a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável.

2 OS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Durante muito tempo o acesso à justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV, do texto constitucional, significou o ajuizamento de demandas como a principal maneira de resolver os conflitos de interesses, o que gerou a cultura do litígio e a judicialização massiva de processos, em detrimento ao diálogo e à autonomia, e a capacidade das pessoas em resolver seus próprios problemas.

Em consulta ao relatório Justiça em Números 2021⁶⁸ (ano base 2020), o Poder Judiciário finalizou o ano com 75,4 milhões de processos em tramitação, aguardando uma solução definitiva, bem como foram submetidos 25,8 milhões de novos processos ao longo de 2020.

Os meios alternativos de resolução de conflitos (MASC) despontam como uma resposta à massificação de demandas, visando a obtenção de decisões eficazes à população⁶⁹.

Nesse contexto, com a expansão da globalização, mudou-se o significado do acesso à justiça: se antes a expressão significava o acesso de todos ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar às partes a solução mais satisfatória para suas contendas⁷⁰.

Com o advento da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, os métodos consensuais de resolução de conflitos ganharam destaque no ordenamento jurídico. A Resolução nº 125/2010 instituiu a Política Judiciária

⁶⁷ Sobre o assunto ver: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁶⁸ Sobre o assunto ver: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁶⁹ PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. **Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRS)**. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva, (coords). **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 56-58.

⁷⁰ KFOURI NETO, Miguel; SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane. **O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem**. Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Superior Tribunal de Justiça, 2020, p. 2.

Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, com vista à qualidade dos serviços judiciais e a disseminação da cultura da pacificação social.

Por meio da resolução supracitada, ficou estabelecido que os Tribunais devem criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, como forma de planejar e implementar, no âmbito de sua competência, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. A normativa também dispôs sobre a necessidade de criação e instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, unidades responsáveis pela gestão e realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, como forma de dirimir litígios de maneira consensual, onde atuam os mediadores, conciliadores e demais facilitadores, nas audiências e na orientação e atendimento ao cidadão.

Impende destacar a possibilidade de realização das sessões de mediação e conciliação tanto na forma pré-processual (possibilidade de encerramento do conflito antes do ajuizamento das demandas) e processual (durante o decorrer do andamento dos processos).

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) os métodos consensuais de resolução de conflitos tornaram-se ainda mais relevantes.

Em seu capítulo inaugural em que se instituem as normas fundamentais do processo civil, o Código prevê o estímulo a utilização das formas autocompositivas, ao estabelecer que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Nessa perspectiva, o artigo 165 assim prevê: “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

A mediação está conceituada no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Em outros termos, a mediação é um método de solução de conflitos que tem como ponto de partida o diálogo entre duas ou mais pessoas, assistidas por um terceiro que facilita a comunicação, de modo a fortalecer o relacionamento interpessoal, a autonomia, e, por conseguinte, desenvolver a capacidade dos envolvidos em solucionar o problema por si próprios.

Na conciliação também há a presença de um facilitador para impulsionar a conversa e a melhor forma de resolver a demanda, denominado conciliador.

Contudo, a forma de condução do diálogo diverge quanto à mediação, de modo que o conciliador interfere no debate propondo soluções para a lide.

Como é sabido, o diálogo é indispensável para a convivência e para a construção colaborativa. É convivendo que se constrói, conversando e dialogando, apresentando soluções viáveis, e trazendo opções para que se possa conseguir o que queremos. Aplica-se o Ubuntu, filosofia africana com essa concepção do colegiado, nós somos o eu e o nós⁷¹.

3 RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS AGRÁRIOS

Os preceitos constitucionais e o sistema normativo infraconstitucional reconhecem o ser humano como o centro do ordenamento jurídico e refletem a necessidade de desenvolvimento da sociedade por meio da solução pacífica dos conflitos.

O Relatório Justiça em Números 2021⁷² do Conselho Nacional de Justiça aponta que, ao final de 2020, havia 1.382 (mil, trezentos e oitenta e dois) Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania instalados na Justiça Estadual. No Poder Judiciário como um todo, foram 2.426.027 (dois milhões, quatrocentos e vinte e seis mil e vinte e sete) sentenças homologatórias de acordo, o que evidencia a procura pelos métodos consensuais de resolução de conflitos e, por conseguinte, o incentivo ao diálogo e à autonomia para a pacificação social.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania atendem a população realizando audiências de mediação e conciliação nas mais diversas áreas de atuação, como por exemplo na área de família, contratos, bancária, telefonia, entre outras.

No Estado do Paraná, o Tribunal de Justiça conta atualmente com 175 (cento e setenta e cinco) Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania distribuídos em todo o território.

Em 2020, a 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná anunciou a criação de Cejuscs temáticos, especializados.

Foi criado o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania Bancário⁷³, atualmente denominado Cejusc Endividados, para tratar especificamente

⁷¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **O Diálogo é Indispensável**. In: **Revista Justiça e Cidadania**. Edição 258. Ano 22. Fev. 2022. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/edicao/258/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

⁷² Relatório Justiça em Números. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁷³ Sobre o assunto ver: https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnQe/content/2-vice-presidencia-lanca-cejusc-bancario-por-meu-de-uma-live-no-instagram/14797?inheritRedirect=false.

de questões financeiras, visando ao aprimoramento dos serviços e a educação financeira de todos os cidadãos.

Na XIV Semana Nacional da Conciliação, o Cejusc Fazendário de Londrina realizou mutirão, abrangendo o pagamento de IPTU, por meio do qual foram realizadas 542 (quinhentas e quarenta e duas) sessões de conciliação, com 223 (duzentos e vinte e três) acordos e R\$ 2.531.174,90⁷⁴ (dois milhões, quinhentos e trinta e um mil, cento e setenta e quatro reais e noventa centavos) arrecadados ao Município de Londrina, ou seja, em uma semana foram arrecadados mais de dois milhões e quinhentos mil reais aos cofres públicos, os quais poderão ser utilizados e revertidos para o cidadão nas políticas públicas do ente municipal⁷⁵.

De forma pioneira, o Tribunal de Justiça do Paraná criou o primeiro Centro de Solução de Conflitos e Cidadania de Recuperação Empresarial⁷⁶ do Brasil, implantado em 2020 na Comarca de Francisco Beltrão, para auxiliar grandes, médios e pequenos empresários a evitarem a falência, com a possibilidade de renegociarem seus débitos por meio de audiências autocompositivas.

O lançamento do Cejusc da Moradia Legal⁷⁷ foi realizado no fórum do município de Pontal do Paraná. A iniciativa pretende a regularização fundiária de habitações juridicamente vulneráveis. A primeira grande conquista do programa Moradia Legal foi a regularização do Balneário Marisol, localizado no município de Pontal do Paraná. A localidade foi ocupada de forma pacífica e consensual, entretanto, havia a necessidade de regularização da situação fundiária. Mais de 300 famílias tiveram a regularização das habitações na inauguração do projeto, trazendo um sentimento de justiça aos moradores da comunidade local.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos também se estendem para o setor do agronegócio.

Em janeiro de 2021 o Poder Judiciário paranaense anunciou o lançamento do Centro de Conciliação voltado ao Agronegócio, o CEJUSC Agro, na cidade de Palmas, no intuito de possibilitar ao agricultor maior eficiência e celeridade no tratamento de seus conflitos, reduzir a burocracia na renegociação de dívidas

⁷⁴ Informações repassadas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Londrina

⁷⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo de; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL; Adriane. Planejamento Estratégico Sustentável do Poder Judiciário Paranaense, 2020, p. 159.

⁷⁶ Sobre o assunto ver: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/-cejusc-recuperacao-empresarial-e-implantado-na-comarca-de-francisco-beltrao/18319 e https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/projeto-do-tjpr-e-citado-em-recomendacao-do-cnj/18319

⁷⁷ Sobre o assunto ver: https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnLQe/content/tjpr-lanca-cejusc-da-moradia-legal-em-pontal-do-parana/14797?inheritRedirect=false.

dos produtores junto às instituições financeiras e garantir que o agronegócio tenha maior acesso à Justiça e aos meios conciliatórios⁷⁸.

Por meio da Escola Judicial do Paraná (EJUD-PR) foi realizado, em dezembro de 2021, o I Congresso Brasileiro de Direito e Agronegócio⁷⁹, com a participação de diversos especialistas do setor.

No Tribunal de Justiça da Bahia, foi inaugurado um Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos na Comarca de Formosa do Rio Preto⁸⁰. O município é o maior em extensão territorial do estado da Bahia e é o 8º município com maior produção agrícola do Brasil e o 2º no ranking dos maiores PIBs agrícolas da Bahia, segundo o IBGE.

O Poder Judiciário Estadual do Mato Grosso lançou o Projeto Mediação no Agronegócio⁸¹, ação firmada com diversos parceiros, entre eles a Federação dos Bancos (Febraban). A iniciativa teve o intuito de viabilizar pautas concentradas em diversos polos do estado do Mato Grosso para a realização de mediação entre agricultores e bancos, para fomentar a cultura do diálogo e solucionar processos por meio da autocomposição.

Assim, a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos incentiva a autonomia e o diálogo, previne a excessiva judicialização e, na seara do agronegócio, proporciona ao empresário e ao agricultor maior celeridade e novas possibilidades na resolução dos litígios para o desenvolvimento econômico e social do país.

CONCLUSÃO

A constitucionalização do Direito Agrário impõe a necessidade de atendimento aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da solução pacífica dos conflitos e do desenvolvimento sustentável no ambiente do agronegócio.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos ganharam destaque no cenário jurídico e surgem como uma nova oportunidade de aproximação das pessoas, de fomento ao diálogo, de incentivo à autonomia e de desenvolvimento do ser humano para que consiga resolver as suas próprias contendas.

⁷⁸ Sobre o assunto ver: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-inaugura-cejusc-agro-em-palmas/18319 e <https://www.cnj.jus.br/tribunal-paranaense-inaugura-centro-de-conciliacao-voltado-ao-agronegocio/>.

⁷⁹ Sobre o tema: https://www.youtube.com/watch?v=_1AjX0OUGsg. Acesso em: 04 fev. 2022.

⁸⁰ Sobre o assunto ver: <http://www5.tjba.jus.br/portal/pjba-inaugura-uma-unidade-do-cejusc-na-comarca-de-formosa-do-rio-preto/>

⁸¹ Sobre o assunto ver: <https://www.cnj.jus.br/parceria-leva-conhecimento-sobre-conciliacao-no-agronegocio/>.

O Poder Judiciário criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, unidades responsáveis pela gestão e realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania atendem a população realizando audiências de mediação e conciliação nas mais diversas áreas de atuação, incluindo o setor do agronegócio. Em 2021 o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná inaugurou o CEJUSC Agro, como forma de trazer maior eficiência e efetividade aos conflitos que surgem no ambiente do agronegócio.

Por conclusão, tem-se que o investimento dos Tribunais brasileiros nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania fomentam à prática do diálogo e da autocomposição e a resolução de conflitos advindos do agronegócio, para a efetivação dos preceitos constitucionais e para o desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/> Acesso em: 01 fev. 2022.

BRASIL. **Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Governo Federal**. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/agropecuaria-brasileira-em-numeros/abn-12-2021.pdf/view>. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Nações Unidas**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/pjba-inaugura-uma-unidade-do-cejusc-na-comarca-de-formosa-do-rio-preto/>. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/> Acesso em: 08 fev. 2022.

BURANELLO, Renato, et al. **Financiamento do agronegócio [livro eletrônico]: comentários à Lei n. 13.986/2020**/ coordenação Renato Buranello. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DIAS, Tereza Cristina Correa da Costa. **Agropecuária sustentável é parte da solução para mudança do clima e segurança alimentar**. Disponível em: <https://www.canalrural>.

com.br/noticias/tereza-cristina-agropecuaria-sustentavel-e-parte-da-solucao-para-mudanca-do-clima-e-seguranca-alimentar/. Acesso em: 01 fev. 2022.

FACCHINI, JULIA. **Por uma construção relacional da paz:** a intersubjetividade na transformação de conflitos de John Paul Lederach. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Economia e Relações Internacionais da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28878/1/ConstrucaoRelacionalPaz.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2022.

KFOURI NETO, Miguel; SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane. **O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem.** Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Superior Tribunal de Justiça, 2020.

MAZIERO, Julia Isabelle Toneto Romano; SOUZA NETTO; José Laurindo de. **Meios Adequados de Resolução de Conflitos:** uma leitura pela comunicação não violenta, teoria da ação comunicativa e teoria dos afetos. *In:* Mediação e Conciliação: Métodos Adequados de Solução de Conflitos. Garcel, Adriane. Mossoi, Alana Caroline. Fogaça, Anderson Ricardo. Menotti, Anna Fernanda Scalla. Dias, Bruno Smolarek. Ferreira, Luis Antonio...[Et al.]; - Curitiba: Clássica Editora, 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional brasileiro: curso completo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. **Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRS).** *In:* ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva, (coord.). **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes.** Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos.** Prefácio de Fábio Konder Comparato. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Curso de direito agrário [livro eletrônico].** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 39. ed. rev. e atual./ até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **O Diálogo é Indispensável.** *In:* **Revista Justiça e Cidadania.** Edição 258. Ano 22. Fev. 2022. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/edicao/258/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane. **Planejamento Estratégico Sustentável do Poder Judiciário Paranaense.**

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/152>. Acesso em: 22 fev. 2022.

TRECCANI, Girolamo Domenico; BENATTI, José Heder; HABER, Lilian Mendes; CHAVES, Rogério Arthur Friza; ROCHA, Ibraim. **Manual de Direito Agrário Constitucional**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1196>. Acesso em: 01 fev. 2022.

WEDY, Gabriel. **O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/ambiente-juridico-direito-fundamental-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 02 fev. 2022.

O PROCESSO CONTEMPORÂNEO E O OFICIAL DE JUSTIÇA FRENTE À AUTOCOMPOSIÇÃO E À COMUNICAÇÃO DIGITAL

Adriano Vottri Bellé ⁸²

INTRODUÇÃO

O ramo do Direito Processual permite inúmeras abordagens por conta de sua instrumentalidade, abrangência e pertinência à concretização de direitos materiais previstos no ordenamento jurídico. No entanto, há poucos materiais na literatura acerca do desempenho das funções do oficial de justiça, suas particularidades, seus desafios e sua fundamental importância para a efetivação dos direitos assegurados pelas decisões judiciais proferidas nos tribunais brasileiros.

Logo, o artigo que segue tem por principal objetivo analisar a atividade do oficial de justiça no Brasil à luz das mudanças observadas nos últimos quinze anos, sobretudo com o advento da informatização do processo. Assim é que no primeiro título são analisadas as principais contribuições deste servidor à prestação jurisdicional, além de aspectos conceituais; no segundo, são abordados temas inerentes ao processo eletrônico e às mudanças que o acompanham; e, por fim, no derradeiro capítulo propõe-se uma indagação acerca da possível reformulação do trabalho do oficial de justiça brasileiro à luz das novas formas de comunicação digital e do papel no processo de solução pacífica dos conflitos.

As hipóteses da pesquisa partem da concepção de que o trabalho desempenhado fora da sede do juízo é *sui generis* e, por conta disso, demanda uma análise diferente também no que se refere aos efeitos do processo eletrônico na atividade. Logo, busca-se investigar se há uma ruptura na concepção clássica das funções do oficial de justiça; se, por outro lado, há uma relação de continuidade, sem alterações significativas; ou, então, se há uma nova roupagem, com novos conteúdos e incumbências, mantendo-se os paradigmas tradicionais da atividade.

⁸² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Pós-Graduado Estrito Sensu em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER e em Direito Público pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, FEAD, Brasil. Mestre em Direito das Relações Internacionais e Integração da América Latina na *Universidad de La Empresa*, UDE – Montevideu, Uruguai. Pós-Graduando em Metodologias Ativas de Aprendizagem pela UNY-LEYA, Brasil. Serventário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e Professor do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Campus de Francisco Beltrão/PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5045435164371914>. E-mail: adrianobelle@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8699-8032>.

A metodologia consiste na pesquisa bibliográfica e na técnica de documentação indireta, buscando-se conceitos e referências em processualistas referendados no contexto nacional, além da consulta a autores que buscaram estudar o específico tema do oficial de justiça. Também são abordados alguns dados estatísticos com objetivo de enriquecer a discussão sobre os novos rumos do Poder Judiciário brasileiro.

Deste modo, nas linhas que seguem pretende-se lançar um novo enfoque para esta faceta da prestação jurisdicional e para os desafios de se conciliar a efetividade dela esperada com as inovações sociais e tecnológicas que impulsionam a sociedade e a administração judiciária da contemporaneidade. Neste contexto, busca-se, também, definir características do perfil profissional do servidor incumbido destas funções e analisar a relevância da comunicação eficiente com os demais sujeitos da relação processual.

1A IMPORTÂNCIA DO OFICIAL DE JUSTIÇA PARA RELAÇÃO PROCESSUAL

A primeira abordagem necessária para a fixação dos pressupostos da investigação ora proposta neste artigo é analisar a atuação do oficial de justiça sob a perspectiva do direito processual – notadamente os códigos de processo ora vigentes –, de modo que o recorte temático não contemple por ora as normas procedimentais, assim entendidas aquelas provenientes de regimentos internos de tribunais país a fora.

Esta advertência mostra-se importante porque não se pretende analisar peculiaridades que eventualmente possam existir em um país de proporções continentais e de potenciais realidades locais distintas como é o caso do Brasil. Com este distanciamento, imagina-se ser possível traçar um perfil e um panorama amplo o suficiente para embasar as considerações posteriores.

Outro adjetivo é a contemporaneidade. É dizer: não se ignoram os aspectos históricos que influenciaram na construção dos preceitos que fundamentam e dão forma ao que hoje se compreende nas funções dos oficiais de justiça; ocorre, porém, que a proposta neste momento é observar as configurações atuais da atividade e as demandas sociais e tecnológicas que influenciam no desempenho das atribuições da função.

Como registra Prado (2018), é possível encontrar referências bíblicas ao oficial de justiça, bem como origens no direito hebraico e romano, os quais, inclusive, inspiraram funções semelhantes durante a Idade Média. Ainda conforme o autor, no Brasil Império havia a designação de ‘meirinho’, cuja nomenclatura foi alterada posteriormente, sendo que o Código de Processo Civil de 1973

foi o primeiro diploma legal a destinar um artigo específico para as funções (PRADO, 2018).

Com estas premissas, convém observar desde logo que o oficial de justiça atualmente é peça-chave para o bom andamento do processo ao desempenhar funções de auxiliar da justiça, sobretudo fora das dependências físicas do Poder Judiciário. Tanto é que não parece ser exagero afirmar que, sobretudo nas medidas coercitivas, este servidor é o verdadeiro elo entre a decisão proferida pelo magistrado e sua concretização empírica (MACIEL, 2019).

Também por isso – mas não apenas – é importante desenvolver considerações acerca da função processual desempenhada por esta classe profissional, já que a própria efetividade do processo pode depender do fiel e adequado cumprimento das ordens proferidas. Por isso, a função exercida pelo oficial de justiça é de interesse público, pois notadamente contempla as aspirações das próprias partes litigantes.

Incumbido do cumprimento de ordem judiciais, especialmente fora da sede do juízo (PINHO, 2015, p. 1 – 15), tem-se que o oficial de justiça representa verdadeira garantia do Estado Democrático de Direito porque, caso haja resistência de alguns dos litigantes em cumprir o que foi determinado, caberá a este servidor a responsabilidade de mobilizar a força pública e garantir fidelidade àquilo que se entendeu por justo no processo.

Em linhas gerais, pode-se classificar as incumbências dos referidos serventuários em dois segmentos: “atos de intercâmbio processual (citações, intimações etc.); atos de execução ou coação (penhora, arresto, condução, remoção etc.)” (PINHO, 2015, p. 1 – 15). Em qualquer caso, vale registrar o constante risco a que está exposto o servidor quando do exercício do oficialato de justiça, havendo inúmeros exemplos de ofensas à integridade física e moral país afora (LANDAZURI, 2020; ARPINI, 2014). A propósito, há registro de

[...] 145 casos de violência entre 2000 e o ano passado [2017]. Em todo o Brasil, há 75 mil oficiais de Justiça. Eles trabalham sozinhos, vão a lugares a que nem a polícia chega, usam o próprio carro e raramente contam com algum tipo de equipamento de proteção individual, como coletes à prova de balas. A vulnerabilidade no exercício da profissão se degringolou a tal ponto que entidades da classe de todo o país têm organizado seminários e debates sobre o tema (AUGUSTO, 2018).

Assim, em termos de exposição a riscos decorrentes da atividade não parece haver mudança significativa, já que faz parte do cotidiano do oficial de justiça a efetivação de medidas que tendem a desagradar seus destinatários.

Como ressaltado por Augusto (2018), o fato de o oficialato de justiça ser exercido normalmente de forma individual e sem o auxílio de força policial torna a exposição sobremaneira perigosa.

Já no que concerne à legislação, uma apreciação comparativa entre os códigos de processo civil vigente e revogado permite observar sensíveis alterações nas funções deste auxiliar da justiça. Embora mantenham-se intactas as principais atribuições, é possível observar indicadores que exigem do servidor responsável maior proatividade e elevado grau de segurança na escolha da postura a adotar, mantendo-se aspectos elementares como a pessoalidade e a fé pública.

A diminuição do número de diligências necessárias à concretização da citação por hora certa – de três para duas no Novo Código de Processo Civil –, a possibilidade de o oficial de justiça certificar proposta de autocomposição formulada pela parte e mesmo a intermediação entre a parte e o magistrado nos casos de incapacidade mental de receber a intimação, inclusive dispensando-se a designação de perícia médica, são desígnios de uma nova compreensão do ofício.

Estes são apenas alguns dos exemplos de casos em que o oficial de justiça deixa de ser mero intermediador do Poder Judiciário para, obedecendo à decisão judicial e dentro dos limites legais e regulamentares, representar importante ator no contexto da efetivação das garantias e dos princípios processuais.

Outra abordagem plausível é a concepção do cumprimento das ordens judiciais sob o viés dos princípios processuais. Pode-se citar, por exemplo, correlação direta da atuação do oficial de justiça com o devido processo legal, o contraditório, a dignidade da pessoa humana, a eficiência, a boa-fé processual, a duração razoável do processo, a efetividade e com o princípio da cooperação. A propósito, convém observar que “Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação” (DIDIER JUNIOR, 2015).

Pode-se, então, relacionar este princípio da cooperação com a postura do oficial de justiça, como bem aponta Prado (2018), “[...] pois sendo ele uma das ‘engrenagens’ do serviço judicial deve ser colaborativo para o bom andamento do sistema como um todo”. Ademais, o princípio da cooperação parece contemplar todos os demais vetores acima citados e convergir para uma verdadeira regra de ouro da atividade jurisdicional.

A fim de reiterar a importância do oficial de justiça e da correção dos seus atos propõe-se, também, uma interpretação em sentido contrário, ou seja, eventual vício formal ou material na realização do ato processual pode ocasionar a invalidade, inclusive dos próprios autos (DIDIER JUNIOR, 2015). Independente da responsabilidade funcional, o prejuízo que, por exemplo, uma

decretação de nulidade da citação pode causar é imensurável, comprometendo a eficiência e a própria razoável duração do processo.

Logo, a atuação competente no cumprimento das ordens – sejam de comunicação ou de coerção – traz consigo a própria personificação da ordem judicial e a efetivação de direitos, devendo o servidor pautar-se notadamente pelas normas de interesse público e atender, em última análise, aos interesses da jurisdição, como bem rememora Prado (2018) Suas escolhas no momento da realização do ato processual podem repercutir no bem e fiel cumprimento do provimento jurisdicional, o que reforça a responsabilidade de suas atribuições.

2 O DIREITO PROCESSUAL – E SEUS SUJEITOS – EM EVOLUÇÃO

A Jurisdição é uma função estatal destinada à resolução de conflitos, reservada ao Estado e que tem por objetivo a manutenção da paz social (DONIZETTI, 2009). Essa visão clássica observa no ramo processual o *meio* para concretização de um direito ameaçado, sendo que os atos praticados durante a relação processual não teriam uma finalidade em si, sendo dependentes da causa principal.

Já em uma análise mais contemporânea, “o processo pode ser compreendido como *método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica*” (DIDIER JUNIOR, 2015). Ainda segundo o autor, o processo consistiria no método de produção de normas jurídicas, seria sinônimo de procedimento por conta da complexidade de atos e representaria própria relação jurídica discutida em seu âmago.

Nota-se, então, uma mudança de concepção que atualmente conta com expoentes na doutrina capazes de observar o processo como dotado de uma finalidade específica. Por certo que o direito processual segue detendo o predicado da instrumentalidade – serve à resolução da questão posta em juízo –, mas não se pode negar a tendência interpretativa que conduz à observação de que a realização plena das normas processuais e observância dos respectivos princípios contribui significativamente para a pacificação social.

Ademais, é o Direito uma ciência em constante evolução e o processo não poderia ficar alheio a isso. A pluralidade da sociedade contemporânea e, sobretudo, a explosão das tecnologias no contexto da comunicação e da interação social trazem consigo um novo modelo de sociedade, exponencialmente participativo e opinativo, gerando também repercussão na forma como o processo é observado.

Em termos práticos também se observam estas mudanças sensíveis. O processo eletrônico já é uma realidade em praticamente todos os tribunais de

todas as instâncias no Brasil. Dados do Conselho Nacional de Justiça indicam que em junho de 2020 havia cerca de cinquenta e cinco milhões de processos tramitando em meio eletrônico no país (CNJ, c2020).

A norma precursora da implantação deste novo modelo de concepção do processo no país foi a Emenda Constitucional nº 45/2004, que positivou o princípio da celeridade no ordenamento jurídico brasileiro (BARBOSA, 2013, p. 101 - 122). De seu turno, a Lei 11.419/2006 promoveu alteração na legislação processual civil vigente à época e trouxe a instrumentalização destas inovações. Desde então, surgiram inúmeros outros diplomas legislativos e os processos que tramitam em meio físico têm sido fadados à progressiva – e aparentemente irreversível – extinção.

À medida que estas novas realidades são incorporadas, abre-se espaço para outras evoluções e isso repercute, como não poderia deixar de ser, em todas as instâncias da atuação do Poder Judiciário, desde a atividade decisória do magistrado, a realização de atos processuais, o exercício da advocacia e também o cumprimento de decisões judiciais. A celeridade, a economicidade de recursos e a segurança jurídica que tal modalidade proporciona auxiliou na consolidação deste novo paradigma.

Com efeito, tantas evoluções trouxeram consigo a necessidade de readequação de procedimentos de todos os envolvidos nas relações processuais, das partes ao magistrado, dos procuradores e do Ministério Público aos serventuários. E não foi diferente com o oficial de justiça.

Assim é que o termo ‘evolução’, posto propositadamente no título deste item, volta-se tanto ao processo quanto aos seus sujeitos e evoca a concepção de “desenvolvimento progressivo de um estado a outro [...] movimento harmônico[...]” (RIOS, 2001). A progressividade afasta a ideia de ruptura completa das ordens então vigentes e a harmonia preceitua que todos devem se adaptar às mudanças em consonância, sob pena de descompasso.

Ainda neste ponto, entende-se que atualmente se está diante de uma conjuntura que contempla, ainda que em graus diferentes, todos os sujeitos envolvidos direta ou indiretamente na relação processual. Mais: as normas, as ações e os procedimentos adotados para informatização do processo e para a adequação a esta nova realidade das relações no âmbito adjetivo da relação jurídica demandam readaptação, reformulação de conceitos e conformação a estes preceitos, sobretudo de quem vivenciou ou moldou sua atuação profissional em modelos que hoje já não mais se encontram vigentes.

Por certo, então, que se a doutrina especializada fundamenta sua teoria nas novas realidades e nas novas características, o direito processual assume,

também sua realidade prática mostra-se muito diferente do que se vislumbrava duas décadas atrás. Outrossim, não se poderia falar em um ‘novo’ processo porque daria a ideia de ruptura, já refutada acima; adequado seria pensar mesmo em evolução contínua e, tanto quanto possível, moldada pela realidade social, esta sim povoada de constantes e velozes transformações.

3 A AUTOCOMPOSIÇÃO, A COMUNICAÇÃO DIGITAL E O OFICIAL DE JUSTIÇA

Tendo em mente os pressupostos fixados nas linhas anteriores acerca das características e importâncias da atuação do oficial de justiça para a prestação jurisdicional e da nova roupagem que esta atuação estatal apresenta em relação às últimas décadas, chega-se à indagação que remete ao tema central da pesquisa: haveria, então, uma reinvenção das atividades do oficial de justiça no direito processual brasileiro?

Como já tratado acima, entende-se no contexto deste trabalho que a resposta é, inicialmente, negativa, sobretudo porque as inovações processuais não trazem consigo a já mencionada ideia de reformulação do sistema judiciário. Ademais, o Novo Código de Processo Civil mantém uma base muito sólida referente às previsões sobre os deveres do oficial de justiça, de modo que em termos objetivos e positivados não há que se falar em reinvenção.

Por outro lado, verifica-se o já abordado aspecto da evolução – processual, social, tecnológica –, e quanto a isto os argumentos que apontam para novos horizontes no cumprimento das ordens judiciais trazem consigo as perspectivas que tendem a diferenciar o oficial de justiça contemporâneo daquele servidor que atuava há duas ou três décadas.

O primeiro fator digno de registro é a celeridade processual decorrente da informatização do processo. Como já trabalhado acima, as mudanças legislativas promovidas em meados da primeira década do Século XXI buscaram incorporar as latentes tecnologias ao âmbito forense e promover verdadeira reestruturação do Poder Judiciário pátrio (BARBOSA, 2013, p. 101 - 122).

Como registra Strenger (2014), a informatização do processo trouxe consigo a possibilidade de que citações e intimações possam ser feitas diretamente por meios eletrônicos e, portanto, sem a necessidade de intermediação do oficial de justiça. No entanto, questiona-se se essa nova modalidade de comunicação representa mitigação da pessoalidade nas comunicações processuais ou se é apenas mais uma etapa do processo de evolução da sistemática forense.

Antes de trabalhar sob esta perspectiva, vale consignar, também, que atos processuais tradicionalmente reservados aos oficiais de justiça – p. ex. penhora,

arresto e outras medidas executivas e cautelares – hoje são realizados diretamente pelo Juízo por meio eletrônico, sem a expedição do mandado respectivo.

Voltando à questão proposta, observa-se que as mudanças apresentadas nos últimos quinze anos ainda estão em curso e que, como rememora Barbosa (2013, p. 101 - 122), é necessário que todos os operadores envolvidos na relação processual assimilem estas transformações e se adaptem às novas perspectivas. Ademais, cumpre observar que com o advento do processo eletrônico houve aumento no número de demandas judiciais propostas, o que também fez aumentar o volume de trabalho no Poder Judiciário (STRENGER, 2014).

Da interpretação conjunta das observações acima registradas pode-se constatar que há uma nova roupagem no desempenho da função e oficial de justiça, sobretudo no que tange ao caráter residual de suas atividades. É dizer: o cumprimento de ordens judiciais chega ao servidor apenas quando outros meios – notadamente o digital – fracassaram ou não se mostram adequados, e o artigo 275 do Código de Processo Civil é a concretização desta conjuntura ao determinar que “a intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio”.

Porém, a pessoalidade ainda pode ser considerada a grande matriz do trabalho do oficial de justiça. Mesmo durante a Pandemia de COVID-19 – e o advento da necessidade de distanciamento social –, normas regulamentares expedidas no âmbito interno de tribunais e do Conselho Nacional de Justiça – Resolução nº 354/2020 – permitiram a comunicação com as partes por meios eletrônicos, porém com diversas exigências quanto à identificação, clareza da comunicação e ciência do interessado, a exemplo da norma do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Santos (2017), por exemplo, observa que a popularização da ferramenta “*WhatsApp*” causou grande impacto na telefonia móvel devido às facilidades apresentadas (instantaneidade, baixo custo, praticidade). Atualmente, há diversos aplicativos semelhantes, mas o “*WhatsApp*” ainda domina o mercado nacional, marcando presença em noventa e oito por cento dos smartphones do Brasil (FABRO, 2021).

Como ignorar, então, a amplitude e a efetividade deste novo meio de comunicação? Por que não o incorporar às rotinas das comunicações processuais? Naturalmente, mostra-se acertada a adoção de precauções, como aquelas previstas pelo Superior Tribunal de Justiça em recente julgado (Habeas Corpus nº 641.877/DF, Relator: Ribeiro Dantas, DJe: 15/03/202) – número de telefone, confirmação escrita e foto individual do intimando, mas parece inegável que a comunicação pela via digital tem efeitos muito semelhantes aos do contexto

pessoal, restando presente o fator pessoalidade, embora relativamente mitigada esta última.

De seu turno, a pessoalidade prevista no do Código de Processo Civil permanece como pressuposto de atuação – não pode o servidor delegar esta função a terceiros estranhos à subordinação administrativa que somente ele possui –, mas se adapta às contingências e circunstâncias sociais e – neste momento – sanitárias para permitir que o contato não se dê, necessariamente, na presença da parte interessada. Embora sejam normas excepcionais, estes regulamentos mostram que também o trabalho fora das unidades jurisdicionais pode se adaptar ao novo contexto social e tecnológico.

Mantida a pessoalidade e à luz das novas perspectivas, tem-se que as partes e seus procuradores igualmente podem exercer papel fundamental para otimização desta nova realidade para a atuação do oficial de justiça, sobretudo sob o ângulo do princípio da cooperação processual. Agir com boa-fé, prestar informações corretas e dados completos, além de, claro, abster-se de obstar o cumprimento das ordens judiciais são elementos que tendem a repercutir na celeridade dos atos em geral e, em última análise, na própria efetividade da prestação jurisdicional.

Já a possibilidade de a proposta de autocomposição ser formulada diretamente ao oficial de justiça possivelmente tenha sido a mais relevante alteração trazida pela nova lei. **“Percebe-se que esse simples acréscimo às atribuições do oficial de justiça trouxe uma dimensão capaz de mudar toda sua atividade, capaz de lhe exigir um caráter mais operativo e dinâmico, estabelecendo-se um novo perfil para esse servidor”** (PRADO, 2018).

Se as alterações anteriores eram de caráter instrumental – *forma* de trabalho –, a possibilidade de intermediar uma proposta de conciliação diz respeito ao conteúdo da atividade do oficial de justiça. Por ser novidade, rememora-se as lições de Barbosa (BARBOSA, 2013, p. 101 - 122) para ressaltar que é necessário um certo tempo até que tal ferramenta se dissemine como alternativa para a resolução de conflitos, mas já se pode constatar que este é um significativo indicador da tendência futura relativa ao perfil profissional deste servidor.

Vale destacar que se trata de uma obrigatoriedade por parte do servidor o ato de certificar a proposta de acordo formulada pela parte. Carvalho (2018) ao analisar os princípios atinentes à autocomposição e seus aspectos processuais e procedimentais inclui a função de oficial de justiça neste contexto, dada a previsão legal já referida linhas acima.

Como já observado, constata-se que a consolidação de procedimentos e a atuação efetiva e em escala na informação de propostas de acordo dependem

notadamente da capacitação dos profissionais e do conhecimento, por parte dos jurisdicionados, da existência e da disponibilidade deste mecanismo alternativo. Estes fatores, associados à tendência atual pela busca da solução pacífica de controvérsias propendem a conferir certo protagonismo a esta atuação do oficial de justiça.

O que parece ocorrer, diante do exposto, atualmente é a reformulação de conteúdos estruturantes da atividade do oficial de justiça sem, contudo, promover alterações drásticas na sua concepção original. Note-se, pois, que não lhe foram ceifadas quaisquer atribuições; ao contrário: outras lhe foram confiadas.

Ademais, se as inovações tecnológicas introduzidas ao processo são desafiadoras para todos os sujeitos, para o oficial de justiça parecem apresentar um grau de dificuldade potencialmente maior. É que a agilidade na tramitação – que proporciona celeridade – traz consigo a implícita exigência de que também o cumprimento de mandados seja célere. Todavia, há circunstâncias das atividades externas que permanecem inalteradas, do que decorre novamente a necessidade de sensibilidade a ajustamento aos contextos incertos do cotidiano do oficialato de justiça.

Dada a importância da atuação deste servidor, inclusive para a pacificação social e para o atendimento dos fins últimos do Estado Democrático de Direito, parece ser o momento conveniente para se lançar um olhar mais atento para as funções e mesmo para as condições ofertadas a estes servidores. Por certo que a compreensão do papel exercido e de seu caráter instrumental é o primeiro passo para otimizar o exercício das atribuições.

Portanto, o perfil dos servidores encarregados do cumprimento dos mandados judiciais deve conciliar uma comunicação eficiente – com partes, procuradores, testemunhas, magistrados, servidores –, agilidade e eficiência nos procedimentos adotados, atualização às mudanças tecnológicas, além da ética inerente ao desempenho de qualquer função pública e do conhecimento jurídico para bem e fiel cumprir o que lhe é determinado.

Vê-se, então, que o oficial de justiça do Século XXI distancia-se do antigo ‘meirinho’ (RIOS, 2001) como mero portador e intermediário de comunicações processuais para atualmente compor as estruturas do Poder Judiciário também como agente público incumbido de garantir, nos limites do que lhe é dado e em conformidade com a lei, a estriga observância da decisão judicial e, em última análise, da própria dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima acerca do oficialato de justiça, convém desde logo trabalhar com as hipóteses apresentadas nas linhas introdutórias, a se refutar os extremos. É dizer: tanto a afirmação de que há uma relação linear de continuidade mesmo diante das reformas legislativas quanto aquela que indica uma ruptura com as práticas tradicionais a partir da década de 1970, quando a atividade ganhou a definição hoje conhecida não condizem com a realidade atual.

Isto porque se pôde notar que ocorre uma adequação legislativa e – muito mais – empírica às mudanças ocorridas no contexto social, tecnológico e processual brasileiro, especialmente verificados nas duas últimas décadas. Por isso, não seria exagero afirmar que os novos contornos mantêm parte da estrutura tradicional – por isso resta descabida a ideia de ruptura –, ao passo que confere novas funções e traz consigo exigências implícitas de adaptação dos profissionais às novas demandas sociais.

Viu-se, também, que o oficial de justiça tem papel sobremaneira importante para a prestação jurisdicional porque incumbido precipuamente de realizar as determinações contidas nas ordens judiciais. Se a justiça se concretiza pela subsunção do fato à norma por meio da nobre magistratura, sua concepção empírica ganha especial importância porque representa a resposta do Estado-Juiz aos anseios do jurisdicionado.

Ademais, a atividade do oficial de justiça também deve ser analisada a partir das novas concepções trazidas pela informatização do processo, desde seus primeiros precedentes constitucionais e legislativos de 2004 e 2006, respectivamente. A celeridade da tramitação e a alteração de procedimentos que tipicamente competiam ao oficialato de justiça altera sobremaneira a concepção da atividade e demanda também uma adaptação dos respectivos servidores, especialmente no que toca à autocomposição.

Considerando que a comunicação representa o principal meio de trabalho do oficial de justiça e tendo em conta que é justamente nesta área que os principais avanços tecnológicos têm se verificado, possivelmente o maior desafio deste profissional é manter-se atualizado às demandas sociais e atento às inovadoras maneiras de chegar até os interessados. Mesmo a personalidade no cumprimento das ordens tende a adquirir nova configuração para permitir o uso de meios de comunicação hodiernos, ainda que se mostre indispensável o oficial de justiça como verdadeiro mediador e garantidor da conformidade de procedimentos.

Tudo isto para observar, ao menos por ora, que uma comunicação eficiente entre os sujeitos do processo – incluindo o oficial de justiça – tem muito a contribuir para a efetividade da prestação jurisdicional, para a celeridade processual e

para o advento de tantos outros princípios instrumentais. Aliado a condições de trabalho condignas e à observância de aspectos elementares – como a boa-fé, a ética e o conhecimento do ordenamento –, a adequação dos pressupostos acima abordados tende a valorizar o oficial de justiça no processo brasileiro e também tornar a jurisdição mais próxima daquilo que dela se espera.

REFERÊNCIAS

ARPINI, Naiara. Um mês após morte de oficial de justiça, colegas pedem segurança. **G1**, Espírito Santo, 11 dez. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2014/12/um-mes-apos-morte-de-oficial-de-justica-colegas-pedem-seguranca.html>. Acesso em: 2 set. 2020.

AUGUSTO, Otávio. Número de crimes contra oficiais de justiça cresce desde os anos 2000. **Correio Brasiliense**, 3 jun. 2018. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/06/03/interna-brasil,685736/crimes-contra-oficiais-de-justica.shtml>. Acesso em: 2 set. 2020.

BARBOSA, Adrina Josélen Rocha Moraes. O processo judicial eletrônico como instrumento de concretização do direito fundamental à celeridade da prestação da tutela jurisdicional. **Revista Esmat**, Palmas, Ano 5, n. 6, p. 101 – 122, jul./dez 2013. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/59/65. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 641.877/DF**. Relator: Ribeiro Dantas. DJe: 15/03/2021. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=HC641877. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Decreto Judiciário nº 400/2020**. Estabelece regras para a realização de audiências em primeiro e segundo grau de jurisdição durante o período em que perdurar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 06/2020 do Congresso Nacional. Disponível em:

<https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/39145058/DECRETO+400-2020+-+AUDI%C3%80NCIAS-assinado.pdf/2104d0f7-b18a-14f8-fe76-5fc0e6f6c4ab>. Acesso em: 1 set. 2020.

CARVALHO, Roger Pires. Princípio da autocomposição no novo código de processo civil. **Iuris in mente**, 2018, p. 82 - 103. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/iuris/article/download/3612/2790>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pje Indicadores**, c2020. Disponível em: <https://painanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e7aa7858=2411-4677-8-69e5905-6cfde00e&sheet=95c8b2bf-c7d4-4054-aca9-0c89d77eb329&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 354**, de 19 de novembro de 2020. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. Acesso em: 25 mar. 2021.

DIDIER JUNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Padivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Processo Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FABRO, Clara. Telegram cresce e está em 45% dos celulares de brasileiros, diz pesquisa. **TechTudo**, mar. 2021. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/03/telegram-cresce-e-esta-em-45percent-dos-celulares-de-brasileiros-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 25 mar. 2021.

LANDAZURI, Daniel. 'Não é de hoje', diz oficial de Justiça agredido ao cumprir mandado. **Em Tempo**, 18 jul. 2020. Disponível em: <https://d.emtempo.com.br/amazonas/212582/nao-e-de-hoje-diz-oficial-de-justica-agredido-ao-cumprir-mandado>. Acesso em: 2 set. 2020.

MACIEL, Francly Helio de Souza. **Função Social do Oficial de Justiça**: uma análise a partir de papéis e sentimentos. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

PINHO, Guilherme Rosa. Os auxiliares da justiça no novo CPC: do escrivão, do chefe de secretaria e do oficial de justiça. **Edição Especial Revista Pensar Direito**, v.7., n. 1., Jul./2015. p. 1 - 15. Disponível em: <http://revistapensar.com.br/direito/artigo/no=a234.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

PRADO, Ricardo Tadeu Estanislau. **A autocomposição pelo oficial de justiça**: um estudo de caso da aplicabilidade do art. 154, VI, CPC, no poder judiciário catarinense. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina - Centro

de Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/205204>. Acesso em: 27 ago. 2020.

RIOS, Dermival Ribeiro. **Dicionário Global da Língua Portuguesa ilustrado**. São Paulo, DCL, 2001.

SANTOS, Fernando Andrade Castilho dos. **O uso do whatsapp em práticas comunicativas de jornalistas na produção de conteúdo editorial**. Dissertação Mestrado em Ciências da Linguagem. Universidade Católica de Pernambuco. Recife-PE, 2017. Disponível em: http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/976/2/fernando_castilho_andrade_santos.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

STRENGER, Guilherme. **A efetividade processual e sua celeridade sob o enfoque dos atos processuais no processo eletrônico**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://leto.pucsp.br/bitstream/handle/6648/1/Guilherme%20Strenger.pdf>. Acesso em: 1 set. 2020.

A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E O SISTEMA BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Agenor de Lima Bento ⁸³

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um método heterocompositivo de composição de conflitos, realizado por terceiro imparcial, regulamentada em solo brasileiro pela Lei 9307/96, conhecida como Lei da Arbitragem. A lei, apesar de antiga no Brasil (1996), não é muito utilizada pela sociedade brasileira.

No Brasil, a tutela jurisdicional é realizada pelo Poder Judiciário, que está dividido em níveis federal e estaduais. As execuções fiscais são os tipos processuais que mais ocupam o sistema judiciário brasileiro, de forma que abarrotam o Poder Judiciário, dificultando a célere resolução de outros conflitos sociais.

O presente ensaio visa trabalhar o instituto da arbitragem na execução fiscal no Brasil e as formas de resolução de conflitos existentes, com a possibilidade ou não de adoção de outras medidas.

Esta pesquisa, quanto ao nível, é classificada como de natureza exploratória. De acordo com Leonel e Marcomim (2015) entende-se como estudo exploratório aquele que tem o intuito de aproximar o pesquisador de um problema do qual se tenha pouca familiaridade ou seja pouco conhecido.

No que se refere à abordagem, trata-se de natureza qualitativa, afinal, conforme Minayo (2007), classificam-se como qualitativas as pesquisas que têm a finalidade de analisar o significado e se aprofundam nos aspectos da realidade não visíveis e que precisam ser expostas pelo próprio pesquisador.

Para os liberais iluministas, as diferenças ocorriam quando não havia razão, de forma que, pelos pensamentos liberais, os homens, antes mesmo da criação dos códigos de conduta, possuíam regras internas nas comunidades, necessárias para o cumprimento e seguimento de todos.

A vida social, para sua correta e cordial existência, necessita de certa regulação, pois sem ela, os atores sociais seguem, cada qual o seu próprio desejo e caminho. A vida social, tal como lançada entre nós, é uma constante resolução

⁸³ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor universitário na UNISUL. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3203315724168162>. E-mail: agenordelima@msn.com.

de conflitos, de forma que devemos utilizar as técnicas necessárias no cotidiano para a sua solução pacífica e tranquila.

Para aprofundarmos o tema, devemos conceituar o que é conflito e as formas de resolvê-lo. Contudo, quem tenta conceituar conflito, acaba encontrando óbice natural no seu próprio significado.

Ao utilizar o conceito popular, podemos classificar conflito como uma falta de entendimento entre duas ou mais pessoas. Luciana Aboim Machado Gonçalves Silva (2013), disserta:

Não existe um, nem apenas um fenômeno que comporte, com propriedade, ser denominado conflito. [...] Assim os dilemas intrapsíquicos; as diferenças no plano exclusivo das ideias ou doutrinas, as competições e disputas esportivas, econômicas ou políticas, as manifestações violentas inferidas ao limite físico da autoridade ou da autocontinência; apenas para dar alguns exemplos mais próximos. [...] No campo do direito e das investigações judiciais em geral, é muito comum empregar o termo conflito com referência na projeção judiciária a que são submetidas às controvérsias. Para esses casos o tratamento judiciário constitui a regra na maioria das sociedades do Ocidente.

Vale salientar, por oportuno, que o conceito de conflito pode ser diferente de acordo com a área em estudo. Ainda dos ensinamentos de Silva (2013), colhemos:

Entre os juristas que enfatizam a associação de conflito e jurisdição, há os que se inclinam por um olhar pré ou paraprocessual do problema intersubjetivo, e para esses torna-se central a ideia de “lide” ou pretensão resistida. Outros, por sua vez, reservam o emprego do termo conflito para designar mais especificamente a ação (processo, demanda, litígio, controvérsia ou disputa) judiciária. Por esses dois olhares, todavia, o importante na caracterização do conflito é apreendê-lo como um fenômeno susceptível a alguma intervenção da justiça estatal. [...] Não há por que sustentar que o termo conflito deva ser prisioneiro de qualquer dessas ou mesmo de outras apropriações. De igual modo, não há também motivo que valide a conceituação arbitrária do conflito exclusivamente por uma de suas diversas acepções ou campos de utilização. [...] Isso não autoriza, por outro lado, que em cada uma das regiões específicas do conhecimento a noção de conflito possa ser empregada de modo impreciso e mediante acepções não explicitamente delimitadas. A generalidade ou a heterogeneidade com que a noção de conflito é empregada, antes

que dispensar, muito ao contrário, impõe um redobrado esforço de rigorosa conceituação. Até para que, nas pesquisas e interlocuções interdisciplinares possa ficar claro com que exata acepção, a cada momento e em cada circunstância, o termo conflito é utilizado.

No mesmo sentido, falando sobre conflito, trazemos ao debate seu conceito sociológico que, nas lições de SIMMEL (1964), explica:

Conflito é admitido por causar ou modificar grupos de interesse, unificações, organizações. Por outro lado, pode parecer paradoxal na visão comum se alguém pergunta se independentemente de quaisquer fenômenos que resultam de condenar ou que a acompanham, o conflito é uma forma de sociação. À primeira vista, isso soa como uma pergunta retórica. Se todas as interações entre homens é uma sociação, o conflito, - afinal uma das interações mais vivas, que, além disso não pode ser exercida por um indivíduo sozinho, - deve certamente ser considerados como sociação.

Com a criação de Estados democráticos, os cidadãos devem passar a obedecer àquilo que o Poder Judiciário determina, com base nas leis aprovadas pelo Parlamento. Importante frisar que, na atualidade, as sociedades alcançaram um alto grau de complexidade e litígio. Na sociedade hodierna, o litígio passou a fazer parte do cotidiano das pessoas. Colhemos das lições de Luiz Fernando do Vale Almeida (2022):

Dessa forma, em virtude do medo, o homem teria entendido por bem abdicar de certas liberdades, criando um ente superior ao indivíduo em si e fazendo concessões a tal ente, para que este pudesse cuidar de criar limites, normas e punições para os abusos, a fim de se manter a paz social. Portanto, para Hobbes, o Estado teria nascido da necessidade do homem de criar regras para que o indivíduo, em seu estado de natureza, não atentasse contra si mesmo.

Ainda de Vale Almeida (2022):

Por outro lado, John Locke, contemporâneo e partidário de Hobbes, reformulou a visão do chamado estado de natureza, principalmente em sua obra *Dois tratados sobre o governo civil* (1690), de onde reservou a visão de que o indivíduo seria mais importante e preexistente à própria sociedade, sendo certo que este autor se opunha à figura belicosa do homem a que aludia o *Leviatã*. [...] Para Locke, mesmo na aparente harmonia, o estado de natureza não estava isento de certos conflitos e disputas que somente a criação de uma

sociedade política normatizada poderia resolver. Isso se deu com a celebração de um contrato social.

Sabemos que é “difícil definir o conflito (que se reveste de múltiplas formas em diferentes contextos), pode-se dizer que ele é um desacordo, uma contradição ou uma incompatibilidade entre posições apresentadas a partir da incompatibilidade entre objetivos, cognição e emoções” (Tartuce, 2020).

Dissertando sobre conflito, colhemos da doutrina de Messa (2021):

O tema dos conflitos na teoria social tem sido objeto de amplo debate doutrinário, com abordagem em diversas disciplinas, desde a Sociologia até a Ciência Política. O estudo dos conflitos que surgem nas relações humanas é questão controvertida, pois não há na doutrina critérios coordenados e seguros para identificar num denominador comum seus elementos característicos.

Continua Messa (2021), dizendo:

Apesar da existência de opiniões díspares sobre os elementos que integram os conflitos presentes em todas as relações humanas, há consenso nas contribuições doutrinárias de que a gênese do conflito reside na sociabilidade inerente à condição humana. Um conflito pode ser definido como a diferença entre dois objetivos que são buscados por parte de uma sociedade, ou seja, o conflito existe quando duas ou mais pessoas entram em desacordo porque as suas opiniões, desejos, valores e/ou necessidades são incompatíveis.

Messa (2021) ensina:

Neste quadro, verificamos que na sua feição positiva, o conflito é desenvolvido por teorias e modelos de administração dos conflitos para criar aptidão de lidar e resolver com as divergências em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis. Já a feição negativa é extraída do reconhecimento de que jamais será possível suprimir o conflito da vida em sociedade, e que é revelado pela combinação do seu potencial desagregador.

Vale dizer que, na época primitiva, os conflitos eram resolvidos por meio da autotutela ou autodefesa, quando se fazia justiça com as próprias mãos. A autotutela permite ao particular utilizar-se da coerção para alcançar o seu direito, havendo a prevalência do mais forte sobre o mais fraco, em que havia a solução do conflito pela utilização da força.

Não duvidamos, contudo, que no Brasil há a cultura da sentença, ou seja, a parte necessita ser condenada por um juiz, como se este fosse um genitor, alguém que pode dizer o sim e o não com relação à vida privada das pessoas.

Há de se lembrar, também, o mito de que ambas as partes desejam um processo célere e em tempo razoável. Não é demais lembrar que no processo, sempre uma das partes não tem o desejo da rápida solução do conflito. Esta parte pode ser o autor, que tem a seu favor uma decisão interlocutória que o beneficia ou o réu, que é devedor, sabe que deve, mas que enquanto o juiz não certificar o Direito do autor, aquele nada pode fazer para satisfazer seu Direito.

Por isso, necessário é que métodos alternativos de resolução de conflitos façam parte do dia-a-dia da vida em sociedade, de forma a utilizar não apenas o Poder Judiciário como resolutor de conflitos sociais, mas também a criação e utilização de mecanismos outros aptos a aproximar as partes em litígio, de modo que possam chegar a um consenso justo sobre a pendência que os aflige.

O Direito existe para evitar os conflitos sociais ou, caso existam, que estes possam ser resolvidos de forma mais justa possível, dentro daquilo que determina a lei e as condições básicas da humanidade.

A arbitragem não é nova no Brasil, com registros nas Ordenações Filipinas, e no Regulamento 737 de 1850 sendo, contudo, atualmente regulamentada pela Lei 9307/1996. No Regulamento 737/1850, a previsão dizia, no Título VII, Capítulo I, na sua versão original:

Art. 411. O Juízo arbitral ou é voluntario ou necessário:

§ 1.º E' voluntario, quando é instituído por compromisso das partes.

§ 2.º E' necessário, nos casos dos arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Código Commercial, e em todos os mais, em que esta fôrma de Juízo é pelo mesmo Código determinada.

Atualmente, a Lei da Arbitragem está dividida em sete capítulos, quais sejam: disposições gerais, da convenção de arbitragem e seus efeitos, dos árbitros, do procedimento arbitral, da sentença arbitral, do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e, por último, das disposições finais.

A “novel” legislação trouxe duas excelentes novidades: a primeira é a dispensa da necessidade de homologação da sentença arbitral pelo juiz de Direito, indicando uma excepcional independência ao juízo arbitral, que agora dispõe de executoriedade das suas decisões. A segunda é o caráter vinculante da cláusula compromissória de arbitragem, de forma que, se uma das partes não desejar submeter o litígio ao juízo arbitral, pode a outra exigir que se proceda da forma entabulada, deslocando a competência do juízo comum para o arbitral.

Inclusive, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe importante novidade, dizendo:

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:
X - convenção de arbitragem;

§ 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

Com o novo Código, pode o réu, em preliminar de contestação, arguir a convenção de arbitragem e, com isso, deslocar a competência do juízo estatal para o juízo arbitral. A legislação processual, inclusive, proíbe o magistrado de reconhecer a convenção de arbitragem de ofício (mantendo o que havia no vetusto Código de 1973). Vale lembrar, por oportuno, que a convenção de arbitragem é matéria que, se não for arguida em preliminar de contestação, preclui, não podendo ser arguida no futuro pelo réu.

1 AS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Atualmente, há em tramitação no Congresso Nacional, duas propostas das mais importantes que pretendem regulamentar e criar a arbitragem tributária no sistema legislativo brasileiro.

O objetivo deste capítulo é analisar cada uma das propostas, com críticas objetivas e sugestões que possam melhorar cada um dos textos legislativos indicados.

Importante consignar que é possível a alteração e criação da arbitragem tributária mediante sugestão legislativa ordinária, com a alteração das leis vigentes atualmente no País. Corrente há que discute a necessidade de alteração mediante lei complementar, tendo em vista, nessa visão, ser necessário alterar o Código Tributário Nacional, lei nacional recepcionada como lei complementar pela Constituição Federal de 1988. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADI 2405, sob a relatoria do ministro Alexandre de Moraes, entendeu que “[...] a Constituição Federal não reservou à lei complementar o tratamento das modalidades de extinção e suspensão dos créditos tributários, à exceção da prescrição e decadência, previstos no art. 146, III, ‘b’, da CF”.

Por isso, então, as propostas legislativas ordinárias, entendemos, são suficientes para a inclusão da arbitragem tributária no sistema legal brasileiro, sem a necessidade de alteração por lei complementar ou emendas constitucionais.

Que as execuções fiscais são o maior gargalo do Poder Judiciário, isso não é novidade para o operador do Direito. No relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2021 (último disponível na data da escrita deste artigo), as execuções fiscais eram responsáveis por 36% dos casos pendentes de julgamento, conforme abaixo transcrito do relatório:

Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 36% do total de casos pendentes e 68% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2020, apenas 13 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 6,1 pontos percentuais, passando de 73% para 66,9% em 2020.

Desta forma, urge a necessidade de se deslocar a competência de julgamento das execuções fiscais do Poder Judiciário para órgão imparcial e célere de julgamento, como no caso dos tribunais arbitrais, que utilizarão a sua celeridade para decidir, de forma justa, os litígios entre o Estado e o Cidadão.

Poder-se-ia argumentar que já há uma espécie de arbitragem na constituição do crédito tributário, pois na fase do lançamento, deve o poder público notificar o cidadão para, se desejar, apresentar defesa administrativa tributária, que suspenderá o crédito tributário. Contudo, o julgamento da defesa apresentada é realizada pelos próprios servidores fiscais, de forma que não traz, ao nosso sentir, imparcialidade no julgamento do feito, que deve ser analisado por um órgão isonômico.

Desta forma, é de se pensar na necessidade de se criar alternativas ao uso do Poder Judiciário como solucionador dos conflitos no Brasil, em especial àqueles vinculados ao sistema tributário.

Importante mencionar, ainda antes de entrarmos especificamente no tema da arbitragem, outras formas de solução de conflito, como a mediação e a conciliação.

O atual Código de Processo Civil, de forma inovadora, traz importantes menções às formas alternativas de resolução de conflitos, explicando e traduzindo o desejo do legislador pátrio na criação de sistemas outros de pacificação social que não o Poder Judiciário.

Diz a nova codificação processual civil brasileira:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Analisando o métodos de resolução de conflitos, podemos perceber que há a mediação que, nas palavras de Salles (2021):

[...] pode ser definida como um processo em que um terceiro imparcial e independente coordena reuniões separadas ou conjuntas com as pessoas envolvidas em conflitos, sejam elas físicas ou jurídicas, com o objetivo de promover uma reflexão sobre a inter-relação existente, a fim de alcançar uma solução, que atenda a todos os envolvidos. E como solução quase sempre resulta no cumprimento espontâneo das obrigações nela assumidas.

Mais recentemente, o legislador pátrio introduziu no sistema brasileiro a lei da Mediação (Lei 13.140/2015), objetivando regulamentar e disciplinar o tão importante sistema de solução de conflitos na sociedade nacional.

Por isso, mediação é “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (Brasil, 2015).

Quando se fala em conciliação, esta, diferente da mediação, pode ser compulsória, nos termos do que prevê o artigo 334 do Código de Processo Civil. Assim, a conciliação pode ser conceituada como a “atividade do conciliador, que atua na tentativa de obtenção da solução dos conflitos sugerindo a solução sem que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado.”

Feitas estas breves digressões acerca dos institutos, é necessário agora adentrar ao tema proposto, qual seja, a arbitragem no campo tributário.

Fato é que a arbitragem pode, conforme já rapidamente exposto, resolver um dos maiores gargalos no sistema judicial brasileiro: as execuções fiscais.

Tributo, nos dizeres do Código Tributário Nacional (Lei Nacional 5172/1966), é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Desta forma, o Cidadão só será devedor do tributo se este for instituído em lei, pois esta é a única fonte possível de criação dos tributos. De igual forma, deverá o tributo ser pago em moeda corrente, ou seja, em real. Vale lembrar que em alguns casos é permitida a dação em pagamento de bens imóveis, possibilitando a quitação do tributo com a entrega de bens imóveis ao Fisco (desde que seja do interesse deste, mediante prévia avaliação por perito). Ainda do conceito de tributo, importa lembrar que este é compulsório, ou seja, não há opção do contribuinte em pagar ou não o que lançado, este deve quitar o devido se houver a necessária previsão em lei e cumpridos os demais requisitos legislativos. Não pode o tributo, também, ser devido por ato ilícito pois, se o for, não será considerado tributo. Mais, a atividade de cobrança é plenamente vinculada, então, ocorrido o fato gerador, o fisco é obrigado a lançar o crédito tributário e a proceder a cobrança dos valores do devedor fiscal devidamente constituído.

Trazidos os dados do Conselho Nacional de Justiça, percebemos que os maiores gargalos da Justiça nacional, seja em âmbito estadual ou federal (aqui incluída a Justiça comum ou especializada), são as execuções fiscais, normalmente muito difíceis de serem resolvidas.

Para tentar resolver o problema da morosidade do Poder Judiciário no trato das execuções fiscais e dos processos em geral há, em tramitação no Senado Federal, o PL 4257/2019, proposta de alteração legislativa que pretende que o executado, em execução fiscal, possa optar pela arbitragem tributária se, e somente se, garantir o Juízo estatal por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia. A proposta também permite que a Fazenda Pública opte pela execução na via extrajudicial, levando o caso para um tribunal arbitral.

Nas razões do projeto de lei, o autor da proposta, senador Antonio Anastasia, expõe:

É certo que as execuções fiscais correspondem a percentual relevante desse custo. Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), feito em 2011, concluiu que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal

promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de apenas 25,8%.

Outro importante projeto em tramitação no Senado Federal é o PL 4468/2020, de autoria da senadora Daniella Ribeiro (Paraíba). Referido projeto institui a arbitragem para momento anterior à constituição do crédito tributário.

Diz a proposta legislativa:

Art. 1º A arbitragem especial tributária poderá ser instaurada no curso da fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato, observando o disposto nesta lei.

Parágrafo único. Este procedimento não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa.

A proposta cria a arbitragem especial tributária, previamente ao ato de constituir o crédito tributário e, por isso, trará maior isonomia ao referido ato de constituição, atividade de competência exclusiva da autoridade fiscal e que poderá desafogar o Poder Judiciário, ao impedir a rediscussão do que decidido na esfera arbitral.

Da justificativa do texto proposto, colhemos:

O espaço da arbitragem, como medida de decisão de conflitos preventiva do lançamento tributário, é de expressivo alcance. Basta pensar naqueles casos que implicam inversão do ônus da prova, por presunções e similares, nas hipóteses de bases de cálculo presumidas ou dependentes de arbitramento, como “preço de mercado”, “valor venal”, valor da terra nua”, pautas de valores, definição de preços de transferência, qualificações de intangíveis, hipóteses de cabimento de analogia e equidade etc. [...] Formas alternativas para resolução de conflitos em matéria tributária podem ser desenvolvidas e aplicadas tanto de um modo preventivo, para aquelas situações antecedentes a conteúdos formalmente qualificados. O que importa é que, ao final, tenha-se um ato administrativo, unilateral, constitutivo de certeza jurídica para a Fazenda Pública e contribuintes.

É de se dizer, dessa forma, que o projeto de lei proposto pela senadora Daniella Ribeiro, apesar de muito importante, precisa de alguns ajustes, que não

abordaremos neste trabalho por não ser o seu objetivo. Entendemos, contudo, que o Congresso Nacional saberá, no momento oportuno, adequar os projetos para a realidade brasileira.

Tratando da arbitragem tributária, verifica-se que não há qualquer impedimento legislativo para a sua adoção antes, durante ou depois da constituição do crédito tributário. Referida medida, inclusive, é salutar para evitar a discussão no Judiciário acerca da existência dos pressupostos de constituição do crédito tributário. Inclusive, como dito, seria positivo e benéfico ao sistema da Justiça que a discussão fosse travada antes do início da fiscalização ou, até mesmo, logo após o término do procedimento administrativo fiscal que visa a cobrança do tributo pois, assim, evitaria a submissão da referida discussão ao Poder Judiciário, sendo que a este caberia tão somente a execução forçada do título emanado da arbitragem, caso a parte perdedora não cumpra voluntariamente a obrigação declarada pelo tribunal arbitral.

De toda sorte, vale consignar, seria importante a criação de uma plataforma única que vise a unificação das decisões, possibilitando, assim, a criação de uma sólida jurisprudência arbitral, evitando-se, desta forma, decisões conflitantes ou até mesmo a pulverização das sentenças arbitrais.

Assim, um sistema de arbitragem tributária para períodos antes, durante e/ou depois da constituição do crédito tributário facilitaria e traria maior celeridade ao procedimento executivo, pois dispensaria a oposição de embargos do devedor, reduzindo sensivelmente o problema do Judiciário.

Ainda, haveria a possibilidade de o devedor cumprir com a obrigação, caso saia perdedor no sistema arbitral, de forma a valorizar ainda mais a arbitragem existente.

Não é demais dizer que as decisões arbitrais são céleres e técnicas, sendo que o processo será resolvido em prazo muito menor do que aquele que o Judiciário atualmente leva para decidir (hoje, segundo o relatório Justiça em Números, do CNJ, os processos de execução fiscal levam 6 anos e 7 meses para serem resolvidos, em média, tempo demasiado para a busca do crédito tributário).

Outro ponto de destaque na questão dos projetos de lei é que estes exigem, como regra, a garantia do Juízo, o que pode inviabilizar a utilização da arbitragem por devedores desprovidos de bens passíveis de indicação, de forma que, se prevalecer esta tese, isso pode levar ao desuso da arbitragem tributária.

A melhor tese seria a utilização dos tribunais arbitrais já existentes, possibilitando a arbitragem como forma de resolver o conflito tributário, já que a arbitragem tem se mostrado um importante meio de solução de conflitos complexos, notadamente no âmbito empresarial e dos grandes contratos administrativos, que já utilizam esta técnica em seus acordos.

Além-mar, em Portugal, o exemplo vem de forma inspiradora. O tempo médio de duração do procedimento arbitral por lá é de aproximadamente quatro meses e meio, ou seja, um prazo muito rápido para o julgamento do processo, liberando, logo em seguida, a sentença arbitral (Gonçalves, 2021).

Por lá, se criou o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), que é responsável por unificar os procedimentos arbitrais e os tribunais arbitrais em várias matérias, inclusive na área tributária.

Sem dúvidas, a especialização do CAAD fez com que o Poder Judiciário português tivesse um alívio, já que as demandas tributárias são levadas a um tribunal arbitral especializado, que julga o caso de forma célere e sem recursos.

Um sério problema a ser enfrentado, infelizmente, é o alto custo da arbitragem, não só aqui, mas também em Portugal.

A título de exemplo, uma demanda de aproximadamente 100 mil euros, com designação de árbitro, alça, de custas, 12 mil euros: um valor bastante elevado para resolver o litígio.

Ponto importante também a ser analisado é a questão de quais matérias podem ser levadas ao conhecimento do árbitro. Defendemos que todas as matérias devem ser passíveis de conhecimento, sem limitações, já que o árbitro é pessoa gabaritada na questão e poderá resolver, com celeridade e acurácia, todas as matérias a ele postas.

Contudo, no PL 4468/2020 há uma limitação objetiva de matérias de fato, sendo vedada a discussão sobre lei em tese ou constitucionalidade de normas. Também, por lógico, é proibido o julgamento contrário a entendimentos consolidados pelo Judiciário ou que já houve decisão em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao tema da constitucionalidade, entendemos justa a proibição, já que não seria de bom alvitre que um órgão privado decida sobre constitucionalidade ou não de lei ou de ato normativo. Da mesma forma, entendemos justa a necessidade do árbitro em seguir julgamentos consolidados pelos Tribunais pátrios, com uma ressalva: essa consolidação seria apenas para os tribunais superiores ou também para os tribunais de segunda instância.

Dizemos isso, pois, pode haver diversas regras dos Estados e os tribunais estaduais podem ter entendimentos consolidados diversos daqueles exarados em tribunais de outros Estados, levando o árbitro a não saber qual entendimento consolidado seguir.

Ainda, importa lembrar que com a adoção da arbitragem tributária, muitos casos, notadamente os maiores e mais importantes, deixarão de chegar

ao Judiciário e, com isso, não teremos uma jurisprudência nacional unificada sobre os temas tributários colocados à julgamento.

De igual sorte, é importante falarmos acerca da possibilidade de declaração de nulidade da sentença arbitral em matéria tributária, tema deste ensaio. O PL 4257/2019 prevê, em seu artigo 16-F, que as partes podem requerer judicialmente a declaração de nulidade da sentença arbitral se a sentença contrariar enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, recurso extraordinário com repercussão geral ou recurso especial repetitivo.

Também no texto do PL 4257/2019, este diz que se aplica, no que couber, os artigos 32 e 33 da Lei 9307/96 (Lei da Arbitragem), que dizem:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)
- emanou de quem não podia ser árbitro;
- não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)
- comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Por esta razão, se houver quaisquer das hipóteses mencionadas nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem, poderá a parte prejudicada requerer, perante o Poder Judiciário, a declaração de nulidade da sentença arbitral proferida.

Vale ressaltar que o controle judicial das decisões arbitrais constitui exceção à regra, pois somente pode haver referido controle se houver as hipóteses previstas na legislação, conforme expressamente disposto no artigo 33 da Lei de Arbitragem, acima indicado.

Isso demonstra que o instituto da arbitragem é autônomo com relação ao Poder Judiciário e, por isso, não deve ser por este validado ou chancelado, salvo nas restritas hipóteses legais, cabendo à parte que alega, a prova daquilo que diz, conforme expressa disposição do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

- ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Há de se estudar, também, a forma pela qual as partes optarão pela via arbitral. Por ser um método que decide, tal qual o Poder Judiciário, as propostas legislativas referem-se que deve haver clara opção pela arbitragem, o que, como dito, discordamos, já que entendemos que a arbitragem tributária deve ser a regra do sistema brasileiro, desafogando o Poder Judiciário dos casos tributários.

Aqui, entendemos, a arbitragem deveria ser compulsória, de forma que as partes não pudessem optar pelo Judiciário, para auxiliar na redução da carga processual existente nos tribunais.

Sabe-se que, conforme dispõe a Lei de Arbitragem, há duas formas básicas de optar pela arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória, por ser cláusula existente dentro de um contrato, está afastada de aplicação no Direito Tributário, pois pressupõe prévio acordo existente entre as partes, o que não cabe nessa hipótese.

Contudo, seria possível incorporar o compromisso arbitral, já que representativo de um ato, que pode ser judicial ou extrajudicial e revela o desejo das partes envolvidas em solucionar o conflito pela via arbitral. O compromisso pode ser, inclusive, o pontapé inicial da arbitragem tributária.

Em grandes contratos de concessão a arbitragem já é utilizada pelo Estado, não sem grande resistência por parte de alguns administradores. Recentemente, o Tribunal de Contas da União, em acórdão da lavra do ministro Vital do Rêgo, entendeu que caberia ao TCU analisar a razoabilidade e a adequação do cumprimento arbitral, de um modo compatível com as disponibilidades e limites orçamentários (Acórdão 3160/2020, relator ministro Vital do Rêgo).

Tema também importante e que deve ser tratado neste ensaio é com relação aos honorários advocatícios sucumbenciais. Quando a divergência tem como parte o Estado, o Código de Processo Civil, ao tratar o tema dos honorários advocatícios sucumbenciais, prevê uma série de regras a serem cumpridas pelo julgador na quantificação da verba honorária.

Não diferente, quando se trata da arbitragem, estas regras devem seguir no mesmo caminho, ou seja, a fixação dos honorários deve seguir aquilo que previsto no Código de Processo Civil, que diz:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

Contudo, no PL 4468/2020 a proposta é que cada parte arque com os honorários de seu próprio advogado, dizendo:

Art. 3º A arbitragem especial de que trata esta lei observará as seguintes condições:

IX – cada parte arcará com os honorários de seus próprios advogados e eventuais assistentes técnicos ou outros profissionais indicados pelas partes para auxiliar em sua defesa perante o juízo arbitral, independentemente do resultado final;

Por isso, entendemos, há a necessidade de adequação do projeto, incluindo os honorários de sucumbência tal qual decidido pelo legislador ordinário quando da decretação do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

Neste breve ensaio, abordamos os projetos de lei 4468/2020 e 4257/2019, ambos em tramitação no Congresso Nacional. Referidos projetos trazem benefícios para desafogar o Poder Judiciário, criando e positivando a arbitragem tributária no Brasil.

De extrema importância, a arbitragem tributária poderá trazer maior celeridade ao julgamento dos casos tributários e das execuções fiscais no sistema judicial brasileiro, evitando discussões e análise de embargos à execução pelo Judiciário, retirando do devedor fiscal a possibilidade de discutir no Judiciário o débito existente.

Trouxemos exemplos de Portugal, que utiliza, há muito, a arbitragem tributária por meio do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), que teve uma sensível redução dos julgamentos nos Tribunais daquele país.

Ainda na análise dos projetos de lei em tramitação aqui no Brasil, abordamos a necessidade de legislar acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais no microsistema da arbitragem tributária.

A criação de câmaras de arbitragem específicas para arbitragem tributária poderia especializar a matéria e facilitar a resolução desta chaga que assola o Judiciário brasileiro.

Percebe-se que a arbitragem tributária será muito eficaz para o sistema judicial brasileiro, possibilitando o desafogamento do Poder Judiciário e trazendo maior celeridade ao julgamento dos casos postos sob a análise dos árbitros.

REFERÊNCIAS

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: Nos Termos da Lei n° 9.307/96. Grupo GEN, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2405/RS**. Relator: Alexandre de Moraes, 20 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768218395/inteiro-teor-768218401>. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. **SENADO FEDERAL**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1650302080988&disposition=inline>. Acesso em: 20 jul. 2022.

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. CAAD. Disponível em : <https://www.caad.org.pt/tributario>. Acesso em: 20 jul. 2022.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de **A. Meios extrajudiciais de solução de conflitos**: manual dos MESC's. 2. ed. Editora Manole, 2022.

Junior, Luiz Antonio Scavone. **Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação**. 10. ed. Grupo GEN, 2020.

MESSA, Ana Flávia; ROVAI, Armando Luiz. **Manual de Arbitragem**. Grupo Almeida Portugal, 2021.

SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antoni; SILVA, Paulo Eduardo. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 4. ed. Grupo GEN, 2021.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves D. **Mediação de conflitos**. Grupo GEN, 2013.

SIMMEL, Georg. O conflito como sociação. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, v. 10., n. 30., p. 568 - 573. 1964.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6. ed. Grupo GEN, 2020.

VICTOR, SÓCRATES E OS AUTÔMATOS JUDICIAIS: REFLEXÕES SOBRE A (IN)VIABILIDADE DO USO DE INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS PARA A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES

Alberto Luiz Hanemann Bastos⁸⁴

INTRODUÇÃO

Os anagramas são jogos linguísticos bastante conhecidos, que consistem no rearranjo de um conjunto de letras pré-estabelecido para a formação do maior número de palavras possível. Por exemplo, a partir do conjunto de duas letras “s”, duas letras “u”, duas letras “a”, uma letra “d” e uma letra “t”, é possível formar cerca de setenta palavras distintas.⁸⁵ Organizando adequadamente estas letras, pode-se engendrar os verbos “dar”, “usar” e “suar”, os pronomes “sua” e “tua”, bem como os substantivos “rua”, “ursa” e “usura”.

Evidentemente, as limitações do intelecto humano tornam demasiadamente dificultosa a tarefa de localizar todas as setenta palavras compreendidas no anagrama. Em alguns minutos, é provável que o jogador consiga conjecturar algumas palavras curtas com certa facilidade, sobretudo aquelas com três a quatro letras; após o dispêndio de algum tempo, porém, descobre-se que a identificação de todas as palavras contidas no anagrama é uma tarefa extremamente complexa, demandando o dispêndio de horas de esforço intelectual. Não obstante, toda a complexidade dos anagramas se esfacela perante os mecanismos computacionais – e, especialmente, perante as Inteligências Artificiais. Decerto, uma máquina bem treinada poderia gerar, de maneira praticamente instantânea, todas as setenta palavras subjacentes ao anagrama acima referido e, do mesmo modo, levaria apenas alguns segundos para catalogá-las em diferentes classes gramaticais (LAGE, 2021, p. 61).

⁸⁴ Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pós-Graduação em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisador da Rede de Estudos Interdisciplinares de Segurança e Trabalho (RESIST) e do Grupo de Estudos em Trabalho, Economia e Políticas Públicas (TRAEP). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9865382482535945>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3091-093X>. E-mail: alberto.bastos.1997@gmail.com.

⁸⁵ O referido anagrama foi extraído de sítio eletrônico popularmente conhecido como “Racha Cuca”, veículo que se tornou célebre por divulgar jogos interativos ligados à matemática e ao raciocínio lógico. Disponível em: <https://rachacuca.com.br/palavras/anagramas/>. Acesso em: 23 de set. 2021.

Dinâmica semelhante pode ser vislumbrada na filtragem das mensagens de *e-mails*. Diariamente, os usuários de *e-mails* recebem uma gama imensa de mensagens eletrônicas, cujos conteúdos envolvem desde informações importantes relacionadas ao trabalho até anúncios de produtos considerados impertinentes (popularmente conhecidos como “*spam*”). Diante disso, a filtragem das mensagens recebidas via *e-mail* mostra-se imprescindível, eis que o usuário é obrigado a separar as comunicações que são de seu interesse (p.ex., indicações da data de reuniões de trabalho) daquelas indesejáveis ou de pouca importância (p.ex., anúncios de oferta de produtos).

A rigor, tal catalogação poderia ser executada pelo próprio usuário do *e-mail*, através da leitura acurada de cada uma das mensagens recebidas. Todavia, algoritmos computacionais submetidos à técnica do “aprendizado de máquina” (*machine learning*) são capazes de realizar este ofício de maneira instantânea, pois, ao serem alimentados com os padrões gramaticais e visuais que costumam ser veiculados em *e-mails* indesejados (“*spam*”), podem aferir o conteúdo da mensagem em poucos segundos (SURDEN, 2014, p. 90-93).

Da análise do jogo dos anagramas e da catalogação de *e-mails* desponta uma significativa conclusão: atividades que costumam ser executadas de maneira vagarosa pelos seres humanos consomem uma energia ínfima das ferramentas de Inteligência Artificial. Segundo Fernanda de Carvalho Lage (2021, p. 47), uma das principais vantagens do uso da Inteligência Artificial consiste na automatização de tarefas, na medida em que “automatizar processos é sinal de economia de tempo e maior produtividade. A IA pode ser aplicada em processos que levam muito tempo e que são passíveis de erros quando feitos por um humano”.

A rapidez e o alto nível de acurácia performados pelas máquinas têm sido utilizados como justificativa para a automatização de tarefas das mais diversas áreas, tais como a mensuração da rentabilidade de investimentos no mercado financeiro, a realização de diagnósticos médicos e, inclusive, o lançamento de prognósticos sobre a viabilidade de demandas judiciais (BAKER, 2018, p. 10-16). A penetração da tecnologia no universo do Direito tem se mostrado inexorável e, certamente, um dos sintomas mais significativos desse fenômeno se trata da utilização de Inteligências Artificiais no manejo de precedentes judiciais.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o sistema VICTOR promove a catalogação dos Recursos Extraordinários que lhes são remetidos, de modo indicar se os seus argumentos possuem correlação com temas de Repercussão Geral tratados pela Corte.⁸⁶ Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça,

⁸⁶ É o que pode ser depreendido da nota expedida no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acesso em: 17 nov. 2022.

através do Projeto Sócrates, implementou ferramentas computacionais que efetuam a leitura semântica de peças processuais para fins de sugerir os precedentes aplicáveis às teses veiculadas em Recursos Especiais.⁸⁷

Em meio a esse cenário, porém, algumas indagações podem ser trazidas a lume: o raciocínio por precedentes pode ser executado por máquinas? Existem limites técnicos e éticos para tanto? Ao fim e ao cabo, os precedentes judiciais comportam tratamento semelhante ao dos jogos de anagramas e da catalogação de *e-mails*, nos quais a Inteligência Artificial é capaz de atingir resultados mais eficientes do que os próprios seres humanos?

Este estudo se prestará a fornecer algumas provocações em torno destes questionamentos.

1 UMA BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE PRECEDENTES JUDICIAIS: *RATIO DECIDENDI, OBTER DICTUM, TREATING LIKE CASES ALIKE*

Antes de situar o modo como as Inteligências Artificiais têm sido utilizadas na labuta judicial, cumpre traçar um breve panorama dos principais conceitos que permeiam a teoria dos precedentes judiciais.

O raciocínio por precedentes parte da premissa de que casos semelhantes devem ser tratados de igual modo – nos termos do consagrado aforisma da *common law*, “*treat like cases alike*” (SCHAUER, 2018, p. 438). Em suma, a lógica dos precedentes judiciais pressupõe que, quando um magistrado se depara com um caso dotado de suporte fático semelhante ao de um julgamento emblemático das Cortes Supremas,⁸⁸ cumpre a ele aplicar a mesma solução encartada no *leading case*, sob pena de minar as garantias da isonomia e da segurança jurídica (MANCUSO, 2018, p. 154).

Isso significa que o manejo dos precedentes judiciais está intrinsecamente ligado à análise de fatos, pois, para justificar a aplicação da tese jurídica do *leading case*, o magistrado deve apurar em que medida os fatos do caso *sub judice* são com ele compatíveis. Em vista disso, nada mais razoável do que iniciar o tratamento dos precedentes a partir da exemplificação.

⁸⁷ Algumas informações do Projeto Sócrates podem ser localizadas nas notas à imprensa do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 17 nov. 2022.

⁸⁸ Para os propósitos do presente estudo, o termo “precedentes” será utilizado para indicar os julgamentos proferido pelo STF e pelo STJ, na medida em que as suas decisões têm por objetivo uniformizar a interpretação dos textos jurídicos constitucionais e infraconstitucionais (MITIDIERO, 2017, p. 109-118).

Imagine-se que um indivíduo sem maiores experiências com atividades físicas se matricula em uma academia de musculação e, durante a execução de um dos exercícios, sofre uma lesão em seu ombro, cujo tratamento desencadeou gastos hospitalares e o afastamento temporário da sua profissão de motorista. Irresignado com o ocorrido, o sujeito ajuíza demanda com o objetivo de pleitear indenização pelos danos materiais e morais suportados, sob o fundamento de que houve defeito na prestação do serviço. Em sua defesa, a academia propõe o afastamento do dever de indenizar, mediante a invocação do art. 14, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, argumentando que as lesões musculares se tratam de riscos razoavelmente esperados na prática da musculação.

Após perpassar pela primeira e pela segunda instância, o processo é enviado ao Superior Tribunal de Justiça. Ao apreciar o caso, a Corte acena que, conquanto o art. 14, § 1º, inciso II, do CDC preleccione que a averiguação da (in)existência de defeito do serviço deve levar em consideração “o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam”, a lesão suportada pelo autor da ação enseja o ressarcimento indenizatório, visto que os riscos das atividades ligadas à musculação exigiam que o estabelecimento possuísse instrutores aptos a zelar pela execução adequada dos exercícios e pelo bem-estar dos alunos com pouca experiência no manejo dos equipamentos de treino.

Em certa medida, o exemplo supramencionado encartaria um precedente replicável pelas demais instâncias judiciais, eis que fornece balizas sobre o modo como os juízes devem interpretar o direito infraconstitucional. No entanto, inúmeras indagações remanescem sobre a dinâmica da aplicação do precedente: como extrair a tese jurídica nele fixada? Quais elementos do arresto possuem caráter vinculante? Como identificar se as circunstâncias fático-jurídicas do *leading case* são similares às de outra demanda?

Algumas respostas às indagações podem ser localizadas na distinção entre as categorias da *ratio decidendi* e *obiter dictum*: a primeira engloba os fundamentos do precedente que ostentam natureza vinculante, devendo ser obrigatoriamente observados pelos Tribunais durante os seus respectivos julgamentos; a segunda, ao seu turno, envolve os fundamentos secundários que não vinculam as demais instâncias judiciárias (ALVIM; DANTAS, 2019, p. 186-194).

Nesse sentido, Arthur Goodhart sugere que a apuração da *ratio decidendi* pressupõe a catalogação dos *atos materiais* tidos como relevantes para a tomada da decisão, para fins de separá-los dos *atos imateriais* que o juízo reputou meramente secundários para a resolução do litígio. Segundo o jurista:

O juiz funda suas conclusões sobre um grupo de fatos selecionados como materiais entre uma massa maior de fatos, alguns dos quais podem parecer significativos para

um leigo, mas que, para um advogado, são irrelevantes. [...] É com base nesses fatos [materiais] que ele baseia o seu julgamento, e não em outros. Isso significa que a nossa tarefa, durante a análise de casos, não é a de averiguar os fatos e a conclusão, mas sim de averiguar os fatos materiais visualizados pelo juiz e a conclusão baseada neles. É com base na escolha dos fatos materiais que o juiz cria o direito. (GOODHART, 1930, p. 169, tradução nossa)

Quando o *leading case* possui os mesmos *factos materiais* do caso *sub judice*, a tese jurídica do precedente deve ser obrigatoriamente aplicada, “a menos que o caso sob julgamento tenha outros fatos que possam ser tratados como materiais ou que fatos considerados materiais no caso anterior agora estejam ausentes” (MARINONI, 2019, p. 161). Descobrir a *ratio decidendi* do precedente significa, portanto, identificar os fatos *indispensáveis* para a sustentação da conclusão nele proposta, de modo a distingui-los dos fatos *dispensáveis* para tanto. Isso porque, apesar de todo e qualquer caso possuir uma infinidade de elementos particulares que lhes dão uma coloração única (SCHAUER, 2004, p. 2018-219), somente alguns deles adquirem relevância para a construção da tese jurídica veiculada na decisão judicial.

Retomando o exemplo do indivíduo que foi acometido por lesão no ombro durante os seus treinos de musculação, pode-se dizer que o caso, em seu “estado bruto”, é singularizado por uma massa amorfa de circunstâncias particulares – tais como, a idade do sujeito, a cor da camisa que vestia, a sua inexperiência com a prática de exercícios físicos, o fato de exercer a profissão de motorista, o membro lesionado, a intensidade da lesão e o ambiente em que se passou o episódio. Porém, somente alguns destes elementos ostentaram real pertinência para o concebimento da tese jurídica veiculada no precedente.

Por exemplo, a cor da camisa que o indivíduo portava quando da ocorrência da lesão é irrelevante para se atingir a conclusão sobre a viabilidade do ressarcimento indenizatório, eis que a tonalidade azulada, acinzentada ou esverdeada de sua vestimenta certamente não implicaria qualquer mudança no *decisium*. Do mesmo modo, seria difícil cogitar que a alteração do membro lesionado acarretaria modificações bruscas no resultado do julgamento, pois, ainda que a contusão tivesse atingido outra parte do corpo ao invés dos ombros, os fundamentos que ensejaram a responsabilização da academia remanesceriam incólumes. Isso significa que tais fatores não são *factos materiais* do precedente, razão pela qual a replicação da tese jurídica proposta no referido arresto independe da equivalência da cor da vestimenta dos alunos que suportaram a lesão ou da identidade entre os membros lesionados.

Contudo, há outros fatos que se mostram indispensáveis para a construção da solução jurídica preconizada no precedente. A intensidade da lesão sofrida pelo aluno da academia certamente configura um *fato material* do precedente, visto que, caso a execução inadequada dos exercícios houvesse acarretado somente um leve incômodo nos ombros, cujo tratamento prescindisse de gastos hospitalares e do afastamento do exercício da profissão, inexisteriam danos a serem ressarcidos. A inexperiência do indivíduo em relação à prática de exercícios físicos também pode ser vislumbrada como um *fato material* do julgamento, pois se, ao invés de ser um novato, o sujeito fosse um fisiculturista com larga experiência no manejo de equipamentos de musculação, seria razoável cogitar que a lesão teria decorrido mais por conta de um caso fortuito, e menos por conta da negligência da academia em fornecer instrutores capacitados para supervisionar a execução dos exercícios.

Numa síntese, os *fatos materiais* substanciam a *ratio decidendi* – porção vinculante do precedente –, ao passo que os *fatos imateriais* integram o *obiter dictum* – porção secundária do precedente que não gera efeito vinculante. Se o caso *sub judice* possui os mesmos *fatos materiais* que embasaram a elaboração do precedente, deve-se aplicar a mesma conclusão outorgada ao *leading case* (GOODHART, 1930, p. 179-180).

Outrossim, a partir da identificação dos *fatos materiais* acoplados ao precedente, torna-se possível expandir a aplicação de sua *ratio decidendi* a casos que, a despeito de não contemplarem uma conjuntura idêntica ao *leading case*, possuem uma essência similar. Tal operação é viabilizada por intermédio da *generalização* da linguagem, das categorias e dos conceitos que constam no precedente, reescrevendo-os de modo que possam se encaixar em molduras fático-jurídicas não previstas na demanda originária (MARINONI, 2019, p. 177-179).

Nas precisas lições de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, casos aparentemente distintos podem comportar a aplicação de uma mesma solução jurídica em razão da constatação de uma *identidade essencial* entre ambos:

Mesmo os casos que envolvem fatos mais complexos, daqueles que não se repetem no plano empírico de modo idêntico, podem ser reduzidos a um grau elevado de abstração, que é justamente o que proporciona a vinculação por identidade essencial. Os mesmos fatos podem ser descritos de muitas formas. Pode-se dizer: o homem foi beber uma garrafa d'água, o homem foi tomar água, o homem foi beber um líquido, o homem foi satisfazer uma necessidade fisiológica. Nesse último nível é que acontece a verificação de que casos, aparentemente diferentes, podem ser tidos como iguais, porque têm a mesma *ratio decidendi*, e geram a

necessidade de uniformização da jurisprudência. (ALVIM; DANTAS, 2019, p. 200)

A generalização dos *atos materiais* do precedente propicia a construção de uma *ratio decidendi* capaz de uniformizar a solução outorgada não somente aos casos idênticos ao precedente, mas também àqueles que são permeados por elementos análogos que podem ser aproximados por meio de uma leitura abstrata de seus respectivos conteúdos.

Mais uma vez, é útil tornar ao exemplo do defeito dos serviços prestados por academias de musculação. A solução aplicada ao caso foi a de que, *embora a ocorrência de lesões seja um risco razoavelmente esperado durante as atividades ligadas à musculação, academias poderiam ser compelidas a ressarcir monetariamente as contusões físicas sofridas por seus alunos, na medida em que possuem a responsabilidade de manter instrutores aptos a zelar pela execução adequada dos exercícios.*

Note-se, porém, que este fraseado poderia ser reescrito de uma maneira mais genérica, para fins de coarctar uma “norma geral” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 515) capaz de englobar um número maior de casos similares. A tese poderia ser reelaborada do seguinte modo: *se um indivíduo realiza exercícios físicos numa academia e, por conta da ausência de instrutores aptos a orientá-lo, sofre uma lesão, faz jus a ressarcimento indenizatório.* Veja-se que, neste nível de generalização, o precedente englobaria não somente as atividades ligadas à musculação, mas também todas as outras modalidades de atividades que costumam ser desempenhadas em academias, tais como a ginástica rítmica e a prática de artes marciais.

O núcleo do precedente poderia ser reconstruído de uma forma ainda mais abstrata, nos seguintes termos: *se uma pessoa realiza uma atividade com risco de lesão e vem a sofrer contusões em razão de ausência de funcionários habilitados para orientá-la sobre os protocolos de segurança de sua execução, o fornecedor do serviço tem o dever de ressarcir-la pelos danos suportados.* Esse nível de generalização, por sua vez, viabilizaria a aplicação do precedente para atividades de risco que sequer são realizadas no ambiente das academias, a exemplo do *rafting* praticado em corredeiras com botes infláveis fornecidos por empresas especializadas.

A par do nível de generalização empregado, o raciocínio por precedentes pressupõe que se identifique a existência de categorias e *atos materiais* compartilhados entre o *leading case* e a demanda *sub judice* (SCHAUER, 2004, p. 230-231).

Mas se, por um lado, a identificação dos *atos materiais* do caso pode ser utilizada como mecanismo de expansão do alcance do precedente; por outro, essa mesma operação também pode ser utilizada para retrair a sua aplicação. Isso porque, se se demonstrar que o caso presente possui *atos materiais* diferentes

daqueles constados no precedente, a sua aplicação será afastada. Trata-se da conhecida técnica do *distinguishing*, que consiste na “distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente”, de modo a revelar a existência de “diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a ratio do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um ou de outro são diversos” (MARINONI, 2019, p. 228).

Realizar um *distinguishing* significa correlacionar os *fatos materiais* do precedente com os *fatos materiais* do caso concreto e, através de um esforço argumentativo, concluir que não há como se aplicar a mesma solução jurídica para ambos (PEREIRA, 2015, p. 334-335). Em outras palavras, o *distinguishing* se impõe quando são constatadas *diferenças relevantes* entre dois casos, que tornam insustentável a aplicação da tese jurídica veiculada no precedente (MITIDIERO, 2018, p. 112).

Para retornar à exemplificação anteriormente exposta, a tese jurídica de que *academias podem ser responsabilizadas pela lesão sofrida por alunos que não receberam orientação adequada de instrutores* poderia ser afastada caso fossem constatados *fatos materiais* diversos daqueles consignados no precedente.

Cogite-se que, após a consolidação da referida tese, outra academia vem a ser processada por um aluno que alega ter sofrido lesões durante os seus treinos de musculação, o qual invoca o mesmo precedente para sustentar a viabilidade do ressarcimento indenizatório. Em sua contestação, porém, a academia denuncia que esta nova conjuntura litigiosa detém uma peculiaridade: após ser orientado pelo instrutor, o aluno deliberadamente optou por ignorar as suas advertências e utilizou halteres de peso muito mais elevado do que aquele que lhe fora recomendado. Veja-se que existem *fatos materiais* que dão à presente demanda uma conotação diversa do *leading case* exposto anteriormente: neste segundo caso, a lesão não decorreu da ausência de instrutores habilitados para zelar pelo bem-estar de seus alunos, mas sim da desídia do usuário do serviço, que desobedeceu às instruções repassadas. Embora possua elementos análogos ao *leading case*, a constatação de *fatos materiais* distintos ensejaria o afastamento do precedente, resultando na consecução do *distinguishing*.

Por fim, cumpre destacar que doutrina ainda lida com algumas situações excepcionais em que, a despeito de os *fatos materiais* do *leading case* e do caso *sub judice* serem os mesmos, a aplicação do precedente é rechaçada. Trata-se da técnica que se costumou alcunhar de *overruling* (SCHAUER, 2009, p. 60).

Ocorre que, por vezes, modificações bruscas nos âmbitos social, cultural, econômico, científico, legislativo e político podem tornar um precedente obsoleto (GERHARDT, 1991). Nesse sentido, tem-se a superação do precedente quando o julgador, “vinculado aprioristicamente aos seus fundamentos determinantes,

antevê a possibilidade de seu afastamento por conta de uma defasagem (i), falta de vigor frente à experiência (ii), sua incorreção coetânea (iii) ou inconsistência atual (iv)” (JOBIM; OLIVEIRA JUNIOR, 2021, p. 123).

Nessas circunstâncias, a sensibilidade aos diversos influxos do mundo material possibilitam que a tese jurídica veiculada no precedente seja rechaçada, ainda que, a rigor, os *atos materiais* nele presentes coincidam com os *atos materiais* do caso *sub judice*.

2 VICTOR E SÓCRATES: ROBÔS-JULGADORES OU AUTÔMATOS?

Embora, de início, as tecnologias acopladas ao processo judicial objetivassem tão somente facilitar a realização de diligências simples do cotidiano forense (p.ex., protocolo de peças postulatórias por meio *fac-símile*), elas têm gradativamente se expandido para tarefas mais complexas do labor jurídico. A doutrina sugere que, em um futuro relativamente próximo, algoritmos robóticos poderão ser utilizados para o julgamento de casos de menor complexidade, mediante o cruzamento das informações do processo com a base de dados semeada no acervo decisório do juízo (BOEING; ROSA, 2020, p. 91-95).

Nessa ordem de ideias, os projetos VICTOR e Sócrates exsurgiram com um objetivo em comum: tornar mais rápida e eficiente a aplicação de precedentes judiciais durante o juízo de admissibilidade de Recursos Especiais e Extraordinários.

O projeto VICTOR, oriundo de uma parceria entre o Supremo Tribunal Federal e a Universidade de Brasília, consiste numa plataforma que efetua a leitura automatizada das peças processuais dirigidas à Corte Constitucional, associando-as a um tema de Repercussão Geral de seu escólio jurisprudencial (LAGE, 2021, p. 265-287). Nesse sentido, o mote do projeto VICTOR consiste na “aplicação das técnicas do *machine learning* na busca e no reconhecimento de padrões nos processos jurídicos relativos a julgamentos de repercussão geral no STF” (PINTO, 2020, p. 48). O projeto Sócrates, ao seu turno, foi desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de construir ferramentas que efetuem a leitura das peças que lhes são destinadas, de modo a detectar o assunto nelas versado e, através do cruzamento desses dados com os indexadores que lhes são incrustados, identificar os precedentes pertinentes para o julgamento do caso.

Mas de que modo VICTOR e Sócrates leem processos judiciais? Eles processam as informações contidas nos atos postulatórios e decisórios da mesma forma que o cérebro humano? Têm plena *consciência* das ilações que realizam durante a sua atuação?

Apesar da sofisticação das ferramentas de Inteligência Artificial, a doutrina ressalva que as ilações procedidas por essas máquinas, ao menos até o presente momento, não se assemelham àquelas vislumbradas na cognição humana. Juan Gustavo Corválan (2020, p. 20, tradução nossa) aquilata que, mesmo as tecnologias mais refinadas ligadas à construção de redes neurais artificiais, ainda não realizam “inferências causais em termos de raciocínio jurídico ou lógica racional argumentativa”, mas tão somente “comparam milhões de padrões de dados, símbolos, letras e suas possíveis correlações, em função de critérios estatísticos e dos objetivos que os humanos lhe indicam”.

As habilidades das Inteligências Artificiais costumam se adstringir ao campo da *sintática*, sendo elas incapazes de explorar o campo da *semântica*. Isso significa que uma Inteligência Artificial é plenamente apta a correlacionar palavras, símbolos e imagens, a fim de identificar padrões úteis para a resolução de algum problema ou para a execução de alguma tarefa; ela não é capaz, porém, de compreender o *real significado* que existe por detrás destes símbolos, figuras e imagens (SOURDIN, 2018, p. 1.130). O funcionamento dessa dinâmica pode ser compreendido a partir dos exemplos dos jogos de anagramas e da filtragem de *spam* dos *e-mails* – expostos no início deste escrito.

Inteligências Artificiais são extremamente assertivas em extrair as setenta palavras do anagrama composto pelas letras “s”, “u”, “a”, “d” e “t”, entretanto são incapazes de compreender os significados, as ambiguidades, os eufemismos e as ironias que residem nestes mesmos vocábulos (PINTO, 2020, p. 55). As Inteligências Artificiais podem detectar, por exemplo, que a palavra “ursa” está efetivamente inserida no anagrama supramencionado, porém possuem dificuldade para intuir esse termo se remete a um animal mamífero. Embora possa identificar que o rearranjo de algumas letras fornecidas pelo anagrama resulta na formação da palavra “usar”, programas de computador ainda não são plenamente aptos a compreender que este vocábulo pode se referir tanto ao verbo utilizar (p.ex., Átila passou a *usar* a sua camisa predileta aos sábados) quanto à prática da manipulação (p.ex., Átila tentou *usar* de seu colega para obter vantagens indevidas).

De igual sorte, as Inteligências Artificiais que operam na filtragem de *e-mails* indesejados (“*spam*”) são idôneas para constatar que mensagens contendo as frases “*leve dois, pague um!*” ou “*ganhe dinheiro sem sair de casa!*” devem ser separadas das demais correspondências eletrônicas, todavia não têm ciência dos motivos que tornam tais *e-mails* indesejados, tampouco de que se tratam de táticas de *marketing* que visam à divulgação de produtos e serviços (SURDEN, 2014, p. 91).

VICTOR e Sócrates, portanto, não leem recursos e decisões do mesmo modo que um juiz humano. Eles apenas processam as palavras adscritas nestes documentos, com o objetivo de identificar se os seus padrões gramaticais são compatíveis com aqueles incutidos em Temas de Repercussão Geral, teses firmadas no julgamento de Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, dentre outros arrestos das Cortes Supremas (PINTO, 2020, p. 48-56).

Para ilustrar o raciocínio, tome-se o Tema de Repercussão Geral nº 531, cujo teor autoriza o desconto da remuneração de servidores públicos em razão de paralização decorrente do exercício do direito de greve, salvante nas hipóteses de compensação em caso de acordo ou de demonstração de que a greve foi causada por conduta ilícita da administração pública (BRASIL, 2016). Ao ser treinado para verificar a (in)compatibilidade de um Recurso Extraordinário com o referido Tema de Repercussão Geral, VICTOR poderá verificar se o padrão vocabular da peça, e suas respectivas palavras-chave (p.ex., greve, desconto de remuneração), possuem correspondência com a tese jurídica do enunciado; passará ao largo de sua capacidade, contudo, apurar as possíveis causas da greve, as reivindicações dos servidores, a (i)lícitude da conduta do poder público, bem como o arcabouço histórico, doutrinário e jurisprudencial que reside por detrás do direito à greve.

Utilizando a enfática analogia de Jamie Baker (2018, p. 17, tradução nossa), VICTOR e Sócrates – assim como as demais tecnologias de Processamento de Linguagem Natural – não *entendem* o que estão fazendo, razão pela qual “não são diferentes de um papagaio que aprende a repetir palavras sem qualquer compreensão clara do que essas palavras significam”. Portanto, ambos estão muito mais próximos dos seres autômatos que realizam atividades mecânicas e inanimadas do que dos robôs-julgadores premeditados por obras de ficção científica.

3 MÁQUINAS SÃO *TECNICAMENTE* APTAS A APLICAR PRECEDENTES JUDICIAIS?

As Inteligências Artificiais empregadas nos Tribunais Superiores brasileiros, tal como todas as tecnologias de Processamento de Linguagem Natural, padecem de limitações no que concerne à interpretação do *conteúdo* dos textos que lhes são apresentados. Em geral, como bem ressalta Juan Gustavo Corváln (2020, p. 34, tradução nossa), os sistemas de Inteligência Artificial “não aprendem sobre o mundo, senão sobre o texto e como nós usamos umas palavras em relação com as outras”, razão pela qual o que eles fazem “*é algo como um cortar e colar massivo*, costurando variações no texto que foi visto, em vez de se aprofundar nos conceitos subjacentes a esse texto”.

Tendo em vista este diagnóstico, inquietações da seguinte ordem vêm a lume: a associação de palavras e textos esgota o procedimento de aplicação de precedentes judiciais? O “cortar e colar massivo” de que fala Corvalan é suficiente para o adequado desempenho dessa tarefa?

Certamente, o manejo de precedentes requer mais do que uma simples análise comparativa de dados – tal como associar as palavras-chaves contidas em um Tema de Repercussão Geral com os vocábulos empregados na fundamentação de um Recurso Extraordinário (LUNELLI, 2016, p. 116-125). Inúmeras etapas do processo de aplicação de precedentes dependem de habilidades que extrapolam a detecção de similaridades sintáticas entre enunciados, mormente porque várias das inferências causais necessárias para a consecução do raciocínio jurídico costumam ser aprendidas a partir do contato com experiências concretas – basta pensar, por exemplo, que adquirimos o conhecimento de que lesões musculares impedem o exercício de atividades braçais na medida em que já fomos acometidos por contusões desta ordem. É o que assinala Corvalan:

Entre outras razões, compreendemos que não se detém o sentido do olfato quem está resfriado porque nós nos resfriamos antes. Nossas vivências também nos brindam com informações causais. Como não podemos fazer com que uma máquina se resfrie para que aprenda os seus efeitos, [...] os programadores dos sistemas de processamento de linguagem natural enfrentam vários desafios se pretendem que a IA adquira esta capacidade. É problemática que esta tarefa só seja realizada a partir da correlação entre palavras, quando se trata de processar a linguagem natural. (CORVÁLAN, 2020, p. 33, tradução nossa)

Para apurar quais os *atos materiais* compartilhados entre o precedente e o caso concreto e definir o *princípio jurídico* que unifica a solução de ambos, faz-se necessário o domínio de conhecimentos de cariz empírica, doutrinária e, sobretudo, semântica dos quais as Inteligências Artificiais carecem – ao menos aquelas desenvolvidas até o presente momento (SUNSTEIN; ASHLEY; BRANTING; MARGOLIS, 2001, p. 19-20). Isso porque as Inteligências Artificiais que lidam com precedentes se limitam a localizar os padrões existentes entre o *leading case* e a demanda *sub judice*, não se debruçando sobre a *pertinência* ou a *relevância* que os padrões localizados possuem para a resolução do caso concreto. De fato, as Inteligências Artificiais são aptas a identificar as relações existentes no bojo de uma vasta quantidade de dados, no entanto “o *software* não sabe, e nem se importa, com o porquê de essas relações existirem; ele simplesmente identifica que elas existem” (CAMPBELL, 2020, p. 327, tradução nossa).

Nessa dinâmica, os mecanismos de Inteligência Artificial carecem de critérios seguros para distinguir similaridades *relevantes* de similaridades *meramente fortuitas* entre os casos cotejados, o que pode resultar na escolha de precedentes equivocados para a resolução do mérito da demanda (FAGAN; LEVMORE, 2019, p. 17). Em razão disso, nada impede que a máquina, ao ser convocada para detectar precedentes referentes a um determinado tipo de acidente automobilístico, localize-os com base na (irrelevante) constatação de que os modelos de carro do *leading case* e do caso concreto são os mesmos, deixando de apurar os *atos materiais* realmente importantes para tal desiderato.

Além disso, tais limitações praticamente impossibilitam que as máquinas apliquem a técnica do *distinguishing*. Por operar com base em um repertório de casos pré-estabelecido pelo seu programador – que certamente não é capaz de transmitir-lhe todas as variáveis que podem emergir da realidade empírica –, a Inteligência Artificial perpassa por incontornáveis dificuldades quando se depara com circunstâncias fáticas inéditas (CAMPBELL, 2020, p. 325-330). Ao lidar com questões que não constam em sua base de dados, a máquina corre o risco de desconsiderar as informações que ensejariam um possível *distinguishing*: se uma Inteligência Artificial é modelada, condicionada e programada para detectar um determinado tipo de informação, ela conseqüentemente deixa de focar a sua atenção em outros elementos que permeiam o suporte analisado, razão pela qual circunstâncias novas tendem a não ser captadas pelos receptores de sua programação (SUNSTEIN; ASHLEY; BRANTING; MARGOLIS, 2001, p. 24).

Tal dinâmica pode ser aclarada a partir de um exemplo. Imagine-se que uma comarca judicial recebe uma enxurrada de ações de consumidores que pleiteiam ressarcimento indenizatório em razão de publicidade enganosa, sob o fundamento de que uma agência de viagens local oferece um pacote promocional que promete uma “excursão para a Califórnia” por preços muito inferiores aos vislumbrados no mercado, mas não indica em nenhum momento que o destino da viagem se refere a um Município do estado do Paraná que detém o mesmo nome do famoso distrito estadunidense. Todas as ações movidas por esses consumidores são julgadas procedentes e, na sequência, as sentenças são arquivadas no acervo do juízo.

Algum tempo depois, uma Inteligência Artificial é instalada na referida unidade judicial, a qual tem por finalidade indicar aos magistrados quais sentenças de seu acervo podem ser utilizadas como base para a resolução de casos consumeristas que lhes são remetidos. Durante o seu treinamento, a Inteligência Artificial detecta o grupo de sentenças que condenou a agência de viagens a ressarcir os consumidores pela publicidade enganosa e, através da aglutinação dos termos utilizados nas peças processuais acopladas àqueles processos, constrói o seguinte

padrão decisório: *quando uma agência de viagens divulga uma promoção com destino à Califórnia, sem mencionar que a excursão não se refere ao estado norte-americano, mas sim a um Município paranaense homônimo, o consumidor lesado faz jus à indenização.*

Conjecture que, após a implantação completa do sistema de Inteligência Artificial na unidade judiciária, uma nova ação é movida contra a mesma agência de viagens, na qual um consumidor pleiteia ressarcimento indenizatório pelos mesmos motivos declinados nos casos anteriores. Ao ser citada para apresentar contestação, a agência indica que, na data em que o autor da nova ação adquiriu o pacote da excursão, a política de seus anúncios publicitários já havia sofrido profundas modificações, eis que, para evitar novas condenações judiciais, a empresa passou a destacar expressamente em suas divulgações que as excursões por ela promovidas se referiam ao Município chamado Califórnia e, também, passou a inserir a bandeira da cidade paranaense nos respectivos cartazes promocionais.

Se este novo quadro fático-jurídico fosse remetido ao crivo da Inteligência Artificial, poderia ela proceder ao *distinguishing* em relação ao padrão decisório anteriormente formulado?

Por trabalhar com a mera associação de enunciados, a Inteligência Artificial provavelmente dirigiria o seu enfoque para as *inúmeras* semelhanças existentes entre o caso concreto e o padrão decisório formulado (p.ex., mesma agência de viagens, mesmo pacote de excursão para o Município de Califórnia, mesma pretensão indenizatória), passando ao largo da circunstância de que a empresa passou a perfilhar uma nova política publicitária. Trata-se do fenômeno conhecido nos estudos de *machine learning* como “sobreajuste” (FAGAN; LEV-MORE, 2019, p. 16-19). Em suma, a máquina tenderia a se seduzir por uma espécie de “viés confirmatório”, que a forçaria a manter a conclusão coarctada nas sentenças anteriores, a despeito da existência de elementos que justificariam um *distinguishing* (NUNES; MARQUES, 2018).

Anui-se com Corvalán (2020, p. 36, tradução nossa) no sentido de que, em se tratando de sistemas de Inteligência Artificial, o afastamento da aplicação de padrões decisórios não ocorre porque a máquina realiza um *distinguishing* embasado na incompatibilidade dos *atos materiais* do precedente com os *atos materiais* do caso concreto, mas sim porque “*não encontrou as correlações de palavras que estavam presentes no histórico de dados de outros casos relacionados*”.

Se o *distinguishing* já se mostra bastante improvável de ser executado pelos atuais mecanismos de Inteligência Artificial, o *overruling* está ainda mais distante de seu alcance. Como exposto alhures, o *overruling* se dá quando um precedente deixa de ostentar congruência com as concepções que regem uma determinada população, razão pela qual a tese nele encartada sofre uma espécie de revogação.

A prática do *overruling* está indispensavelmente condicionada à identificação dos valores sociais, políticos, culturais e econômicos de uma época, tendo em vista que a revogação de um precedente se calca na premissa de que o entendimento projetado pela Corte de outrora não mais ostenta compatibilidade com a sociedade contemporânea. A revogação do precedente *Plessy v. Ferguson*, por exemplo, decorreu da constatação de que a sociedade estadunidense passou a repugnar quaisquer práticas de discriminação racial (GERHARDT, 1991, p. 103). Do mesmo modo, a superação do precedente *Bowers v. Hardwick* calcou-se no diagnóstico empírico de que os cânones da isonomia impossibilitavam a perpetuação de um entendimento judicial que autorizava a criminalização de relações homoafetivas (GERHARDT, 1991, p. 111-112).

O *overruling* depende da apreensão de valores que ultrapassam o conhecimento jurídico formal e invadem os âmbitos moral, político, econômico e cultural. E se a complexidade inerente aos dilemas morais, econômicos e culturais impede a obtenção de consensos absolutos entre os seres humanos, é pouco mais que evidente que os atuais mecanismos de Inteligência Artificial não possuem capacidade para resolvê-los.

Ademais, por serem vocacionadas à busca de padrões, a atuação das Inteligências Artificiais tende a fortalecer e a retroalimentar os parâmetros decisórios utilizados durante o julgamento de casos pregressos, o que redundará numa “ossificação” das regras do sistema jurídico. A par do suporte fático que lhe é submetido para apreciação, o enfoque da máquina adstringir-se-á à procura de informações que detêm alguma espécie de similaridade com aquelas armazenadas em sua base de dados; em contrapartida, ela não possui qualquer preocupação em criar soluções jurídico inovadoras que visam adequar o posicionamento das Cortes aos influxos culturais, políticos e econômicos de uma sociedade (RE; SOLOW-NIEDERMAN, 2019, p. 268-269).

Ao que tudo indica, aplicar precedentes é mais complexo do que resolver anagramas ou filtrar *e-mails* indesejados, motivo pelo qual as Inteligências Artificiais desenvolvidas até o presente momento não são *tecnicamente* aptas a percorrer com acurácia as etapas cognitivas que envolvem o raciocínio por precedentes.

4 MÁQUINAS SÃO ETICAMENTE APTAS A APLICAR PRECEDENTES JUDICIAIS?

Apesar de as Inteligências Artificiais ainda não serem idôneas para a aplicação de precedentes, é bastante provável que várias das limitações apontadas na subseção pregressa sejam superadas em um futuro próximo. De fato,

os avanços fornecidos pelos métodos de *deep learning* e de construção de redes neurais artificiais tornam cada vez mais verossímil a figura de uma Inteligência Artificial que projeta ilações idênticas às do cérebro humano, a ponto de não remanescer qualquer possibilidade de se distinguir a decisão do julgador e da máquina (CORVÁLAN, 2020, p. 16). Quando as Inteligências Artificiais se tornarem réplicas exatas da mente humana, não haverá qualquer sentido lógico em se manter a assertiva de que as máquinas seriam *tecnicamente* inaptas à aplicação de precedentes judiciais, pois isso significaria o mesmo que rejeitar a capacidade dos próprios humanos de raciocinar por meio de precedentes.

Todavia, a eventual criação de Inteligências Artificiais tecnicamente aptas ao manejo de precedentes não pode (e não deve) implicar uma autorização imediata de seu emprego pela comunidade jurídica. Isso porque os debates em torno da utilização de Inteligências Artificiais no ofício judicante ultrapassam o escopo da ciência da computação e invadem a dimensão da *ética*. Como bem destacado na doutrina de Luís Greco (2020, p. 44), toda a história do Direito é permeada pela conexão entre as noções de “poder” e de “responsabilidade”, sendo lícito assumir que os juízes somente estão autorizados a definir o destino de seus semelhantes na medida em que assumem a responsabilidade pelos seus atos e podem ser exortados a prestar contas sobre as suas decisões. E é justamente por isso que as máquinas carecem de legitimação *ética* para intervir nos processos adjudicatórios:

[...] diferentemente do juiz humano, o robô não responde pelo que ele decide, porque esse *ele*, a rigor, inexistente. O robô não presta contas de sua decisão, muito menos de suas razões. Ele não pode olhar nos olhos de quem é afetado pelo seu exercício de poder, não pode com ele travar qualquer diálogo humano, nem compreendê-lo, porque a máquina nada compreende, e muito menos manifestar-lhe respeito, mas unicamente simular todas essas atitudes, porque a porque a black box (3.0.?) não é apenas opaca, e sim vazia. [...] não apenas que a máquina nada sabe e nada pensa e nada sente, mas, principalmente, que a máquina, diversamente do ser humano, não se sabe *mortal, efêmera e vulnerável*. O juiz-robô sempre será um estranho diante do cidadão; como pode o robô decidir sobre a vida de um alguém se ele literalmente não faz ideia de o que é viver? O juiz-robô significa *poder de julgar sem responsabilidade de julgador*. (GRECO, 2020, p. 45-47)

As comoções relativas à experiência humana são essenciais para que o magistrado se torne cômico das implicações “empáticas” do ato de julgar e, conseqüentemente, dimensione a magnitude das repercussões de sua decisão.

O julgador somente é capaz de compreender que uma condenação criminal depende da constatação de “prova acima de qualquer dúvida razoável” porque tem plena noção da angústia do encarceramento. Somente entende a gravidade de uma decisão que (in)defer a concessão de medicamentos ou de benefícios assistenciais na medida em que é capaz de experienciar a sensação de impotência frente à precariedade da vida humana. E, de igual parte, somente assimila a relevância de uma decisão de decretação da perda do poder familiar porque comunga de relações socioafetivas com os seus pares (GRECO, 2020, p. 58).

De fato, a legitimação do ofício adjudicatório contém, em sua essência, a ideia da *reversibilidade* dos papéis de julgador e autor/réu. O pronunciamento judicial somente adquire natureza impessoal e democrática quando o magistrado e as partes litigantes assumem que a decisão utilizada para a resolução do caso poderia ser imposta a qualquer um deles, contanto que as suas posições sociais fossem invertidas. Conforme apontam Kiel Brennan-Marquez e Stephen E. Henderson:

Isso significa meramente que o decisor deve estar apto a aceitar o mesmo julgamento de modo invertido. Ele deve ser capaz de dizer: *esta decisão é um resultado da democracia; ela reflete um limite que nós decidimos impor a nós mesmos, e neste caso, isso somente aconteceu porque outra pessoa, ao invés de mim, deve responder a isso*. Do mesmo modo, a parte afetada deve não apenas ser capaz de imaginar que o julgamento poderia se dar de modo invertido, mas ser apta a dizer: *essa decisão é um resultado da democracia; ela reflete um limite que nós decidimos impor a nós mesmos, e neste caso, acontece que outra pessoa, ao invés de mim, é aquele que a executa*.

Em outras palavras, atos individuais de julgamento, não menos que regras gerais, devem ser entendidos como auto-impostos. (BRENNAN-MARQUEZ; HENDERSON, 2019, p. 153, tradução nossa)

As decisões tomadas por Inteligências Artificiais não cumprem o pressuposto da *reversibilidade* do julgamento, visto que, por não serem capazes de experienciar sensações humanas, mas tão somente de simulá-las, máquinas não são capazes de inverter os seus papéis com o humano submetido a julgamento. Neste contexto, pode-se concluir que “nós somente podemos ter robôs-julgadores quando, da mesma forma intercambiável, tivermos réus-robôs” (HENDERSON, 2019, p. 9, tradução nossa).

Por isso, imperioso reconhecer que ferramentas como VICTOR e Sócrates despertam diversas inquietações de ordem ética, ainda que empregadas “apenas” durante o juízo de admissibilidade de Recursos Especiais e Extraordinários.

É que, diferentemente do que propõe os defensores de tais Inteligências Artificiais, a associação do caso concreto a um tema de Repercussão Geral ou a uma tese firmada no julgamento de um Recurso Extraordinário ou Especial Repetitivo não é uma etapa secundária do raciocínio decisório, tampouco indiferente a ele. De todo o contrário, durante a localização do precedente aplicável à demanda *sub judice*, presume-se que VICTOR e Sócrates identificaram os *atos materiais* compartilhados entre o precedente e o caso concreto, bem como elaboraram o princípio jurídico que deve solucionar ambos (BAHIA, 2021, p. 444). Ao sugerir a associação dos termos de uma petição a um precedente em específico, VICTOR e Sócrates também refutam eventual *distinguishing* e *overruling*, exercendo uma influência direta no resultado do *decisum*.

Embora os entusiastas dos sistemas VICTOR e Sócrates indiquem que tais algoritmos não são os responsáveis pela decisão final do caso (MAIA FILHO; JUNQUILHO, 2018, p. 226), é certo que os magistrados dificilmente preservarão a autonomia de seus julgamentos após difusão de tais Inteligências Artificiais em sua labuta cotidiana (GRECO, 2020, p. 63). A soma da sobrecarga de trabalho com a excessiva confiança que os juristas depositam nas inovações tecnológicas gerará um cenário bastante propício para a instauração de uma espécie de “viés de automação” (CITRON, 2008, p. 1.271-1.272): ao invés de proceder ao vagaroso ofício de analisar, de maneira atenta e minuciosa, o (des) acerto das correlações efetuadas pela Inteligência Artificial, os magistrados sentir-se-ão compelidos a adotar a solução mais rápida de acatar, de maneira acrítica, as conclusões exaradas pela máquina. Conquanto no plano ideal o poder decisório remanesça nas mãos do magistrado, não há dúvidas de que, em virtude do alto contingente de processos e das demandas por eficiência e celeridade, os juízes tenderão a delegar parte significativa de seu ofício às máquinas.

Seja por desnaturar a associação entre as noções de “poder” e “responsabilidade”, por não obedecer aos pressupostos da “reversibilidade” do julgamento, ou por implicar uma delegação implícita de parte significativa do ofício judicante, Inteligências Artificiais não são *eticamente* idôneas para aplicar precedentes judiciais.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, viu-se que, embora as Inteligências Artificiais mostrem-se cada vez mais presentes no cotidiano forense, a sua utilização no processo de aplicação de precedentes judiciais deve ser encarada com ressalvas.

Conquanto eficientes para correlacionar palavras e identificar padrões, Inteligências Artificiais tendem a apresentar dificuldades para processar os

conceitos necessários para a identificação dos *atos materiais* dos precedentes, bem como para lançar mão das técnicas do *overruling* e do *distinguishing*. Além disso, legar às máquinas o poder de selecionar os precedentes responsáveis por indicar a solução do caso concreto é medida que esbarra em uma série de tribulações éticas, mormente porque desvirtua a conexão entre as noções de “poder” e “responsabilidade” que permearam toda a história do Direito.

Portanto, as Inteligências Artificiais tendem a não ostentar aptidão *técnica* e *ética* para a aplicação de precedentes judiciais. Ao fim e ao cabo, aplicar precedentes judiciais é um ofício sobremaneira distinto da resolução de anagramas e da filtragem de *e-mails*.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BAHIA, Alexandre. Reserva legal e a implantação do juiz-robô no Brasil. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique Santos; WOLKART, Erik Navarro (orgs.). **Inteligência Artificial e Direito Processual**: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. Salvador: Juspodivm, 2021.

BAKER, Jamie J. 2018: *a legal research odyssey: artificial intelligence as disruptor*. *Law Library Journal*, v. 110, 2018.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: EMais, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 693.456/RJ**, Plenário, Rel.: Min. Dias Toffoli, j. 27/10/2016.

BRENNAN-MARQUEZ, Kiel; HENDERSON, Stephen E. **Artificial intelligence and the role-reversible judgment**. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 109, n. 2, 2019.

CAMPBELL, Ray Worthy. *Artificial intelligence in the courtroom: the delivery of justice in the age of machine learning*. *Colorado Technology Law Journal*. v. 18, jun., 2020.

CITRON, Danielle Keats. *Technological due process*. *Washington University Law Review*, v. 85, 2008.

CORVÁLAN, Juan Gustavo. *Inteligencia Artificial GPT3, PretorLA y oráculos algorítmicos em el Derecho*. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./abr., 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 2.

FAGAN, Frank; LEVMORE, Saul. *The impact of Artificial Intelligence on rules, standards and judicial discretion*. **Southern California Law Review**, v. 93, 2019.

GERHARDT, Michael J. *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*. **The George Washington Law Review**, v. 60, n. 1, nov., 1991.

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. **Yale Law Journal**, v. XL, n. 2, dez., 1930.

GRECO, Luís. **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador**: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

HENDERSON, Stephen E. *Should Robots Prosecute and Defend?* **Oklahoma Law Review**, v. 72, n. 1, 2019.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

LAGE, Fernanda de Carvalho. **Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez., 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, v. 285, nov., 2018.

PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente. *In*: VASCONCELLOS, Fernando

Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (orgs.). *O dever de fundamentação no novo CPC*: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PINTO, Henrique Alves. A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária *accountability*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 57, n. 225, jan./mar., 2020.

RE, Richard M.; SOLOW-NIEDERMAN, Alicia. Developing Artificially Intelligent Justice. *Stanford Technology Law Review*, v. 22, 2019.

SCHAUER, Frederick. *The Generality of Law*. *West Virginia Law Review*, v. 107, n. 1, 2004.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. *On treating unlike cases alike*. *Constitutional Commentary*, v. 33, n. 3, 2018.

SOURDIN, Tania. Judge v. robot? Artificial intelligence and judicial decision-making. *UNSW Law Journal*, v. 41, n. 4, 2018.

SURDEN, Harry. *Machine learning and the law*. *Washington Law Review*, v. 89, 2014.

SUSTEIN, Cass R.; ASHLEY, Kevin; BRANTING, Karl; MARGOLIS, Howard. *Legal Reasoning and Artificial Intelligence: how computers think like lawyers*. *University of Chicago Law School Roundtable*, v. 8, 2001.

A POSIÇÃO DO FISCO NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS: EXIGÊNCIA DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO

Aletheia Cristina Biancolini D'Ambrosio ⁸⁹

INTRODUÇÃO

Desde o início da vigência da Lei 11.101/2005, em consonância com o entendimento do legislador, os tribunais gradativamente pacificaram a jurisprudência no sentido de que não seria necessária a exigência de certidões de regularidade fiscal para a concessão da recuperação judicial.

Tal se deve porquanto as empresas em crise em sua esmagadora maioria possuem dívidas fiscais, justamente porque nossa legislação trabalhista é tão rigorosa a ponto de que os empresários optam sempre por manter suas obrigações em dia, em detrimento das obrigações fiscais.

Contudo, o fisco, sempre ávido em arrecadar mantém uma política bastante nefasta com relação às empresas em crise. Sua estratégia, basicamente consiste em protelar os feitos recuperacionais, de modo que as recuperandas sejam sufocadas pelo tempo: recurso mais precioso para uma empresa que tenta se soerguer.

Desta forma, o presente trabalho visa demonstrar a desnecessidade da apresentação de certidões de regularidade fiscal, apresentando a vasta legislação acerca do tema e como a intenção do legislador da LRF (Lei 11.101/2005) vislumbrou o princípio da preservação da empresa como pilar que sustenta a manutenção de empregos e da própria atividade econômica.

Assim sendo, são colocados aqui os dispositivos legais em confronto e como as Cortes Superiores tratam da questão.

Para isto, recorreu-se à legislação e também em julgados, de forma a destacar os pontos mais importantes que fundamentaram aquelas decisões. Lembrando da responsabilidade sócio-política da Corte Constitucional perante o Estado e os Contribuintes.

⁸⁹ Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em contratos empresariais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Administradora Judicial pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e pelo Instituto Brasileiro de Insolvência (IBAJUD). Professora de Direito em cursos profissionalizantes. Sócia-fundadora da banca Biancolini D'Ambrosio e Menzel Vieira Advogados. Advogada militante em Direito da Insolvência, Consultora, Auxiliar Jurídica de massa falida, membro da Comissão de Recuperação Judicial e Falências da OAB/PR. Foi Professora na pós-graduação da Universidade Positivo. Palestrante.

1 A EXIGÊNCIA DAS CERTIDÕES DE REGULARIDADE FISCAL

Desde o início da vigência da LRF (Lei 11.101/2005), as cortes superiores têm reforçado o entendimento de que o Juízo Recuperacional (Juízo Universal) não precisa exigir a apresentação das certidões negativas de débito para deferir o processamento da recuperação judicial.

Com a reforma trazida pela Lei 14.112/2020, os créditos tributários continuam excluídos do processo de recuperação judicial (art. 187 CTN e art. 29 Lei 6.830/1980), na contramão do Instituto Estadunidense, que inspirou a nossa Lei 11.101/2005.

A lei 14.112/202, que modificou a lei 10.522/2002 alterou a redação do artigo 10-A e incluiu os artigos 10-B e 10-C, trazendo às recuperandas instrumentos para regularizar o passivo fiscal em condições melhores que aquelas da legislação anterior (exs. Parcelamento especial e transação tributária especial).

A intenção do legislador na reforma reflete-se em trazer alternativa para diminuir ou quitar o passivo fiscal, de maneira que se viabilize a obtenção pela empresa de certidões positivas com efeito de negativa ou certidões negativas de débitos tributários, para que seja concedida a recuperação judicial, conforme os artigos 57 e 58 da LRF.

O professor Doutor Daniel Carnio Costa (uma das mais renomadas autoridades em Direito da Insolvência) aponta que “o cenário legislativo anterior praticamente inviabilizava o cumprimento do disposto nos arts. 57 e 58 da lei 11.101/2005, na medida em que a lei não apresentava alternativa viável de equacionamento do passivo fiscal” (CARNIO COSTA; YSHIBA MICHELS, 2022).

E a experiência profissional da autora, que atuou em praticamente um terço das recuperações judiciais em trâmite no país reforçam esse entendimento, já que empiricamente se verificou que por muitos anos, os parcelamentos específicos para empresas em recuperação judicial acabaram sendo menos vantajosos do que os diversos REFIS (Programas Especiais de Regularização de Débitos) ofertados aos demais devedores.

Por conta da ausência de lei específica para a regulamentação do parcelamento tributário para as empresas em recuperação judicial, tratou a jurisprudência do STJ de consolidar o entendimento que se dispensar a certidão de regularidade fiscal para que se concedesse a recuperação judicial.

Lembrando que o parcelamento específico da LRF (art. 68, incluído pela Lei 13.043/2014) acabava por ser inefetivo, já que destinava às recuperandas um tratamento mais rigoroso do que aquele destinados aos outros devedores,

de modo geral. Ferindo, portanto, o princípio da isonomia. Não bastasse isso, ainda exigia que as empresas em recuperação judicial parcelassem todos os seus débitos, mesmo aqueles que ainda estavam com exigibilidade suspensa ou em discussão judicial.

Portanto, sensível a essa situação, o Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento da desnecessidade de apresentação de certidões de regularidade fiscal como condição para que se concedesse a recuperação judicial.

2 RECURSO ESPECIAL nº 1.864.625/SP

Em 23 junho de 2020, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.864.625/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, o STJ entendeu inaplicável a regra do art. 57 da Lei 11.101/2005, posto que conflita frontalmente com o preceito do art. 47 da mesma lei, que diz o seguinte:

Art. 47 - A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Ora, se a intenção do legislador é nitidamente fazer com que a empresa supere a situação de crise, preservando a fonte produtora, postos de trabalho e, principalmente, o interesse dos credores nota-se que a exigência do artigo 57 colide frontalmente com o princípio da preservação da empresa.

Portanto, no STJ, prevaleceu a conclusão de que a exigência das certidões de regularidade fiscais seria inoportuna e inviabilizaria as recuperações judiciais.

3 RECENTES JULGADOS DO STF

Embora a dispensa da exigência das Certidões de Regularidade Fiscal já estivesse consolidada pela jurisprudência das Cortes, a PGFN promoveu Reclamação perante o STF (Rcl 43.169), que teve concessão de liminar prolatada pelo Ministro Luiz Fux (de 04 de setembro de 2020). Tal liminar sobrestou os efeitos da decisão acima indicada do STJ (REsp 1.864.625/SP), trazendo novamente aplicação ao art. 57 da LRF e art. 191-A do CTN, até o julgamento final da mencionada Reclamação. Todavia, tal se deu sem pronunciamento da Corte Especial – competente para apreciação – que deveria fazer o controle difuso de proporcionalidade. Referido Ministro entendeu que a mora legislativa do parcelamento específico (art. 68 da Lei 11.101/2005) teria sido “sanada” com a edição da Lei 13.043/2014.

Ocorre que tal decisão liminar foi tornada sem efeito logo na sequência, por conta da redistribuição ao Ministro Dias Toffoli, que acabou negando-lhe seguimento, ao entender por afastar a exigência de Certidão Negativa de Débitos (CND) para homologação dos planos de recuperação judicial, já que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça procurou uma solução com “menor restrição possível às normas legais que nortearam o instituto da recuperação”.

A decisão é de 03 de dezembro de 2020. Veja-se a ementa:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. ART. 57 DA LEI 11.101/05 E ART. 191-A DO CTN. EXIGÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A FINALIDADE DO INSTITUTO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL. APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI 11.101/05. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 43169 SP – Relator: Dias Toffoli, 3 de dezembro de 2020. Dje: 04/12/2021) **(grifo nosso)**

4 A EVIDENTE INAPLICABILIDADE DO ART. 57 DA LRF

Um dos comandos mais polêmicos da Lei 11.101/2.005 é justamente aquele do artigo 57, que assim dispõe:

[...] após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Ou seja, pela letra fria da Lei, a aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores não seria suficiente para garantir ao devedor a concessão da recuperação, porque o juiz deveria exigir, antes da decisão concessiva, a apresentação de certidões negativas de débitos tributários, nos termos previstos pela legislação tributária.

Ora, tal exigência da lei falimentar sempre mereceu críticas da doutrina especializada, sobretudo porque o passivo tributário do devedor que pede recuperação judicial é muitas vezes uma das razões de sua crise.

Há alguns anos, a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do TJSP, no julgamento do paradigmático caso da VASP, decidiu que a regra

do art. 57 só poderia ser aplicada quando for editada a lei específica que trata do parcelamento de crédito tributário para devedores em recuperação.

Ainda, nesse mesmo sentido foi aprovado o Enunciado nº 55 da I Jornada de Direito Comercial do CJF:

O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art. 191-A do CTN”.

Mencione-se que tal lei específica tem previsão no art. 68 da própria Lei nº 11.101/2005.

Portanto, a Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp nº 1.187.404, seguiu essa mesma linha de entendimento, acompanhando voto do Ministro Luís Felipe Salomão, que considerou a exigência do art. 57 como “um Instituto Sepultado”.

Portanto, uma vez que as Cortes Superiores consolidaram o entendimento no sentido da inaplicabilidade do art. 57, injustificável a estratégia do Fisco, especialmente da União, nos processos de recuperação judicial.

5 A SISTEMÁTICA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO

A maioria absoluta das empresas em crise possuem dívidas com o fisco. De tal sorte, a recuperação judicial mostrou-se para muitas delas como única alternativa de soerguimento.

Portanto, há que se entender que a regra do art. 57 deve ser compreendida não de forma literal, mas de forma sistemática de sorte a harmonizar-se com a ordem jurídica global.

É público e notório que o contribuinte brasileiro é obrigado a conviver com um sistema tributário complexo, confuso e dispendioso que lhe retém anualmente 3.600 horas de trabalho só para dar cumprimento às obrigações tributárias, acessórias e principais. Por essa razão, o Brasil vem subindo no *ranking* de países mais burocratizados, o que diminui a competitividade de seus produtos e serviços mercado internacional globalizado.

Dentro do critério de interpretação sistemática que ora se sugere, deve ser levado em conta o contido no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que assim prescreve:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige, os costumes e os princípios gerais de direito.

Assim sendo, deve ser examinado o objetivo visado pela Lei de Recuperação Judicial, bem como da importância que a Constituição Federal dispensa aos agentes econômicos, assim como a realidade conjuntural em que uma das dificuldades econômico-financeiras das empresas em geral tem origem exatamente na elevada carga tributária e complexidade do sistema tributário em vigor de difícil operacionalização.

Tal interpretação sistemática, deve levar em consideração o espírito da Lei 11.101/2005, que está expresso em seu artigo 47:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção de fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A preservação da ordem econômica, não permitindo a supressão de uma unidade produtora que esteja atravessando momentaneamente uma situação de crise econômico-financeira, constitui o objetivo perseguido pela lei de recuperação judicial, considerando que as empresas sempre cumprem um importantíssimo papel na sociedade: tanto gerando empregos, quanto produzindo riquezas que propiciam as receitas públicas essenciais ao atendimento das finalidades do Estado. Por tal motivo, pode-se afirmar que o comando do art. 47 possui sua matriz constitucional no art. 170 da Constituição Federal, que versa sobre a ordem econômica e consagra o princípio fundamental da livre iniciativa, o qual pressupõe a prevalência da propriedade privada na qual se assenta a liberdade de empresa, a liberdade de contratação e a liberdade de lucro como marcos mínimos que dão embasamento ao regime econômico privado adotado pela Lei Maior.

Ainda, verifica-se que o próprio instituto do parcelamento (REFIS) explica a aparente contradição entre o art. 57, que exige as certidões negativas de tributos para concessão da recuperação judicial, e o art. 52, II, que determina a dispensa dessas certidões no despacho que defere o processamento da recuperação judicial. Por isso, quando o art. 68 prescreve que as Fazendas Públicas e o INSS poderão “deferir” o parcelamento de seus créditos, na realidade, tem-se que entender não como “faculdade” do poder público, mas como um “dever”. Ao se exigir certidões, a lei parte do pressuposto de que só deve ser tentada a recuperação judicial das empresas com efetiva capacidade econômica para saldar, a longo prazo, a totalidade das suas dívidas (concurais e extraconcurais).

Uma vez aprovado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores, a lei de regência exige o cumprimento de apenas um dos três requisitos alternativos: (a) apresentação das certidões negativas de tributos; (b) exibição

das certidões positivas de tributos com efeito de negativa; (c) obtenção de parcelamento de créditos tributários de conformidade com as normas do CTN.

Como existem três requisitos alternativos, como falta lei específica de parcelamento de todos os créditos tributários do devedor em recuperação judicial, consoante a previsão do § 3º, do art. 155-A do Código Tributário Nacional, não pode o juiz fazer recair a exigência legal sobre a primeira das alternativas.

6 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO JURISDICIONAL

A inovação trazida pela Lei Federal 14.112/2020, que alterou a lei 11.101/05 (de Recuperação Judicial), incluindo, dentre outras modificações, o seguinte parágrafo ao art. 6º:

Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69[1] da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código. (grifo nosso).

Assim, nas palavras da Desembargadora Monica Maria Costa Di Piero, uma das mais renomadas autoridades brasileiras sobre Recuperação Judicial demonstra que “a previsão do art.6º, §7º, da lei 11.101/05, que afastou a incidência, nas execuções fiscais, do disposto nos incisos I, II e III do caput do

art.6º, apenas assentou a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial.” (DI PIERO, 2022).

O próprio Superior Tribunal de Justiça sacramentou a tese de que é o juízo universal que deve decidir sobre a questão da destinação dos bens da recuperanda, e não ao fisco:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ORDEM DE PENHORA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. EVENTUAL NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. COOPERAÇÃO JURISDICIONAL. 1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ. 2. Nos termos da regra estabelecida pelo novo § 7º-B da Lei n. 11.105/2005, incluído pela Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020, no processo executivo instaurado para a cobrança de créditos tributários, a ordem de penhora e a determinação de eventuais atos de constrição são da competência do juízo da execução fiscal; **contudo, deferida a recuperação judicial à sociedade empresária executada, compete ao juízo especializado da recuperação a análise e a decisão a respeito da necessidade de manutenção ou substituição dos atos de constrição determinados no processo de execução e que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 do CPC/2015.** Precedentes: AgInt no REsp 1981865/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2022, DJe 29/04/2022; AgInt no CC 181.733/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 15/03/2022, DJe 18/03/2022. 3. A mera oposição de embargos de divergência, pendentes de julgamento, não tem o condão de sobrestar o trâmite do recurso, por ausência de disposição legal nesse sentido. 4. Agravo interno não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº. 982.327/SP.** Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 13 de junho de 2022. DJe:15/6/2022.) **(grifo nosso).**

Da mesma maneira, seguem os julgados:

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONSTRIÇÃO DE BENS ORDENADA PELO JUÍZO DA DEMANDA EXECUTIVA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 6º, § 7º-B, DA LEI 11.101/2005, INTRODUZIDO PELA LEI 14.112/2020. CONFIGURAÇÃO DO CONFLITO QUE PRESSUPÕE A EFETIVA OPOSIÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL À DELIBERAÇÃO DO JUÍZO RECUPERACIONAL ACERCA DO ATO CONSTRITIVO. PRECEDENTE ESPECÍFICO DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. 1. O deferimento do pedido de recuperação judicial não suspende ou impede o prosseguimento da execução fiscal, **porém os atos de constrição e disposição direcionados ao patrimônio da recuperanda sujeitam-se ao controle do Juízo da recuperação, a teor da redação do Art. 6º, § 7º-B, da Lei 11.101/05, incluído pela Lei nº 14.112, de 2020.** 2. **A submissão de tais atos ao Juízo da recuperação judicial, para que este promova o exame sobre a constrição, pode ser feita, de ofício, pelo Juízo da execução fiscal, em atenção à cooperação jurisdicional, ou por provocação das partes interessadas.** 3. Nesse contexto, somente estará configurado o conflito de competência caso seja efetiva a constrição de algum bem da recuperanda pelo Juízo da execução e o Juízo universal, sendo noticiado dessa circunstância, reconheça, por decisão, a essencialidade de tal ativo à manutenção da atividade empresarial durante o curso do processo de soerguimento e, determinando ele a substituição do bem, encontre oposição ou resistência do Juízo da demanda executiva. 4. Orientação firmada pela Segunda Seção do STJ no julgamento do CC 181.190/AC (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 30/11/2021, DJe 07/12/2021). 5. No caso, o pequeno valor constrito foi desbloqueado pelo juízo executivo. Não efetivada a constrição, o juízo da recuperação judicial não se pronunciou sobre o ato, nem, conseqüentemente, há qualquer objeção do juízo da execução fiscal. 6. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL. **Agravo Interno no Conflito de Competência nº 183.449/PE.** Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 31 de maio de 2022. DJe: 2/6/2022). **(grifo nosso).**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SUBMISSÃO DO ATO AO JUÍZO UNIVERSAL. ART. 6º, § 7º-B, da LEI N. 11.101/2005. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. DECISÃO MANTIDA. 1. O art. 6º, § 7º-B, da Lei n. 11.101/2005 não alterou o entendimento desta Corte Superior, fundado no princípio da preservação da empresa, de competir ao Juízo da recuperação a análise dos atos constritivos e expropriatórios contra o patrimônio da sociedade. Entretanto, permitiu que o Juízo da execução fiscal ordene o ato, deixando a análise final a cargo do Juízo da recuperação. 2. Além de detalhar, minuciosamente, a dinâmica dos atos processuais constritivos entre os dois Juízos, a Segunda Seção afirmou ser indispensável “à caracterização de conflito de competência perante esta Corte de Justiça, que o Juízo da execução fiscal, por meio de decisão judicial, se oponha concretamente à deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito da constrição judicial, determinando a substituição do bem constrito ou tornando-a sem efeito, ou acerca da essencialidade do bem de capital constrito” (CC n. 181.190/AC, Rel. Min. MARCO AURELIO BELLIZZE, julgado em 30/11/2021, DJe 07/12/2021). 3. No caso, concomitantemente à ordem de penhora, o Juízo da execução fiscal determinou a análise pelo Juízo da recuperação, inexistindo conflito. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no CC 182.740/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 15/02/2022, DJe 18/02/2022) AGRAVO INTERNO EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O art. 300 do CPC/2015 impõe como requisitos necessários à concessão da tutela de urgência a verificação tanto da probabilidade do direito pleiteado quanto do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. 2. O deferimento do pedido de recuperação judicial não suspende ou impede o prosseguimento da execução fiscal, todavia, os atos constritivos devem passar pelo crivo do Juízo da recuperação, ao teor da redação do Art. 6º, § 7º-B da Lei 11.101/05 o qual foi incluído pela Lei nº 14.112, de 2020. 3. Realizados atos de constrição pelo Juízo da execução fiscal, num primeiro momento, de rigor que a parte suscitante noticie tais fatos ao Juízo do soerguimento para que este delibere sobre os atos constritivos, conforme preceitua o art. 6º, § 7º-B da Lei 11.101/05, acima colacionado e, apenas na inobservância das diligências

determinadas pelo Juízo da recuperação estaria configurado o conflito de competência. 4. No caso, a parte agravante juntou documento que comprova penhora realizada em setembro de 2016, sem qualquer decisão posterior do Juízo da recuperação quanto à necessidade de desbloqueio de tais valores. 5. Agravo interno não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **A gravo Interno no Conflito de Competência nº 180.775/SP**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 30 de novembro de 2021. DJe: 07/12/2021). **(grifo nosso)**.

Assim, pelo princípio da cooperação jurisdicional, os juízos das execuções fiscais devem reconhecer a figura do Juízo Universal como competente para decidir acerca das questões afetas aos bens da recuperanda, para que a recuperação judicial (que também é uma execução coletiva) tenha sucesso.

7 O DILEMA DOS IMPOSTOS BONS E DOS IMPOSTOS RUINS

Um aspecto que deve ser seriamente levado em consideração é a mentalidade de que os impostos teriam relação com “redistribuição de renda”. Tal análise é tratada com maestria no livro “Um Capitalismo Para o Povo”, do economista italiano, radicado nos Estados Unidos, Luigi Zingales.

Para o economista, essa concepção é equivocada, na medida em que se acredita que a grande disparidade econômica entre os níveis sociais seria “corrigido” com a tributação. Ocorre que essa mentalidade de “redistribuição” acaba reduzir os incentivos ao trabalho, ao investimento e à busca por excelência. Dessa forma, um Estado pode perder talentos e investimentos em decorrência da sua política tributária.

Além dessas considerações práticas, Zingales também aponta questões morais para rechaçar a redistribuição: ora, quando o Estado passa a cooptar para si quase metade da renda do cidadão, estes são relegados ao estado de escravidão.

Ele ainda aponta que no caso da Itália e América Latina, onde essas políticas de redistribuição e socialismo se instauraram, acabaram por fomentar o “capitalismo de compadrio”, que sempre privilegia uma elite minoritária altamente amalgamada com a classe política tomadora de decisões. Obviamente, o capitalismo de compadrio macula o sistema, destruindo a concorrência estimulada pelo livre mercado.

Em outras palavras, não há livre mercado de fato onde se estabelece o capitalismo de compadrio, sendo que o valor do trabalho é bastante diminuído, prejudicando justamente os pequenos produtores e trabalhadores.

Sabe-se que os impostos têm 3 funções: 1. Aumentar a arrecadação; 2. Modificar os incentivos; e, por fim, 3. Redistribuir renda.

Sobre “modificar os incentivos”, Zingales aponta que “taxar a renda diminui o incentivo ao trabalho”. Portanto, se modificar os incentivos é o objetivo do imposto, a receita fiscal seria um efeito colateral. Os libertários são fortemente contrários a esse imposto porque são uma forma radical de coerção estatal. Já para Zingales, os impostos que moldam os incentivos são legítimos quando a alternativa é alguma forma pior de coerção como proibições ou restrições.

Já a redistribuição (item 3) é alvo constante de debate. Essa redistribuição teria dois aspectos: aquela que cobra desigualmente os impostos, fazendo com que os ricos paguem o custo social de uma maneira desproporcional e o aspecto sob a ótica de “Robin Wood”: retirar a renda dos ricos e dar aos pobres.

Ao tratar dos “impostos ruins”, Zingales afirma que alguns impostos provocam a distorção dos incentivos a ponto de desestimular o trabalho (menciona o exemplo de um vizinho em idade produtiva que optou por ficar em casa cuidando dos filhos porque pagaria impostos sobre sua própria renda e pesados impostos sobre o salário pago à uma babá, o que encareceria demais seu custo de vida). Para a nossa realidade, há de se demonstrar que uma quantidade de empregos formais foi extinta porque a contribuição tributária/previdenciária torna inviável economicamente a manutenção desses postos de trabalho. Isso sem contar o fenômeno da “evasão fiscal”, que faz com que produtores busquem em países vizinhos condições mais vantajosas para exercício da sua atividade, o que deixa uma lacuna no mercado de empregos nacional.

Zingales também aponta a existência de “impostos bons”, que seria o exemplo dos “impostos piguvianos”⁹⁰, que visam, em última análise, corrigir distorções nos incentivos, como exemplo dos impostos sobre tabaco nos Estados Unidos e sobre o cigarro no Brasil.

A grande realidade é que onde é maior a intervenção estatal, aumentam-se os impostos.

Como já mencionado, a carga tributária no Brasil equivale a 35,95% do Produto Interno Bruto, o que representa aproximadamente 1,74 trilhão de reais em arrecadação tributária, sendo que no mesmo referencial de tempo o PIB teve um crescimento acumulado na ordem de 2,5% em relação ao ano anterior. Inclusive, o referido estudo assinalou que o resultado apresentado derivou, em grande parte, do bom desempenho do setor econômico da agropecuária no período em questão.

⁹⁰ Possui esta denominação em homenagem ao economista Arthur Pigou, que verificou que a meta desse tributo é corrigir incentivos distorcidos e não aumentar a receita.

Ocorre que a contraprestação do Estado ao setor é pífia, na medida em que o volume de tributos federais pagos por esse setor econômico cresceu em 6,62% ao ano, conquanto os gastos públicos federais voltados à agropecuária foram acrescidos em apenas 4,08% em idêntico lapso temporal. Ou seja, no ano de 2010, o volume de recursos usurpados do setor sob a forma de tributos federais (R\$ 21,2 bilhões) excede consideravelmente o volume de recursos gastos pela União com o setor (R\$ 14,7 bilhões), num evidente caso de superávit fiscal.

CONCLUSÃO

A Lei 11.101/2005 consagrou o Princípio da Preservação da Empresa, no intuito não só de proteger a atividade produtiva, mas também de todo o sistema que envolve aquela atividade a ser protegida: mercado, empregados, parceiros, entre outros.

A benesse concedida ao Fisco de não participar da recuperação judicial acaba por trazer uma grande vantagem à União. Contudo, revela-se bastante desfavorável às empresas em recuperação judicial, na medida em que as execuções fiscais continuam seu trâmite normal.

Portanto, a exigência de que uma empresa em crise apresente certidão de regularidade fiscal para a concessão da recuperação judicial não tem sentido, uma vez que quase todas as recuperandas possuem débitos fiscais. De outro lado, uma empresa que está em dia com o fisco, não necessita do instituto da recuperação judicial.

A atuação do fisco tem sido bastante problemática para as empresas em recuperação judicial, que precisam rapidamente se soerguer e manter a atividade produtiva, preservando empregos.

REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Daniel Carnio; MICHELS, Liliane Midori. **A novela do Fisco na Recuperação Judicial: cenas do próximo capítulo**. Migalhas, 30 ago. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/372576/a-novela-do-fisco-na-recuperacao-judicial-cenas-do-proximo-capitulo>. Acesso em: 21 out. 2022.

DI PIERO, Monica Maria Costa. **A necessidade da cooperação judicial na aplicação do art 6º 7º-B da lei 11.101/05**. Disponível em: www.migalhas.com.br/depeso/371840/cooperacao-judicial-na-aplicacao-do-art-6--7-da-lei-11-101-05. Acesso em: 21 out. 2022.

BIANCOLINI D'AMBROSIO, Aletheia Cristina; OLIVEIRA CASTRO, Bruno. **Os impactos do FUNRURAL no agronegócio e nas recuperações judiciais**. Migalhas, 31 jul. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/284763/os-impactos-do-funrural-no-agronegocio-e-nas-recuperacoes-judiciais>. Acesso em: 21 out. 2022.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E A REFORMA TRABALHISTA

Alexandre Blank ⁹¹

INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana é nato a qualquer ser humano, independente de sexo, cor, religião ou de qualquer outro fator, bem como, o direito ao trabalho digno.

Assim da ordem econômica brasileira que se trata de um sistema jurídico que corresponde as relações econômicas sendo um conjunto de normas e instituições jurídicas que regulam o exercício da atividade econômica.

Assim sendo passasse ao estudo do princípio do pleno emprego previsto constitucionalmente e sua efetividade no plano da ordem econômica.

Por fim será realizado um estudo sobre a reforma trabalhista e suas mudanças recentes.

Assim sendo o tema é de grande relevância nacional visto a grande discussão judiciária que está havendo acerca da referida lei.

O objetivo do presente trabalho é que houve melhoras com a referida lei, mas não tantas que eram já necessárias na época de sua edição.

A realização do presente trabalho se deu pelo método dedutivo analisando-se doutrina e legislação pertinente para os estudos ora apresentados

O presente trabalho foi dividido em três tópicos sendo o primeiro sobre a ordem econômica, o segundo sobre o princípio do pleno emprego e pôr fim a reforma trabalhista.

1 A ORDEM ECONÔMICA

Em suma, os princípios da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) são regras finais. Eles têm o status de normas jurídicas, expressam positividade e força vinculante, e têm efeitos positivos e negativos sobre o comportamento público ou privado e a interpretação e aplicação de outras normas.

⁹¹ Advogado, Administrador de empresas, pós-graduando em Direito do Trabalho pela Católica de Santa Catarina. Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba. E-mail: alexandreblank86@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9046125088462917>.

Uma vez que esses princípios aparecem explícita ou implicitamente na CRFB, caracterizam-se como o valor primordial e fundador de todo o ordenamento jurídico, juntamente com as diretrizes e interpretações estabelecidas.

São princípios contidos no artigo 170 da CF/88 a defesa do meio ambiente, a propriedade privada, a função social da propriedade a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego soberania nacional, a livre concorrência, a defesa do consumidor e o tratamento favorecido para empresas brasileiras de pequeno porte sendo que delimitam os vetores e valores supremos da ordem econômica.

Diante disso Eros Grau (2018, p. 51) afirma que a ordem econômica, mesmo que se oponha à ordem jurídica, faz parte da ordem jurídica e faz parte de um sistema de princípios e regras que inclui a ordem pública, a ordem privada, a ordem econômica e, finalmente, a ordem social.

André Ramos Tavares (2006, p. 81) afirma que ordem econômica também é considerada uma ordem jurídica econômica, e é definida como a manifestação de um arranjo econômico dentro de um determinado sistema jurídico e econômico pré-estabelecido, específico, cuja estrutura de ordem é composta por uma série de sistema consiste em elementos opostos.

Neste sentido ainda Eros Grau (2018, p. 55 – 56) afirma que no primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo empírico de existência de uma determinada economia específica; aqui, expressão é um termo para um conceito factual (portanto, é um conceito de um mundo existente); caracteriza-se por não se referir a um conjunto de regras ou normas de relações sociais, mas refere-se à relação entre fenômenos econômicos e coisas, ou seja, a relação entre fatores econômicos específicos; o conceito de mundo existencial, que expressa a realidade da economia como a expressão interna de fatos No segundo sentido, “ordem econômica” refere-se ao conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), independentemente de sua natureza (lei, religião, moral, etc.), que respeitam as normas que regem o comportamento dos sujeitos. Econômico, é o sistema normativo (no sentido sociológico) do comportamento econômico; O terceiro sentido de “ordem econômica” refere-se à ordem jurídica da economia.

Assim sendo a locução ordem econômica adquiriu dimensão jurídica quando a constituição dos Estados começou a discipliná-las fato este que se iniciou com o advento da Constituição do México em 31 de janeiro de 1917⁹²,

⁹² A constituição mexicana é importante porque primeiro quebra a estrutura formal de outras constituições, que regulam apenas o poder político. Inova ao garantir direitos econômicos e sociais, estabelecendo limites e privilégios para trabalhadores e empresários (artigo 123), restringindo direitos de propriedade (artigo 27), proibindo monopólios (artigo 28). Disponível em: <https://web.archive.org/web/20110722224817/http://www.constitucion.gob.mx/>. Acesso em: 25 ago. 2022.

bem como, com a Constituição de Weimar em 11 de agosto de 1913⁹³. Já no Brasil veio com a Constituição de 16 de julho de 1934⁹⁴.

Neste dado momento há uma transição do modelo econômico liberal, onde o Estado devia se abster de qualquer regulação entrando em cena o modelo econômico intervencionista estatal se inaugurando o Estado Social que regula sistematicamente a vida econômica dando azo ao surgimento das Constituições Econômicas.

Ensina André Ramos Tavares (2006, p. 75) que uma constituição econômica se expressa como um conjunto de regras e sistemas jurídicos que garantem os elementos definidores do sistema econômico, estabelecem a organização e o funcionamento da economia e, assim, garantem uma ordem econômica específica.

Já para Eros Grau (2018, p. 62) considerando que a ordem econômica faz parte da ordem jurídica, e parece ser uma inovação do século, produto da ordem jurídica intervencionista que substitui a ordem jurídica liberal, a constituição econômica não promove de fato a constitucionalização da ordem econômica.

Assim para André Ramos Tavares (2006, p. 83) uma ordem econômica constitucional nada mais é do que um conjunto de normas, uma ordem econômica específica em sentido concreto, e prescreve a forma econômica a ser adotada.

Atualmente o sistema econômico brasileiro encontrasse positiva nas normas dispostas no Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira” disposta nos artigos 170 a 192 da CF/88.

José Afonso da Silva (2020, p. 764) ensina que a ordem econômica consagrada na atual constituição é uma forma de economia capitalista porque se baseia na apropriação e iniciativa privada sobre os meios de produção.

De outra banda, Alexandre de Moraes (2020, p. 796) informa que a ordem econômica está impregnada de princípios e soluções contraditórias entre si. De um modo reflete um capitalismo liberal, com valores fundamentais do referido sistema, ora demonstra intervencionismo sistêmico e dirigismo planificador, com diversos elementos socializadores afirmadas no artigo 170⁹⁵ da CF/88.

⁹³ Conforme art. 151 da Constituição de Weimar de 1919: “A organização da vida econômica deverá realizar os princípios da justiça, tendo em vista assegurar a todos uma existência conforme à dignidade humana”. Disponível em: <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>. Acesso em: 25 ago. 2022.

⁹⁴ Conforme art. 115 da Constituição brasileira de 1934: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

⁹⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade;

Desta forma se extrai que a Ordem Econômica Constitucional brasileira valoriza o trabalho humano, bem como, assegura a livre iniciativa privada.

A valorização do trabalho humano é um princípio da ordem econômica e deve ser elevado a um axioma que orienta toda a ordem, pois é um meio de garantir uma existência digna diante das relações econômicas. O trabalho é necessário para os indivíduos e para a sociedade como um todo, independentemente das atividades realizadas e das considerações monetárias. De fato, por meio do trabalho útil e produtivo, o indivíduo se vê como uma pessoa de valor, ao mesmo tempo em que tem consciência de seu papel na sociedade e do sentido de sua existência. Pela percepção que o indivíduo tem de si mesmo, o trabalho transcende o aspecto monetário e é sobretudo um fator de produção. Na visão neoliberal adotada pela CRFB, o trabalho está no mesmo patamar da natureza, do capital, e o empresário, que combina todos os fatores de produção com motivação, os coloca em atividade e produz bens e serviços, assumindo o risco da atividade.

Dentro dessa agenda, existem diferentes correntes que abordam o conceito de trabalho. No entanto, além da abordagem teórica de economistas e filósofos ao trabalho, é preciso pensar na prática e como esse princípio pode ser garantido na realidade em que vivemos.

Para o Poder Público, a CRFB traz a obrigação de prover a sobrevivência digna do indivíduo com o produto da remuneração de seu labor, garantindo-lhe, para tanto, uma gama de direitos sociais, como renda mínima, repouso semanal remunerado, seguro-desemprego, fundo de garantia por tempo de serviço, jornada de trabalho diária e semanal máxima, gozo de férias anuais remuneradas etc.

Tanto a valorização do trabalho quanto a fundação da livre iniciativa têm por escopo garantir uma existência digna estabelecida pela justiça social. Mesmo a existência digna é o propósito da arte da ordem econômica. Primeiro, uma empresa limitada por ações. III, CF/88 também positivou a dignidade da pessoa humana para instituir a República Federativa do Brasil. A dignidade

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

humana confere não apenas direitos básicos, mas também a unidade da ordem econômica. Assim José Afonso da Silva (2020, p. 109) que a dignidade humana é um valor primordial que extrai conteúdo do direito à vida a todos os direitos humanos fundamentais. Enquanto referência constitucional que unifica todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana exige uma intensificação da avaliação, tendo em conta o seu amplo significado normativo constitucional, mais do que qualquer noção a priori de dignidade da pessoa humana, dignidade e dignidade humana. Um senso de dignidade não pode ser reduzido à defesa dos direitos tradicionais da personalidade, esquecendo-os no caso dos direitos sociais, ou invocando-os para construir uma teoria central da personalidade do indivíduo, ignorando-a para garantir o fundamento. Portanto, a ordem econômica deve, para garantir que todo ser humano tenha uma existência digna (artigo 170), a ordem social deve visar a justiça social (artigo 193), a educação, o desenvolvimento humano e o exercício da cidadania (Artigo 205), etc., não apenas como uma declaração formal, mas como um indicador do efetivo conteúdo normativo da dignidade humana.

Portanto, para uma ordem econômica baseada no valor do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a existência digna de todo ser humano, devem ser observados os princípios gerais da atividade econômica, considerada o estado mais elevado da sociedade humana. Diretrizes relacionadas a subvenções privadas. Os meios de produção e a livre iniciativa que testemunham a ordem capitalista de nossa economia.

O primeiro desses princípios é a soberania nacional, que também é a base da República Federativa do Brasil (CF/88 artigo 1º, inciso I), que parece ser um dos princípios primordiais da ordem interna entre nós. A ordem externa é independente. No entanto, seu envolvimento na ordem econômica está relacionado à formação de um capitalismo nacional autônomo ininterrupto que não pressupõe isolamento econômico de outros países e salienta José Afonso da Silva (2020, p. 770) o constituinte de 1988 não romperam com o sistema capitalista, mas queriam formar um capitalismo nacional autônomo que não dependente.

A Constituição também defende a propriedade privada e sua função social como princípio de ordem econômica (artigo 170, incisos II e III). No entanto, no art. No artigo 5º, incisos XXII e XXIII da CF/88, há as mesmas regras, exceto por diversas outras disposições constitucionais que tratam da propriedade como direito da pessoa física. Segundo Eros Roberto Grau, esse entendimento constitui imprecisão, pois há uma diferença entre os dois função individual e função social da propriedade.

No que se refere a bens de consumo José Afonso da Silva (2020, p. 790 – 791) afirma que são necessários para a existência da própria dignidade das

pessoas e não são de forma alguma instrumentos de opressão, pois atendem diretamente às necessidades.

Assim sendo pode se afirmar que se garante a propriedade privada dos bens de produção, até mesmo porque estamos em um sistema capitalista, porém, seu uso é condicionado a um fim o qual prescreve o artigo 170⁹⁶ da CF/88.

Neste sentido Fábio Konder Comparato (1995, p. 106) afirma, no que se refere à função social da propriedade, não são indicadas restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Esta última é uma restrição negativa aos direitos do proprietário, mas o conceito de função, no sentido do termo usado nesta questão, implica o poder conferido ao objeto de um destino definido para o imóvel associe-o a um destino. O adjetivo sociedade indica que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do domínio; isso não significa que os dois não possam ser conciliados. De qualquer forma, porém, é um interesse coletivo, e essa função social da propriedade corresponde aos direitos e obrigações do proprietário e é reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Eros Roberto Grau (2018, p. 222 – 223) também afirma e aponta que o princípio da função social da propriedade obriga o proprietário ou quem controla a empresa a exercer a propriedade em benefício de outrem, e não apenas a não exercer a propriedade em benefício de outrem. Assim, o princípio confere ações e omissões positivas ao titular do direito à dedução e incorpora conceitos jurídicos positivos.

2 DO PRINCÍPIO DO PLENO EMPREGO E SUA EFETIVIDADE NO CENÁRIO ECONÔMICO

Existem inúmeras formas e modalidades de prestação de trabalho atualmente, porém, a relação de emprego ainda é a mais importante do sistema econômico atual em que figura o empregado como núcleo do sistema normativo trabalhista. Nas palavras de José Augusto Rodrigo Pinto (2003, p. 107) o emprego é o cento do sistema tutelar do direito do trabalho e se caixa no gênero trabalho que pode ser conceituado como aquele que usa energia pessoal em proveito próprio ou de terceiros com um determinado fim econômico ou não.

Assim é caracterizada a relação de emprego pela presença de elementos fáticos jurídicos da prestação de trabalho por pessoa física, de forma não eventual, essencialmente pessoal, efetuado com subordinação e onerosidade conforme

⁹⁶ “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”

disposição expressa dos artigos 2º e 3º ambos da Consolidação das Leis do Trabalho os quais definem empregado e o empregador⁹⁷.

Conforme já afirmado o trabalhador teve especial proteção pelo texto Constitucional de 1988 que em seus artigos 6º a 11 figuram os principais preceitos com relação a matéria *jus* trabalhista, bem como, estabeleceu em seu bojo regramento e limitações com vistas a resguardar direitos do trabalhador empregado dando-lhe oportunidade de vida digna com a inclusão pelo emprego formal nos exatos termos do artigo 170 caput e inciso VIII da CF/88.

Neste sentido André Ramos Tavares (2011, p. 186) assevera:

A busca do pleno emprego figura como um princípio regulador da atividade econômica, implementado em algumas legislações infraconstitucionais, a partir de incentivos à iniciativa privada no sentido de criar e de manter os níveis de emprego. É princípio que se harmoniza e caminha no sentido de concretizar um dos fundamentos da ordem econômica, anteriormente mencionado, dirigido à valorização do trabalho humano, também com a justiça social e com a implementação de uma sociedade livre e igual.

Neste sentido conforme José Carlos de Assis (ASSIS, 2002, p. 17) pode-se dizer que o pleno emprego desdobrasse da democratização das relações de trabalho e por definição do mercado de trabalho os que estão aptos e dispostos a trabalhar encontram trabalho remunerado.

Ainda, conforme Nazar (NAZAR, 2010, p. 66) é um princípio da ordem econômica que tem por fim criar oportunidades para que todos possam viver com dignidade atenuando ou até eliminando o déficit empregatício.

Para se entender os motivos que levaram o legislador constituinte a busca para estabelecer o pleno emprego como um dos elementos basilares da sistemática

⁹⁷ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. - (BRASIL, 1943).

jurídica brasileira não é uma tarefa difícil, considerando que a atividade laboral a que confere ao trabalhador a remuneração que por ele será utilizada para sua digna e de sua família subsistirem. Trata-se de valor pecuniário que é recebido pelo trabalho prestado a qual depende para sustento familiar, educação de seus filhos, investimentos saúde, entre outros, sendo que inclusive usa para pagamento dos tributos que serão utilizados pelo Estado para melhorias da máquina pública e para realização de novos investimentos conforme conceituado por Ademar Nitschke Junior (NITSCHKE JÚNIOR. 2008, p. 24).

Por outro lado, para Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2004, p. 162) afirma que o texto Constitucional é utópico vez que a efetivação do pleno emprego é de médio a longo prazo, e mais, o país é demasiadamente grande com inúmeras desigualdades regionais, bem como, com inúmeras políticas sociais de manutenção da subsistência que acabam por interferir na efetivação do pleno emprego.

Como se observa a Constituição Brasileira criou diversos direitos sociais sem a devida existência de recursos à distribuição da riqueza pretendia dependendo assim fortemente do capitalismo e da economia de mercado para a devida efetivação.

Além da forte crise que atravessa o país existem outros fatores externos a relação de emprego que afetam fortemente a efetividade do princípio como alta carga tributária e sistema protetivo excessivo dos empregados que acabam por fim encarecendo a relação de emprego. Assim acaba inviabilizando a contratação formal dos trabalhadores fortalecendo, assim, o trabalho informal e o forte desemprego.

Neste sentido, afirma Magalhães (1997, p. 248):

Existe uma área na atividade empresarial chamada 'cinzenta', que se caracteriza por uma retração ou ociosidade dos empresários motivada por fatores econômicos gerais determinando a diminuição do seu poder aquisitivo de serviços, agravando suas repercussões sobre a mão de obra desocupada, conquanto qualificada para prestá-los. A solução desse círculo vicioso não pode ser outra senão fixar-se o governo no ponto a partir do qual o círculo se desenhou, qual seja o da falta de oportunidades produtivas ou sem atrativos, gerando a falta de pleno emprego. (MAGALHÃES, 1997, p. 248).

É certo que para que exista uma boa oferta de emprego é totalmente dependente de estímulos de principais empreendedores para que efetivamente de dediquem a exploração econômica de seus projetos e somente será possível se os riscos envolvidos forem plausíveis. Riscos excessivamente altos implicam certamente no desestímulo e conseqüentemente os empreendedores deixam de

aplicar seu capital as atividades produtivas que geram emprego e consequentemente renda ao país.

Conforme afirmam Ahrens e Séllos-Knoer (2013, p. 36) o Estado deve gerar políticas contingenciais para que os efeitos da crise não atinjam muito fortemente a população ativa do país sem interferência na economia de mercado.

Assim sendo, frente a uma crise, o Estado deve promover medidas para garantir a manutenção dos empregos garantindo assim a dignidade de milhares de trabalhadores e das suas famílias.

Por fim, conforme leciona Petter (2005, p. 256 – 257) não se pode perder de vista que também no texto constitucional existe a previsão do direito ao desenvolvimento social e soberania nacional, sendo que, a pessoa humana é o sujeito central do referido direito e por este motivo não se pode torna-lo um simples fator de produção, há a necessidade de propiciar que o trabalhador possa auferir frutos que lhe conduzem a uma existência digna, que é justamente a finalidade da própria ordem econômica e financeira, sendo, por certo, reponsabilidade do Estado a efetiva concretização do desenvolvimento.

3 A REFORMA TRABALHISTA

Como já referido o Direito do Trabalho encontra sua ascendência na crise econômica, como ataque a questões sociais decorrentes do sistema econômico. Neste sentido Barros (2016, p. 63),

O Direito do Trabalho surgiu em momento histórico de crise, como resposta política aos problemas sociais acarretados pelos dogmas do capitalismo liberal. Seu marco no contexto mundial, é o século XIX. A disciplina em estudo surgiu quando se tentou solucionar a crise social posterior à revolução Industrial. Nasceu sob o império da máquina, que, ao reduzir o esforço físico e simplificar a atenção mental, facilitou a exploração do trabalho das mulheres e dos menores, considerados “meias forças”, relegando-se o trabalho do homem adulto a um plano secundário. O desgaste prematuro do material humano nos acidentes mecânicos do trabalho, os baixos salários e as excessivas jornadas foram, então, inevitáveis. O Direito Civil já não se encontrava apto à solução desses problemas, os quais exigiam uma legislação mais de acordo com o momento histórico-social. Isso porque a celebração e o cumprimento do contrato de trabalho disciplinados pela liberdade assegurada às partes no direito clássico, intensificavam a flagrante desigualdade dos interlocutores sociais.

No prisma político, o Estado se juntou ao proletariado que emergiu à medida que o poder passou da oligarquia rural para a classe média urbana. Em favor deste último, foi promulgada na época uma legislação generosa, a remuneração deveria vir do Estado, e não dos sindicatos, que foram perseguidos por não poderem ser controlados pelo poder público e, por outro lado, o Estado, por outro lado, forneceu proteção trabalhista ao mesmo tempo, dando proteção econômica ao Empregador.

Com inúmeras crises do capitalismo Nascimento (2014, p. 74) ensina que:

A conjuntura internacional mostra uma sociedade exposta a sérios problemas que atingiram em escala mundial os sistemas econômicos capitalistas. Os empregos diminuíram, cresceram outras formas de trabalho sem vínculo de emprego, as empresas passaram a produzir mais com pouca mão de obra, a informática e a robótica trouxeram produtividade crescente e trabalho decrescente.

As mudanças acima suscitaram discussões sobre a flexibilização do emprego e, além disso, o estado de bem-estar social, que vigorou durante a maior parte do século 20, começou a entrar em crise na década de 1960. Como resultado desse fenômeno no Brasil, a estabilidade do emprego começou a ser substituído pelo FGTS. Na década de 1990, as políticas neoliberais suavizaram o conceito de estado de bem-estar social em favor dos grandes blocos econômicos, e as pequenas e médias empresas faliram devido aos danos causados pelas políticas econômicas. Saúde, educação, segurança e pensões foram rebaixados para o nível médio.

A reformas trabalhista foram implementadas por meio da Lei nº 13.467/2017 no contexto da crise e do estado paternalista com extrema intervenção na economia. trazendo muitas mudanças para a CLT. Indiscutivelmente, os critérios utilizados para conceder justiça gratuita mudaram, com a cobrança de honorários advocatícios e de peritos em caso de insucesso da litigância, o estabelecimento de tetos de honorários e a determinação da cobrança de quem ajuizar ações à audiência por faltas injustificadas.

Houve também alterações para que determinou que os termos negociados prevaleçam sobre o legislado e criou tipos de trabalho como intermitente e teletrabalho.

Pode se perceber nitidamente o desincentivo às aventuras jurídicas, tanto é que com um ano da entrada em vigor da reforma trabalhista, pode-se vislumbrar uma moralização das reclamações trabalhistas, seja pelo temor relativo ao pagamento de custas e honorários, seja pela insegurança em relação à ausência de sedimentação jurisprudencial de algumas matérias.

Deste modo o cenário político do país, além de trazer instabilidade econômica, reflete também nas decisões do poder judiciário com total ausência de uniformidade, gerando enorme insegurança jurídica, e por consequência, insatisfação social.

Existem inúmeras ADI's tramitando no STF que questionam diversos temas, como a obrigatoriedade do pagamento de custas, mesmo se beneficiário da justiça gratuita, o fim da obrigatoriedade no pagamento da contribuição sindical entre vários outros.

Sendo assim com a internacionalização da economia a velha concepção de Estado burocrático não é viável, sendo necessário a modernização de normas de forma a abarcar novas relações entre os trabalhadores e empresas, sendo que neste modelo o Direito deverá ser capaz de regular e regulamentar novas situações que não tinha previsto e cada vez mais a rigidez de controle para a relação comum entre o empregado e empregador serão um sério impasse para a livre iniciativa e a liberdade de trabalho.

Algumas das mudanças trazidas pela legislação, como cláusulas negociais mais comuns que a legislação e novas formas de contrato, tendem a flexibilizar o mercado de trabalho brasileiro ao reduzir a rigidez das regulamentações trabalhistas.

Economicamente, deve-se notar que certa rigidez é necessária, pois aumenta a previsibilidade e traz segurança jurídica. No entanto, a legislação não pode ser feita de uma forma que afete a eficiência do mercado de trabalho e reduza o bem-estar individual.

A valorização da negociação coletiva trazida pela reforma trabalhista é uma tendência mundial extremamente necessária para um país continental como o Brasil. É impossível que a mesma legislação reflita a situação real tanto na região norte quanto na região central de São Paulo. A negociação coletiva permite observar e condicionar as diferentes realidades econômicas e sociais de formas específicas, trazendo assim maior segurança jurídica a todas as partes e explorando a economia. Assim como o privilégio da negociação coletiva reflete as tendências atuais de flexibilização, as novas formas de contrato de trabalho introduzidas pela nova legislação seguem o mesmo caminho.

A doutrina trabalhista divide classicamente os diferentes tipos de contratos de trabalho, a duração do cumprimento (fixo ou indeterminado), tipo de trabalho (físico, intelectual ou técnico), finalidade (industrial, comercial, agrícola, doméstica ou marítima), relação de assunto (individual ou coletivo), o local de trabalho (domicílio, à distância ou conforme especificação do empregador), a forma de remuneração (salário fixo ou variável), a forma (oral ou escrita) e, por fim, a manifestação da vontade (tácita ou expresso).

Normalmente, os contratos de trabalho são por tempo indeterminado. No entanto, existem disposições para contratos a termo certo no Texto Consolidado, salvo exceções às disposições autorizadas em lei. Existem alguns tipos de contratos a termo certo: para um determinado trabalho, ano, experiência, termo certo, treinadores estrangeiros, atletas profissionais, artistas e aprendizes. Como mencionado, a lei não. 13.467/17, criou modelos de contrato de trabalho como trabalho remoto ou home office, trabalho intermitente, profissionais autônomos exclusivos e contratos de trabalho em turnos de 12 x 36 horas.

O teletrabalho, tal como definido nos artigos 75.º-A a 75.º-E da nova lei, refere-se à prestação de serviços essencialmente fora das instalações do empregador, utilizando tecnologias de informação e comunicação que não constituam trabalho externo. A repartição das atividades deve ser claramente especificada nos contratos de trabalho individuais. Este tipo de contrato não é regido por um horário de trabalho legal.

O contrato de trabalho intermitente é um sistema novo trazido pela reforma trabalhista e não tem previsão legal na redação original da CLT, conforme artigo 452-A. Esta é uma das figuras mais controversas para trazer. Há a estipulação de que o contrato deve ser por escrito e incluir especificamente o valor das horas trabalhadas, que não pode ser inferior ao valor hora do salário-mínimo, ou o valor hora de outros funcionários da agência que exercem a mesma função.

Contratos intermitentes ou não intermitentes é a prestação de um serviço, com filiação, descontínuo, alternando períodos de prestação de serviço e inatividade. O tempo de inatividade não é considerado tempo à disposição do empregador e os trabalhadores podem prestar serviços a outros contratados. Além disso, os empregadores devem apresentar ofertas de emprego pelo menos três dias antes do início do contrato.

O funcionário terá um dia útil para responder se aceita ou não a oferta. O profissional autônomo exclusivo também é uma das novidades que vem sendo questionada por ser a forma de trabalho que mais se assemelha a uma típica relação de trabalho. O artigo 3º da CLT (inalterado pela reforma) define os requisitos para que os profissionais sejam considerados empregados como: costume, filiação e salário.

Apesar de não constar como requisito, a “exclusividade” do profissional também é uma das evidências aceitas pelos ministros como comprovação de vínculo empregatício. Com as reformas, as empresas podem empregar autônomos, mesmo em relações exclusivas e continuadas, sem precisar assinar carteira de trabalho, deixando os trabalhadores sem seus direitos previstos no artigo 7º da CRFB.

O elemento “exclusividade” agora não terá efeito na comprovação judicial de vínculo empregatício, portanto, outros critérios, como filiação, devem ser utilizados. Com a legalização dos turnos de 12x36 horas, que na redação original da CLT só poderia ser alcançada por acordo coletivo, nos termos do art. Negociar acordo para estabelecer jornada de trabalho de doze horas seguidas de trinta e seis horas de descanso ininterrupto, observando ou compensando as pausas para descanso e alimentação. O salário mensal acordado para o tempo programado inclui o custo do descanso semanal remunerado e férias devidas, feriados e trabalho noturno prolongado serão considerados compensação. É importante ressaltar que em qualquer um desses casos, a fraude ou qualquer outra nulidade do contrato será punida, devendo ser declarada fiança assim que verificados os requisitos de vínculo do empregado.

Um dos objetivos da reforma trabalhista com essas inovações é reduzir a informalidade do mercado de trabalho e possibilitar que prestadores de serviços não regulamentados anteriormente pela CLT tenham acesso a direitos trabalhistas e previdenciários.

CONCLUSÃO

O tempo de avaliação é considerado importante, mas não suficiente para julgar se a reforma trabalhista é um retrocesso ou uma melhoria.

Embora a nova legislação não tenha reduzido o desemprego como esperado, também é importante considerar outras métricas, como o número de ações movidas na Justiça do Trabalho. De janeiro de 2017 a setembro de 2017, foram arquivados 2.013.241 processos. O número de ações ajuizadas no mesmo período de 2018 caiu para 1.287.208 (TST, 2018).

Antes da reforma trabalhista, havia verdadeiras denúncias de improbidade trabalhista, refletindo o caráter combativo e desonesto de muitos empregados para com seus patrões. O setor cresceu tão rápido que o Brasil responde por 98% dos processos trabalhistas do mundo, embora responda por apenas 2% da população mundial (CONJUR, 2017).

Com as reformas, litigantes de má-fé foram condenados a até 10% do valor da ação. Além disso, pedidos líquidos e determinados pedidos devem ser feitos, e as taxas de falência serão cobradas. Muitos empregadores são tão afetados por esse setor de reclamações que não podem continuar suas atividades comerciais. Além das reclamações, a reestruturação corporativa e da força de trabalho, muitas vezes essencial, teve um impacto significativo na saúde financeira da empresa, pois as indenizações devidas aos trabalhadores são desproporcionalmente altas.

Mesmo que seja difícil substituir os trabalhadores no mercado, é a empresa que garante essa substituição. Se a saúde financeira da empresa for severamente afetada e tiver que fechar as portas, como se viu nos últimos anos, a reposição do mercado de trabalho nunca será satisfatória.

Para isso, a lei não. O objetivo da n.º 13.467/2017 é liberar os empregadores para que possam continuar suas atividades e contratar mais pessoas, restabelecendo assim o mercado de trabalho. Assim, a livre iniciativa não está mais em remissão e começa a ser respeitada como fonte de trabalho o tempo todo. Além desse propósito, a lei oferece meios para regular novas formas de trabalho que tendem a se expandir, como o home office.

Embora a taxa de desemprego não tenha parado como esperado, as reformas trouxeram inúmeros benefícios – regulamentação de novas formas de trabalho, o colapso da indústria de reivindicações trabalhistas, maior espaço de atuação das entidades coletivas, maior relevância para a negociação etc.

Acredita-se que as reformas trabalhistas deixarão de afetar a informalidade, pois com a crise econômica no Brasil nos últimos anos, milhões de pessoas estão empregadas sem nenhum registro, carteira assinada e direitos trabalhistas constitucionais. Por meio das reformas, muitos desses trabalhadores terão a oportunidade de rever seus contratos de trabalho e poderem reivindicar e usufruir de seus direitos trabalhistas. Nesse sentido, percebe-se que a valorização do trabalho humano não foi afetada negativamente.

Além de respeitar os fundamentos da ordem econômica, talvez a reforma trabalhista resguarde os objetivos da ordem econômica, como reduzir a desigualdade e a injustiça social, erradicar a pobreza e, possivelmente, reaquecer o mercado de trabalho.

Em relação aos princípios subjacentes da ordem econômica, a nova lei vai reiniciar a busca pelo pleno emprego, já que o desemprego tende a cair, ainda que lentamente. Além disso, com custos trabalhistas mais baixos, o mundo dos negócios terá mais margem de manobra financeira, para que os empregadores possam realocar capital de forma mais eficiente, expandindo assim a democracia econômica. Em um momento posterior, à medida que o desemprego cai, as democracias econômicas também estarão ao alcance, pois terão uma infinidade de recursos para realocar.

A reforma trabalhista ainda não produziu os resultados que todos esperavam e precisavam, inclusive em termos de desemprego. No entanto, como mencionado acima, existem vários benefícios. Com esses ganhos, a economia acabará por voltar a aquecer gradualmente. Dito isso, a queda do desemprego é uma questão de tempo e, a nosso ver, não demorará muito para repercutir.

REFERÊNCIAS

AHRENS, Luis Roberto; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. **Segurança institucional e desenvolvimento**. Curitiba: 1. ed. Clássica Editora, 2013.

ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Primeiro ano de Reforma Trabalhista: efeitos**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_view-Mode=print&_101_INSTANCE_89Dk_languageId=pt_BR. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. 1. ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

CONJUR. **Excesso de proteção ao trabalhador é um problema, diz Barroso**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/excesso-protecao-trabalhador-problema-barroso>. Acesso em: 25 ago. 2022.

DE BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROTTERA, Luís. **O Judiciário ausente na mídia é um risco para a democracia**. Revista Cidadania e Justiça, ano 2, n. 5., 1998.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. v. 2. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. São Paulo. Edipro. 2010.

NITSCHKE JÚNIOR. Ademar. **A atividade empresarial no Brasil e a ordem econômica na Constituição Federal de 1988** – a necessária harmonia para a promoção

do desenvolvimento econômico e redução das desigualdades sociais. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba, Curitiba. 2008.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**: noções fundamentais de direito trabalhista, sujeitos e institutos do direito individual. 5. ed. São Paulo: LTR, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

MITIGAÇÃO DA NATUREZA INQUISITIVA DO INQUÉRITO CIVIL – A NECESSIDADE DE ADEQUAR OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS AO DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO

Ana Cristina Cremonesi⁹⁸

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um incremento do acesso ao sistema de Justiça pelo amplo rol de direitos individuais e sociais contemplados, além da previsão da tutela coletiva dos direitos.

Por certo, a maior proximidade do Poder Judiciário constitui relevante conquista ao cidadão e, concomitantemente, novo ponto de preocupação no gerenciamento de acervo, para não se converter a inovação em mera retórica, desprovida de efetividade.

Destaca-se, pois, que o volume de processos que ingressam no Poder Judiciário, aliado ao número de processos pendentes, exigem dos atores processuais o desenvolvimento de habilidades e visão, que se espraiam para além do conhecimento jurídico.

Outrossim, ao tratar das inovações na área judicial, apontam-se

Premissas para a superação de obstáculos como a cultura digital, liderança, judiciário 4.0, cidadão ao centro, judiciário como plataforma, inovação multidisciplinar e ecossistema. (CAMBI, 2021, p. 630)

O Conselho Nacional de Justiça⁹⁹, inclusive, reforça a necessidade de da transformação digital no Poder Judiciário para o fortalecimento do direito de acesso à Justiça. Todavia, afora a transformação digital, imprescindível a inovação da mentalidade dos operadores do direito, com maior capacitação com relação aos vários instrumentos de pacificação de conflitos e a superação da pretensa manutenção do controle processual absoluto.

⁹⁸ Mestrado pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro - UENP, Especialista em Direito Processual Civil e com Aperfeiçoamento Profissional em Direito Criminal pela Unicuritiba. Juíza de Direito no Estado do Paraná.

⁹⁹ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

Neste contexto, não se afastando da evidente indispensabilidade da inovação tecnológica, assentar-se-á a avaliação da imprescindível renovação do ser humano, enquanto instrumento da distribuição de acesso ao sistema de Justiça.

Pautado nesta premissa, constata-se que o Código de Processo Civil de 2015 elenca inúmeros instrumentos inerentes ao sistema multiportas para a solução dos conflitos, favorecendo a participação e o contraditório substancial, ressaltando o princípio da colaboração processual e a relevância dos meios de composição.

Cabe, portanto, transportar referidos princípios e instrumentos à fase inquisitiva, posto que possuem o condão de atribuir maior legitimidade aos procedimentos administrativos e, mormente, exercer atividade seletiva no ajuizamento de novas demandas.

1 PROCESSO COOPERATIVO

O processo cooperativo decorre de manifestações Constitucionais, no âmbito processual.

Preliminarmente, vincula-se à exigência democrática de participação efetiva na construção da decisão do Estado, sobretudo, por aquele que será diretamente afetado pela atuação.

Ao discorrer sobre a garantia constitucional, Fredie Didier Junior anota que “há diversos modelos de direito processo, sendo que todos podem ser considerados em conformidade com o devido processo legal”. (DIDIER, 2018, p. 151)

Agrega que, ao lado dos modelos comuns à civilização ocidental, influenciada pelo Iluminismo, que contempla o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo, vislumbra o modelo cooperativo e afirma:

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do respeito ao autoregramento da vontade no processo, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. (DIDIER, 2018, p.156).

Note-se que o modelo participativo mitiga o protagonismo e as posições assimétricas, estabelecendo atuações paritárias, com a aplicação de técnicas dialógicas e gestão equilibrada do processo.

Como apontado por Daniel Mitidiero

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas

decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico nas decisões. (CAMARGO, 2019, p. 33)

Referida perspectiva não fragiliza o limiar decisório, posto que a decisão judicial ou aquela adotada pelo representante do Ministério Público quanto à instauração da demanda são essencialmente atos de poder. A mitigação ocorre, entretanto, não condução do processo judicial e/ou administrativo.

Neste norte, o modelo cooperativo abandona o apego exacerbado à forma e, sendo menos rígido, fornece outros percursos na consecução da justiça, sem excluir a moldura de segurança jurídica.

Amolda-se referido modelo à busca da efetividade, contraditório e aos contornos constitucionais do processo justo, em que o aparato procedimental não existe como um fim isolado em si mesmo.

Um processo só se legitima se puder dar conta dessa realidade, prestando resposta adequada, tempestiva e efetiva a essa realidade, sempre observando as garantias processuais fundamentais das partes. Trata-se de uma leitura do direito processual à luz do texto constitucional e, em particular, das garantias fundamentais – tais como a garantia do acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição), do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da Constituição), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição) e da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição). Se essas normas são garantias fundamentais, então devem iluminar todo o sistema jurídico, impondo às regras processuais interpretação que ofereça a esses valores a sua maior densidade e mais ampla aplicabilidade. (ARENHART; OSNA; JOBIN, 2021, p. 13)

Em análise ao art. 6º do Código de Processo Civil, Alexandre Ávalo Santana indica a existência de uma comunidade de trabalho, na qual os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação. (SANTANA, 2019, p. 53)

Conclui o autor que o

Novo Código de Processo Civil traz em seu bojo a queda de diversos paradigmas e, de consequência, uma verdadeira reformulação conceitual de todo o sistema processual, ancorado em normas constitucionais. (SANTANA, 2019, p. 52)

E, inegavelmente, os princípios processuais que norteiam o processo judicial alcançam o procedimento investigatório a cargo do Ministério Público, tanto

em virtude da incidência dos princípios constitucionais quanto pela viabilidade de solução do conflito pelo sistema multiportas, antes da efetiva judicialização da demanda.

2 INQUÉRITO CIVIL – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O inquérito civil constitui instrumento relevante de investigação administrativa, a disposição do Ministério Público, criado na Lei n. 7.347/85 e consagrado na Constituição de 1988.

Importante ressaltar que o Inquérito Civil, além da previsão no art. 129, inciso III, da Constituição Federal e Lei de Ação Civil Pública, também fora contemplado em outros regramentos, como a Lei 7.853/1989 (Proteção às pessoas com deficiência; Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e Lei nº. 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Acerca de sua natureza jurídica, prevalece o entendimento de que se trata de mero procedimento do qual se vale o Ministério Público para colher elementos de convicção, destinado à análise concreta acerca da viabilidade da instauração de uma ação civil ou a pertinência de outras providências administrativas.

Buscando arrostar a visão reducionista, fica consignado que o Inquérito Civil se destina ao fornecimento de elementos ao Ministério Público

para que possa formar seu convencimento sobre os fatos e, sendo necessário, identificar e empregar os melhores meios, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, para a defesa dos interesses metaindividuais em questão. (ANDRADE A.; MASSON; ANDRADE L., 2020, p. 196)

Com base nos parâmetros adotados para delimitar a natureza jurídica, extrai-se que não se presta o Inquérito Civil à imposição de qualquer penalidade ou restrição de direitos, donde se extrai o fundamento prevalente de que não se aplica a disposição constitucional acerca do contraditório, nos termos do art. 5º, inciso LV da Constituição da República.

Sobre referido ponto, pondera Hugo Nigro Mazzilli que o inquérito civil é

destinado apenas à formação da convicção do órgão do Ministério Público para a propositura ou não da ação pública, não se prestando por si só, ao juízo condenatório, de forma que não se há de exigir intimação prévia do advogado para as inquirições que nele devam ser colhidas. (MAZZILLI, 2021, p. 574)

E conclui referido autor:

[...] o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra atuação a seu cargo. (MAZZILLI, 2021, p. 561)

Quanto à Lei nº 13.245/16, o renomado autor destaca que o acesso conferido ao advogado não deve frustrar o sigilo de diligências imprescindíveis, ou mesmo afrontar a proteção em favor de outro investigado, não tutelado pelo mesmo procurador.

Esse amplo acesso do advogado aos procedimentos investigatórios não pode, porém, chegar ao ponto de comprometer o regular e fluente andamento do inquérito. E ainda não se deverá dar acesso integral dos autos ao advogado, se neles houver documentos cobertos por sigilo legal que não se refiram ao seu constituinte; outrossim, há hipóteses em que o sigilo deve ser mantido, porque imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O Poder Judiciário, entretanto, pode liberar a quebra do sigilo. (MAZZILLI, 2021, p. 575)

2.1 MITIGAÇÃO DA NATUREZA INQUISITIVA DO INQUÉRITO CIVIL

A despeito da prevalência do posicionamento acerca da prescindibilidade do contraditório pleno em sede de Inquérito Civil, inegável que a participação da parte adversa na coleta das provas, ainda que previamente limitado o conteúdo desta atividade, poderá contribuir sobremaneira para o deslinde do procedimento.

Fabrizio Veiga Costa e Davi de Paula Alves salientam o contraditório no âmbito administrativo como instrumento de autoinclusão no espaço processual, sendo que o processo coletivo permite o empoderamento do cidadão.

Nesta ótica é que se torna importante trabalhar o modelo de processo como espaço de discursividade, que, tendo raiz neoinstitucionalista, considera a necessidade de participação de todos os interessados na construção de qualquer deci-

são final, seja jurisdicional ou pré-jurisdicional. (COSTA; ALVES, 2021)

Atentando a referidas ponderações, vislumbra-se que, paulatinamente, o Brasil vem adotando meios alternativos de solução de conflito, tendo por marco relevante a Campanha “Conciliar é Legal e Necessário”, capitaneada pela Ministra Ellen Gracie, em 2006.

Posteriormente, adveio a Resolução 125 do CNJ que determinou a instituição dos centros de mediação, seguida pela Lei nº 13.140/2015 que estendeu a possibilidade de mediação pela Administração Pública e o Código de Processo Civil de 2015, que adotou o sistema multiportas para a resolução adequada de conflitos.

Hermes Zaneti Júnior e Gustavo Silva Alves acentuam que “o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se voltado à garantia dos direitos fundamentais e à defesa da ordem jurídica e do regime democrático”. E acrescentam:

Entre esses e outros motivos, afirma-se que essa função resolutiva deixou de ser subsidiária, passando a assumir, agora, papel cada vez mais central em sua atuação, inclusive nos Inquéritos Cíveis. Assim, o MP deve prestigiar, sempre que possível, os mecanismos de justiça multiportas previstos no CPC/15, como meios alternativos de possibilitar uma adequada e satisfativa tutela dos direitos. (ZANETI; ALVES, 2016, p. 298-319)

Não se apresenta razoável, portanto, a manutenção rígida do Inquérito Civil, revelando-se salutar maior abertura à atividade participativa do cidadão investigado e a instalação de atividade dialógica para que a finalidade de maior eficiência pelos meios consensuados alcance também a fase administrativa de processos de relevo, como as ações civis públicas.

A propósito, pautados na imperiosidade de adequação do Inquérito Civil aos preceitos constitucionais e ao sistema multiporta adotado pelo Código de Processo Civil, Hermes Zaneti e Gustavo Silva Alves sugerem uma nova conceituação ao instrumento:

O inquérito civil atualmente é procedimento formal, *tendencialmente inquisitivo*, que deve preservar o direito – sempre que possível – aos investigados e representantes (destinatários do ato final) consistente na tríplice opção: a) ajuizamento da ação; b) compromisso de ajustamento de conduta às exigências do ordenamento jurídico; ou, c) arquivamento. Preserva-se assim, o direito de influenciar na tomada de decisão, propiciando a progressiva processualização através da garantia do contraditório. (ZANETI; ALVES, 2016, p. 298-319)

3 PRODUÇÃO DE PROVAS E NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA FASE ADMINISTRATIVA

Ao promover a instauração do Inquérito Civil, o Ministério Público poderá produzir as provas que reputar necessárias, desde que não acobertadas por restrição legal, como por exemplo o sigilo de dados telefônicos. Verifica-se que a própria Constituição Federal outorgou ao Ministério Público atribuição para expedir notificações e requisitar documentos, conforme se infere do disposto no art. 129 da Magna Carta.

Por outro lado, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, a autonomia de vontade das partes estampa maior relevância, inclusive no âmbito probatório, sendo que o art. 190 de referido código assenta a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos.

Ademais, conforme o artigo 369 do Código de Processo Civil - CPC, as partes podem utilizar todos os meios legais e morais, ainda que não previstos em lei, para provar suas alegações no processo.

Referidos dispositivos ampliam as possibilidades de atuação das partes, de forma que o procedimento figure como verdadeiro instrumento para a solução adequada do conflito.

Nesta vertente, em sendo prevalente que o inquérito civil peça não obrigatória, não cabe ao Ministério Público imprimir entraves de natureza procedimental.

A propósito, cita-se a advertência de Bedaque:

É preciso, pois, iniciar movimento com o objetivo de mudar a mentalidade de todos os que influem na concepção e condução do processo. Não bastam alterações legislativas se o aplicador das regras processuais mantiver-se apegado ao formalismo estéril. (BEDAQUE, 2010, p. 53)

Não se pode olvidar que o art. 6º, § 5º da Resolução CNMP n. 23/2009 garante a qualquer pessoa o direito de apresentar documentos e informações para melhor elucidação dos fatos.

Sobre o tema, Fernando da Fonseca Gajardoni ressalta:

O contraditório é verdadeira condição de existência e validade das provas, vez que ele é exigência constitucional impostergável em todos os momentos da atividade instrutória. Exatamente por isto, alguns autores têm entendido, com alguma razão, que a prova colhida no inquérito civil poderá ser considerada válida – inclusive com dispensa de sua reno-

vação em juízo -, se eventualmente o presidente do inquérito permitir a participação plena dos interessados e advogados na colheita da prova. Quer dizer, quanto maior o contraditório, havido na colheita extrajudicial da prova, maior seria o valor emprestado pelo juiz a ela no momento do julgamento da ação civil pública. Para estes autores, seria lícito, inclusive, ao juiz dispensar, nestas condições de contraditório extrajudicial pleno, a renovação da prova em juízo, principalmente quanto às periciais realizadas por órgãos públicos oficiais (que serão os mesmos, em regra, a realizar a prova judicialmente ordenada. (GAJARDONI, 2012, p. 81)

Discorrendo sobre os Interesses Difusos e Coletivos, Andrade A., Masson e Andrade, L., no mesmo desenrolar, indicam uma ferramenta preciosa à disposição do Ministério Público para a arrecadação de elementos para a delimitação fática do ilícito investigado, favorecendo a participação do cidadão e entes interessados: a audiência pública.

Ela consiste em uma assembleia, para a qual são convidadas autoridades, entidades da sociedade civil e comunidade interessada, e em meio à qual, segundo as regras estabelecidas pelo presidente do inquérito, os diversos interessados podem manifestar suas considerações acerca da questão em foco. A opinião dos presentes à audiência não vincula o membro do Ministério Público, mas pode contribuir para o encontro da melhor solução para o caso, bem como conferir uma maior legitimidade à atuação da instituição. (ANDRADE A.; MASSON; ANDRADE, L., 2020, p. 211).

Por fim, acerca do fundamento jurídico, Edilson Vitorelli aponta para a realização de negócio jurídico processual, de forma a resguardar a validade da prova produzida.

Nada impede que o Ministério Público acorde com o investigado a participação na produção da prova e, com isso, sua produção em contraditório. Tanto o art. 190 do CPC, que institui, de modo geral, a figura das convenções processuais, quanto o art. 471 do mesmo Código, que autoriza a escolha consensual do perito pelas partes, militam em favor dessa conclusão. Havendo interesse recíproco, é possível permitir que a produção de provas no âmbito do inquérito civil se faça em contraditório e, também de comum acordo, ambas as partes aceitem que aquela prova, qualquer que seja o seu resultado, substitua a prova que viria a ser produzida em juízo. (VITORELLI, 2022, p. 220).

Inarredável, pois, que a realização compartilhada da prova em sede de Inquérito Civil, sobretudo, com relação às periciais, afigura-se como providência

relevante no gerenciamento dos processos, contribuindo para a solução célere e menos onerosa do conflito.

Ao contrário, a postura recalcitrante, pautada nas “Teorias da Última Palavra” (CAMBI, 2021) ou a intransigência com regras meramente procedimentais, apenas contribui para o arrastamento da demanda e crescimento exacerbado do acervo pendente de solução.

Ou seja, qualquer abertura promovida pelo presidente do Inquérito Civil à participação do investigado possui o condão de atribuir maior robustez e legitimidade às provas arrecadadas, razão pela qual apresenta-se recomendável que o propósito de celeridade empregado para sustentar a postura inquisitorial curve-se à segurança jurídica e efetividade.

4 DISPENSA DO REFAZIMENTO DA PROVA NA FASE JUDICIAL

Os elementos de prova colhidos na fase pré-processual podem desbordar na formulação de solução consensuada ou mesmo viabilizar o arquivamento do procedimento investigatório. Entretanto, constatada a imperiosidade do ajuizamento da ação, tais componentes probatórios estamparão maior ou menor eficácia de acordo com o envolvimento do investigado.

Neste sentido, a vedação de participação do investigado no Inquérito Civil trará prejuízos incontornáveis aos princípios do contraditório substancial e da ampla defesa, mormente, quanto às provas irrepetíveis.

Descortinada a valia da reflexão, o aproveitamento adequado da prova produzida na fase extraprocessual fora objeto de pesquisa no direito comparado por vários autores, com a finalidade de se amearhar pontos de vantagens compatíveis com a legislação brasileira.

Descrevendo sucintamente a *Discovery*, Ursula Ribeiro de Almeida explica a sistemática do direito estadunidense, em que os litigantes podem fazer ampla investigação antes da estabilização da demanda. (ALMEIDA, 2012)

Esclarece a autora:

O processo civil ‘ordinário’ se divide em duas partes: *pretrial e trial*. Na primeira, as partes apresentam as suas pretensões, colhem as provas (evidences) e delimitam as questões de fato e de direito controvertidas na *pretrial order*, que encerra essa primeira fase. No julgamento (*trial*), que pode ser perante o júri ou o juiz togado, as partes apresentam novamente suas pretensões e produzem todas as provas oralmente em audiência e a sentença é proferida.

[...]

A colheita das provas (*evidences*) é feita diretamente pelas partes em que uma pode solicitar diretamente a outra – sem prévia apreciação do juiz ou outra autoridade, salvo se a informação for protegida por um privilégio – informações, documentos, depoimento pessoal ou inquirição de determinada testemunha. As declarações e as resposta são prestadas perante funcionário do tribunal, que as registra em ata.

Edilson Vitorelli também se debruçou sobre o sistema estadunidense, transportando ao Inquérito Civil as vantagens da adoção de seus contornos e adverte que, para que o inquérito civil funcione como *Discovery*, alguns requisitos são necessários.

Finalmente, a produção adequada da prova durante o inquérito civil pode servir para fomentar um acordo ou mesmo evitar a ação. Se ambas as partes concordam que a prova não poderá ser repetida em juízo, suas conclusões favoráveis ao MP possivelmente permitirão que se avance para uma solução consensual. De outro modo, se a prova indicar a insubsistência do que foi investigado, é provável que o inquérito seja arquivado, poupando o investigado de consideráveis despesas. (VITORELLI, 2022, p. 220)

[...]

Primeiro, o investigado deve ser formalmente cientificado das diligências e da possibilidade de nelas intervir. Segundo, os limites da sua participação devem ser bem definidos, incluindo oportunidades razoáveis e significativas de intervir na produção probatória. Isso abrange a possibilidade de participar da escolha do perito, formular quesitos, acompanhar os trabalhos e debater as conclusões, indicar testemunhas para serem ouvidas pelo Ministério Público, participando também dos respectivos depoimentos, analisar os documentos obtidos no inquérito e fornecer outros, solicitar inspeção ministerial em locais importantes para o conhecimento da controvérsia, participar de audiência pública, fornecer dados estatísticos, epidemiológicos ou outros que sejam relevantes e participar de reuniões com os subgrupos afetados pelo litígio. (VITORELLI, 2022, p. 221)

Outrossim, Thiago Simões Pessoa, após aquilatar as dificuldades da *Discovery* em muito relacionada com a amplitude da utilização e gastos daí decorrentes, frisa:

Inicialmente, é possível afirmar que o instituto da *Discovery* é em grande medida responsável pela diminuição

de casos que chegam ao *trial*, bem como pela obtenção de um alto percentual de litígios resolvidos por meio da autocomposição.

E não é nenhum segredo que a diminuição de casos que chegam a fase de *trial*, acaba por via transversa estabelecendo uma melhor qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que o julgamento de mérito se concentra em um menor número de casos, podendo alocar recursos e tempo para a resolução de casos que realmente necessitam. (PESSOA, 2019)

Evidentemente, os meros apontamentos sobre a *Discovery* não estampam o aprofundamento necessário acerca do tema, com a abordagem histórico-cultural dos países em que se adota o procedimento, suas dificuldades e tempo de construção de um sistema estável.

Verifica-se, além disso, que o sistema da *Discovery* não guarda correlação com qualquer instituto processual previsto na legislação brasileira. Mas a análise do sistema estadunidense, presta-se à ilustração de que a produção antecipada de provas, ainda que não verificada a situação de urgência, constitui método salutar para a busca da solução consensuada, para a averiguação sobre a conveniência do ajuizamento da ação e, caso proposta aquela, facilita a delimitação da lide.

Deduz-se que, quando o Ministério Público proporciona a participação do investigado na produção de provas, prescindível a repetição em Juízo, sendo que eventuais pontos de esclarecimento poderão ser sanados por outros meios menos onerosos e mais céleres.

Por fim, a sucinta abordagem franqueia uma reflexão sobre o conduzir participativo e diferenciado na produção probatória sem a intervenção do Poder Judiciário, contribuindo para o debate acerca dos fundamentos para a extensão do contraditório substancial ao Inquérito Civil.

5 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Conforme ponderado alhures, o Inquérito Civil constitui instrumento disponível exclusivamente ao Ministério Público, em que serão realizadas diligências e provas aptas a respaldar a atuação decisória do representante do parquet.

De igual forma, inarredável que perdura a postura recalcitrante do Ministério Público quanto ao contraditório no procedimento investigatório e à participação efetiva do cidadão investigado.

Por outro lado, não se pode ignorar que a instauração do Inquérito Civil e a publicidade do procedimento como regra possui o condão de afetar a órbita

de direitos do investigado, como sua dignidade e reputação, com a divulgação midiática de investigação unilateral.

Havendo, portanto, impedimento à participação efetiva e substancial no Inquérito Civil, o investigado poderá se valer do procedimento de produção antecipada de provas.

Inclusive, referida solução se aplica àqueles que não concordam com a atribuição de natureza de prova aos elementos arrecadados pelo Ministério Público em sede de Inquérito Civil, eis que o procedimento não é conduzido por um sujeito imparcial.

Imperioso atentar que, segundo o Enunciado 50 do FPPC, “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

Flávio Luiz Yarshell, citado por Ursula Ribeiro de Almeida

Propõe a renovação da concepção de que a prova é um direito da parte com a única finalidade de formar o convencimento do juiz e afirma que também é um direito do litigante ter conhecimento dos fatos. (ALMEIDA, 2012)

Em complemento ao raciocínio, externando a avaliação de tempo despendido e recursos gastos como pontos de ressalva e a despeito das dificuldades, Tiago Simões Pessoa extrai a importância da produção partilhada da prova em processo cooperativo.

Assim, no âmbito de um processo cooperativo, além da finalidade de convencimento do juiz acerca das alegações de fato realizadas, também não se pode esquecer que a prova tem o objetivo de promover o convencimento das partes acerca das situações que pensam ter, bem como a demonstrabilidade destas em Juízo. (PESSOA, 2019)

Em consonância com o princípio cooperativo, atualmente, a produção antecipada de provas não mais ostenta a necessidade de demonstração de urgência, eis que o art. 381 do Código de Processo Civil de 2015 possibilita o pedido quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito (artigo 381, inciso II); ou o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (artigo 381, inciso III).

A produção autônoma da prova, portanto, revela inúmeros benefícios, ofertando maior certeza acerca do direito em disputa e, ainda, atende ao disposto no art. 166 do Código de Processo Civil, acerca da “decisão informada”.

6 SOLUÇÃO DIALÓGICA DA DEMANDA

Reflexivamente à relevância da produção partilhada da prova no âmbito pré-processual, indicam-se os meios de solução consensuada do litígio, decorrentes a expansão do sistema negocial, paulatinamente adotado na legislação brasileira.

Tais alterações refletiram no âmbito da Administração Pública e nos denominados interesses públicos, conforme se extrai do art. 174 do Código de Processo Civil e dos artigos 26 e 27 da Lei nº. 13.665/2018 (LINDB).

Ademais, o artigo 3º, § 3º do Código de Processo Civil afirma que a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensuada de conflitos deverão ser estimulados pelos intervenientes, inclusive o Ministério Público, em qualquer fase do processo.

Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha, tratando da necessidade de introduzir do diálogo entre as partes especificamente nos processos afetos ao Ministério Público, transcreve as lições de Bruno da Fonseca, *in verbis*:

A autocomposição incompatibiliza-se com o descaso às garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa. Ao revés, é processo participativo, dialógico e transparente, que rende homenagem à liberdade, à igualdade e à autonomia das pessoas. A relativa informalidade do IC e de outros procedimentos administrativos em trâmites nas Procuradorias e Promotorias possibilitarão debate exaustivo, franco, informal e direto sobre o caso concreto. (GADELHA, 2017, p. 61-86)

Ressalte-se que existem inúmeras formas de solução consensuada do litígio, na fase pré-processual ou judicial, sendo ferramentas imprescindíveis para o tratamento adequado dos conflitos.

A propósito, as considerações de Carlos Alberto Salles:

O modo judicial de solução de controvérsias deve ser visto como uma das formas dentro de um universo de alternativas parciais ou totalmente direcionadas aos mesmos fins. O reconhecimento dessa realidade permite melhor enquadrar a escolha e o momento de se recorrer a determinado mecanismo de solução de conflito. Isso possibilita, em longo prazo, uma redução da sobrecarga do Judiciário, mas também tem a real importância de propiciar canais para uma resposta mais adequada à situação do interessado. (MANCUSO, 2013, p. 164)

Dentre as alternativas de solução de conflito, para o Ministério Público sobrepõem-se o Termo de Ajustamento de Conduta e o Acordo de Não Perseguição Cível, instrumentos que terão ampliado o âmbito de êxito quanto maior a discursividade nas diligências probatórias prévias.

6.1 COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O compromisso de ajustamento de conduta constitui-se no acordo celebrado entre o Ministério Público e uma parte interessada, para a proteção de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos, pondo fim a um litígio. Encontra-se regulamentado pela Lei n.º 7347/1985, art. 5º, § 6º, consoante redação dada pela Lei n.º 8038/1990, art. 113.

Trata-se de um meio consensual de prevenção e resolução de conflitos que, segundo Rodolfo de Camargo Macunso, não se identifica com mediação ou conciliação, “mas ao mesmo tempo de cada uma haurindo algumas características, sempre ao pressuposto de que ao fim e ao cabo sobrevenha a pacificação do conflito”. (MANCUSO, 2103, p. 103)

Sobre a relevância do instituto, referido autor frisa:

O ponto fulcral a ser corretamente entendido é que por meio do compromisso de ajustamento de conduta o órgão celebrante *não está dispondo* sobre o direito ou o interesse material objetivado – nem o poderia, já que deles não tem a titularidade – mas em verdade está *preservando* o interesse metaindividual, de modo mais célere e eficaz do que se poderia esperar caso ocorresse a judicialização da controvérsia, com os ônus, incertezas e percalços imanentes ao processo judicial. (MANCUSO, 2013, p. 105)

Acerca da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, existe divergência se constitui verdadeira transação, destacando-se a impossibilidade de disposição do direito material, mas apenas à forma e prazos de cumprimento das obrigações avençadas.

Destacando que a Resolução 179/2017 define o compromisso de ajustamento de conduta como negócio jurídico, Andrade e Masson ressaltam que:

Seja como for, não há dúvida sobre o caráter jurídico bilateral do compromisso, de modo que ele está sujeito às mesmas condições de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral, sendo passível, portanto, de questionamento judicial quanto à falta de qualquer dessas qualidades. (ANDRADE A.; MASSON; ANDRADE, L., 2020, p. 273).

6.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

A Lei nº. 13.964/2019, que deu nova redação ao §1º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa trouxe novo instrumento de solução consensual do litígio, à disposição do Ministério Público, permitindo a formulação de Acordo de Não Persecução Cível.

A composição poderá ser realizada em qualquer fase do processo e sujeita-se à avaliação do órgão competente para a apreciação do arquivamento de Inquérito Civil quando firmado na fase pré-processual.

Ainda, o art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa, introduzido pela Lei nº 14.230/2021, exige a homologação judicial do ANPC, independentemente da fase em que fora formulado, aproximando-se do regramento do ajuste previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Consoante previsão do art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa, o acordo de não persecução cível possui uma cláusula resolutiva implícita.

No entanto, a cláusula resolutiva no presente caso é *ex vi legis*, decorrente da natureza do instrumento previsto no art. 17-B da LIA, e não depende da vontade das partes nem de pronunciamento judicial. Ao signatário prejudicado cabe, tão somente, avaliar se é melhor executar o acordo ou considerá-lo resolvido, em razão da natureza e relevância das obrigações inadimplidas. (SIMÃO, 2022, p. 423)

Como meio de incentivo e coerção ao cumprimento da avença, o art. 17-B, § 7º da LIA estabelece, como efeito do descumprimento, a vedação de celebração de novo acordo pelo prazo de cinco anos.

A despeito das concessões mútuas inerentes ao negócio processual encetado pelo Ministério Público neste contexto, denota-se que a celeridade decorrente da avença outorga maior amparo à probidade administrativa do que propriamente uma ação judicial, sujeita às intempéries processuais, sobretudo, pelo arrastamento e indefinição do problema por longos anos.

Portanto, descortina-se mais um procedimento no sistema multiportas, seguro e eficiente, para a tutela de interesses de relevo.

CONCLUSÃO

Conforme se extrai da breve explanação, o neoconstitucionalismo e as ondas renovatórias de acesso à Justiça exigem a alteração de paradigmas e a racionalização dos meios processuais a fim de que o princípio da eficiência na solução de conflitos seja alcançado.

Com o modelo de processo cooperativo, inarredável que se assegure a efetiva participação das partes em todas as fases do processo, sendo o meio adequado para conferir a legitimidade para a atuação estatal na esfera de direitos do cidadão, ainda que sujeito à investigação.

Não se pode ignorar que a instauração do procedimento investigatório possui o condão de afetar a órbita de direitos do investigado, sobretudo, em decorrência do impacto midiático dos fatos.

Por consequência, a efetiva participação no procedimento investigatório vincula-se ao princípio constitucional do devido processo legal e ampla defesa, os quais não devem ficar adstritos à fase judicial.

Em sendo o Ministério Público instituição incumbida de resguardar os preceitos constitucionais, não se mostra congruente a manutenção de procedimento inquisitivo sob sua responsabilidade, sendo salutar um desempenho mais resolutivo.

Por fim, a alteração do perfil do procedimento pré-processual e a implementação de mecanismos de participação efetiva refletem no princípio da eficiência, com redução dos gastos do Estado, direcionamento da atuação das partes interessadas no litígio e impacto positivo na desjudicialização de demandas.

A flexibilização procedimental viabiliza maior acesso ao modelo multipartas, adotado pelo Código de Processo Civil, refletindo inarredavelmente na prestação jurisdicional em decorrência do menor ajuizamento de processos.

Portanto, conclui-se que a instauração de um procedimento dialógico no Inquérito Civil constitui proeminente elemento de transformação social, desenvolvimento sustentável do direito e de toda a estrutura do sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. v. 1. 10.Ed. Rio de Janeiro. Editora Método: 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIN, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. Ed. São Paulo. Malheiros: 2010.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito Constitucional de Defesa**. Revista FAPAD-Revista da Faculdade Pan-Americana de Administração e Direito, v. 1, n. 2, 2021.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo & Neoprocessualismo**. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: D' Plácido, 2021.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; BORTONCELLO, Luís Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araújo. **A Superação Da Míope Interpretação Da Indisponibilidade Do Patrimônio Público: O Acordo Em Ato De Improbidade Administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 22, n. 2, 2021.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; GARCIA, Emerson; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Improbidade Administrativa.** Principais Alterações Promovidas pela Lei 14.230/2021. 1. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Reimpressão 2015. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. Reimpresso 2002.

CASTRO, Renato de Lima; GUARANI, Fábio André (Coord). CAMBI, Eduardo (org.). **Ministério Público: Prevenção, Modelos de Atuação e a Tutela dos Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: DelRey Editora, 2014.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

COSTA, Fabrício Veiga; DE PAULA ALVES, Davi. **Contraditório no inquérito civil como modelo participativo de tutela coletiva.** Revista Thesis Juris, v. 10, n. 1, 2021.

DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. **Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 3, 2013.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 20. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos.** Civil Procedure Review, v. 7, n. 3, 2016.

FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo.** Instrumentos Processuais Coletivos. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRARESI, Eurico. **Inquérito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GADELHA, Luciana Fernandes Portal Lima. **A Celebração De Compromisso De Ajustamento De Conduta Pelo Ministério Público E A Ética Do Discurso Em Habermas.** In: I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos Difusos e Coletivos II.** Ações Coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. Saberes do Direito 35., BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (Coord). São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Hermes Zaneti; ALVES, Gustavo Silva. **Inquérito Civil, Contraditório E Improbidade Administrativa: Um Diagnóstico Crítico Dos Precedentes Das Cortes Supremas Brasileiras.** Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 17, n. 2, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito.** 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** Meio Ambiente. Consumidor. Patrimônio Cultural. Patrimônio Público e Outros Interesses. 32. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PESSOA, THIAGO SIMÕES. **A Ação Probatória Autônoma Aplicada Ao Processo Coletivo.** DO BRASIL, CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO. Dissertação de Mestrado. Curitiba: 2019.

SANTANA, Alexandre Ávalo. NETO, José de Andrade (Coord). **Novo CPC.** Análise Doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2019.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa.** Teoria e Prática. 6. ed. Leme/SP: Mizuno, 2022.

SUZIN, Luís Henrique. **Os Principais Instrumentos Processuais na Tutela Civil de Proteção ao Meio Ambiente.** Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, v. 8, n. 1. 2022.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural.** Teoria e Prática. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

POLÍTICA, DISCRIMINAÇÃO E VULNERABILIDADES SOCIAIS: NOTAS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA DEFICIÊNCIA

André Luiz Pereira Spinieli¹⁰⁰, Flavia Piva Almeida Leite¹⁰¹

INTRODUÇÃO

As interpretações a respeito dos direitos humanos das pessoas com deficiência na contemporaneidade têm sido construídas a partir de múltiplos pontos de vista, que tendem a interseccionar abordagens advindas de diferentes áreas do conhecimento. A virada epistemológica nos estudos sobre deficiência rompe paulatinamente com as perspectivas unitárias do direito ou da sociologia, uma vez que também acrescenta aspectos políticos e filosóficos que determinam a lógica dos direitos desse grupo (BARNES; MERCER; SHAKESPEARE, 2010, p. 57-70; OSTROWSKA, 2010, p. 15-29). A complexidade das questões que envolvem os direitos e a visão social acerca da deficiência tem exigido novos modelos teóricos que sejam não apenas capazes de apresentar soluções pautadas na luta contra práticas capacitistas, mas também suficientes para limitar as vulnerabilidades desses sujeitos (DAVIS, 2006, p. 32). Por esse motivo, a emergência de uma “teoria crítica da deficiência”, também chamada de “DisCrit”, tem se apresentado como uma preocupação constante na agenda de pesquisas daqueles que militam nesse campo de estudos (MEEKOSHA; SHUTTLEWORK; SOLDATIC, 2013, p. 310-318).

Embora a ideia de “teoria crítica” seja fruto da reflexão filosófica contemporânea, que buscou identificar os aspectos que colaboraram para uma crise sociológica que deu margem à criação de um estado de coisas passivo e firmado no retrocesso das instituições sociais, a sua infiltração nos estudos sobre deficiência é importante porque compreende uma demanda trazida diretamente pelos movimentos sociais formados por pessoas com deficiência (MEEKOSHA; SHUTTLEWORK; SOLDATIC, 2013, p. 319). Assim, a leitura crítica do conceito de deficiência está baseada nos legados frankfurtianos que deram

¹⁰⁰ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP/Franca). Pesquisador do Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional Ambiental (LEPADIA/UFRJ). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9712876051495512>. Orcid: <http://lattes.cnpq.br/9712876051495512>.

¹⁰¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Estadual Paulista (UNESP/Franca). Professora da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação (FAAC), da UNESP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4777562668430214>.

origem a novos pressupostos teóricos em um contexto demarcado pela crise identitária humana (MEEKOSHA; SHUTTLEWORK; SOLDATIC, 2013, p. 319). Enquanto a teoria tradicional sobre pessoas com deficiência avançou sobre a formulação de paradigmas teóricos que serviram de fundamento para a construção de políticas e normativas aplicáveis ao grupo, a teoria crítica da deficiência possui outros interesses de pesquisa: sob um viés interdisciplinar, ela pretende identificar os déficits de proteção das pessoas com deficiência, localizar os atores que podem modificar esse cenário e, ainda, introduzir padrões precisos nos debates sociais, a fim de inserir as pessoas com deficiência como alvos disponíveis da mudança social (HOSKING, 2020, p. 243; BOHMAN, 2005, p. 5).

Em outros termos, significa afirmar que a abordagem crítica da deficiência procura demonstrar que ela não corresponde a uma problemática que deve ser debatida, enfrentada e solucionada pelas ciências da saúde e tampouco pelos sentimentos humanos da sensibilidade e compaixão. Na verdade, o problema da deficiência é uma questão política, que está relacionada à impossibilidade de exercício de instâncias de poder pelas pessoas com deficiência – fruto dos arranjos sociais que determinam as vulnerabilidades e processos discriminatórios (DEVLIN; POTHIER, 2006, p. 2). Na medida em que a teoria crítica da deficiência questiona as limitações de acesso desses sujeitos aos bens econômicos e sociais disponibilizados em uma sociedade formada majoritariamente por pessoas não deficientes, ela se aproxima das dificuldades de compreender as categorias da vulnerabilidade, da discriminação e do capacitismo, inclusive como expressão discriminatória (HOSKING, 2020, p. 243-245; SODER, 2009, p. 67-81).

A proposta central deste trabalho é apresentar e discutir as bases do movimento identificado como “teoria crítica da deficiência”, buscando afirmá-lo como perspectiva teórica válida para o avanço dos estudos sobre deficiência e, principalmente, como alternativa às insuficiências dos paradigmas tradicionais sobre o tema, uma vez que seu pressuposto compreende a discussão sobre a deficiência em um mundo de pessoas não deficientes. A interpretação da teoria crítica da deficiência que realizamos neste trabalho também procura preencher uma importante lacuna presente nos estudos nacionais sobre deficiência. Metodologicamente, a pesquisa se funda em uma abordagem bibliográfica. Recorremos fundamentalmente aos escritos internacionais sobre a temática, haja vista a existência de um lapso teórico no Brasil a respeito dessa questão, além de trazer à tona as bases filosóficas que formataram o conceito contemporâneo de “crítica”. O trabalho está dimensionado em três tópicos. No primeiro, debatemos as raízes filosóficas da teoria crítica, objetivando localizar sua fundação na história do pensamento ocidental. No segundo, avançamos sobre a categoria da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, procurando tecer aspectos que vali-

dem a ideia de que são sujeitos socialmente vulneráveis. No terceiro, abordamos os fundamentos e as principais reivindicações da teoria crítica da deficiência.

1 AS RAÍZES FILOSÓFICAS DA CRÍTICA: SOCIEDADE, CAPITALISMO E RAZÃO

No âmbito da filosofia forjada pelos autores associados à tradição da Escola de Frankfurt, o princípio das reflexões institucionais a respeito de uma teoria crítica teve como pano de fundo um complexo cenário histórico (WIGGER-SHAUS, 2006, p. 50-61; NOBRE, 2004, p. 15-17). Ao mesmo tempo em que as reflexões frankfurtianas se construíam à margem do fracasso das revoluções proletárias, assistiam-se aos eventos de emergência e derrocada do nazifascismo europeu, além do aceleração do capitalismo monopolista, que se direcionava à formação de um mundo administrado (JAY, 2008, p. 39-41; FREITAG, 2004, p. 12-15). O berço da teoria crítica remonta à consolidação do Instituto de Pesquisa Social, fundado em 1924 por um grupo de intelectuais marxistas de diferentes áreas das ciências humanas, como espaço necessário ao enfrentamento da crescente marginalização social e, principalmente, enquanto instância de oposição às políticas capitalistas levadas a cabo no último século – responsáveis, segundo a visão frankfurtiana, por abrir margem à razão instrumental¹⁰². Na medida em que se posicionavam contra o avanço das influências capitalistas sobre a vida humana, os frankfurtianos necessitaram de pressupostos teóricos inéditos para afirmar uma filosofia emancipatória.

Ao produzir a bifurcação entre a “teoria tradicional” e a “teoria crítica”, por meio de um ensaio publicado no ano de 1937 por Max Horkheimer, a Escola de Frankfurt desenvolveu uma metodologia própria de investigação social: deslocavam-se os focos da crítica marxista revolucionária e, aos poucos, adentrava-se à questão do conflito entre homem, natureza e capitalismo (JAY, 2008, p 321). As primeiras formulações da teoria crítica frankfurtiana tiveram como propósito central encorajar uma visão holística sobre a sociedade, a fim de fazer emergir as contradições da sociedade capitalista. Nesse viés, a teoria crítica se preocupa com o desenvolvimento de comunidades livres de expressão,

¹⁰² A “razão instrumental” é aquela que não possui a capacidade de fundamentar ou propor discussões acerca dos objetivos ou finalidades com que os homens orientam suas vidas. A sua instrumentalidade decorre da possibilidade de identificar, construir e aperfeiçoar os instrumentos ou meios adequados para alcançar os fins estabelecidos e controlados por um sistema. Para a filosofia desenvolvida pela Escola de Frankfurt, o homem se tornou um “apêndice” da razão burguesa – que, dotada de caráter instrumental, infiltra-se nas instituições e forma os indivíduos conforme um aparato técnico. A racionalidade técnica faz com que todo pensar seja reduzido às instâncias da calculabilidade e administração. Os homens se tornam objetos da ordem social que tudo engloba e se organiza de acordo com uma produção autonomizada, com experiências empobrecidas e marcadas pela rapidez, banalidade, manipulação e regressão das massas.

de modo que essa abordagem teórica pretende ser uma compreensão totalizante e dialética do social em seu conjunto e diante dos mecanismos próprios da sociedade industrial. Ao contrário da teoria tradicional, que tende a perpetuar as formas de opressão, a leitura crítica dos percalços sociais contribui diretamente para a liberdade, a criatividade e o desenvolvimento humano (FREITAG, 2004, p. 17-22; NOBRE, 2004, p. 25). Significa afirmar que a intenção da filosofia frankfurtiana era racionalizar a atividade humana e fazer com que a sociedade produzisse uma revolução epistemológica e prática aplicáveis ao instante vivido: o desenvolvimento da sociedade tecnológica.

Assim como outras tendências teóricas que buscam explicar integralmente (e sob diferentes aspectos) determinado fenômeno social, presentes em outras áreas das ciências humanas – do direito à arquitetura –, a teoria crítica da deficiência encontra suas bases no pensamento frankfurtiano. Conforme afirmamos anteriormente, um dos propósitos centrais dessa nova abordagem é demonstrar que a deficiência representa uma oportunidade para explorar, redefinir e reestruturar novas representações do corpo humano (LINTON, 1998, p. 24-29) em um contexto demarcado pela existência massiva de pessoas sem deficiência. As críticas desenvolvidas por esse ponto de vista têm como fundamento o próprio princípio frankfurtiano: o capitalismo (e seus desdobramentos) consiste na organização de uma economia firmada nas trocas de mercadorias, para as quais todas as outras atividades humanas convergem. No contexto de um capitalismo que determina quais pessoas com deficiência devem ser reconhecidas como sujeito de direitos, a depender das suas possibilidades de contribuição com o mercado e com os processos da cidadania, significa dizer que os valores comunitários estão necessariamente subordinados a uma lógica de mercado – o que engloba não apenas os sentidos da participação social das pessoas com deficiência, mas também o emprego de sua força de trabalho como instrumento para uma inclusão social mecanizada (PINA, 2010, p. 134).

Visualizada pelos teóricos frankfurtianos como base para uma leitura crítica da sociedade, embora a estrutura capitalista contribua para o avanço científico e tecnológico, a realização dos direitos humanos e da liberdade, nessa perspectiva, dependeriam diretamente da superação do capitalismo por meio do agir consciente dos sujeitos oprimidos (NOBRE, 2004, p. 37-39), como as pessoas com deficiência, por meio de práticas transformadoras e emancipatórias. Esses são os princípios teóricos sobre os quais se desenvolveu a abordagem crítica da deficiência na contemporaneidade, cuja tarefa se volta à tentativa de analisar a deficiência enquanto fenômeno demarcado por múltiplos fatores: as dinâmicas culturais, os processos históricos, as reivindicações sociais e os usos políticos da ideia de deficiência (VEHMAS; WATSON, 2014, p. 638-650). Enquanto

metodologia de interpretação dos direitos humanos das pessoas com deficiência, a teoria crítica da deficiência abrange não o exame direto das deficiências em suas particularidades, mas sim das normas sociais que definem quem são esses sujeitos ou mesmo das condições sociais que favorecem a propagação de práticas discriminatórias – ou a manutenção do estigma da deficiência (SCHALK, 2017, p. 1-4). Aliás, os próprios diagnósticos realizados pelos adeptos da teoria crítica da deficiência se aproximam daqueles feitos pelos frankfurtianos, no sentido de que há urgência na reivindicação por justiça em prol dos sujeitos com deficiência, que têm corpos e mentes estigmatizados (MINICH, 2016, p. 1-7).

2 AS POLÍTICAS DE DEFICIÊNCIA E A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE

Da mesma maneira que os estudos críticos da deficiência procuram identificar novas formas de interpretar os conceitos afeitos às pessoas com deficiência, assim como a sua introdução em uma sociedade formada por sujeitos que não possuem deficiências, as disputas semânticas em torno da ideia de “vulnerabilidade” também têm sido uma temática recorrente nas agendas de pesquisa de diferentes movimentos sociais – que vão desde os agrupamentos feministas até mesmo as associações sociopolíticas de pessoas com deficiência (GOODLEY; LIDDIARD; RUNSWICK-COLE, 2018, p. 206). No sentido do que afirmamos anteriormente, a teoria crítica da deficiência interpreta essas pessoas enquanto sujeitos que possuem suas identidades individuais e coletivas socialmente desvalorizadas (DEVLIN; POTHIER, 2006, p. 2). Embora essa perspectiva seja uma marca comum a diversas aproximações teóricas à questão da deficiência, o que diferencia a leitura crítica é o fato de que há uma importante controvérsia sobre *quem* se fala, motivo pelo qual esse campo de estudos procura avançar sobre o próprio conceito de deficiência, a fim de ressignificá-lo à luz das críticas.

Presentes no âmbito dos estudos críticos sobre a deficiência, as controvérsias a respeito de quem é realmente o sujeito com deficiência sinaliza a formação de uma metodologia própria, cuja proposta é lidar diretamente com a herança e a construção de uma identidade destoante da corponormatividade (TAYLOR, 2017, p. 6). A teoria crítica da deficiência demonstra que a identidade desses sujeitos está em constante fluxo, uma vez que se relaciona à própria natureza da corporeidade humana, seja ela mental ou mesmo física. Essa interpretação abre margem para afirmações segundo as quais a identidade da deficiência é passível de ser aplicada a qualquer sujeito, em qualquer momento – que será uma realidade geral na medida em que vivermos o suficiente para que haja

limitações corporais (GARLAND-THOMSON, 2002, p. 20). Nesse sentido, a teoria crítica da deficiência procura assumir disputas potenciais, desde que relacionadas ao seu objeto de estudo, como forma de promoção de seus objetivos enquanto teoria da sociedade, que são tanto políticos quanto conceituais (SCHALK, 2013, p. 4; BELL, 2006, p. 275-282). Além de criticar o emprego da categoria “deficiência” para a organização das relações de classe nas sociedades capitalistas, essa abordagem também privilegia interpretações interseccionais, que olhem para a discriminação contra pessoa com deficiência a partir de múltiplos fatores conjugados – e não apenas sob o viés único da deficiência (EREVELLES; KAFER, 2010, p. 206).

A teoria crítica da deficiência visualiza na ideia de “vulnerabilidade” um importante marco para o desenvolvimento de suas aspirações práticas. As teorias sociopolíticas e morais têm buscado, ao menos desde os anos 1980, estruturar conceitos suficientes para abranger as noções de igualdade, diferença, dignidade humana e vulnerabilidade social (KRITSCH; VENTURA, 2019, p. 441-463). Esse contexto foi demarcado pelo surgimento de normativas antidiscriminatórias, que contribuíram diretamente para a formação de novas abordagens que trabalham, ainda que indiretamente, os direitos humanos de populações marginalizadas, como faz a própria teoria crítica da deficiência (LIPPERT-RASMUSSEN, 2014, p. 20-22). Esses mecanismos têm como propósito fundamental demonstrar que indivíduos diferentes possuem as mesmas capacidades de exercer direitos e gozar de parâmetros mínimos de respeitabilidade social, de modo que as políticas que visam contornar as situações de vulnerabilidade têm se utilizado desse conceito como paradigma para formular estratégias de minimização das diferenças que afetam grupos inseridos à margem das sociedades (FRIEDMAN, 2003, p. 89-93). O estudo da vulnerabilidade enquanto categoria que interessa às teorias sociais e políticas recebeu importantes contribuições a partir das demandas feministas, que influenciaram diretamente a interpretação dos movimentos críticos de deficiência (MACKENZIE; ROGERS; DODDS, 2014, p. 10-27).

A teoria crítica da deficiência, associando-se a outras perspectivas que visam desnudar os processos responsáveis por marginalizar determinados grupos sociais, identifica a existência de um sistema discriminatório e opressor, que têm como princípio de funcionamento a reprodução das injustiças e o acréscimo das vulnerabilidades contra as pessoas com deficiência. Os olhares da teoria crítica da deficiência para essas questões fez com que as lutas políticas desses coletivos fossem transformadas, a fim de levar em consideração o enfrentamento às relações de dependência social e distribuição desigual do poder (MACKENZIE; STOLJAR, 2000, p. 57-82; TREMAIN, 2017, p. 86). Compreender as deficiências como frutos diretos das relações de poder implica uma leitura crítica a respeito dos processos

de exclusão e hierarquização social a partir dos discursos e práticas institucionais (TREMAIN, 2017, p. 86), de modo que, se as vulnerabilidades que afetam as pessoas com deficiência são expressões diretas dos arranjos de poder, então não há como entender seus efeitos na vida humana sem que haja um conceito político e social de deficiência (KRISTEVA; HERMAN, 2010, p. 251-268).

As aproximações mais recentes da teoria dos direitos humanos ao problema da vulnerabilidade, como se dá no âmbito da teoria crítica da deficiência, têm constatado uma interessante questão: a pessoa com deficiência não se define apenas de acordo com o seu grau de vulnerabilidade, enquanto um marcador natural, inerente a todos os seres humanos. O conceito de vulnerabilidade também faz referência a uma dimensão social, relacionada aos níveis de exercício da cidadania no contexto de uma comunidade política. Em continuidade aos avanços apresentados pela filosofia feminista nas últimas décadas e de estudos interdisciplinares (KRISTEVA; HERMAN, 2010, p. 251-268), como afirmamos anteriormente, a abordagem crítica da deficiência reconhece que a vulnerabilidade representa um estado moral de não afirmação da autonomia – ou seja, ela consiste em um atributo correspondente à posição do indivíduo e do grupo na sociedade em que está inserido (MELKEVIK, 2017, p. 641-673). Além disso, essas abordagens também propõem que a vulnerabilidade pode ser mensurada individualmente, de acordo com marcadores da diferença. A precarização das vidas sociais, o surgimento das vulnerabilidades e a negação da autonomia se devem à existência de fatores como a deficiência, o gênero, a classe social, a idade ou a raça, o que reforça a necessidade de uma leitura interseccional da deficiência e, mais que isso, uma política que a conceitue a partir de novos paradigmas (GORDON-BOUVIER, 2020, p. 52).

3 INTERSECCIONALIDADE, ATIVISMO E NORMALIDADE: OS DISCURSOS DA TEORIA CRÍTICA DA DEFICIÊNCIA

A teoria crítica da deficiência deve ser compreendida enquanto uma importante metodologia para o desenvolvimento dos estudos a respeito das políticas de direitos humanos, identidade e inclusão social desses sujeitos (MINICH, 2016, p. 1-7). No contexto de gênese desse movimento interpretativo das identidades e direitos das pessoas com deficiência, os teóricos que fundaram a dimensão crítica assumiram uma postura comprometida com a justiça social, a fim de fazer dela um instrumento voltado à libertação social tanto dos sujeitos desvalorizados ou estigmatizados pela ideia de deficiência como patologia quanto daqueles que não sejam comunitariamente identificados enquanto pessoa com deficiência, embora se identifiquem assim (MINICH, 2016, p. 4). A teoria crítica da deficiência, ao retomar valores emancipatórios presentes em

suas bases filosóficas, tem por finalidade avançar para dentro das reivindicações capturadas por ativistas dos direitos das pessoas com deficiência, além de se propor como elemento constante das agendas acadêmicas que tratam da questão (HAMRAIE, 2016, p. 108-134). Essas premissas nos permitem classificar a teoria crítica da deficiência como um complexo de narrativas emancipatórias (GOODLEY; LIDDIARD; RUNSWICK-COLE, 2018, p. 206-208), que levam em consideração o impacto das construções sociopolíticas tradicionais sobre a deficiência na vida dos sujeitos oprimidos – não se limitando àqueles aos quais se aplica o conceito tradicional de “deficiência”.

Enquanto alternativa às hermenêuticas tradicionais da deficiência, a abordagem crítica está vinculada diretamente às experiências de discriminação vivenciadas por esses sujeitos, uma vez que sua tendência é justamente transformar as circunstâncias nas quais as pessoas com deficiência estão inseridas por meio de análises interseccionais (EREVELLES; MINEAR, 2010, p. 127-145). Herança das contribuições frankfurtianas, a teoria crítica da deficiência se opõe fortemente à afirmação de que, em maior ou menor grau, todas as pessoas possuem alguma deficiência. Além de ser considerada discriminatória, porque não leva em consideração as deficiências como critérios diferenciadores e que reclamam políticas específicas para a concretização de estados de igualdade, a teoria crítica da deficiência substitui essa posição por relatos historicamente situados da deficiência frente à intersecção com outras categorias de análise das opressões, como os critérios racial, de gênero, de nacionalidade e de identidade sexual (EREVELLES; KAFER, 2010, p. 219). No mesmo sentido, essa leitura da deficiência rejeita uma definição fixa, como pretende a teoria tradicional ao apresentar uma evolução histórica da deficiência a partir dos paradigmas de conceituação. A ideia pensada no âmbito da teoria crítica da deficiência é deixar em aberto os limites desse conceito, a fim de entendê-lo como um complexo de características que, ao ser atribuída aos indivíduos em sociedades marcadas pelas opressões, tendem a se tornar fatores discriminatórios (KAFER, 2013, p. 11).

Ao mesmo tempo em que reivindica associações com outros estudos críticos, como a teoria queer, a leitura feminista do direito e os estudos negros da deficiência, a teoria crítica de deficiência assume uma posição clara: ela compreende que não há como uma teoria lidar com a complexidade dos fenômenos que estão relacionados à questão da deficiência (SLEETER, 2010, p. 1-6). Assim, os teóricos críticos da deficiência procuram realizar conexões em sentido acadêmico e político, além de avançar seus pressupostos até outras perspectivas teóricas críticas, que abordem os problemas das sexualidades e das etnias (ANNAMMA; CONNOR; FERRI, 2013, p. 7-16.). Enquanto movimento de contraposição às tendências tradicionais, a teoria crítica da deficiência encontra

insuficiências na promoção do paradigma social de deficiência (MOLLOW, 2017, p. 340), compreendendo essa categoria não apenas como uma construção social que se relaciona diretamente com as maneiras como o ambiente é formatado (SHAKESPEARE, 2006, p. 197-204; LEITE, 2012, p. 31-53; OWENS, 2009, p. 78-86), mas sim como um sistema de interações que introduz os efeitos sociais experimentados pelas pessoas com deficiência como decorrências tanto dos ambientes físicos e institucionais quanto do não atendimento, pelos próprios sujeitos com deficiência, das expectativas sociais de “normalidade” (HOSKING, 2008, p. 243-245). A teoria crítica da deficiência explora as contradições entre os paradigmas biomédico e social, demonstrando que, ao mesmo tempo em que a primeira utiliza as ciências médicas para superar a incapacidade, a abordagem social aceita a deficiência como um valor que possui, intrinsecamente, o direito à participação social igualitária (HOSKING, 2008, p. 244-245).

Ao desafiar os pressupostos normativos do modelo tradicional de deficiência, o direcionamento dos estudos críticos sobre deficiência reconhece essa categoria como produto de leitura interdisciplinares, embora contradiga fortemente o movimento acadêmico e dos profissionais da saúde que tendem a recorrer aos estudos sobre deficiência unicamente como uma epistemologia da inclusão social, abandonando-se a crítica aos mecanismos que formatam a ideia de normalidade (LINTON, 1998, p. 525-526). Apesar de privilegiar o diálogo com o ativismo em nome das pessoas com deficiência, a teoria crítica da deficiência visualiza a dificuldade de transformação do discurso dos ativistas, que insistem em reproduzir os modos normativos de racionalidade sobre a questão da deficiência (EREVELLES; KAUFER, 2010, p. 213; KELLY, 2010, p. 1-4). Nesse viés, a interpretação interseccional das opressões que afetam as pessoas com deficiência, e devem estar presentes nos discursos do ativismo em prol desses sujeitos, é importante não apenas por observá-las a partir de diferentes vetores, mas principalmente porque previne as armadilhas da exclusão e do conformismo nas políticas públicas, que constroem os direitos das pessoas com deficiência por uma visão dissociada de outras opressões, e destaca o fato de que esses indivíduos estão inseridos simultaneamente em sistemas de deficiências e outros marcadores da diferença (HOSKING, 2008, p. 245-247). Assim, enquanto os estudos tradicionais sobre a deficiência foram responsáveis pela promoção do apagamento das questões de raça, nacionalidade e gênero, a teoria crítica da deficiência compreende que eles favoreceram as hierarquizações sociais (FOX, 2017, p. 3-5; MCRUER; MOLLOW, 2004, p. 79).

CONCLUSÃO

O propósito central deste artigo foi apresentar e debater as contribuições principais do movimento contemporâneo denominado “teoria crítica da deficiência”.

Essa postura teórica compreende um conjunto amplo de abordagens que buscam visualizar a deficiência não mais como uma questão medicinal associada ao elemento corponormativo, mas sobretudo enquanto fenômeno com feixes culturais, sociais e políticos (MEEKOSHA; SHUTTLEWORTH, 2009, p. 47-75). Na medida em que se contrapõe à tendência tradicional da deficiência, que tem como base a escrita da história, das políticas e das normativas aplicáveis às pessoas com deficiência a partir da concatenação de paradigmas de conceituação, a teoria crítica da deficiência tem como foco a discussão a respeito da noção de normalidade – que é responsável por estruturar o próprio conceito de deficiência. Além disso, essa interpretação crítica procura associar a deficiência a outros movimentos que compartilham dos mesmos princípios de criticidade, como aquelas que abordam os problemas de raça, de colonialidade, gênero e teoria queer. Na condição de metodologia para uma leitura adequada dos conceitos associados às pessoas com deficiência, um dos pontos fortes da teoria crítica da deficiência consiste no favorecimento das abordagens interseccionais e de inclusão exclusiva, uma vez que sua compreensão parte da ideia de que as pessoas com deficiência são assinaladas por marcadores de diferença que, por sua vez, causam opressões e caracterizam a deficiência como patologia (ALMEIDA; ARAÚJO, 2020, p. 611-641).

A teoria crítica da deficiência está interessada na luta por questões não incluídas diretamente na agenda tradicional das lutas sociais das pessoas com deficiência, como as reivindicações por igualdade racial no acesso aos espaços médicos e educacionais, as demandas por justiça ambiental e liberdade reprodutiva das mulheres com deficiência. Assim, a teoria crítica da deficiência compreende uma disciplina ainda em desenvolvimento – e que encontra pouca expressão nos estudos brasileiros sobre deficiência, que ainda têm um claro enfoque nos problemas tradicionais, com ênfase na sucessão de paradigmas que formataram o conceito de deficiência. Na condição de uma metodologia politicamente responsiva aos problemas contemporâneos que se mantêm presentes nas experiências sociais das pessoas com deficiência, essa abordagem tende a favorecer políticas de inclusão efetiva desses sujeitos, a fim de fazer com que sejam superados os desafios das prioridades culturais complexas (EREVELLES; KAFFER, 2010, p. 212), que compreendem a amplitude de tipos de deficiência individualmente considerados e, simultaneamente, as interlocuções entre deficiência e os eixos de raça, classe social, nacionalidade, gênero e sexualidade (EREVELLES; KAFFER, 2010, p. 212). Assim, pode-se afirmar que a contribuição principal da teoria crítica da deficiência é justamente a interlocução com outras áreas do conhecimento e a tentativa, à luz da própria teoria crítica frankfurtiana, de desenvolver uma leitura holística sobre a pessoa com deficiência em suas múltiplas perspectivas – do direito à psicologia.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Philippe Oliveira de; ARAÚJO, Luana Adriano. DisCrit: os limites da interseccionalidade para pensar sobre a pessoa negra com deficiência. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 2, 2020.
- ANNAMMA, Subini Ancy; CONNOR, David; FERRI, Beth. *Dis/ability critical race studies (DisCrit): theorizing at the intersections of race and dis/ability*. **Race Ethnicity and Education**, v. 16, n. 1, 2013.
- BARNES, Colin; MERCER, Geof; SHAKESPEARE, Tom. *Exploring disability: a sociological introduction*. Cambridge: Polity Press, 2010.
- BELL, Chris. *Introducing white disability studies: a modest proposal*. In: DAVIS, Lennard J. (Ed.). **The disability studies reader**. 2. ed. New York: Routledge, 2006.
- BOHMAN, James. Critical theory. In: STANFORD UNIVERSITY (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. California: Stanford, 2016.
- DAVIS, Lennard J. **The disability studies reader**. 2. ed. New York: Routledge, 2006.
- DEVLIN, Richard; POTHIER, Diane. *Introduction: toward a critical theory of dis-citizenship*. In: POTHIER, Diane; DEVLIN, Richard (Eds.). **Critical disability theory; essays in philosophy, politics, policy, and law**. Toronto: UBC Press, 2006.
- EREVELLES, Nirmala; KAUFER, Alison. *Committed critique: an interview with Nirmala Erevelles*. In: BURCH, Susan; KAUFER, Alison (Eds.). **Deaf and disability studies**. Washington: Gallaudet University Press, 2010.
- EREVELLES, Nirmala; MINEAR, Andrea. *Unspeakable offenses: untangling race and disability in discourses of intersectionality*. **Journal of Literary & Cultural Disability Studies**, v. 4, n. 2. 2010.
- FOX, Ann M. *We must be critical: the current purpose of disability studies*. **Disability Studies Quarterly**, v. 37, n. 3, 2017.
- FREITAG, Bárbara. **A teoria crítica ontem e hoje**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- FRIEDMAN, Marilyn. **Autonomy, gender, politics**. New York: Oxford University Press, 2003.
- GARLAND-THOMSON, Rosemarie. *Integrating disability, transforming feminist theory*. **NWSA Journal**, v. 14, n. 3, 2002.
- GOODLEY, Dan; LIDDIARD, Kirsty; RUNSWICK-COLE, Katherine. *Feeling disability: theories of affect and critical disability studies*. **Disability & Society**, v. 33, n. 2. 2018.
- GORDON-BOUVIER, Ellen. **Relational vulnerability: theory, law and the private family**. Oxford: Palgrave Macmillan, 2020.

HAMRAIE, Aimi. *Historical epistemology as disability studies methodology: from the models framework to Foucault's archaeology of cure*. **Foucault Studies**, v. 19, 2015.

HOSKING, David. Disability and standardization. In: FERRI, Delia; BRODERICK, Andrea (Eds.). **Research Handbook on EU Disability Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.

JAY, Martin. **A imaginação dialética: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais, 1923-1950**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

KAFER, Alison. **Feminist, queer, crip**. Bloomington: Indiana University Press, 2013.

KELLY, Christine. *Wrestling with group identity: disability activism and direct funding*. **Disability Studies Quarterly**, v. 30, n. 3, 2010.

KRISTEVA, Julia; HERMAN, Jeanine. *Liberty, equality, fraternity... and vulnerability*. **Women's Studies Quarterly**, v. 38, n. 2, 2010.

KRITSCH, Raquel; VENTURA, Raissa Wihby. Reconhecimento, identidade(s) e conflito social: debates a partir da teoria política e social. **Civitas**, Porto Alegre, v. 19, n. 2, maio/ago. 2019.

LEITE, Flávia Piva Almeida. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: amplitude conceitual. A busca por um modelo social. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, 2012.

LINTON, Simi. **Claiming disability: knowledge and identity**. New York: New York University Press, 1998.

LINTON, Simi. *Disability studies/not disability studies*. **Disability & Society**, v. 13, n. 4, 1998.

LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. **Born free and equal? A philosophical inquiry into the nature of discrimination**. New York: Oxford University Press, 2014.

MACKENZIE, Catriona; ROGERS, Wendy; DODDS, Susan (Eds.). **Vulnerability: new essays in ethics and feminist philosophy**. New York: Oxford University Press, 2014.

MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie (Eds.). **Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self**. New York: Oxford University Press, 2000.

MCRUER, Robert; MOLLOW, Anna (Eds.). **Sex and disability**. Durham: Duke University Press, 2012.

MEEKOSHA, Helen; SHUTTLEWORTH, Russell Peter. *What's so 'critical' about critical disability studies?* **Australian Journal of Human Rights**, v. 15, n. 1, 2009.

MEEKOSHA, Helen; SHUTTLEWORTH, Russell Peter; SOLDATIC, Karen. *Disability and critical sociology: expanding the boundaries of critical social inquiry*. **Critical Sociology**, v. 39, n. 3, 2013.

- MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, jul./dez. 2017.
- MINICH, Julie Avril. *Enabling whom? Critical disability studies now*. **Lateral: Journal of Cultural Studies Association**, v. 5, n. 1, 2016.
- MOLLOW, Anna. *Disability studies*. In: SZEMAN, Imre; BLACKER, Sarah; SULLY, Justin (Eds.). *A companion to critical and cultural theory*. Chichester: John Wiley & Sons, 2017.
- NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- OSTROWSKA, Antonina. **Disability in society: 1993-2015**. Warszawa: IFIS PAN Publishing House, 2015.
- OWENS, Janet. *The influence of "access" on social exclusion and social connectedness for people with disabilities*. In: TAKET, Ann et al. (Eds.). *Theorising social exclusion*. New York: Routledge, 2009.
- PINA, Leonardo Docena. Sociedade inclusiva: a face aparente do capitalismo em uma nova fase. **Filosofia e Educação**, v. 2, n. 1, abr./set. 2010.
- SCHALK, Sami. *Coming to claim crip: disidentification with/in disability studies*. **Disability Studies Quarterly**, v. 33, n. 2, 2013.
- SCHALK, Sami. *Critical disability studies as methodology*. **Lateral: Journal of Cultural Studies Association**, v. 6, n. 1, 2017.
- SHAKESPEARE, Tom. *The social model of disability*. In: DAVIS, Lennard J. (Ed.). *The disability studies reader*. New York: Routledge, 2006.
- SLEETER, Christine. *Building counter-theory about disability*. **Disability Studies Quarterly**, v. 30, n. 2, 2010.
- SODER, Marten. *Tensions, perspectives and themes in disability studies*. **Scandinavian Journal of Disability Research**, v. 11, n. 2, 2009.
- TAYLOR, Sunaura. **Beasts of burden: animal and disability liberation**. New York: The New Press, 2017.
- TREMAIN, Shelley. **Foucault and feminist philosophy of disability**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2017.
- VEHMAS, Simo; WATSON, Nick. *Moral wrongs, disadvantages, and disability: a critique of critical disability studies*. **Disability & Society**, v. 29, n. 4, 2014.
- WIGGERSHAUS, Rolf. **A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2006.

ANÁLISE DA PROTEÇÃO DA FAUNA AQUÁTICA À LUZ DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS E JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Antonio Evangelista de Souza Netto¹⁰³, Valmir Cesar Pozzetti¹⁰⁴,

¹⁰³ Juiz de Direito Titular de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor-Geral do Fórum. Juiz Eleitoral Titular da 69ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Diretor do Fórum Eleitoral. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca - Espanha. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina - Itália. Pós-doutor em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) - Brasil. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2014). Mestre em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2008). Vice-Presidente da Comissão de Empresas Familiares e Holding do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM. Vice-Diretor do Departamento de Cursos para o Público Externo e Ensino à Distância da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - EMAP. Coordenador do Núcleo de EAD da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - EMAP. Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos Empresariais - CEJUSC Recuperação Empresarial. Professor Colaborador do PPGD - Mestrado e Doutorado da Unicuritiba. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho (Uninove-SP). Professor Orientador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Professor da Escola Superior da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina - ESMAFESC. Professor da Escola Superior da Magistratura Estadual do Estado de Santa Catarina - ESMESC. Professor da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - EMAP. Professor da Escola Judicial do Paraná - EJUST-PR Professor em cursos de pós-graduação. Parecerista da revista do curso de mestrado e doutorado em direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Diretor Científico da Coleção Processo e Constituição da Editora Prisma. Participates in Judicial Exchange at Harvard University - Law School. Membro do Fórum Nacional de Juízes de Competência Empresarial - FONAJEM Membro da Academia de Cultura de Curitiba/PR - ACCUR Membro e Coordenador Acadêmico Regional do Instituto Brasileiro da Insolvência - IBAJUD. Membro do Instituto Brasileiro de Direito da Empresa - IBDE Membro do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC Membro do Fórum Nacional de Juízes Criminais - FONAJUC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário - IBRADIM. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC. Membro da Soberana Ordem do Mérito de Saint Yves de Tréguier - França. Comendador da Ordem do Mérito Cívico e Cultural - SBHM. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1450737398951246>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8000-7840>. Email: aesn@tjpr.jus.br

¹⁰⁴ Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França (título reconhecido pela Univ. Federal de Pernambuco). Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França (título reconhecido pela Universidade Luterana do Brasil). Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM, Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Foi Conselheiro Estadual da OAB/AM no triênio 2016/2018. É Acadêmico Imortal da Academia de Ciências Contábeis do Amazonas. É Professor Adjunto da UFAM - Universidade Federal do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação, e no Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais. É Professor Adjunto da UEA - Universidade do Estado do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação e nos Mestrados em Direito Ambiental e no de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos. Foi professor de Módulos de Curta duração da Escola da Magistratura do Amazonas - ESMAM, onde ministrou as disciplinas: Direito Agrário; Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, nos Cursos de Formação de Magistrados. Possui aprovação em Concurso Público para professor: - da UNIFAP - Univ. Federal do Amapá; da UFRR - Univ. Federal de Roraima; da UFAM - Univ. Federal do Amazonas, da UEA - Univ. do Estado do Amazonas. Tem experiência na área

INTRODUÇÃO

A busca de meios para a proteção do meio ambiente é um dos problemas mais pertinentes da atualidade, a nível global. E, apesar dos avanços científicos e tecnológicos em prol do desenvolvimento econômico, atualmente a natureza encontra-se cada vez mais ameaçada.

Nesse sentido, considerando a condição de reciprocidade entre o ser humano e o meio em que ele vive, surge uma necessidade urgente de modificação do estilo de vida, tendo em vista os problemas já existentes e também uma adequação jurídica para proteger e conservar o equilíbrio natural da vida na Terra.

Além disso, encontra-se previsto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

Com essa determinação, o legislador impôs ao Poder Público e também à coletividade o dever e função de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Para complementar, Milaré, (2011) destaca o parágrafo 1º, inciso VII, de modo a assegurar sua efetividade, prevê que cabe ao Poder Público proteger

de Direito e Ciências Contábeis, com ênfase em: Biodireito, Direito Ambiental, Direito Tributário, Direito do Trabalho, Direito Agrário e Direito Urbanístico, atuando principalmente nos temas Biossegurança, Sustentabilidade e Preservação do Meio Ambiente. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5925686770459696>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2339-0430>. E-mail: v_pozzetti@hotmail.com

¹⁰⁵ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Possui especializações nas áreas de Educação 4.0; Direito Público; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental; Direito do Trabalho e Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Técnica em Transações Imobiliárias e Bel. Direito. Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica - PCI junto ao Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA, Linhas de Pesquisas: Compliance; Sustentabilidade e Direito e Direito Penal Econômico. Membro do grupo de pesquisa Neurolaw. CPC-A pela LEC Certification Board. Professora de Direito Empresarial na UNIENSINO. Professora Conteudista. Assessora Jurídica- Administrativa na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Revisora da Revista Gralha Azul Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná. Registro ORCID: 0000-0002-3990-7633. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1064406440921045>. Email: flaviajeane.ferrari@hotmail.com

¹⁰⁶ Mestrando do Programa de Mestrado Profissional em Meio Ambiente Urbano e Industrial da UFPR - PPGMAUI. Especializações em Auditoria e Perícia Ambiental; Engenharia de Segurança do Trabalho e Educação a Distância 4.0. Engenheiro Ambiental. Tecnólogo em Gestão Ambiental. Associado da Associação de Peritos do Paraná - APEPAR. Membro do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia do Paraná - IBAPE/PR. Associado da APEAM - Associação Paranaense dos Engenheiros Ambientais. Atuação como assistente técnico, analista, auditor, auditor Líder do SGI - ISO 9001, 14001 e 45001, consultor, engenheiro, gestor, professor e perito nas áreas de Meio Ambiente, Eng Segurança do Trabalho e Química, nas seguintes Organizações Judiciárias: TJ-PR / TJ-SC/ MP-SC / TRT9 e TRF-4. Professor Universitário. Professor Conteudista. Operador de drones. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9775407414426080>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5834-3864>. Email: g_delima@hotmail.com

a fauna e a flora, sendo vedadas na forma da lei as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, que ocasione na extinção de espécies ou submetam os animais à atrocidades.

Por este motivo, o presente trabalho vem analisar alguns casos, sendo estes os casos que tratam especificamente da fauna aquática, no contexto brasileiro, o qual vem sofrendo crimes ambientais de maneira indiscriminada, havendo ainda pouca informação por parte da população sobre a definição dessas violações contra a fauna e sua aplicabilidade jurídica, a qual ocorre de forma branda quando aplicada.

O objetivo desta pesquisa é o de analisar a aplicabilidade e efetividade da lei nº 9.605/98 no tocante aos crimes relacionados à fauna aquática.

A problemática, que envolve essa pesquisa é: de que forma (e se é possível) o julgador brasileiro utilizará a Lei de crimes ambientais (n. 9.605/98) para inibir os delitos criminosos em relação à fauna aquática, no Brasil?

A pesquisa se justifica tendo em vista a importância ambiental - para os seres humanos e todo ecossistema planetário - no tocante à preservação e conservação da fauna aquática, não se podendo mais ignorar os efeitos deletérios que a ausência de proteção causará ao planeta.

A metodologia a ser utilizada nesta pesquisa será a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica e quanto aos fins, qualitativa.

A partir disso, tem-se o intuito de fornecer uma confirmação consistente para o desenvolvimento do tema. Posteriormente, serão abordados os crimes contra a fauna aquática concentrando-se naquilo que trata sobre os crimes ambientais.

1 CONCEITO: CRIME E FAUNA AQUÁTICA

Inicialmente, é pertinente apresentar o conceito de crime sob o aspecto material como sendo “uma ação ou omissão que contraria os interesses da sociedade, constituindo uma lesão ou ameaça concreta de lesão a um bem jurídico” (Medina, 2008, p. 258). Apesar disso, cabe destacar que, se a conduta não traz uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, o ato não será considerado crime.

Já no que diz respeito à fauna aquática, segundo Luff (1990) o termo fauna se refere ao conjunto de animais próprios de uma região ou de um período geológico.

Por sua vez, a terminologia *aaquático* é um adjetivo que se refere àquilo que é ligado à água. A palavra costuma ser usada em alusão aos seres que vivem

nesta ou aos objetos que, pela sua natureza, conserva-se na água de forma constante (MICHAELIS, 2015).

Outra definição que temos é a fauna aquática que são aqueles animais que existem em água doce, como lagoas, lagos, rios e riachos e os organismos marinhos aqueles que vivem em águas salgadas, como oceanos e mares. (Brasil, 2011).

Desta forma podemos conceituar que o crime ambiental contra a fauna é o ato de violação causada a um bem, especificamente à espécie animal que compõe o meio ambiente, que é protegido por uma lei federal. (Ermann, 2007).

1.1 ECOSSISTEMAS AQUÁTICOS

Um ecossistema aquático é aquele em que o principal meio externo e meio interno é a água (Odum, 2001). Compõe-se de comunidades de organismos que vivem e que dependem umas das outras e do seu ambiente para sobreviver.

Os dois principais tipos de ecossistemas aquáticos são os ecossistemas marinhos e os ecossistemas de água doce (Alexander, 1999). O ecossistema marinho é caracterizado pela comunidade biológica de organismos aos quais estão associados e seu ambiente físico (USEPA, 2006).

Já os principais encontrados no Brasil são: Manguezais, Recifes de corais, Dunas, Restingas, Praias arenosas, Costões rochosos, Lagos e Lagoas e Estuários. (Gerling, Ranieri, Fernandes, Gouveia & Rocha, 2016).

Por outro lado, os ecossistemas de água doce são representados por três tipos básicos de ecossistemas de água doce: Lântico, Lóticos e Terras úmidas. (Alexander, 1999).

1.1.1 *Ecossistema marinho*

O maior ecossistema aquático da Terra é o marinho. Esse ecossistema se caracteriza pela sua alta salinidade, diferenciando-se assim dos ecossistemas de água doce que possuem menor proporção de sal. (Correia & Sovierzoski, 2005).

A Terra possui uma cobertura de mais de setenta por cento (70%) de águas marinhas, representando mais de noventa e sete por cento (97%) do suprimento de água terrestre. Além disso, representa noventa por cento (90%) da superfície habitável na Terra. (Oceanic Institute, 2018).

Os ecossistemas marinhos são caracterizados pela comunidade biológica de organismos aos quais estão associados e seu ambiente físico específico (USEPA, 2006).

Por sua vez, no Brasil, os sistemas ambientais costeiros são extraordinariamente diversos. O litoral nacional é miscigenado no sul e sudeste por águas frias, e por águas quentes no norte e nordeste. (MMA, 2010; Chesley, 2017).

Essa variação promove e sustenta uma grande variedade de ecossistemas que incluem manguezais, dunas, restingas, praias arenosas, recifes de corais, costões rochosos, estuários, marismas e lagoas, os quais abrigam inúmeras espécies de fauna e flora, algumas encontram-se ameaçadas de extinção. (MMA, 2010; Chesley, 2017).

1.1.2 Manguezais

O manguezal encontra-se em zonas litorâneas conectadas aos cursos d'água, caracterizando áreas encharcadas, salobras e calmas, com influência das marés, porém, sem serem atingidos pela ação direta das ondas do mar. (Rossi & Mattos, 2002).

De acordo com Rossi & Mattos (2002), o referido ecossistema é o elo entre os ambientes marinho, terrestre e fluvial, caracterizando-se por uma constante aquisição de novas áreas devido ao acúmulo de grandes massas de sedimento e detritos carregados pelos rios e também pelo mar.

Nos manguezais sobrevivem espécies que não são necessariamente relacionadas entre si e são muitas vezes agrupadas pelas características que compartilham, e não pela similaridade genética. (Carmo et al., 1994).

Devido à sua proximidade com a costa, todas essas espécies desenvolveram adaptações específicas, como a excreção de sal e a aeração da raiz para viver em água salgada e baixo teor de oxigênio. (Cintrón-Molero & Schaeffer-Novelli, 1992).

Outro aspecto típico é que os manguezais podem ser reconhecidos por seu emaranhado denso de raízes que agem como proteção da costa, reduzindo a erosão causada por tempestades, correntes, ondas e marés. (Lugo & Snedaker, 1974)

O ecossistema de mangue é também uma importante fonte de alimento para muitas espécies, bem como um meio excelente para arrebatrar dióxido de carbono da atmosfera, com um armazenamento global de carbono estimado em trinta e quatro milhões de toneladas métricas por ano. (Rodríguez, 2015).

1.1.3 *Recifes de corais*

Os recifes de corais constituem os mais diversos, mais complexos e mais produtivos dos ecossistemas marinhos costeiros, alimentando e sendo uma fonte econômica para milhares de pessoas nas regiões tropicais. (Connell, 1978).

1.1.4 *Dunas*

As dunas são definidas como depósitos de areias finas aglomeradas, criadas a partir da ação do vento ao erodir as rochas, o qual também transporta essa matéria. As dunas surgem geralmente no sentido da faixa de praia em direção ao interior da zona costeira. (Pinheiro & Claudino-Sales, 2018).

1.1.5 *Restingas*

A restinga trata-se de um ecossistema distinto, sendo constituída por uma planície de baixa altitude, repleta de ondulações e inclinações no solo, cuja direção é rumo ao mar. (Barcelos, Riguete, Silva & Ferreira Júnior, 2012).

Além disso, o termo restinga possui um significado geomorfológico, o que é passível de fornecer essa conotação a qualquer depósito arenoso análogo ao longo da costa. (Suguio & Martin 1990).

1.1.6 *Praias arenosas*

Os autores Brown & McLachlan (1990), definem da maneira mais sucinta as características do ecossistema das praias arenosas:

As praias arenosas compõem sistemas dinâmicos, onde elementos básicos como ventos, água e areia que interagem entre si, resultando em processos hidrodinâmicos e deposicionais complexos. [...] A dinâmica costeira, que condiciona a construção geomorfológica da linha da costa, é a principal responsável pelo desenvolvimento das praias arenosas e pelos processos de erosão e destituição que as mantêm em constante alteração. A morfologia dos perfis praias em uma determinada região é função do nível energético das ondas, uma vez que essa energia é liberada nas zonas costeiras. Neste sentido, as praias podem ser identificadas desde muito expostas a muito protegidas, sendo a variabilidade física resultante da combinação de parâmetros básicos como característica das ondas e granulometria do sedimento. (Brown & McLachlan como citado em Amaral, do Amaral, Leite, & Gianuca, 1999, p. 2).

1.1.7 *Costões rochosos*

De acordo com Almeida (2008), costão rochoso trata-se do espaço costeiro constituído por rochedos que ocorrem na transição entre o ambiente aquático e o terrestre.

Devido ao fato de que grande parte das espécies que habitam os costões rochosos pertencem ao ambiente marinho, esse tipo de ecossistema é mais considerado como uma extensão do meio marinho do que do meio terrestre. (Almeida, 2008).

Os costões rochosos tratam-se de um dos ecossistemas mais importantes no âmbito costeiro, uma vez que servem de abrigo para diversas espécies e organismos que além de serem extremamente relevantes ao equilíbrio ambiental, são fundamentais também no setor econômico das costas, como é o caso dos frutos do mar, por exemplo. (Nybakken, 2001).

1.1.8 *Lagos e Lagoas*

Os lagos e lagoas são tidos como corpos de águas jacentes, e considerados como fenômenos de curta duração na escala geológica. (Esteves, 1988; Tundisi & Tundisi, 2008).

Há uma diferenciação básica entre lagos e lagoas: os lagos caracterizam-se por corpos de águas profundas, exibindo estratificações térmicas com diferentes teores de oxigênio dissolvido, que delimitam diferentes camadas tropogênicas. Já as lagoas tratam-se especificamente de corpos de água de baixa profundidade, sem a ocorrência de estratificações, e por isso apresentam grandes camadas tropogênicas. (Martins, 2012).

1.2 ECOSISTEMAS DE ÁGUA DOCE

Os ecossistemas de água doce cobrem aproximadamente 0,78% da superfície da superfície terrestre e contribuem com 0,009% da água doce total disponível. Estes ecossistemas representam quase três por cento de seu cultivo primário líquido. Existem três tipos básicos de ecossistemas de água doce: Léntico, Lóticos e Terras Húmidas. (UNESCO, 2018).

Segundo Vaccari, Strom & Alleman (2006), o ecossistema léntico caracteriza-se pelo movimento lento das águas e nele estão inclusos: piscinas, lagoas e lagos. Já os ambientes lóticos são caracterizados pelo movimento mais rápido da água, como nos casos dos córregos e rios.

Já as terras húmidas apresentam um solo impregnado ou inundado de água durante a maior parte do ano. (Vaccari, Strom & Alleman, 2006).

Os ecossistemas de água doce são o abrigo de aproximadamente quarenta e um por cento de todas as espécies de peixes já conhecidas do mundo. (Daily, 1997).

De acordo com Copper (1994), todos esses ecossistemas possuem uma grande diversidade de organismos, desde algas, bactérias, macrófitas, artrópodes à vertebrados que interagem e interdependem-se para sobreviver.

Os peixes representam um pouco mais da metade das espécies de vertebrados conhecidos no mundo, com vinte e quatro mil e seiscentos dezoito espécies, sendo que nove mil e novecentos e sessenta e seis espécies ocupam águas doces permanentemente. (Copper, 1994).

Nesse sentido ao comentarem a lei que permitiu a inserção de peixes transgênicos nos rios do Estado do Amazonas, Pozzetti e Gasparini (2021) destacam que proteger esse ecossistema, sem alterações, mantendo a integridade da fauna e flora dos rios do Estado do Amazonas, é fundamental para o equilíbrio ambiental da região, não se podendo, a despeito de incrementar a economia da região, alterar o bioma que até então tem trazido vida saudável à população. É necessário manter a preservação dos recursos hídricos disponíveis nesse ambiente aquático, sob pena de se trazer prejuízos insanáveis ao meio ambiente amazônico.

2 METODOLOGIA CIENTÍFICA

O presente trabalho desenvolve um estudo exploratório, utilizando o método de pesquisa dedutiva, isto é, através da análise de doutrinas, artigos e legislações. Em seguida, a pesquisa concentrou-se naquilo que tange aos crimes ambientais contra a fauna aquática por meio do estudo de quatro casos.

No primeiro momento, foi realizado a coleta de dados a partir de uma bibliografia previamente selecionada, sendo ela composta por artigos acadêmicos na área de Direito Ambiental e Ciências Ambientais. Com isso teve-se por finalidade conceituar a fauna aquática e a conduta tipificada como crime, além de descrever os ecossistemas aquáticos, principalmente do que diz respeito às suas características principais e importância.

A partir disso, foi analisado a fundo a jurisprudência das leis de crimes contra a fauna aquática, de modo a fundamentar esta investigação, fazendo-se necessária a exploração de processos através dos estudos de casos para verificar de que forma a lei está sendo aplicada nas situações de crime contra o meio ambiente, especificamente contra a fauna aquática.

3 DISCUSSÃO

Estudo de Caso 1

O primeiro caso referente trata-se do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede e Embargos de Declaração n° 70034419978 que na mesma refere-se à embargante Synteko Produtos Químicas S/A, e a embargada Fundação Municipal de Meio Ambiente de Gravataí, Rio Grande do Sul. A ementa teve por Relator o Desembargador Marco Aurélio Heinz, conforme segue:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO POR DANO AMBIENTAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. LEGISLAÇÃO FEDERAL. LEGALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REGULARIDADE DA PUBLICAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO. Não há omissão no julgado que, com base em Auto de infração reconhece o cometimento da degradação ambiental pelo vazamento de óleo vegetal nas águas de rios e riachos provocando danos ao ecossistema, sujeitando o infrator ao pagamento da multa. Causador do dano devidamente notificado para apresentação se defesa, que foi efetivamente exercida. Responsabilidade objetiva do causador do dano ao meio ambiente (art. 14 de Lei n° 6.938/81). Inexistência de ilegalidade na apuração e aplicação da pena administrativa. Multa aplicada com base no art. 72, inciso II, da Lei Federal n° 9.605/1998, atendidas as condicionantes do art. 6°, gravidade do fato e suas conseqüências para a saúde e para o meio ambiente (inciso 'I') e situação econômica do infrator (inciso 'III'). Regularidade da publicação da pauta de julgamento. Embargos rejeitados.¹⁰⁷

A ementa refere-se ao caso de degradação ambiental devido ao vazamento de óleo vegetal nas águas de rios e riachos da região da cidade de Gravataí, fato que provocou danos ao ecossistema local.

O embargante teve o contraditório e ampla defesa garantidos, porém embargou a decisão alegando ilegalidade na apuração e aplicação da pena administrativa, ato que foi rejeitado.

¹⁰⁷ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/8996877/pg-99-tribunal-de-justica-diario-de-justica-do-estado-do-rio-grande-do-sul-djrs-de-26-03-2010>. Acesso em: 20 ago. 2022.

É disposto no artigo 6º da Lei nº 9.605/98 que, para a aplicação e imposição de pena ou gradação, devem ser considerados alguns aspectos importantes por parte da autoridade competente. (Brasil, 1998).

Segundo o artigo 59 e também o artigo 60 do Código Penal, são determinados os requisitos para a fixação da pena, a partir dos quais são estabelecidas as condições para a pena de multa. A partir disso, pode-se deduzir que deve haver uma proporção equilibrada entre o valor da multa com as condições econômicas do infrator. (Brasil, 1940).

Partindo do ponto de vista ecológico, se houverem determinadas condutas aceitáveis, é imprescindível reconhecer que nem toda a intervenção humana tem a possibilidade de causar dano ambiental.

Entretanto, a descrição da conduta incriminada no tipo penal ambiental tem amplitude maior que a necessária para a proteção do bem jurídico em questão.

Em relação às pessoas jurídicas, a legislação ambiental prevê as seguintes penas: I - multa; II - restritivas de direitos; e III - prestação de serviços à comunidade, conforme artigo 21 da Lei nº 9.605/98. (Brasil, 1998).

Podemos destacar ainda que, além da existência destas sanções, existe também a possibilidade criada pelo legislador de decretação da liquidação forçada da pessoa jurídica que tenha sido constituída, ou seja, utilizada, preponderantemente, com o intuito de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental.

Nesse caso o patrimônio da pessoa jurídica será considerado instrumento de crime e será perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional, conforme artigo 24 da Lei nº 9.605/98. (Brasil, 1998).

Estudo de Caso 2

O segundo caso trata-se do julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, recurso em sentido estrito nº 0003390-17.2013.4.03.6106/SP. A ementa teve por Relator o Juiz convocado Márcio Mesquita, tal como segue:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI N.9.605/1998. PESCA COM UTILIZAÇÃO DE PETRECHO PROIBIDO (REDES). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3606654>. Acesso em: 20 ago. 2022.

O presente caso trata do crime de praticar pesca durante o período em que essa prática é proibida ou em locais interditados por órgão competente, da pesca em quantidades superiores às permitidas, ou ainda mediante a utilização de aparelhos, equipamentos, técnicas e métodos não permitidos, ambos atos criminosos previsto no art. 34, §único, II, da Lei n° 9605/98. (Brasil, 1998).

O recurso em sentido estrito foi interposto pelo Ministério Público Federal contra sentença que rejeitou a denúncia, aplicando-se o princípio da insignificância. O recurso foi provido.

Em segundo lugar, no Direito Penal Ambiental vige o princípio da prevenção ou precaução, orientado à proteção do meio ambiente, ainda que não ocorrida a lesão, a degradação ambiental, pois esta é irreparável.

Dentro deste contexto, é preciso destacar que a palavra princípio designa início, começo, origem, ponto de partida. Assim, princípio, como fundamento de Direito, têm como utilidade permitir a aferição de validade das leis, auxiliar na interpretação das normas e integrar lacunas”. Assim sendo, os Princípios devem subsidiar a construção da Norma Jurídica e as decisões jurídica, conforme estabelece a Lei Introdução às Normas de direito Brasileiro – LINDB – Decreto Lei n° Decreto-Lei n° 4657/1942, arts. 4º e 5º. (ZAMBRANO E POZZETTI, 2021).

Nesse sentido O Princípio da Prevenção é aquele que determina que os danos futuros que a obra causará, são conhecidos, mas que há a possibilidade de mitiga-los e, dessa forma, prevenindo o dano, eu me antecipo. Diferentemente do princípio da precaução em que eu desconheço os danos futuros e não há como preveni-los (POZZETTI, POZZETI e POZZETTI, 2020).

Já no que diz respeito ao Princípio da Prevenção, O Princípio da Prevenção relaciona-se com o perigo concreto de um dano, ou seja, sabe-se que não se deve esperar que ele aconteça, fazendo-se necessário, portanto, a adoção de medidas capazes de evitá-lo, pois já se sabe antecipadamente que o ato gerará dano ao meio ambiente. Evitar a incidência de danos ambientais é a ideia chave do Princípio da Prevenção, já que as seqüelas de um dano ao meio ambiente, muitas vezes, são graves e irreversíveis. Tal Princípio se caracteriza como norte a seguir, uma vez que atua mais no sentido da prevenção do que no da reparação. O Princípio da Prevenção se apoia na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade. Caso não haja certeza científica, o Princípio a ser aplicado será o da Precaução. (POZZETTI E MONTVERDE, 2017).

Dessa maneira, por via de regra, não é cabível a aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente. Ao contrário, o Poder Público tem o dever de zelar pelo bom e correto funcionamento das atividades

que possam causar danos ecológicos, vigiando e orientando os particulares para que estes estejam sempre em acordo com as normas. Caso essa vigilância esteja sendo efetuada de maneira inadequada, e a omissão cause prejuízo para as pessoas, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular (POZZETTI, FONTES E CROMWELL, 2020).

Entretanto, apenas em hipóteses excepcionais, é cabível a aplicação do princípio da insignificância com relação ao crime do artigo 34 da Lei nº 9.065/98. No caso do presente estudo de caso, verifica-se que não há nenhuma excepcionalidade que justifique a aplicação de tal entendimento.

Apesar disso, no caso em questão, foi utilizada no ato da pesca uma rede de *nylon* duro, medindo 150 metros de comprimento por 1,60 metro de altura, com malha de 80 milímetros, prática esta vedada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a qual resultou inclusive na efetiva pesca de doze quilos de peixes.

Demonstrados indícios suficientes de autoria e da materialidade delitiva, bem como inexistindo qualquer das hipóteses descritas no artigo 395 do Código de Processo Penal, há elementos suficientes para a instauração da ação penal. (Brasil, 1941).

Estudo de Caso 3

O terceiro caso trata-se do julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. A ementa teve por Relator o desembargador Federal Johonsom di Salvo, tal como segue referente ementa:

PENAL. PROCESSUAL. DENÚNCIA: ART. 34, DA LEI 9.605/98: PRÁTICA DE ATOS DE PESCA MEDIANTE PETRECHO PROIBIDO: DENÚNCIA REJEITADA: FUNDAMENTO: INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO À FAUNA AQUÁTICA. PEQUENA QUANTIDADE DE PEIXES CAPTURADOS: CONDU TA MATERIALMENTE ATÍPICA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NA FASE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXORDIAL QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS. DESCRIÇÃO DE CONDU TA TÍPICA. GARANTIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO. (TFR 3ª Região –

1ª Turma – RSE 2004.61.24.001780-3 – Rel. Des. Fed. Johanson de Salvo - DJ 21/08/2007 p. 567).¹⁰⁹

A denúncia que imputou ao recorrido a prática do delito previsto no artigo 34, § único, da Lei 9.605/98, complementada pela Portaria nº 30/2003, do IBAMA, por praticar atos de pesca amadora em uma embarcação, mediante o uso de petrecho proibido rejeitada ao fundamento de falta de justa causa para a ação penal pela atipicidade da conduta, tendo em vista que a captura de apenas cinquenta peixes que causou prejuízo insignificante à fauna aquática.

Não se pode deixar de evidenciar também que o bem jurídico tutelado pela lei ambiental é elevado à categoria de bem essencial à vida e à saúde de todos. Vigê, em sede de direito ambiental, o princípio da precaução no que se refere à degradação da qualidade ambiental. Portanto, pune-se não só as condutas que causam a efetiva lesão, mas também as que provocam riscos de potenciais lesões ao meio ambiente.

Portanto, a aplicação do princípio da insignificância é vinculado à possibilidade de mensuração do bem jurídico tutelado. Não há como aplicá-lo em sede de crimes ambientais especialmente na fase de recebimento da denúncia.

Estudo de Caso 4

O quarto caso trata-se do julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. A ementa teve por Relator a desembargadora Federal Vesna Kolmar, tal como segue referente ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DESCRITO NO ARTIGO 34, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, C.C. O ARTIGO 36 DA LEI Nº 9.605/98. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA DELITIVA E COMPROVADAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DOLO. CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA. RECURSOS DESPROVIDOS. (TFR 3ª Região – 1ª Turma – RSE 2005.61.24.000567-2 – Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar - DJ 12/06/2007 p. 216).¹¹⁰

No presente caso, o crime identificado foi o de pescar em período no qual a pesca é um ato proibido ou em lugares interditados por órgão competente e

¹⁰⁹ Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3606654>. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹¹⁰ Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3606654>. Acesso em: 20 ago. 2022.

pesca quantidades superiores às permitidas, ou ainda mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos.

Cabe destaque ao ato considerando crime de pesca como sendo toda ação tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora, ambos atos criminosos previsto no art. 34, Súnico, II, combinado com o art. 36, da Lei nº 9.605/98. (Brasil, 1998).

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (B.O.) ambiental, no qual consta o registro da apreensão de duas redes de *nylon*, com 4 metros de comprimento por 2 metros de altura, ambas as malhas de 170 milímetros.

De acordo com o Auto de Infração Ambiental e pelo Laudo de Dano nº 5632/2006, constata-se que as redes apreendidas são consideradas petrechos não permitidos.

Acerca deste problema, não há que se aplicar o princípio da insignificância ao presente caso, tendo em vista que o réu foi flagrado durante ato de pesca em período proibido (piracema), com petrechos proibidos, fato que configura o crime de pesca.

Não se exige, para a configuração do tipo penal, a captura de peixes. Trata-se de crime formal, cujo resultado consiste em mero exaurimento do tipo.

É certo que, apenas em hipóteses excepcionais, é cabível a aplicação do princípio da insignificância com relação ao crime do artigo 34 da Lei nº 9.065/98. Contudo, no caso dos autos, não há nenhuma excepcionalidade que justifique a aplicação de tal entendimento.

Por fim, pode-se observar que diante do estudo realizado sobre os casos referenciados neste artigo, na maioria dos mesmos ficou evidenciada a intenção de diminuir o crime ou as suas referidas penas através do princípio da insignificância, almejando um amortecimento de sua impunidade.

CONCLUSÃO

Todo o sistema de proteção do meio ambiente é regido pelo Direito Ambiental, sendo que o Estado e a sociedade devem observá-los. Assim o acometimento de dano ao meio ambiente, sendo o sujeito pessoa física ou jurídica, incorrerá na necessária e devida reparação, se possível, do dano sofrido, sem prejuízo de responder nas áreas civil, administrativo e criminal.

Cabe observar ainda que diversas normas penais ambientais incriminadoras, inclusive as contra a fauna, não surtem efeito pois, embora tenha a sua sanção determinada, o conteúdo permanece indeterminado, sendo as condutas incompletas e assim necessitando de complemento legal para serem efetivas.

Além disso, para não haver um questionamento acerca da legalidade destas normas, as mesmas devem ser evitadas, para que não haja o descumprimento sob argumentação de erro de proibição.

Apesar disso, há de se observar que a destruição do meio ambiente prejudica a coletividade, tendo em vista que o mesmo se trata de um bem que não pertence a uma pessoa ou pessoas determinadas, mas a toda a sociedade.

De fato, após analisarmos os crimes ambientais contra a fauna aquática sob diversos aspectos, devido a gravidade da lesão, optou-se por denominar o crime ambiental como um crime de perigo, o qual é indicado para as lesões graves que impossibilitem a reparação do dano.

Para ilustrar tal argumentação, o presente trabalho realizou o estudo de quatro casos julgados em grau de recurso, que pugnaram pelo princípio da insignificância nos referidos casos.

Assim, ao se tutelar o meio ambiente, tutela-se também a vida no âmbito global, tendo em vista que o direito a um ambiente equilibrado e às condições para uma vida sadia é um direito de todos os indivíduos.

A problemática, que instigou essa pesquisa foi a de se verificar de que forma, e se seria possível, o julgador brasileiro utilizar a Lei de crimes ambientais (n. 9.605/98) para inibir os delitos criminosos em relação à fauna aquática, no Brasil. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos, à medida em que se analisou a legislação, as posições doutrinárias e as jurisprudências à respeito do tema em questão.

A conclusão a que se chegou foi a de que a Lei de Crimes Ambientais (Lei n° 9.605/98), que regula os crimes contra a natureza, possui mecanismos importantes e cogentes para inibir e punir os atos criminosos contra a fauna aquática; pois, ao se tutelar o meio ambiente, tutela-se também a vida no âmbito global, tendo em vista que o direito a um ambiente equilibrado e às condições para uma vida sadia é um direito de todos os indivíduos. Nesse mesmo sentido, concluiu-se que a jurisprudência brasileira segue nesse mesmo sentido.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, D. E. (1999). *Encyclopedia of environmental science*. Springer Science & Business Media.

- ALMEIDA, V. F. (2008). Importância dos costões rochosos nos ecossistemas costeiros. **Cadernos de ecologia aquática**.
- AMARAL, A. C. Z., do AMARAL, E. H. M., LEITE, F. P. P., & GIANUCA, N. M. (1999). Diagnóstico sobre praias arenosas. In: *Workshop "Avaliação e ações"*.
- BARCELOS, M. E., RIGUETE, J. R., SILVA, L. T., & FERREIRA JÚNIOR, P. F. (2012). **A visão panorâmica sobre os solos das restingas e seu papel na definição de comunidades vegetais nas planícies costeiras do sudeste do Brasil**. *Natureza*, 10, 71-76.
- BRASIL (1998). **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BRASIL, A. N. A. (2011). *Cuidando das águas: soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos*. Agência Nacional de Água.
- BRASIL. Código de Processo Penal. (1941). **Decreto Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BRASIL, Código Penal. (1940). **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BROWN, A.C. & MCLACHLAN, A. (1990). *Ecology of Sandy Shores*. Amsterdam: Elsevier.
- CAMPOS NETO, A. A. M. (2012). O tráfico de animais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, 307-347.
- CARMO, T. D., MELO, R. M. S., OLIVEIRA, A. D., AKAHORI, L., ALMEIDA, R. D., & LOVAT, T. J. C. (1994). **Conhecendo o manguezal**: material didático. Vitória: Editora Fundação Ceciliano Abel de Ameida.
- CHESLEY, Paul (2017). *Ocean Habitats and Information*. *National Geographic*. Disponível em: <https://www.nationalgeographic.com/environment/habitats/ocean/>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- CINTRÓN-MOLERO, G., & SCHAEFFER-NOVELLI, Y. (1992). *Ecology and management of New World mangroves*. In: *Coastal plant communities of Latin America*. Academic Press.
- CONNELL, J. H. (1978). *Diversity in tropical rain forests and coral reefs*. *Science*, 199(4335), 1302-1310.
- COPPER, P. (1994). *Ancient reef ecosystem expansion and collapse*. *Coral reefs*, 13(1), 3-11.

- CORREIA, M. D., & SOVIERZOSKI, H. H. (2005). **Ecosistemas marinhos**: recifes, praias e manguezais. Maceió: Edufal.
- DAILY, G. C. (1997). *Nature's Services: Societal Dependence on Natural Ecosystems*.
- ERMANN, P. (2007). **Crimes contra a fauna de acordo com a lei do meio ambiente** (Bacharel). Universidade Federal do Paraná.
- ESTEVES, F. D. A. (1988). Fundamentos de limnologia. Rio de Janeiro: FINEP. *Interciência*.
- GERLING, C., RANIERI, C., FERNANDES, L., GOUVEIA, M. T. J., & ROCHA, V. (2016). **Manual de ecossistemas marinhos e costeiros para educadores**. Santos: Comunicar.
- LUFT, Pedro Celso. (1990) **Dicionário Brasileiro Globo**. São Paulo: Editora Globo.
- LUGO, A. E., & SNEDAKER, S. C. (1974). *The ecology of mangroves. Annual review of ecology and systematics*.
- MARTINS, E. R. C. (2012). **Tipologias de lagoas salinas no Pantanal da Nhecolândia (MS)**. (Dissertação de doutorado) Universidade de São Paulo.
- MCLACHLAN, A. (1980). *The definition of sandy beaches in relation to exposure: a simple rating system. South Africa Journal of Science*, 76, 137-138.
- MEDINA, R. D. C. A. (2008). **Direito Penal Acadêmico**: Parte Geral. De Andréa Ferreira & Morgado Editores. Rio de Janeiro.
- MICHAELIS, M. (2015). **Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos.
- MILARÉ, E. (2011). **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MMA, Gerência de Biodiversidade Aquática e Recursos Pesqueiros. (2010). **Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil**. Brasília: MMA/SBF/GBA.
- NYBAKKEN, J. W. (2001). *Marine biology: an ecological approach* (v. 5). San Francisco: Benjamin Cummings.
- Oceanic Institute. (2018). *Oceanic Institute. Hawaii Pacific University*. Disponível em: de <http://oceanicinstitute.org/>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- ODUM, Eugene P. (2001). **Fundamentos de Ecologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 6 ed. 820 p.
- PINHEIRO, M. V. A., & CLAUDINO-SALES, V. (2018). **Dunas Costeiras de Fortaleza**: Evolução Geomorfológica e Resgate Geohistórico.

POZZETTI, Valmir César e Monteverde, Jorge Fernando Sampaio. Gerenciamento ambiental e descarte do lixo hospitalar. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, nº 28, p. 195-220, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/949/544>. Acesso em: 02 ago. 2022.

POZZETTI, Valmir César, POZZETTI, Daniel Gabaldi e POZZETTI, Laura. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ÂMBITO DA CONSERVAÇÃO AMBIENTAL. **Revista Campo Jurídico**. v 2, n. 2; 2020. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/661/550>. Acesso em: 02 ago. 2022.

POZZETTI, Valmir César; FONTES, Juliana de Carvalho e Adriana Carla Souza Cromweel. O RISCO DA FAUNA AMAZÔNICA BRASILEIRA E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTES AÉREOS. O RISCO DA FAUNA AMAZÔNICA BRASILEIRA E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTES AÉREOS VALMIR CÉSAR POZZETTI | JULIANA DE CARVALHO FONTES | ADRIANA CARLA SOUZA CROMWELL **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva** | n.41 | p. 51-74 | maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/11/DIR41-03.pdf>. Acesso em: em 02 ago. 2022.

POZZETTI, Valmir César e GASPARINI, Mateus Roberto Papa. PREJUÍZOS AMBIENTAIS À FAUNA AQUÁTICA DO ESTADO DO AMAZONAS POR DISSEMINAÇÃO DE ESPÉCIES ALÓCTONES. **Revista Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 19 - n. 1, p. 180-204, 1º sem. 2021. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/158175/prejuizos_ambientais_fauna_gasparini.pdf. Acesso em: em 02 ago. 2022. PRADO, L. R. (2001). Crimes contra o ambiente. rev., atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 103.

RODRÍGUEZ, C. (2015). **Estimativa do potencial sequestro de carbono em áreas de preservação permanente de cursos d'água e topos de morros mediante reflorestamento com espécies nativas no município de São Luiz do Paraitinga**. São José dos Campos: INPE. Disponível em: <http://urlib.net/8JMKD3MGP3W34P/3JSQ4PS>. Acesso em: 20 ago. 2022.

ROSSI, M., & MATTOS, I. F. A. (2002). Solos de mangue do estado de São Paulo: caracterização química e física. **Revista do departamento de Geografia**, 15, 101-113. SUGUIO, K., & MARTIN, L. (1990). **Geomorfologia das restingas**. In: São Paulo: Academia de Ciências do Estado de São Paulo.

TRES, D. R., REIS, A., & SCHLINDWEIN, S. L. (2011). **A construção de cenários da relação homem-natureza sob uma perspectiva sistêmica para o estudo da paisagem em fazendas produtoras de madeira no planalto norte catarinense**. Ambiente & Sociedade, 14(1).

TUNDISI, J., & TUNDISI, T. (2008). **Limnologia**. São Paulo: Oficina de Textos. 631 p. *Soils and Sediments*, 2(4), 216-222.

UNESCO, *United Nations Educational Scientific and Cultural Organization*. 2018. **Facts and Figures on Marine Biodiversity**. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/ioc-oceans/focus-areas/rio-20-ocean/blueprint-for-the-future-we-want/marine-biodiversity/facts-and-figures-on-marine-biodiversity/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

United States Environmental Protection Agency, USEPA (2006). **Marine Ecosystems**. Disponível em: <https://www.epa.gov/eco-research>. Acesso em: 20 ago. 2022.

VACCARI, D. A., STROM, P. F., & ALLEMAN, J. E. (2006). **Environmental biology for engineers and scientists** (v. 7, p. 242). New York: Wiley-Interscience.

ZAMBRANO, Virginia e POZZETTI, Valmir César. REVOLUÇÃO VERDE E RETROCESSO AMBIENTAL. **Revista Catalana de Dret Ambiental**. v. XII Núm. 1 (2021): 1 – 27. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/393343-Text%20de%20l'article-571192-1-10-20211028.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2022.

A GARANTIA DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS AO AMBIENTE COMO INSTRUMENTO DE UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

Berenice Miranda Batista¹¹¹, Ricardo Raposo Xavier Leite¹¹²,
Juliana De Carvalho Fontes¹¹³, Valmir César Pozzetti¹¹⁴

INTRODUÇÃO

A informação correta e adequada é um mecanismo importante para que a democracia e a justiça ambiental se instale em um país, para que se experimente um Estado democrático de direito. Sem democracia ambiental, não há justiça ambiental.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa prevê em seu artigo 225, a imposição do Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹¹¹ Advogada (OAB/AM - 15.321); Graduada em Direito pela Universidade Paulista - Campus Manaus (2019); Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pelo Instituto Damásio de Direito (2021); Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Damásio de Direito (2022); Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental (PPGDA) pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA (2022). E-mail: miranda.batistaberenice@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6930779959483496>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6237-6466>.

¹¹² Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela UEA. Delegado de Polícia Federal. E-mail: ricardorxleite@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3359763835639886>.

¹¹³ Doutoranda em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Tem pós-graduação em Direito Tributário e Direito Militar. É Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Instrutora nos Cursos de Formação ministrados Força Aérea Brasileira de Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar, Estatuto dos Militares, Lei de Organização Judiciária Militar e Direito Aeronáutico. Professora voluntária no Curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas e pesquisadora da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: julicfontes@gmail.com

¹¹⁴ Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França (título reconhecido pela Univ. Federal de Pernambuco). Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França (título reconhecido pela Universidade Luterana do Brasil). Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM, Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Foi Conselheiro Estadual da OAB/AM no triênio 2016/2018. É Acadêmico Imortal da Academia de Ciências Contábeis do Amazonas. É Professor Adjunto da UFAM - Universidade Federal do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação, e no Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais. É Professor Adjunto da UEA - Universidade do Estado do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação e nos Mestrados em Direito Ambiental e no de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: v_pozzetti@hotmail.com

Não há, portanto, como dissociar a capacidade de proteção ambiental, com a garantia da informação, como meio de participação popular e, principalmente, como instrumento da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Dessa forma, o objetivo desta pesquisa será o de analisar o ordenamento jurídico brasileiro o acesso à informação ambiental e, principalmente se há no âmbito da participação popular nos processos decisórios, bases do Direito a Informação Ambiental, buscando estabelecer uma vertente crítica sobre a legislação brasileira.

A problemática que envolve esta pesquisa é: de que forma se poderá garantir a prestação de informações relativas ao meio ambiente, garantindo o exercício da cidadania e a condução do poder decisório, atrelados as devidas práticas da Administração Pública, com respeito aos princípios e valores constitucionais na garantia da proteção ambiental?

A pesquisa se justifica uma vez que, o Direito a Informação Ambiental versa não somente como a garantia de prestação de informações para as diversas atuações da Administração Pública, ao que tange a proteção ambiental, mas também, como ferramenta de participação social e democrática, meio por qual a sociedade pode reivindicar as demandas tutelas pelo meio ambiente, que garantem diretamente a qualidade de vida da população, e que por ventura, precisam de maior aparo do Estado no que tange a proteção do bem coletivo, parâmetro pelo qual se estabelece um Estado Democrático Ambiental. A metodologia que se utilizará nesta pesquisa é o método dedutivo. Quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica com uso da doutrina, legislação e jurisprudência e, quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL

O atual cenário ambiental brasileiro demonstra faces de esgotamento causados pela degradação ininterrupta e desenfreada, atrelado ao distanciamento de atores sociais e políticos, e principalmente na condução das atividades administrativas pelo Poder Público.

Damacena e Carvalho (2013, p. 471) elucidam a situação de catástrofe, no seguinte sentido:

cada vez mais comuns e com graus de magnitude preocupantes, os desastres ambientais (naturais, industriais ou híbridos) surgem como estímulos que causam um processo de autoirritabilidade no direito, na política, na economia e em outros sistemas sociais. Diante dessa realidade, um dos maiores desafios dos sistemas é racionalizá-la a partir de uma organização e estrutura próprias.

Neste diapasão, a compreensão de técnicas e conhecimentos científicos, a democratização dos acessos a informações ambientais se coloca como veículos para cumprimento dos desafios modernos, garantindo a proteção jurídica ambiental. Neste pensamento, ainda nas palavras de Damacena e Carvalho (2013, p. 472):

Ao longo dos últimos séculos, o desenvolvimento técnico-científico foi colocado à disposição da economia, que, por sua vez, intensificou a utilização deste nas cadeias produtivas industriais, gerando um possível comprometimento das condições ambientais e do equilíbrio ecológico do entorno. Enquanto o direito produziu uma *comunicação ecológica* em seu âmbito (comunicação jurídica), a partir da institucionalização do direito ambiental, a política encontra-se fundada num fenômeno de *ecodemocratização*.

À vista disto, cabe então ao Poder Público, através dos instrumentos jurídicos alicerçados na Constituição Federal, salvaguardar o bem ambiental, para garantir o direito de as presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, logo, com a absorção da função ecológica do Estado Democrático de Direito.

Os princípios que detêm o Estado Democrático de Direito, estão normatizados na Constituição Federal em que o poder do Estado é limitado pelos direitos dos cidadãos, com a finalidade é coibir abusos do aparato estatal para com os indivíduos. Cabe registrar que os princípios de direito são normas importante para convalidar as regras jurídicas. Nesse sentido destacam Pozzetti e Campos (2017, p. 261):

Os princípios são a base do ordenamento jurídico, de onde promanam as regras de uma determinada sociedade. Tudo aquilo que determinada sociedade entende como justo, como honesto, como norte para a paz e a vida em grupo, é denominado de princípios. Dessa forma, a norma jurídica, ao ser posta a disposição de todos os jurisdicionados, deverá atender as regras ou aos anseios dos Princípios; caso contrário, está fadada a ser revogada.

Nesse sentido, devido a importância que os princípios possuem no ordenamento jurídico, não se pode desprezar a existência dos princípios no âmbito constitucional. Dentro deste contexto, Pozzetti, Pozzetti e Pozzetti (2020, p. 178) destacam que “Os Princípios são mecanismos normativos que subsidiam a construção de uma norma jurídica. Nenhuma Lei terá força jurídica, caso descumpra os Princípios Jurídicos, uma vez que quem constrói os princípios é a própria sociedade de determinada região/país em virtude da sua cultura e costumes”.

E é dentro deste contexto que Martins (2017, p. 894) explica que “o artigo 5, XIV, da Constituição Federal, traz um direito não apenas ligado à *dignidade da pessoa humana*, mas também umbilicalmente relacionado ao Estado Democrático de Direito e a República”.

E neste viés, ainda conforme, Martins (2017, p. 494)

O Brasil é um “Estado de Direito”, portanto é um país regido pelo princípio da legalidade, seja para as pessoas, seja para (e principalmente) o Estado. Assim, enquanto as pessoas podem fazer o que a lei não proíbe, o Estado deve fazer aquilo que a lei determina, o que a lei impõe. A própria Constituição Federal prevê uma série de direitos e garantias fundamentais, que o Estado é obrigado a não interferir (liberdades públicas), como também tem a obrigação de cumprir o mínimo existencial de cada um desses direitos (“proibição da proteção insuficiente”)

Logo, nota-se que o Brasil não é “apenas” um Estado de Direito. O Brasil é um Estado Democrático, ideia reforçada pelo parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal. Para tanto, Damacena e Carvalho (2013, p. 472-473), elucidam que “o ponto de contato entre o direito e a política ambiental se dá a partir da noção de *Estado Democrático Ambiental*, cujo sentido consiste na absorção da função de proteção ambiental como tarefa e objetivo do Estado, enquanto organização integrante do sistema político”

Neste pensamento, Machado (2018, p. 49) destaca que:

A expressão “Estado Democrático de Direito” pretende caracterizar a valorização de um dos direitos fundamentais - a informação -, que está intimamente ligado aos elementos sociais e econômicos do Estado contemporâneo, na vivência da democracia. Sem informação adequada não há democracia e não há Estado do Direito.

Desta forma, não há como dissociar a gestão participativa de questões de interesse público, em um Estado Democrático ao amplo acesso à informação detida pelo Poder Público, contexto em que não deve haver a manipulação da informação, haja a liberdade de expressão e, principalmente o Direito a informação e a participação.

E é dentro deste contexto que é importante destacar Pozzetti (2014, p.114) que acrescenta:

Importante destacar, neste contexto, o **Princípio da Segurança Jurídica**, que é um dos principais valores informadores da identidade político-filosófica que confere o adjetivo do **Estado Democrático de Direito** a um dado ordena-

mento. Este princípio está destacado, de maneira implícita no inciso XXXVI do artigo 5o da CF/88.

Além deste princípio, importante destacar, também, o **Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado**. A função da Administração Pública é proteger a sociedade como coletividade, a liberdade de todos, contra o mau uso da liberdade de uns ou de poucos. (gn)

Dentro deste contexto, percebe-se que a manutenção do Estado Democrático de direito, traz segurança jurídica aos jurisdicionados de um Estado. Essa segurança jurídica é extremamente importante para manter a Supremacia do interesse público, que por sua vez, culmina na proposição e manutenção do Estado Democrático de direito.

1.1 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Na história a proteção ambiental, aliada a estrutura democrática e participação popular, tomou caminhos diversos, do que se busca no âmbito da proteção ambiental. Houveram incentivos a poluidores e pouca participação popular nos processos decisórios, e nenhuma busca ao controle social.

No Brasil, por exemplo, quando se inicia o processo de industrialização, abriu-se mão de toda e qualquer proteção ou cuidado com o meio ambiente, na desenfreada busca de deixar a condição de ser um país agrícola para passar a ser um país industrializado. Enquanto na Europa já se condenava as empresas poluidoras, colocando-lhes óbices à operação, o Brasil colocou faixas na Europa com *slogans* como esse: “venha para o Brasil gerar empregos que aceitamos a sua poluição”. Dessa forma, sem a participação popular, em um momento que o Brasil vivia uma ditadura, permitiu-se verdadeiros atentados à saúde e ao meio ambiente brasileiros.

Furriela, na obra intitulada, Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente (2002, p. 23), demonstra que:

No limiar do século XXI o modelo clássico de democracia representativa deixou de atender os anseios de participação da sociedade. Ao mesmo tempo, o princípio da participação pública na tomada de decisões passou a integrar o ordenamento jurídico de muitos países, adquirindo diferentes facetas. Apesar da cultura política brasileira ser marcada por tradições centralizadoras e relações clientelistas, tais condições não impediram a emergência de uma diversidade de formas de participação de segmentos da sociedade civil na gestão dos seus interesses.

A democracia é o poder exercido pelo povo, por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, em alguns casos (como apregoa Constituição), é imperioso reforçar que as decisões são tomadas por uma maioria, mas que jamais podem desproteger, excluir do processo decisório ou até mesmo discriminar minorias.

Martins (2017, p. 495) elucida que “caso contrário, confundiríamos “democracia” com “ditadura da maioria”.

A espécie democrática prevista no artigo 1º da Constituição Federal, trata da *democracia semidireta ou representativa*, nas palavras de Martins (2017, p. 496), “uma democracia indireta, com algumas hipóteses de democracia direta” Trata-se do princípio da *soberania popular*, fonte dos direitos políticos.

Para Pozzetti e Nascimento (2020, p. 557):

[...] a Democracia Participativa tem se configurado como possível opção, não por ser perfeita, mas por estar em constante evolução e lastreada no Princípio da Soberania Popular. Fortalecida na concepção de que todo poder vem do povo, a Democracia Participativa está, cada vez mais centrada, em assegurar e garantir o direito à efetiva participação popular. Em virtude de o povo deter o poder no Estado Democrático de Direito, os indivíduos estão aptos a agirem por si e sobre a coletividade, dispondo de institutos de participação constitucionais capazes de controlar o governo e as instituições.

Portanto, conceitua ainda Martins (2017, p. 496), que por ser

uma *democracia semidireta ou representativa*, a Constituição assegura que, em regra, as decisões estatais são proferidas por representantes escolhidos pelo povo e, em alguns casos previstos na própria Constituição, o povo tomará diretamente suas decisões.

A participação consultiva, nas palavras de Furriela (2002, p. 35) “permite um compartilhar do poder decisório sobre processos de gestão e de formulação de políticas; já a participação deliberativa envolve os atores sociais no eu controle, implicando a possibilidade de ações corretivas e/ou reorientadoras da gestão da coisa pública”.

Não obstante, desde o início do século XX a comunicação pública torna-se uma das funções públicas de um Estado modernamente concebido.

2 DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

Num processo decisório, a informação é um elemento importantíssimo e imprescindível para um gestor. A preocupação com a situação ambiental tornou-se foco de grande importância no final do século passado. O Centro de estudos ambientais e Desenvolvimento sustentável do Estado do Rio de Janeiro (2021, p. 38), traz em pauta o início das discussões sobre a questão ambiental, pontuando:

Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano – chamada de Conferência de Estocolmo –, que ocorreu na capital da Suécia em 1972. Foi o primeiro grande encontro mundial de nações para discutir a questão ambiental, envolto no lema dos Limites ao Crescimento resultante de um documento publicado à época pelo Clube de Roma.

Mas de fato, houve somente uma preocupação com a situação ecológica do mundo teve como marco inicial a Conferência das Nações Unidas, realizada em Estocolmo, em 1972, que gerou documentos como a Declaração do Meio Ambiente e o Plano de Ação Mundial.

De acordo com Fontenelle (2004, p. 279) aquela oportunidade foi de fato onde se “recomendou a criação de um programa internacional de Educação Ambiental, reconhecendo o desenvolvimento da educação ambiental como elemento crítico para o combate à crise ambiental do mundo”

O Brasil, no entanto, apresentou comportamento oposto ao que se pretendeu na Conferência. Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1991, p. 57), mostrou o seguinte posicionamento do Brasil: “negligenciar a proteção ambiental com base na necessidade de se obter o desenvolvimento econômico a qualquer custo. Os países que haviam firmado a Declaração eram países desenvolvidos e responsáveis pelo grau de degradação existente.”

E neste contexto Fontenelle (2004, p. 279) aponta que “a tentativa de frear a atividade industrial era vista como forma de restringir o acesso de países do terceiro mundo, ao primeiro. O Brasil como um país em desenvolvimento, “ainda tinha muito o quê poluir”.

O Centro de estudos ambientais e Desenvolvimento sustentável do Estado do Rio de Janeiro (2021, p. 39), contextualiza ainda, o contexto histórico econômico que trouxe este comportamento:

O Brasil, que estava no auge da transformação forjada nas décadas anteriores de uma economia agrário-exportadora para uma economia urbano-industrial – quando avançavam os processos de industrialização, a produção de petróleo, de

energia hidrelétrica e nuclear, o fenômeno do êxodo rural, a expansão das telecomunicações etc. –, não viu com bons olhos um evento internacional para estabelecer limites ao crescimento exatamente no momento em que o desenvolvimento nacional atingia seu ápice. Mas sua delegação retornou ao país com as missões aprovadas no referido encontro, especialmente no que diz respeito à criação de órgãos e políticas de proteção do meio ambiente.

A partir da década de 80, foi preconizado, no Brasil, um novo padrão de gestão para o meio ambiente, promovido pelas mudanças das políticas voltadas à proteção e ao manejo de recursos naturais.

Fontenelle (2004, p. 279) explica que:

a Política Nacional do Meio Ambiente, criadas pela Lei nº 6.938/81 e a nova Constituição Federal de 1988. A Constituição pela primeira vez na história, dedicou um capítulo ao meio ambiente e sua proteção, além de estabelecer as competências entre as esferas administrativas em relação a esta proteção.

Não obstante, ainda sobre gestão, “A “Declaração do Rio”, aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), conforme remonta Furriela (2004, p. 285) “estabeleceu o princípio Dez que determina: “As questões ambientais são mais bem administradas com a participação de todos os cidadãos interessados, nos níveis apropriados”.

Apesar de normatizar comportamentos e estipular ações nos âmbitos das Administrações Públicas, a contraprestação em face do setor privado, era dotado de grandes diferenças. Fontenelle (2004, p. 280-281) as descreve da seguinte forma:

Paralelo ao desenvolvimento legislativo, mas em passos mais lentos, tem caminhado a conscientização do empresariado brasileiro e da população em geral. Esta conscientização, no âmbito empresarial, sempre foi impulsionada pela existência de normas de controle da poluição, pela aplicação de multas e suspensões de atividade, onerando mais a atividade dos que mais poluem, incentivando desta forma a adoção de políticas institucionais de combate à poluição.

Logo, para que de forma efetiva as preocupações ambientais, se tornassem evidentes e tangíveis, era necessário que o Estado, em conformidade com as normas e direitos fundamentais, precisa permitir acesso aos atos públicos, para que a população possa em relação com o Poder Público, proteger a tutela ambiental.

Neste pensamento, Machado (2018, p. 50) descreve:

O Estado da Informação Democrática de Direito existe não somente quando o próprio Estado está obrigado a transmitir informações, mas quando os cidadãos que agem, de qualquer forma, no espaço público devem informar ao Poder Público e, se necessário, transmitir diretamente os dados aos usuários ou consumidores.

Por fim, Machado (2018, p. 51), traz a seguinte reflexão:

A democracia nasce e vive na possibilidade de informar-se. O desinformado é um mutilado cívico. Haverá uma falha no sistema democrático se uns cidadãos puderem dispor de mais informações que outros sobre assuntos que todos têm o mesmo interesse de conhecer, debater e deliberar.

Não há como agir nos processos decisórios, em que não há a participação cidadã devidamente informada e emancipada, em que não há qualquer manipulação da informação e respeito aos valores de Estado de Direito. Neste contexto, Lanchotti e Diz (2016, p. 134) remontam:

Especificamente no que se diz respeito aos riscos que envolvam alterações significativas no meio ambiente, a democratização do processo decisório de assumpção desses riscos faz-se indispensável, tanto em razão do caráter de irreversibilidade ou de difícil apuração e reparação do dano ambiental, quanto em razão do direito fundamental intergeracional a um ambiente sadio e equilibrado. Nesse momento, os direitos de acesso, sobretudo o direito de acesso à informação ambiental, ganham relevância indiscutível. Eles se constituem no principal caminho possível para a democratização dos processos de definição dos riscos a serem assumidos pela própria sociedade. Na sociedade de risco, o acesso amplo e irrestrito à informação ambiental se faz fundamental, para que o exercício da cidadania e a participação ativa dos cidadãos ocorra de forma instruída e capacitada.

Dentro deste contexto Lanchotti e Diz (2016, p. 131), explicam:

Dessa forma, para se garantir o direito fundamental intergeracional a um ambiente saudável e equilibrado, no contexto da sociedade de risco, torna-se indispensável a garantia também dos direitos de acesso em matéria ambiental para que as pessoas possam participar dos processos deliberativos sobre a matéria. Com isso, os cidadãos dividem com o Poder Público a responsabilidade pela tomada de decisão e participam ativamente da escolha dos riscos ambientais aos quais desejam se submeter, permitindo-se ainda a defesa de outros direitos correlatos.

Diante de risco significativo para a vida humana e para o meio ambiente a informação deve ser prestada imediatamente, aferindo sugestões válidas e aptas para um comportamento seguro dos informados. Machado (2018, p. 97), confronta ainda:

Quem detém a informação não pode distorcer os dados ou escusar-se a informar sob a alegação de que o conhecimento real dos fatos causará a informação sob a alegação de que o conhecimento real dos fatos causará pânicos aos informados. Muitas vezes a incúria ou a inércia da Administração Pública ou de particulares, sujeitos ao controle dessa mesma Administração, em executar medidas preventivas é que propiciam a formação dos sentimentos e ansiedade e de preocupação das pessoas. Dessa forma, não se pode admitir que, aproveitando-se de sua própria falha, a Administração Pública venha a sonegar ou a retardar informações.

Visto que o meio ambiente não respeita fronteiras e possui recursos finitos, logo deve ser sujeito de análises rápidas e permanentes, ou seja, os atos normativos precisam ser públicos. Machado (2018, p. 65) pontua, então:

A publicidade afirma que determinado fato ou área é espaço público, e não privado; a publicidade atesta uma sociedade política aberta; a publicidade enseja a criação de instrumentos de conhecimento e de verificação de atos administrativos. Para que o conceito político de transparência não caia em descrédito ou se converta em termo desgastado pelo uso, mas não implementado, faz-se necessário uma educação cívica que forme pessoas que saibam respeitar a linha divisória entre o patrimônio e o patrimônio privado e passem a ver a função pública como uma oportunidade para servir a todos, e não só a si mesmo.

Pozzetti e Chahaira (2016, p. 167), ao comentar os perigos do plantio e consumo de alimentos transgênicos, alerta sobre a necessidade de o consumidor ter acesso à informação do que está consumindo:

Esta **clareza na informação** permite que ele não seja enganado ou que não lhe seja imposto, arbitrariamente, pelo fornecedor, um produto do qual não quer fazer uso. No âmbito da alimentação, esse direito à informação tem uma dimensão maior, visto que vai refletir na sadia qualidade de vida do consumidor.(gn).

Vê-se, portanto, que a informação, no tocante às questões ambientais, é extremamente importante no processo de tomada de decisões e essas, devem

ser tomadas com a participação popular, não se admitindo informações falsas ou que possam levar o cidadão a o cometimento de erros.

3 LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (PNMA)

Não existia a definição legal e/ou regular de meio ambiente até o advento da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, lei nº **6.938, de agosto de 1981**.

A própria lei, passou a conceituar meio ambiente como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, elencado no artigo 3º, inciso I. Leite e Ayla (2020, p. 09), descrevem as complexidades das questões ambientais sob o seguinte prisma:

As questões ambientais são dinâmicas, complexas e integrativas. trazem em caráter descrito, que “a tomada de consciência da crise ecológica é deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida”.

O Centro de estudos ambientais e Desenvolvimento sustentável do Estado do Rio de Janeiro (2021, p. 39), relembra a importância da criação da lei no contexto histórico brasileiro:

Ela inaugura a fase holística da legislação ambiental brasileira, quando deixa de tratar a questão de forma fragmentária e passa a tratar o meio ambiente com uma perspectiva holística. É, ainda, a norma que formaliza o nascimento do direito ambiental brasileiro, tendo em vista que, ao estabelecer a PNMA, instituiu princípios, objetivos, conceitos, um sistema e um conjunto de instrumentos e ferramentas para sua efetivação.

A época da Conferência de Estocolmo, existia apenas o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF) (1967), vinculado ao Ministério da Agricultura, como órgão vinculado à gestão e proteção do meio ambiente no Brasil. Após a realização da Conferência, outros órgãos começaram a ser criados em âmbitos federal e estadual, como a Secretaria Especial de Meio Ambiente (Sema) (1973), também no Ministério da Agricultura, assim como a Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (Feema) (1975) no Estado do Rio de Janeiro, e a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb) (1976).

A PNMA tinha, portanto, a necessidade de estruturar um sistema voltado à administração de suas ferramentas e seus instrumentos, identificando órgãos e entidades com as distintas competências de atuação. Nesse sentido, a norma instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama), formado pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo poder público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental³. O Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) é o único órgão relacionado no Sistema desde sua origem. Ao longo dos anos, novos órgãos foram criados e passaram a compor o Sisnama, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) (1989), o Ministério do Meio Ambiente (MMA)

Nesta perspectiva de tratar a questão ambiental com a urgência que demanda, LEFF (1994, p. 292-293), pondera:

Pelo que se pode depreender, a crise ecológica levanta a necessidade de introduzir reformas no Estado, incorporando normas no comportamento econômico e produzindo técnicas para controlar os efeitos contaminantes, com o propósito de dissolver as externalidades sociais e ecológicas geradas pela racionalidade do capital.

Não obstante, Leite e Ayla (2020, p. 10) traduzem as condutas das decisões de políticas públicas, em que “Estado de bem-estar marginalizou a questão social ambiental, pois dirigido por políticas de pleno emprego e de maximização da utilização dos fatores da produção, ignorou e deixou de desenhar política ambiental com vistas à melhor qualidade de vida”

Logo, as decisões políticas de caráter ambiental, não privilegiam a sociedade, tão pouco a garanta efetividade da prestação pública. Andrade, (2021, p. 955), conceitua ainda que:

A gestão ambiental tampouco de se opera adequadamente se não houver regras jurídicas claras para os administrados, com mecanismos eficientes de dissuasão, comando e controle, bem como uma melhoria na qualidade e no alcance dos programas de educação ambiental. Mas a clareza das regras e a existência de instrumentos de controle em potencial não são suficientes se inexistirem carreiras fortes de Estado que apliquem as regras com uniformidade, impessoalidade e razoabilidade. É dizer: um bom sistema jurídico ambiental é aquele que é claro, razoavelmente compreendido, suficientemente coercitivo para assegurar

o monitoramento eficaz das condutas e a aplicação das sanções cabíveis aos transgressores, bem como aplicado de forma uniforme por agentes capacitados.

É possível dizer que diversos princípios orientadores do direito ambiental brasileiro, e até mesmo internacional, se fazem presentes, implícita ou explicitamente, ao longo do texto desta Lei, segundo Fontenelle (2004, p. 272).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, conforme elenca Furriela (2004, p. 285):

Prevê entre seus objetivos a divulgação de dados e informações ambientais e a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico (art. 4.º, V). Estabelece ainda que o Poder Público deve prestar informações sobre o meio ambiente e produzir essas informações, quando inexistentes. Essa lei estabelece também a obrigatoriedade da publicidade dos pedidos de licenciamento ambiental, sua renovação e respectiva concessão (art. 10).

O tema relativo à informação é encontrado na parte referente ao Sistema Nacional do Meio Ambiente (art. 6º, §3º) e nos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, VII, X e XI, e art. 10, §1º). Machado (2018, p. 55) descreve:

O artigo 5º, inciso XIV, da CF diz: “é assegurado a todos o **acesso à informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” A possibilidade de livre acesso a qualquer dado ou fato ocorrido em espaço público não permite que a informação passe a ser propriedade dos que foram informados, sejam eles quem forem. Afirma-se dessa forma, que os comunicadores sociais não podem reter em seu poder as informações de interesse geral. (gn)

Ainda nesta mesma direção, Machado (2018, p. 56), conceitua:

O acesso à informação tratado no artigo 5º, inciso XIV, da CF difere do direito à informação apontado no artigo 5º, inciso XXXIII. No inciso XIV afirma-se a possibilidade de conhecimento de fatos da esfera pública, sejam eles oriundos de particulares ou dos órgãos públicos. A esfera pública da informação é aquela que não está na zona da intimidade e da vida privada das pessoas ou da imagem e da honra das mesmas (art. 5º, X), mas diz respeito a outras atividades das pessoas, como também do próprio Estado.

Observa-se que de todos os instrumentos listados na PNMA, cinco deles estão estritamente ligados à publicidade das informações, que são: incisos VII, VIII, X, XI e XII.

O principal instrumento normativo sobre o assunto, a Lei nº 10.650/2003, conhecida como Lei de Acesso à Informação Ambiental, “dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama”. Influenciada pela repercussão do princípio 10 da Rio-92 e da Convenção de Aarhus, esta lei significou avanços importantes na efetivação do direito ao acesso à informação em matéria ambiental. Lanchotti e Diz (2016, p. 140)

A Lei nº. 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, já previa a divulgação de dados e informações ambientais para a formação da consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, V). O artigo 9º desta mesma lei estabeleceu que dentre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente está a prestação de informações relativas ao meio ambiente. Lanchotti e Diz (2016, p. 139)

A inserção da “garantia da prestação de informações relativas ao meio ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes”, na Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, alterada pela Lei 7.804/1989, foi um passo de alto significado, com duas vertentes. Conforme destaca Machado (2018, p. 191), “a primeira afirma indiscutivelmente o dever de informar do Poder Público no concernente às matérias que compõe o tema “meio ambiente”. A segunda vertente mostra que o Poder Público deve transmitir não só a informação disponível, mas aquela que ele não coletou e organizou”.

Diante da norma do art. 9º, XI, da Lei nº 6.938/1981, Machado (2018, p. 191) destaca que “Produzir a informação quando inexistente” não quer dizer inventar ou fabricar o fato ou o dado a ser informado. “Informação inexistente”, na expressão da lei, é a informação que não se encontra no órgão ambiental no momento em que ela é solicitada”. Isso não exime o Poder Público de ir pesquisar ou ir buscar e trazer a informação onde ela esteja, isto é, em outro órgão público ou com uma pessoa jurídica física ou jurídica privada. A existência ou a inexistência de uma informação antecedem a apreciação de sua comunicação, podendo, pois, mesmo existindo, não ser comunicada, se a informação for protegida por sigilo.

Para tanto, Andrade (2021, p. 955) reforça que “é o exercício, com efetividade pelo Estado, da gestão ambiental, por meio da soma de todos esses instrumentos, assegurando a observância das prescrições legais por uma parcela majoritária dos administrados”.

O Poder Público tem obrigação de fiscalizar e controlar os empreendimentos tanto de pessoas físicas como jurídicas, tanto privadas quanto públicas.

Machado (2018, p. 104), relembra que:

A gestão pública do meio ambiente é implementada especialmente pela realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, como procedimento que precede o deferimento ou o indeferimento da autorização ambiental ou licenciamento ambiental. Esses instrumentos administrativos de controle ambiental só podem ser eficientemente implementados se a Administração Pública estiver suficientemente informada.

É dentro dessa perspectiva que se poderia afirmar que o direito ambiental é, para o Poder Executivo, o conjunto de instrumentos de controle ambiental legalmente estabelecidos, a serem válidas e suficientemente exercidos com finalidade precípua de operar o bem jurídico meio ambiente

A qualidade e quantidade de informações irão traduzir o tipo e a intensidade da participação na vida social e política. Quem estiver mal informado nem por isso estará impedido de participar, mas a qualidade de sua participação será prejudicada. A ignorância gera apatia ou inexistência dos que tem legitimidade para participar. Machado (2018, p. 35)

Há evidências que a política nacional obriga o poder público não somente a informar sobre a situação da qualidade ambiental, como também produzi-las quando na sua inexistência. Dentro deste contexto, Pozzetti e Carvalho (2019, p. 494) destacam que “a Gestão ambiental é o principal instrumento para se obter um desenvolvimento industrial sustentável. O processo de gestão ambiental nas empresas está intrinsecamente vinculado a normas que são elaboradas por instituições públicas sobre o meio ambiente”.

Pereira, Rossi A Silva (2012, p. 170), explicam que não aplicação deste instrumento da política ambiental brasileira, se “remeteria uma deficiência na operação dos demais instrumentos, configurando uma desestruturação dessa política pública, o que pode implicar em evidentes danos ao bem jurídico em questão, principalmente danos ao meio ambiente.”

As normas sobre o acesso às informações detidas pelos organismos com responsabilidades públicas devem servir para promover sua transparência e a ampla divulgação das questões de interesse público. Furriela (2004, p. 284), descrevem que o “fornecimento de informações aos cidadãos sobre atividades que possam alterar ou impactar significativamente o seu meio ambiente é um princípio que deve nortear a gestão ambiental, de forma a permitir a adequada tomada de decisões e a promoção de ações visando a melhoria da qualidade de vida e do meio ambiente”.

O direito de acesso à informação indispensável para a garantia do direito ao meio ambiente equilibrado e saudável constante do art. 225 da Constituição brasileira – é amplamente citado na Agenda 21, e consolidou-se em tratados internacionais e no ordenamento jurídico brasileiro, conforme evidência Furriela (2004, p. 284).

A Agenda 21, apesar de não constituir tratado internacional, cuida da questão em diferentes capítulos, e dedica todo o Capítulo 40 ao assunto. Este capítulo, intitulado Informação para a tomada de decisões, dispõe, entre outras coisas, que: deve-se garantir que a planificação do desenvolvimento sustentável em todos os setores se baseie em informação fidedigna, oportuna e utilizável; a informação pertinente deve ser acessível na forma e no momento em que for requerida para facilitar o seu uso; devem ser realizados inventários de dados ambientais para o gerenciamento do desenvolvimento sustentável; devem-se estabelecer mecanismos de apoio para obtenção da informação e conhecimentos; deve-se dar ênfase à transformação da informação existente em formas mais úteis para a tomada de decisões e em orientá-la para diferentes grupos de usuários. Há outros capítulos da Agenda 21 que mencionam o acesso à informação. O capítulo 8 destaca que deve ser assegurado o acesso do público às informações pertinentes, facilitando a recepção das opiniões do público e abrindo espaço para sua participação efetiva. O capítulo 23 dispõe que: “indivíduos, grupos e organizações devem ter acesso à informação pertinente ao meio ambiente e desenvolvimento detida pelas autoridades nacionais, inclusive informações sobre produtos e atividades que têm ou possam ter um impacto significativo sobre o meio ambiente, assim como informações sobre medidas de proteção ambiental”.

Lanchotti e Diz (2016, p. 132), remontam:

O direito de acesso à informação ambiental, objeto de análise do presente estudo, foi, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), em 1948, o primeiro direito de acesso reconhecido por um instrumento internacional. Também possui a maior previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, pois presente na Constituição da República de 1988 (artigo 5º, inciso XXXIII) e em lei específica, conhecida por Lei de acesso à Informação Ambiental (Lei nº 10.650/2003).

A Constituição brasileira garante às pessoas o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo

(art. 5.º, XXXIII) e estabelece o princípio da publicidade, como orientador de toda a atuação da administração pública (art. 37).

Não muito distante, foi aprovada recentemente pelo Congresso Nacional a Lei de Acesso à Informação Ambiental, Lei 10.650, de 16.04.2003, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, instituído pela Lei 6.938, de 31.08.1981.

Portanto, apesar de a Lei de Acesso à Informação Ambiental ter apresentado conquistas importantes na consolidação desse direito de acesso, tal lei não se mostra suficiente para garantir sua efetividade.

Torna-se indispensável e urgente, nesse sentido, sua atualização e melhoria, Lanchotti e Diz (2016, p. 141), aplicam

sob pena de o Estado Brasileiro continuar a cercar este direito humano, indispensável para a consolidação do Estado Democrático Socioambiental de Direito instituído formalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Rossi (2009, p. 35) estipula que “raras são as preocupações em se criar sistemas de informações compartilhadas, e nesse contexto, observa-se a carência de transversalidade na gestão da informação ambiental, que por sua vez, necessita de dinâmica multidisciplinar.” A Lei nº 12.527 prevê os direitos de obtenção da informação, em garantia a este objetivo.

À vista disto, cabe então ao Poder Público, por meio de suas entidades, garantir o devida administração e gestão da máquina pública, com a devida publicidade dos atos normativos, baseados nos princípios da legalidade, emancipando a população para que alcancem verdadeiramente os preceitos democráticos, alicerçados na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A problemática que instigou essa pesquisa foi a de verificar de que forma a prestação de informações relativas ao meio ambiente podem garantir o exercício da cidadania e a condução de poder decisórios, atrelados as devidas práticas da Administração Pública, com respeito nos princípios e valores constitucionais na garantia da proteção ambiental.

Os objetivos foram cumpridos à medida em que se analisou o ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao acesso à informação ambiental, no âmbito da participação popular nos processos decisórios, bases do Direito a Informação Ambiental, buscando estabelecer uma vertente crítica sobre a legislação brasileira

As ameaças constantes em que o meio ambiente se encontra estão cada vez mais catastróficas e sem condições a volta do status quo apresentado. O ser humano não vive sem o meio ambiente, tão pouco, sem o equilíbrio para a sadia manutenção da vida.

Para manter-se alicerçado pela Constituição e pelos princípios que protegem a perpetuação deste direito, o Direito a Informação surge como ferramenta facilitadora de gestão participativa da vida em sociedade.

Entretanto, os desastres ambientais comunicam a necessidade de uma atuação sistêmica, coordenada e precavida do Estado e dos diversos sistemas sociais envolvidos (direito, economia, política etc.)

Neste diapasão, a lei da Política Nacional do Meio Ambiente, para seu devidos fins e mecanismos de formulação e aplicação, utiliza-se de instrumentos que dentre eles, trata-se da garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;

Dentro dos instrumentos que garantem a prestação das informações, o Poder Público deve-se utilizar dos atos normativos, além dos princípios que regem a Administração Pública para garantir a proteção ambiental tutelada e, principalmente, integrar a sociedade nos processos de decisão.

A efetiva participação da sociedade na gestão pública do meio ambiente depende do acesso à informação, conforme comentado anteriormente, mas isso só não é suficiente. A informação tem de ser traduzida, decodificada, para que ocorra a verdadeira Sensibilização e os dados possam ser utilizados da melhor forma possível.

Uma população que não se encontra devidamente informada, não está apta a exercer a cidadania, tão pouco, o controle social, pleiteado em matéria ambiental. Tratar da informação, é tratar de democracia e, por consequência, de exercer um Estado Democrático de Direito Ambiental.

E por fim, não há como negar que as novas questões ecológicas, dentre elas, os desastres, entram cada vez mais em rota de colisão com a tradicional estrutura normativa do direito, com um viés totalmente oposto a essas concepções, os desastres, fenômenos multicomplexos, requerem uma resposta do direito e da política que permita a assimilação dos riscos sob uma perspectiva preventiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Henrique Varejão; SPÍNOLA, Ana Luiza Silva. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Editora Manole, 2016.

BARROS, Dalmo Arantes et al. **Breve análise dos instrumentos da política de gestão ambiental brasileira**. Política & Sociedade, v. 11, n. 22, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõem sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Brasília: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938. Acesso em: 14 out. 2022.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

FONTENELLE, Miriam. Aspectos da política nacional do meio ambiente: o estudo de impacto ambiental como instrumento preventivo da gestão ambiental. **Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes**, v. 4, 2004.

FURRIELA, Rachel Biderman. A lei brasileira sobre o Acesso à Informação Ambiental como ferramenta para a Gestão democrática do Meio Ambiente. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 1, 2004.

FURRIELA, Rachel Biderman. **Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente** / Rachel Biderman Furriela – São Paulo: Annablume: Fapesp, 2002.

LEFF, Enrique. *Ecologia y capital*. Cidade do México: Sigilo XXI, 1994.

LIMA E SILVA, P.P. de.; GUERRA, T.T.; MOUSINHO, P. [et al.]. **Dicionário brasileiro de ciências ambientais**. Rio de Janeiro: Thex, 1999.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito a Informação e meio Ambiente** / - 2.ed., ver., ampl. E atual – São Paulo: Malheiros, 2018.

MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NORUEGA. **Comissão Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. Nosso futuro Comum**. 21 00. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

POZZETTI, Valmir César. Alimentos Transgênicos E O Direito Do Consumidor À Informação. **Revista Jurídica Unicuritiba**; v. 3, n. 36 (2014). Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/993/684>. Acesso em: 20 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César e CHAHAIRA, Bruno Valverde. **ROTULAGEM DE ALIMENTOS TRANSGÊNICOS: UM MECANISMO EFICAZ PARA A CIDADANIA PARTICIPATIVA**. 264 v. | 12iii encontro de internacionalização do conpedi – Madrid. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/3498-10439-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César e CAMPOS, Jalil Fraxe. ICMS ECOLÓGICO: UM DESAFIO A SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO AMBIENTAL NO AMA-

ZONAS. **Revista Jurídica Unicuritiba**, 2017. v. 02, n.º 47, Curitiba, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/2035-6329-1-PB-1.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César e CARVALHO, Victor Matheus Silva. A contabilidade ambiental como uma ferramenta eficaz à sustentabilidade. **Revista Derecho y Cambio Social** N.º 56, ABR-JUN 2019. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/Dialnet-LaContabilidadAmbientalComoUnaHerramientaEficazPar-6967947-1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César e NASCIMENTO, Leonardo Leite. Considerações sobre a participação judicial direta em defesa do meio ambiente no Brasil, no Equador e na Bolívia. **Revista jurídica de Políticas Públicas**. v. 10, n.3, dezembro 2020. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/6566-29457-1-PB-1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César; POZZETTI, Daniel Gabaldi e POZZETTI, Laura. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ÂMBITO DA CONSERVAÇÃO AMBIENTAL. **Revista Campo jurídico**. Barreiras-BA v.8 n.2, Julho-Dezembro, 2020. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/lepidus,+4_661+Vers%C3%A3o+Final.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria do Estado do Ambiente e Sustentabilidade; CENTRO DE ESTUDOS AMBIENTAIS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Saberes, estratégias e metodologias: construindo programas de educação ambiental: v. 1: meio ambiente e educação ambiental: conceituação, legislação e políticas públicas**. Organizado Marilene de Sá Cadei, Jacqueline Guerreiro Aguiar, Ágatha Lopes Tommasi Oliveira. Rio de Janeiro: INEA: CEADS/UERJ, 2021.

ROCCO, Rogério Geraldo. **Política Nacional de Meio Ambiente**. Jacqueline Guerreiro Aguiar, Rede de Educação. 2022.

ROSSI, Alexandre. **A garantia da prestação de informações relativas ao ambiente como instrumento de gestão e de política ambiental no Brasil**. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MEDIAÇÃO ONLINE COMO FORMA SUSTENTÁVEL DE ACESSO A JUSTIÇA

Carla Noura Teixeira¹¹⁵, Douglas Alexander Prado¹¹⁶

INTRODUÇÃO

Em novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça instaurou a Política Pública de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário através da Resolução nº 125, introduzindo na sociedade brasileira conceito “importado” de Corte Multiportas, ou como preferimos chamar Sistema Multiportas, baseado nas ideias do emérito Professor da Universidade de Harvard Frank Sander.

Essas inovações tinham condão de ampliar as possibilidades de soluções de conflitos para os usuários do Poder Judiciário, introduzindo a mediação e repaginando a quase “marginalizada” e esquecida, conciliação. Mas não parou por aí, a Resolução nº 125, tinha base sólida e trouxe um eixo firme de características, conceitos e ações: a) a atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos judiciais contenciosos, e, sim, como acesso a ordem jurídica justa; b) direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização os mecanismos adequados de resolução de controvérsias, além da solução adjudicada por meio de sentença; c) preocupação com a boa qualidade desses serviços de resolução de conflitos, com a adequada capacitação, treinamento e aperfeiçoamento permanente dos mediadores e conciliadores; d) disseminação da cultura de pacificação.

A implantação e mudança de paradigma não ocorrem de uma hora para outra e dificuldades de todos os espectros surgiram: orçamentária, de pessoal treinamento, capacitação, regionais, estruturais, conceituais, culturais, institucionais, interpessoais dentre outras.

Com o nascimento das legislações subsequentes, precisamente no ano de 2015, que ratificaram um caminho sem volta em prol das soluções adequadas aos

¹¹⁵ Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia - UNAMA/ Grupo Ser Educacional. Professora da Graduação em Direito da UNIFAMAZ e da UNAMA. Advogada. E-mail: carlanoura@gmail.com.br.

¹¹⁶ Mestre em Direitos Fundamentais – Universidade da Amazônia. Advogado. Negociador, Mediador e Árbitro. Designer de Sistemas de Soluções de Conflitos. E-mail: douglasprado.cm@gmail.com

conflitos, em especial a mediação, a Política Pública mostrou sua importância em apontar caminhos profícuos a serem seguidos e que o usuário do Poder Judiciário ou mesmo de sistemas privados de soluções de conflitos deveriam conhecer e utilizar.

Apesar da grande virtuosidade da Política Pública e das legislações posteriores que fortemente apontavam um caminho conciliatório: mais adequado, com maior autonomia, colaborativo, participativo, sustentável e célere, não criou, estatisticamente e perceptivelmente, uma alteração da cultura litigiosa, beligerante e unidimensional da grande maioria dos usuários do Poder Judiciário, fossem eles cidadãos, Advogados, membros do Ministério Público, Defensorias Públicas, enfim dos atores processuais.

Os números dos Relatórios Justiça em Números do Poder Judiciário, aliados as Metas anuais para o Poder Judiciário demonstravam índices cada vez maiores de congestionamento das demandas, índices conciliatórios estáveis em razão média de 11%, desde 2015, aumento sutil na eficiência do Poder Judiciário ligado essencialmente a produtividade dos magistrados e servidores e sistemáticas sugestões de aumento nos índices de conciliação (mediação e conciliação), na casa 2% anuais.

Partindo dessas premissas fica perceptível que o Poder Judiciário almeja um incremento constante nos índices de resoluções através das soluções adequadas, mediações e conciliações, destarte extrai-se que, levando a cabo as Metas 5 (2013) e as Metas 3 (2015 até os dias atuais), esses índices de conciliação deveriam estar na casa de 22 a 25% de decisões homologatórias de acordo através desses métodos.

Contudo e, muito embora com o aumento significativo na instalação de Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania, com um incremento na ordem aproximada de 400% de 2015 até 2021, ou seja, ambientes adequados para as mediações com facilitadores – mediadores, capacitados, atualizados e eficientes, isso não refletiu em melhoras quantitativas nos índices de conciliação (mediações e conciliações), sejam pré-processuais ou endoprocessuais.

Ademais, um dos fins talvez de maior oportunidade de potencialização de resolver questões de diversos espectros ainda é tímido, o viés de cidadania dos CEJUSCs. Um Centro Judiciário conceitualmente no seu nascedouro previa não só acesso a soluções adequadas de conflitos contra outra parte, mas um espaço cidadão onde o usuário poderia acessar diversas questões facilitadoras, tais como: tirar um documento, acessar prestadores de serviços públicos (água, gás, energia, internet etc.), acessar o PROCON, Defensoria Pública, Ministério Público, OAB, acesso à internet, além, é claro, de soluções adequadas de conflitos através de mediação e conciliação.

Os Centros Judiciários têm potencial de serem Centros de Cidadania, respeitando questões orçamentárias e estruturais, o viés colaborativo extraído do centro conceitual da mediação pode permear esses locais e os gestores dos órgãos e entidades sejam públicas, sejam privadas, com fim de unirem esforços e parcerias em prol não apenas do cidadão, mas deles mesmos que manterão braços próximos da sociedade e das instituições congêneres, potencializando sua função social.

Nesse cenário, no escopo do presente estudo, propõe-se a Mediação on-line como método sustentável, observando a mediação somada as Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC's), agregando a quarta parte ao procedimento de mediação. Desta feita, apresentar-se-á a mediação online como mais uma alternativa de disseminação das práticas colaborativas e concertadas de pacificação social, e para tal, valemo-nos de levantamento bibliográfico-documental, com aspectos de empiria por força das experiências coletadas no segmento, com o objetivo descritivo-explicativo.

Em tudo, com o fito de refletir sobre meios de vivificar e ampliar a eficácia da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, em especial, considerar o uso da tecnologia no âmbito da mediação judicial como meio facilitador e sustentável de acesso à justiça, assim expomos o tema da Mediação Online – contexto histórico, diversidade de nomenclaturas, perspectiva (vantagens e pontos sensíveis); Tecnologias Facilitadoras; Resolução 326 e 358 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça – Mediação Digital.

1 DA MEDIAÇÃO ONLINE

Em tempos de avanços tecnológicos vertiginosamente rápidos, mudanças nos parâmetros comunicacionais perpassados pelas tecnologias, informações em grande quantidade a cada segundo que influenciam o comportamento humano, e, por conseguinte, novas características conflituosas e formas de resolver esses impasses: os métodos digitais, virtuais, híbridos ou correlatos avançam como formas eficazes de abordar tais situações.

Inicialmente devemos esclarecer as terminologias empregadas, eis que o termo na língua inglesa *online dispute resolution* (ODR), é reconhecida em língua espanhola como RDL, ou *resolución de disputas en línea*, todavia poderemos encontrar diversas traduções e versões quando transportamos para a língua portuguesa.

Entende-se pela maior abrangência do termo “Sistemas”, a utilização da expressão Sistemas de Resolução de Conflitos em Linha (SRCL), com obje-

tivo de facilitar a compreensão, bem como ampliar a gama de possibilidades de ferramentas de resolução de conflitos abrangidos pelos ODRs ou SRCL.

Em breve esboço histórico cumpre rever que por volta dos anos de 1996 nos Estados Unidos da América com o intenso desenvolvimento da utilização de internet e o fomento do comércio eletrônico, estudiosos sobre novas tecnologias começaram a explorar a articulação destas e os meios de resolver conflitos oriundos das relações comerciais eletrônicas, surgindo, naquele momento, a primeira ideia de que se denominaria ODR.

Percebeu-se, desta forma, que a internet seria campo comunicacional adequado para resolver conflitos e com o passar dos anos, sob a tutela do professor americano Ethan Katsh do Centro Nacional de Novas Tecnologias Aplicadas a Resolução de Conflitos da Universidade de Massachusetts - USA, os estudos sobre as relações entre: tecnologia, informação, comunicação, conflitos e resolução de conflitos, se intensificaram e ampliaram promovendo diversos mecanismos, plataformas, sistemas, interligação entre os conflitos oriundos da internet e sua resolução.

Assim sendo, com o aumento exponencial das transações eletrônicas e o consequente e inevitável surgimento de questões conflituosas em parcela dessas vendas e serviços oferecidos se tornou necessário o surgimento de ferramentas ou alguns sistemas de resolução de conflitos efetivos oriundos dessas transações eletrônicas como objetivo claro de manter as vendas das plataformas constantes e conjuntamente ofertar aos clientes formas eficientes de resolver as questões.

Exemplos conhecidos são as plataformas Ebay, PayPal, Mercado Livre, Amazon e suas consequentes plataformas de resolução de disputas oriundas das transações realizadas.

Nesse sentido menciona Franco Conforti (2014)

Si nos remontásemos años atrás a nivel internacional podríamos decir que el germen se encuentra en las transacciones económicas realizadas en internet el los primeros portales de venta de bienes y servicios como por ejemplo eBay, PayPal etc. Han sido estos portales los que ante la falta total de formas de resolver conflictos derivados de las compras y ventas que realizaban por internet han comenzado a trabajar sobre formas de resolver disputas que se planteaban.

Ficava claro que os sistemas de resolução de conflitos tradicionais (conhecidos em língua inglesa como ADR – *Alternative Dispute Resolution*), e o sistema judiciário não davam respostas rápidas e a contento para os usuários dos serviços mencionados, eis que a lógica da internet e da sociedade da informação e comunicação digital são distintas.

Bem menciona sobre o tema Alberto Elisavetsky (2019)

Los métodos de resolución de conflictos en línea, conocidos por la expresión anglosajona Online Dispute Resolution (ODR), se originaron como consecuencia de la sinergia de la tecnología y los métodos alternativos de resolución de conflictos (Alternative Dispute Resolution o ADR) para dirimir las disputas originadas en Internet.

A evolução nas décadas seguintes não só da tecnologia como as plataformas de comércio eletrônico aliado as de resoluções de conflitos foi gradativo, algumas vezes um pouco ousadas e a frente do tempo outras vezes funcionais e pontuais, o que auxiliou bastante a continuidade da relação usuário-consumidor e as empresas.

Podemos observar nesse ponto a crescente utilização das estruturas tecnológicas de informações e comunicações (TICs – Tecnologias da Informação e Comunicação), ampliação de acesso a rede de internet, o comércio eletrônico, as transações e negócios realizados em diversos níveis em ambiente virtual, a sinergia e convergência dos usuários desses ambientes com as ferramentas oferecidas para resolver impasses fez surgir uma quarta parte, que agrega as três partes tradicionais (pessoa 1; pessoa 2 e facilitador), na resolução de conflitos, a própria tecnologia.

Bem mencionam nesse sentido Ethan Kash e Janet Rifkin (2001): “Os ODR facilitam a resolução dos conflitos através do poder transformador da tecnologia a qual se incorpora com a quarta parte no modelo tripartido tradicional de resolução de conflitos”.

Na mesma linha menciona Franco Conforti (2014)

Por que se fala de quarta parte? Um processo de resolução de conflitos presencial tem no mínimo três partes, que são a) solicitante (s); b) requeridos (s); c) operador do conflito; que ao fazer de forma virtual e não presencial surge uma “nova parte: d) TICs.

Fato é que não é mais possível entender o ser humano do século XXI sem considerar as tecnologias que nos permeiam dia a dia, vivemos em um mundo globalizado e as revoluções tecnológicas experimentadas nos últimos tempos transformaram nosso modo de vida: não conseguimos mais sair de casa sem um smartfone, sem estar a cada minuto conferindo o Instagram, o Facebook, o WhatsApp, os e-mails, a agenda eletrônica, acompanhando a compra realizada pelo “APP” da empresa de logística ou dos correios, enfim, estamos 100% conectados.

As complexidades sociais, a globalização, as instabilidades emocionais e relacionais, bem como todos os aspectos causadas por esse contexto faz com que ocorram adaptações e evoluções nos profissionais, nas ferramentas e metodologias de resolução de conflitos para se adequarem essa realidade.

Assim, sejamos imigrantes digitais (pessoas que nasceram entre o final da década de 1980 e o início da década de 1990 e experimentaram as evoluções tecnológicas), ou nativos digitais (pessoas que nasceram após a instauração das tecnologias como as conhecemos hoje), devemos ter ciência que a evolução tecnológica na resolução de conflitos acompanhou essa evolução de diversas formas e por diversos contextos sendo certo que devem ser considerados novas possibilidades através dos Sistemas de Resolução de Conflitos Online de acesso à justiça para resolver seus impasses.

Vale dizer que já se conhece diversas formas digitais de resolução de conflitos utilizadas e consagradas envolvendo, na sua maioria, a iniciativa privada através de plataformas de resolução de conflitos criadas por startups que gerenciam essas plataformas digitais que podem ser na modalidade: a) assíncronas (os envolvidos não interagem no mesmo tempo e espaço); b) síncronas (os envolvidos interagem no mesmo tempo e espaço); c) híbridas ou mistas (onde ambas as modalidades de comunicação estão presentes e interagem).

Assim diz Alberto Elisavetsky (2019)

En la mediación tradicional, la característica principal es la sincronidad. Esto implica ambas partes se enciernen al mismo tiempo ocupadas junto al facilitador o mediador em resolver el conflicto. Em la mediación em línea se puede dar la instancia síncrona, utilizando los diferentes médios tecnológicos qua así lo permitan. Pero es muy utilizada la posibilidad de la comunicación assíncrona, em la que no se espera una respuesta inmediata de las partes. Las personas implicadas pueden conectarse em distintos momentos del día y de la noche, y pueden retrasar sus respuestas hasta que lo han pensado mejor, lo han consultado con otros, han investigado um poco más o, simplemente, han dejado passar el tiempo.

A negociação assistida, a negociação automática, a mediação online e a arbitragem *online*, são exemplos desses procedimentos digitais de resolução de conflitos que estão presentes e disponíveis para os usuários em diversos espectros negociais e relacionais.

A negociação assistida, ou *assisted negotiation*, consiste na busca de um acordo entre as partes em conflito por meio de comunicação eletrônica, que normalmente ocorre através de correio eletrônico, chat ou mesmo por comunicação assincronia pelo aplicativo da empresa de comércio eletrônico.

A negociação automática, por sua vez, é semelhante à negociação assistida, sendo a sua principal diferença o fato de que a negociação automática deve atuar na busca de um acordo apenas em relação a valores envolvidos em determinada questão não adentrando na questão de mérito.

A arbitragem online no Brasil, conquanto não exista menção expressa no texto legal (Lei 9.307/1996), também não encontra vedação e, desta forma, vem sendo utilizada e deve observar alguns critérios importantes, tais como: as formalidades previstas em lei – forma escrita da convenção de arbitragem; clareza sobre os meios de comunicação utilizados para assinatura da convenção; utilizar assinador digital encryptado e de notório reconhecimento e segurança; admissibilidade do procedimento arbitral digital observando as restrições legais; previsão expressa da possibilidade do procedimento digital ou híbrido; admissibilidade da sentença arbitral através de assinatura eletrônica dos árbitros; efetividade na comunicação às partes da sentença arbitral.

Assim sendo é cediço que diversas Câmaras de Arbitragem utilizavam há tempos formas híbridas de comunicação com as partes envolvidas no processo de arbitragem por diversos motivos, quais sejam: o uso de uma estrutura de online oferece respostas satisfatórias às principais dificuldades verificadas nos contratos vindos de relações online; a distância física das partes e as maiores taxas e custas para o processamento do pleito presencial; os custos adicionais, despesas com deslocamentos dos advogados e de tradutores (se necessário), despesas de transporte, deslocamento para outra localidade, a maior agilidade na comunicação por meios digitais e o alcance maximizado para todos; possibilidade de comunicação por aplicativos de mensagens com todos os envolvido e a Câmara etc.

Por derradeiro não se pode deixar de mencionar à luz das novas tecnologias as plataformas, web sites, aplicativos e câmaras de soluções de conflitos eminentemente digitais que rapidamente surgem como opções de resolver impasses, utilizando diversas ferramentas como mencionada para atingir resultados e rapidez na resolução. Tais recursos surgem por iniciativas públicas e privadas as quais trataremos mais adiante.

Nesse cenário se apresenta, como preferimos denominar a mediação online.

2 CONTEXTO E NOMENCLATURA DA MEDIAÇÃO ONLINE

Antes de adentrarmos nas peculiaridades da mediação online, necessário mencionar que não se tem, como nos ODRs, uma unanimidade na terminologia utilizada, por exemplo: no Brasil para a mediação de conflitos realizadas com auxílio ou por tecnologias de informação e comunicação.

Iremos ver e ouvir mediação digital, mediação online, mediação eletrônica, enfim uma variedade de termos mencionando o mesmo, inclusive destaca-se que a legislação pátria diverge, cada qual utilizando uma terminologia, a saber:

Lei 13.140/2015 - Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

Lei 13.105/2015 – art. 334 - § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

Resolução 125 do CNJ – Art. 6º - X criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, §7º, do Código de Processo Civil de 2015 e do art. 46 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (lei de Mediação);

Para nosso estudo e seguindo uma linha lógica eis que, podemos incluir a mediação realizada com auxílio ou através de tecnologias da informação e da comunicação, como espécie do gênero Sistemas de Resolução de Conflitos em Linha (SRCL), ou ODR, utilizaremos o termo – mediação online.

Pode-se definir a mediação como é um método de solução de conflitos, baseado em um procedimento judicial ou privado, que prima pela flexibilidade procedimental. Conduzido por um terceiro imparcial e facilitador, o mediador que deve ser capacitado e utilizar técnicas de diversas áreas do conhecimento com intuito de fomentar ou restabelecer a comunicação entre os envolvidos no impasse, criando ambiente propício para geração de opções positivas e sustentáveis para um eventual acordo total ou parcial, não devendo, como regra, avaliar ou opinar sobre as opções criadas, contudo exerce o papel de agente da realidade.

Ao transportar a definição para a mediação online incluímos a já mencionada quarta parte no procedimento, ou seja, as tecnologias da informação e comunicação, que através e, em conjunto com o mediador, que passa a também ter um papel de gestor de plataformas tecnológicas, garantidor da identidade das partes, e da confidencialidade durante e após o procedimento de mediação, compõe, com as partes envolvidas no conflito, todos os atores do processo.

A mediação online deve respeitar os mesmos princípios e características da mediação presencial, contudo, algumas características complementares devem fazer parte do rol de conhecimento dos usuários e do mediador deste serviço, tais como: i) qual a tecnologia a ser utilizada; ii) se o procedimento será sincrônico, assíncrono ou híbrido; iii) questões técnicas e procedimentais relativas as funções

do mediador; iv) confiança no procedimento e no mediador; v) segurança das informações; vi) preservação da identidade e privacidade dos envolvidos; vii) legislação aplicável a forma online de mediação; viii) habilidades certificadas e comprovadas do mediador online (cyber mediador ou e-mediador).

Franco Conforti (2014) assim descreve

La mediación por medios electrónicos es: “Un procedimiento total o parcial, simplificado y en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los intervinientes y el respecto a los principios de la mediación previstos en la ley y que se realiza por medios electrónicos en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí misma un acuerdo con la intervención de un mediador (...)

Alberto Elisavetsky (2019) amplia a temática desta forma

El primer rasgo definitorio de los métodos RDL es su apoyo sustancial en la tecnología en línea, en comparación con los métodos “clásicos” de mediación, negociación u arbitraje “cara a cara”, presenciales.

El segundo rasgo definitorio deriva del primero, y es que gracias al uso de las nuevas tecnologías, los métodos RDL, permiten la negociación, mediación y facilitación a distancia, dentro de los métodos llamados no adversariales de resolución de disputas.

Thomas Eckschmidt, Mario Magalhães e Diana Muhr (2016) definem, em suas palavras, Meios eletrônicos para solução de conflitos da seguinte forma

Os MESC são um processo de solução de conflitos que se estrutura em ferramentas eletrônicas que promovem a comunicação, interação e formalização de maneira eficiente (p.e. baixo custo), conveniente (p.e. não presencial e previsível em custo e prazo), e aplicável (à questão em disputa), garantindo autenticidade (veracidade das partes envolvidas), privacidade (conteúdo protegido de terceiros envolvidos), e exequibilidade (o resultado do conflito é exequível e exigível perante a lei).

Observa-se que a mediação online além de todos os princípios estruturais e legais que deve respeitar agrega em suas peculiaridades conceitos, princípios, preocupações e procedimentos próprios ligados as tecnologias da informação e comunicação que em verdade são sua essência existencial.

Pensar de forma simplória que a mediação online é a mediação presencial transportada para, por exemplo, a plataforma de vídeo conferência (comunicação sincrônica), é um equívoco eis que, conquanto, principiologicamente ligadas

e, procedimentalmente similares, a mediação online deve ter em conta outras questões ligadas as tecnologias, a preparação do mediador, a ampla informação, preparação e percepção das partes envolvidas, a identidade dos atores e a segurança dos dados e informações produzidas.

Por óbvio, adaptações são necessárias e constantes e para cenários distintos os dois modelos de mediação podem ser mais ou menos adequados, vantagens e desvantagens da mediação online em comparação com a mediação tradicional presencial, ou mesmo de forma independente, inúmeras reflexões devem ser tomadas em conta e, condutas devem ser pensadas antes mesmo de se utilizar de um procedimento online.

Importante contextualizar a mediação online na atualidade eis que vivemos uma Pandemia Global causada por um vírus que desde o início do ano de 2020 assola todos os seres humanos do nosso planeta e, até o presente momento, não se tem cura efetiva, contudo, já existe vacina contra os efeitos graves da doença denominada COVID-19 e foram colocadas à disposição da população mundial.

Tal fato tem ligação direta com o desenvolvimento e crescimento dos Sistemas de Resolução de Conflitos Online na atualidade e entre eles a mediação online. Conquanto, como mencionado em linhas anteriores, já existissem disponíveis para os usuários os ODRs e em especial a mediação online, inclusive com previsão legal desde 2015 (Lei de Mediação), tais não estavam em estágio de desenvolvimento amplo ou de acessibilidade em larga escala.

A Pandemia Global mudou o modo de vida de todos os nós, quarentena, isolamento, afastamento social, máscaras obrigatórias, higienização, sanitização, grupos de risco, teletrabalho, virtual, plataformas, ensino a distância, novo normal, dentre outros, são alguns termos que passamos a ouvir rotineiramente e tivemos, como aliás é característica do ser humano, nos adaptar.

Não é diferente o que ocorreu e ainda ocorre, eis que estamos ainda sob os efeitos da Pandemia, com as pessoas que necessitam resolver seus impasses, seus conflitos. De uma hora para outra os tribunais fecharam, os órgãos executivos fecharam, as empresas especializadas em gestão de conflitos idem, as câmaras de mediação e arbitragem de igual forma passaram a atender de forma unicamente virtual, levando os sistemas online de uma opção para a única via.

De certo que as empresas ou órgão públicos que haviam largado na frente no desenvolvimento ou aquisição de sistemas, plataformas e softwares se adaptaram mais rapidamente e puderam oferecer os serviços que já tinham ou lançaram mais rapidamente esses serviços, mas não foi a regra, em especial no âmbito público, que ainda vem se adaptando ou utilizando unicamente plataformas de videoconferência para realizar os serviços que lhes cabem.

Ao usuário coube e cabe decidir, no atual contexto da Pandemia, se para tratar de algum impasse opta pelos sistemas online de resolução de conflitos oferecidos pelo Poder Público ou a iniciativa privada ou simplesmente não o faz, mantendo de forma reprimida seus anseios de solução

O sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman em sua teoria da sociedade líquida nos brinda com um atualíssimo pensamento sobre os avanços tecnológicos rápidos e que nos permeiam a cada segundo mencionando que “Vivemos tempos líquidos. Nada é para durar”.

Aliado a essa perspectiva vivenciamos profundas alterações no nosso modo de vida, na forma como nos relacionamos, na forma de como nos comunicamos, na forma de como nos alimentamos, na forma de como trabalhamos, na forma de como resolvemos conflitos. Assim, independentemente do final, ou melhor dizendo, o controle ou não da Pandemia Global, as intensas mudanças na forma de resolver conflitos já estão e ficarão, em verdade vamos nos adaptar a elas e optar com informações objetivas e subjetivas qual escolheremos

3 PERSPECTIVAS — VANTAGENS E PONTOS SENSÍVEIS

Como em qualquer serviço que temos acesso existem vantagens e desvantagens, na mediação online não é diferente. Estamos em adaptação constante e o número de serviços, plataformas, formas, possibilidades e requisitos para ter e acessar a mediação online são diversos.

Várias experiências positivas e bem-sucedidas podem ser levadas como paradigmas transitórios para nos basearmos na escolha de um serviço de mediação online. A lei de Mediação brasileira aliada ao Código de Processo Civil menciona unicamente a possibilidade de utilização, mas em nenhum momento, e isso seria até absurdo, definem qual a plataforma deve ser utilizada, por exemplo.

Não podemos, entretanto, deixar de observar e declinar preocupação com diversos pontos peculiares à mediação online com objetivo de dar confiabilidade a esse sistema tão profícuo de resolução de conflito, e porque não dizer de ampliação de acesso a ordem jurídica justa, seja para os usuários, seja para os mediadores, bem como para os advogados que deverão junto com as partes elaborar estratégias no estudo, escolha e decisão por qual serviço utilizar.

Assim sendo podemos, sem pretensão de esgotar o tema, mencionar algumas características marcantes da mediação online, ou como a doutrina menciona: vantagens e desvantagens em comparação a mediação presencial.

3.1 VANTAGENS

- a. Custos – processo, administração, documentos físicos, tramitação, transporte, deslocamentos etc. Esses custos são menores, tanto em relação aos atores do processo como em relação a logística de todos envolvidos;
- b. Flexibilidade – o desenho das reuniões, horários, atores e eventuais participantes extraordinários fica muito mais facilitado, muitas vezes ao alcance de um e-mail ou um grupo restrito do WhatsApp onde todos tem acesso as informações de agenda de reuniões do procedimento;
- c. Confidencialidade – Só terá acesso as reuniões os atores pré-determinados no processo de mediação, o mediador ganha a gestão do processo e da plataforma digital permitindo e admitindo somente quem pertence àquele procedimento de mediação;
- d. Logística facilitada – os deslocamentos não são mais necessários, não importando onde esteja o ator ou parte, basta ter acesso à tecnologia determinada e necessária e a sessão acontece;
- e. Tecnologias – não são necessários, na maioria dos casos, *softwares* complexos ou especiais, bem como, baixar aplicativos extremamente “pesados” no computador, tablet ou smartfone, para poder ter acesso as plataformas de mediação online, sejam síncronas ou assíncronas;
- f. Contemporaneidade comunicacional – os seres humanos veem se comunicando de formas diferentes em comparação a décadas passadas, as tecnologias são nosso dia a dia e resolver conflitos por plataformas digitais de comunicação e informação, talvez, seja mais adequado ao nativo digital ou mesmo ao imigrante digital adaptado;
- g. Tempo – o acesso é mais célere e o procedimento, desde que não haja alguma questão específica, é maximizado no tempo e nas tomadas de decisões, eis que todos os atores, podem estar conectados a um clique, uma mensagem, um telefonema etc.;
- h. Mediador – mediadores, empresas de gestão de conflitos, órgãos públicos que realizem mediação online que estejam preparados, capacitados, informados e treinados em tecnologias da informação e comunicação seu uso e operacionalização são fundamentais para o sucesso da mediação online.

3.2 PONTOS SENSÍVEIS

- a. Tecnologias – da mesma forma que as tecnologias podem aproximar e fomentar a comunicação sem grandes esforços para obtê-las ou instalá-las em equipamentos eletrônicos, elas também podem ser limitantes, eis que para utilizá-las será necessário conhecimento mínimo para operá-las, ter acesso a internet, ter mínima qualidade de serviços, disponibilidade no local, dentre outros;
- b. Questões de identidade – se a mediação online não ocorrer 100% do tempo de forma síncrona, poderá ocorrer interferência na tomada de decisões

- das partes envolvidas no conflito. Quando as comunicações são assíncronas não se tem como saber com absoluta certeza se foi realmente a parte que se manifestou daquela maneira;
- c. Adequação das plataformas aos usuários – muitas plataformas podem apresentar idioma não compatível com o conhecimento dos atores do processo, desta forma, necessário tomar em conta essas questões para plena compressão por todos da tecnologia envolvida;
 - d. Assinatura eletrônica – para ter validade legal, as negociações ocorridas na mediação e, por ventura reduzidos a termo devem ter a preocupação com os protocolos de segurança não só dos meios tecnológicos utilizados, como da validade e veracidade eletrônica da assinatura postada no documento produzido, seja do local onde ocorrer a mediação ou, no caso de mediação internacional, do país onde o acordo será implementado. No Brasil já admitimos a validade da assinatura digital, todavia a atenção com as certificadoras e empresas que fornecem esse serviço devem ser preocupação latente da empresa gestora dos conflitos, do mediador, das partes, dos advogados, enfim de todos os atores da mediação online;
 - e. Incidentes tecnológicos – como mencionado no item “a”, diversos são os percalços que podem ocorrer em uma mediação online, em especial, na modalidade síncrona e que, podem prejudicar, interromper, causar desconfianças, desprestigiar, influenciar a saída pelas partes, enfim tumultuar o procedimento.
 - f. Mediador - mediadores, empresas de gestão de conflitos, órgãos públicos que realizem mediação online e que não estejam preparados, capacitados, informados e treinados em tecnologias da informação e comunicação seu uso e operacionalização podem desprestigiar, causar insegurança, desconfiança e gerar questionamentos legais sobre o procedimento.
 - g. Análise da Linguagem não-verbal – talvez esse seja um dos pontos mais controversos e questionados pelos mediadores, mediandos e conhecedores de mediação, no sentido de questionar que em ambiente digital umas das ferramentas importantes da mediação, qual seja, a análise da linguagem corporal dos mediandos, não pode ser observada a contento ou mesmo nem pode ser observada se a mediação online for de forma assíncrona. Essa é uma questão sensível e técnica da mediação que ainda não temos uma resposta efetiva ou definitiva, nem sabemos se a teremos em verdade. A mediação online não deve ser plenamente comparada ou apenas transportada do ambiente presencial tradicional para o online, cada qual tem suas semelhanças, mas suas diferenças e talvez o âmbito de utilização, o espectro conflituoso, o tipo de relação entre as partes, a origem do conflito, a complexidade e quantidade dos envolvidos, deva ser observado para a devida escolha de qual mediação ou sistemas de resolução de conflito usar, enaltecendo a adequação.

A natureza humana é de evolução constante, não estaremos amanhã iguais a hoje como estamos diferentes de ontem, só por esse fato deveria ser tranquila a adaptação a novas tecnologias e novas formas de se relacionar, de estudar, de trabalhar, de consumir, de resolver conflitos etc.

Contudo essa percepção de tranquilidade e adaptação é subjetiva e relativa e a evolução em determinados contextos e sociedades é mais fácil para uns e mais difícil para outros, seja em níveis globais, regionais internacionais, nacionais, regionais internos, estaduais, municipais, locais etc.

Nesse sentido toda mudança necessita de uma maturação temporal e adaptação humana para o rompimento de paradigmas tradicionais, por exemplo: a forma de como resolvemos nossos conflitos.

Principalmente em países orientados pelo *Civil Law* a tradicional utilização como forma de resolver conflitos do poder estatal foi e ainda é a “Porta” mais utilizada, delegando a o estado juiz a decisão do certo e errado.

A inclusão mais acentuada da ideia dos Tribunais Multiportas – no sentido idealizado por Frank Sander -, ou seja, quando temos várias opções a escolher e adequar nossos conflitos ao sistema de resolução mais adequado, permeou diversas sociedades em diferentes momentos e a adaptação a elas romperam paradigmas, na medida em que fomenta o protagonismo dos envolvidos na solução dos impasses.

Essa mudança consubstanciou-se na ampliação de opções de sistemas de resolução de conflitos para as pessoas que necessitam do auxílio, por exemplo, de um terceiro para fomentar a comunicação e negociação, caso da mediação.

Bem descreve Mariana Hernandez Crespo (ALMEIDA, 2012)

[...] O Tribunal Multiportas é uma instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro, tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes.

A ampliação de opções dentro e fora do Poder Judiciário tornou-se uma constante mudança de paradigma social, porquanto estamos impregnados em pensar que somente existe uma forma de solucionar conflitos e essa está atrelada ao Estado.

As legislações em vigência nos conduzem a agir e pensar de forma mais autônoma na escolha de um sistema para resolver nossos conflitos enaltecendo a utilidade, qualidade, pertinência, excelência, adequação e, no caso da mediação, profundidade no tratamento dos conflitos humanos.

É nítido que não há mais espaço para o modelo de justiça pensado apenas na decisão adjudicada, os conflitos humanos evoluíram, as sociedades evoluíram, as relações interpessoais evoluíram, a tecnologia evoluiu, a forma como nos comunicamos mudou e, os sistemas adequados de resolução de conflitos merecem completa e plena acolhida, mesmo porque visam e existem para beneficiar exatamente os usuários destes métodos.

Uma abordagem qualificada, técnica e adequada para cada situação conflituosa merece atenção, todos os sistemas têm sua real e importante função e, se adequarão para tanto. Os sistemas de solução de conflitos sejam presenciais, online ou híbridos devem agir de forma sinérgica com fito de ampliar o acesso à ordem jurídica justa no Brasil.

O que fica para nossa reflexão e com o ideal de permear o pensamento sobre a temática é que cada situação conflituosa pode ser abordada de uma determinada forma e por um sistema mais adequado sem excluir os outros, seja na seara privada ou judicial. Os serviços de qualidade, com segurança, confiabilidade, confidencialidade e funcionais devem ser disponibilizados aos usuários.

A mediação online e outros sistemas de resolução de conflitos por meios digitais são opções independentes de seus congêneres presenciais, são mais opções de resolução de conflitos, ampliam o acesso à justiça. As tecnologias disponíveis para resolução de conflitos são novos paradigmas a serem transpostos, como foi e ainda é sobre os sistemas presenciais de resolução de conflitos, contudo, a evolução é constante e nos toca a todo momento.

As tecnologias vieram para somar e ampliar o rol de possibilidades de acesso à ordem jurídica justa ou de uma solução adequada para os conflitos, contudo a informação ampla e irrestrita aliada a normas éticas, estândares, marcos, boas práticas, segurança das informações, conhecimento, compartilhamento, treinamento e viabilidade técnica devem sempre ser observados pelos usuários, bem com todos os atores envolvidos com a gestão dos sistemas de resolução de conflitos em que esfera for.

Percalços surgirão e, já existem na verdade, mas a forma de como lidaremos com eles definirá a velocidade do sucesso inevitável dos sistemas online de resolução de conflitos, e por via de consequência sua ampliação como mais uma forma de acesso a ordem jurídica justa.

4 TECNOLOGIAS FACILITADORAS

Inicialmente ressaltamos que o dinamismo tecnológico está em escala tão acelerada que falar sobre os meios utilizados para a consecução das mediações online pode, nesse exato momento, ser premiada com nova plataforma de mediação, novo aplicativo, nova empresa ou câmara, novo *web site*, enfim, uma nova ferramenta de resolução de conflitos com uso de recursos das Tecnologias da Informação e Comunicação.

Faremos um percurso pelas mais conhecidas plataformas tecnológicas que estão em pleno funcionamento e detém reconhecimento doutrinário, levando em

conta os aspectos síncronos, assíncronos e híbridos, eis que vem se percebendo uma boa relação cooperativa entre todas essas características da mediação online.

Em março de 2016, logo após a entrada em vigor no Código de Processo Civil e da Lei de Mediação o Conselho Nacional de Justiça, em plena e dinâmica atualização promulgou a Emenda 2 da Resolução nº 125 que na linha das noveis diplomas legais mencionados determina a criação de Sistemas de Mediação e Conciliação Digitais, a saber:

Art.6º...

X - criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação;(Emenda 2 de 8 de março de 2016. Altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010.)

Na vanguarda o CNJ acompanhando a previsão legal da Lei Especial em seu art. 46 - A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.- já determinada o acolhimento dos usuários do Poder Judiciário por meios que eles chamaram de digitais, tanto na conciliação como na mediação. A consecução dessas diretrizes, todavia, era complexa e demandava aos Tribunais estudos, verificação orçamentária, viabilidade tecnológica, aspectos centrais e regionais, mitigação de assimetrias, dentre tantas outras particularidades.

De igual forma o diploma processual civil de 2015 em seus artigos 236, § 3º e 334, § 7º), já tinham o permissivo de audiências por videoconferência (sistema síncrono), contudo, como nos procedimentos de mediação a necessidade se mostrou mais forte que a permissividade legislativa, em especial com a indesejada chegada em 2019/2020 da Pandemia Global da COVID-19. Como se depreende

Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

Com a Pandemia o desuso e as resistências em face dos meios digitais tiveram que ser superadas, o isolamento social que se impôs à população mundial não congelou as questões conflituosas, ao revés, conflitos são inerentes ao ser humano e eles continuaram a existir, vide a litigiosidade gigantesca que vivenciamos no Brasil, além de novas demandas surgiram orbitando as questões relacionais pandêmicas.

De uma hora para outra a via de acesso a resolução de conflitos, seja utilizando o aporte público seja por entes privados passou a ser eminentemente por tecnologias da informação e comunicação, em síntese, por plataformas que de forma síncrona, assíncrona, híbrida, com algoritmos preditos, ou correlatos foram disponibilizados aos usuários.

Diversos serviços tecnológicos foram utilizados e ainda são com pleno êxito para a conexão entre os atores dos conflitos, as ferramentas digitais sejam de que ordem for também precisaram se adaptar para oferecer maior facilidade, melhor custo-benefício, melhor intuitividade com o usuário, mais recursos audiovisuais, maior segurança, melhor banda, mais leve para utilizar em aparelhos de porte dos usuários (telefones e smartphones), enfim uma gama de qualidades para ser atrativa e funcional.

Importante estudo da Fundação Getúlio Vargas publicado na CNN Brasil mostra que em 2022 havia 242 milhões de celulares inteligentes em funcionamento no país, se adicionarmos notebooks e tablets esses números sobem para 342 milhões de aparelhos eletrônicos (CNN Brasil, 2022), tais números mostram as possibilidades e a tendência da nossa sociedade ser cada vez mais conectada e utilizar esses meios para resolver conflitos é uma possibilidade que já está.

5 RESOLUÇÃO 326 E 358 DE 2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – MEDIAÇÃO DIGITAL

Seguindo por esse caminho e atualizando suas linhas vividas, bem como dialogando não só com outras fontes legais, mas com as necessidades dos usuários o CNJ em 2020 editou a Resolução nº 358 que regulamentou e orientou os Tribunais para a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação chamado de SIREC (Sistema Informatizado para a Resolução de Conflitos por meio da Conciliação e Mediação), bem como editou a Resolução nº 345 que cria o “Juízo 100% digital” possibilitando a utilização de videoconferência para realização de audiências judiciais. Como previsto no Art. 5º - As audiências e sessões no “Juízo 100% Digital” ocorrerão exclusivamente por videoconferência.

Na mesma linha as empresas ou câmaras privadas de resolução de conflitos, com exceção de inúmeras que já detinham sistemas híbridos ou digitais de comunicação com seus clientes, foram na mesma direção para contemplar a melhor qualidade de serviços aos seus clientes, pois como dito, os conflitos não ficaram esperando para eclodirem.

Em verdade um dos pontos fulcrais de toda essa corrida em busca da tecnologia é o real atendimento aos usuários finais, de nada adianta ser a melhor plataforma regada de “pirotecnias” se não atender adequadamente os atores que dela irão fazer uso.

Como meios para resolução de conflitos sejam eles síncronos, assíncronos ou híbridos, podemos mencionar, sem pretensão de esgotar, mesmo porque daqui a minutos podem surgir outros, podemos contextualizar os de maior uso atualmente:

1. e-mail (assíncrono);
2. chat (assíncrono – muito utilizado em negociações diretas);
3. sms, WhatsApp, Telegram ou similares (assíncrono);
4. ligações telefônicas com seres humanos ou IA (inteligência artificial – híbrido);
5. videoconferências (síncronos – Zoom, Google Meeting, Webex, Teams, etc).

Cada plataforma, sistema, meio, tem suas particularidades e peculiaridades não sendo uma melhor que a outra, na verdade a pergunta é: - Para quem se destina? Não podemos olvidar que as Tecnologias da mesma forma que podem abrir “mundos” e conectar distâncias inimagináveis e com rapidez, podem criar óbices, pois por mais avançado que seja o meio utilizado quem utiliza são seres humanos, pessoas.

A percepção que as tecnologias ampliaram sobremaneira, através da mediação online, o acesso a ordem jurídica justa parece clara e evidente, arriscando a dizer que o sistema Multiportas de acesso as soluções de conflitos receberam mais uma porta, a porta tecnológica da mediação. Contudo o cuidado com os usuários dos sistemas por meio de tecnologias deve ser de igual importância viabilizando todas as formas de acesso e facilitação para o alcance do usuário, na mais ampla e irrestrita postura de acolhimento a cidadania, como idealizado desde o primeiro momento por Kazuo Watanabe.

Comenta Valeria Ferioli Lagrasta (2022)

E não há dúvida que o uso da tecnologia facilita o acesso ao Poder Judiciário, diminuindo custos e distâncias. Entretanto, é necessário que haja adequada regulamentação das sessões virtuais, a fim de permitir a compreensão e o uso do recurso tecnológico, inclusive pelo hipossuficiente, sob pena de repre-

sentar obstáculo ao acesso à justiça, com “j” minúsculo, como costuma dizer o Professor Kazuo Watanabe, ao se referir ao “acesso à ordem jurídica justa”, pois devemos permitir não só que o cidadão ingresse no Judiciário, tendo plenas condições de acessar as plataformas de videoconferência ou outro recurso tecnológico disponibilizado pelos tribunais, mas também que, nada obstante as sessões se realizem virtualmente, sejam observados os princípios éticos e regras de conduta que regem a conciliação e a mediação, a fim de que a solução para o conflito seja célere, justa e efetiva.

Certo que as tecnologias permeiam nossas vidas, certo também que seu uso deve ser adequado e regulado, deste modo para que a mediação online atinja todas suas potencialidade e virtudes premiando o usuário e todos os atores envolvidos na situação conflituosa, de forma a facilitar o acesso a uma ordem jurídica justa, deve-se evoluir sempre com o foco nas pessoas, nos seres humanos com fito de ampliar de forma qualificada as formas de resolução de conflitos no Brasil, vivificando a Política Pública de tratamento adequado de conflitos para não só elevar a utilização da mediação e conciliação e eventuais acordos, mas um de seus objetivos, a qualidade dos serviços prestados aos usuários do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O efetivo acesso à ordem jurídica justa, acesso a forma sustentável de acesso à justiça, conquanto com várias “portas”, através do Poder Público, ou através de meios privados, ainda precisam de esforços de todos para atingir seus fins de maior inserção social do condão da pacificação aliado a uma percepção geral de credibilidade, profissionalismo, eficiência, qualidade, colaboração e autonomia de todos os atores envolvidos na resolução de conflitos, que porventura possam ser amplificados sobremaneira através das evoluções tecnológicas diárias, que alteram o mapa mental dos seres humanos a cada geração.

Ao longo de doze anos de Política Pública de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário muitos fatos e transformações ocorreram, seja pela forma como os seres humanos se adaptam constantemente com as novas nuances tecnológicas, seja como a evolução e características conflituosas permeiam nossas vidas, seja como lidamos com as questões que nos afligem, seja como tomamos decisões, com mais ou menos embasamento, enfim não somos como ontem, e possivelmente não temos certeza de como seremos amanhã.

No ano de 2016, acompanhando a lei de Mediação e o Código de Processo Civil ambos editados em 2015, que já previam em suas linhas a possibilidade

de mediação online, a Resolução nº 125 evolui novamente possibilitando e orientando os Tribunais a construir soluções tecnológicas para efetivar a mediação e conciliação por meios digitais. Sistemas e ações que em diversos locais ficaram “adormecidos” até a necessidade urgente causada pela Pandemia Global da COVID-19.

No ano de 2020 as tecnologias da informação e da comunicação foram aplicadas e operacionalizadas para que a vida do ser humano pudesse, de alguma forma, continuar existindo, profissional, familiar, emocional, comercialmente etc., e as formas de abordar e solucionar conflitos.

O acesso a ordem jurídica justa assume novos contornos, uma nova opção ou novas opções de resoluções de conflitos: mediação com uso das tecnologias. Várias formas: síncronas, assíncronas, híbridas, conjugadas etc., estão a ser utilizadas nesse exato momento, desafios e preocupações de diversas montas rondaram e rondam a mediação online, ainda mais com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em 2020.

A evolução é consequência da utilização, as preocupações são bem-vindas e alertam para a eficiência e o profissionalismo, as adaptações e o mapa mental dos usuários serão formados paulatinamente, uns mais rápidos outros mais morosos, as características conceituais da mediação irão se acomodar e adequar as tecnologias, contudo inegável o fato das possibilidades de potencialização, aproximação, conexão, facilitação, inclusão, economicidade, logística, que as tecnologias trazem para a mediação.

Neste caminho a Resolução nº 125 constantemente se adapta, criando parâmetros e sistemas digitalizados para não só permitir como incentivar a utilização das tecnologias para questões processuais e, em especial, para a mediação e a conciliação.

A mediação online em uma sociedade, resguardadas as questões regionalizadas, observando com acuidade eventuais obstáculos pontuais de acesso, a segurança dos dados, as peculiaridades culturais, as possibilidades econômicas, cada vez mais conectada e permeada por tecnologias, possibilidades reais e firmes de ampliar o acesso a ordem jurídica justa potencializando sobremaneira a efetividade na pacificação social, na estreita linha dos conceitos promulgados em 2010.

REFERÊNCIAS

- ARBIX, D. do A. **Resolução online de controvérsias**. São Paulo: Editora Intelecto, 2017.
- BUSH, R. A. B.; FOLGER, J. P. *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Tradução de Aníbal Leal. Barcelona: Granica, 1996.

- CAHALI, F. **Curso de Arbitragem. Mediação, Conciliação e Resolução CNJ 125/2010**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CALCATERRA, R.A. *Mediación Estratégica*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2012.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, Fabris Editor, 2002.
- CNN BUSINESS. **Brasil tem mais smartphones que habitantes, aponta FGV**. Site: <https://www.cnnbrasil.com.br>, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/brasil-tem-mais-smartphones-que-habitantes-aponta-fgv/#:~:text=S%C3%A3o%20242%20milh%C3%B5es%20de%20celulares,a%201%2C6%20por%20pessoa>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- CONFORTI, F. *Pequeño Manual de Mediación Electrónica*. 2. ed. Alicante: Acuerdo Justo Editorial, 2014.
- ECKSCHMIDT, T.; Magalhães, M. E. S.; Muhr, D. **MESC – Meios Eletrônicos para Solucionar Conflitos** – São Paulo: Moderattus, 2016.
- ELISAVETSKY, Alberto. *La Mediación a luz de las Nuevas Tecnologías*. 1.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2019.
- FOLGER, J.; JONES, T. *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*. Buenos Aires–Argentina: Paidós, 1997.
- Fux, L. (coord.). **Tecnologia e justiça multiportas [recurso eletrônico]** - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.
- GRINOVER, A.P.; WATANABE, K.; LAGRASTA NETO, C.(Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- LAGRASTA, V. F. **Inovações Tecnológicas nos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos** - São Paulo: Expressa, 2022.
- PELUSO, C., RICHA, M., GRINOVER, A., WATANABE, K., **Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional**. CNJ. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- SCHELLING, T. *The strategy of conflict*. Boston, Harvard University Press, 2001.
- SUSSKIND, I., CRUIKSHANK, J., *Breaking the Impasse*. EUA: Basic Books Inc., 1987.
- SUSSKIND, R. *Tribunales online y la Justicia del futuro*. Espanã: Wolters Kluwer España, S.A., 2020.
- TRAVAIN, L. A. L. **Resolução de Disputas On-Line: Um projeto de futuro**. 2.ed. São Paulo. Amazon, 2021.

REFLEXÕES SOBRE A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Cibele Fernandes Dias¹¹⁷, Alexandre Jarschel de Oliveira¹¹⁸,
Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha¹¹⁹

INTRODUÇÃO

No significado atual da expressão, a justiça constitucional configura um tipo particular de mecanismo de defesa da Constituição, reservado à resolução judicial, segundo normas constitucionais positivas, das mais altas controvérsias políticas, que podem ser sobre atos jurídicos, relações de direito constitucional ou comportamentos que implicam uma ameaça à Constituição. Entre nós, também é certo que o núcleo da justiça constitucional representa, hoje, a garantia frente às leis inconstitucionais, ou seja, frente ao poder exercido, de forma legislativa, pelas maiorias políticas.¹²⁰

Presente há mais de cem anos no direito brasileiro, a justiça constitucional atinge o ápice com a ordem jurídica decorrente da Constituição de 1988¹²¹. Com contorno dinâmico, é natural que sofra, em seu desenvolvimento

¹¹⁷ Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Constitucional na Fundação de Estudos Sociais do Paraná, na Escola da Magistratura Federal do Paraná e na Pós-Graduação de Processo Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. Assessora Especial do Gabinete do Prefeito de Curitiba. E-mail: cibeledias@curitiba.pr.gov.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4682571293331516>.

¹¹⁸ Mestre em Governança e Sustentabilidade pela ISAE-FGV. Advogado. Secretário Municipal de Administração, Gestão de Pessoal e Tecnologia da Informação. E-mail: ajarschel@curitiba.pr.gov.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1506115990513884>.

¹¹⁹ Juíza de Direito de entrância final do Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora Universitária. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2630601067196508>.

¹²⁰ O conceito foi tomado de empréstimo de Gustavo Zagrebelsky (2014, p. 272), porque plenamente adequado para nossa realidade.

¹²¹ Criação da República velha, a justiça constitucional foi pela primeira vez prevista no Decreto n.º 848, de 1890, que atribuiu a todos os juízes e tribunais o poder para declarar a inconstitucionalidade da lei no caso concreto. Já tivemos oportunidade de comentar, em outra sede, sobre os significativos aperfeiçoamentos do instituto na vigência da Constituição de 1988: “A Constituição de 1988, na sua redação originária e com emendas posteriores, fortaleceu significativamente a jurisdição constitucional abstrata ao (i) ampliar o rol de legitimados da antiga representação de inconstitucionalidade, que se transformou na ação direta de inconstitucionalidade - ADI; (ii) criar duas novas ações - a ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADIO e a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, a que se somou a ação declaratória de constitucionalidade por meio da Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, posteriormente com legitimidade ativa idêntica à ADI; (iii) instituir o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, bem como a súmula vinculante, por meio

histórico-concreto, movimentos de mudança, ajuste e continuidade. Em sua versão nacional, tem ficado, por hora, reservado ao devir, a possibilidade de sua contração¹²².

O presente artigo buscará trazer singela reflexão sobre uma das modalidades de decisão intermediária ou intermédia¹²³ na seara do controle judicial de constitucionalidade – as assim chamadas decisões limitativas¹²⁴. Ao operar a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, esse tipo de decisão atenua o valor negativo ou desvalor do ato inconstitucional (MORAIS, 2006. p. 187), bem como os efeitos destrutivos da pronúncia de sua nulidade (ZAGREBELSKY, 1989, p. 197).

1 DOGMA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

A competência dos juízes constitucionais para modular, graduar ou limitar a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade não encontra positivamente expressa na Constituição Federal de 1988. Pelo contrário, é reconhecido, na doutrina e na jurisprudência, o princípio constitucional implícito da nulidade da lei inconstitucional (CLÈVE, 2000, p. 255), consagrado como “dogma da

da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004. O arsenal legislativo da jurisdição constitucional abstrata, composto pela tríade da Lei Federal n.º 9.868, de 1999 (rito da ADI, da ADIO e da ADC), da Lei Federal n.º 9.882, de 1999 (rito da ADPF) e da Lei Federal n.º 11.417, de 2006, foi também fortalecido com a publicação do Novo Código de Processo Civil – a Lei Federal n.º 13.105, de 2015, que previu o sistema de precedentes e a vinculação direta dos Tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e aos enunciados de súmula vinculante”. – (DIAS; OLIVEIRA *apud* CUNHA (coord), 2022. p. 59 – 60).

¹²² “A possibilidade combate tanto o dogma como a realidade, dado que, para ser possibilidade e não se contradizer, nunca pode desembocar na aceitação passiva das últimas consequências, como exige a necessidade”. – (ZAGREBELSKY, 2004, p. 111). Diversamente parece ser o cenário alemão, como constatado por Vitalino CANAS, onde remanescem vozes críticas do alegado excesso de protagonismo do juiz constitucional: “[...] mas também na Alemanha, onde a reverência em relação ao papel fulcral do BVerfG na construção de uma ordem constitucional *perfeita* parece ser ultimamente menos incondicional do que há algumas décadas. De alguma forma, assiste-se ao reavivamento das críticas, inicialmente minoritárias, ao ‘Estado de juízes’, propagadas por Forsthoﬀ e continuadas por Böckenförde e outros. Por isso, reaviva-se a voz daqueles que, em vez da desconstrução da Constituição, reivindicam (ou anunciam) a desconstrução da jurisprudência e da dogmática dos direitos fundamentais, a reabertura do debate da ponderação’bem como da posição dominante do Tribunal Constitucional alemão”. – (CANAS, 2019, p. 23 – 24).

¹²³ São intermediárias, intermédias ou atípicas as decisões, no âmbito da justiça constitucional, que escapam da contraposição fundamental (aplicabilidade da lei constitucional/inaplicabilidade da lei inconstitucional no controle difuso/concreto ou inconstitucionalidade do ato com redução de texto ou constitucionalidade do ato no controle concentrado/abstrato). Sobre o desenvolvimento deste conceito, consultar: DIAS, Cibele Fernandes. Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

¹²⁴ A classificação é de Jorge Miranda que, ao tratar do tema, leciona que as sentenças intermédias correspondem a três modalidades: decisões interpretativas, limitativas e aditivas ou modificativas. (MIRANDA, 2005, p. 64 – 65).

nulidade da lei inconstitucional”¹²⁵, na esteira da tradição da doutrina americana segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*”¹²⁶.

Embora a técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade já fosse modestamente utilizada antes da atual Lei Fundamental¹²⁷, sua incorporação formal ocorreu somente com o advento da Lei n.º 9.868/99. O artigo 27 deste diploma legal autorizou que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade por ação ou por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou estabeleça que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros. Igual mecanismo foi previsto para a arguição de descumprimento de preceito fundamental no artigo 11, da Lei n.º 9.882/99, bem como no artigo 4º da Lei n.º 11.417/06 para aprovação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante.

A constitucionalidade da inovação legislativa – que admite decisão alternativa à nulidade da lei inconstitucional e a graduação do seu desvalor – ainda que largamente praticada pelo Supremo Tribunal Federal, encontra-se até hoje pendente de resolução, isto é, está *sub judice*. Inexiste julgamento da ADI 2258, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que pede a declaração de inconstitucionalidade do artigo 27, da Lei n.º 9.868/99 ou da ADI 2231, proposta pelo mesmo Conselho, que propugna pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 11, da Lei n.º 9.882/99¹²⁸.

¹²⁵ O termo “dogma da nulidade da lei inconstitucional” consta de vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Cite-se, por exemplo, o Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 659.424/ RS. Relator: Ministro Nunes Marques, 18 de dezembro de 2021.

¹²⁶ O termo “dogma da nulidade da lei inconstitucional” consta da abalizada doutrina de Mendes, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos. – (CLÈVE; BARROSO (coord), 2011, p. 612 – 613).

¹²⁷ Cite-se, como exemplo, o caso julgado no Recurso Extraordinário 78.594 São Paulo julgado em 7 de junho de 1974, onde restou assentado: “Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão de declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido”. – (STF, 1974).

¹²⁸ “Em seguida, relativamente ao artigo 27, o julgamento foi suspenso por falta de quórum, antes das ausências ocasionais da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e Carlos Britto. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau”. Supremo Tribunal Federal. ADI 2258 Distrito Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Liminar). Relator: Ministro Menezes Direito. Plenário. Julgamento: 14.02.07. Publicação: pendente. A ação entrou no STF no dia 27 de julho de 2000 e aguarda-se julgamento tanto do resultado da liminar quanto do julgamento final. Os autos da ADI 2258 foram apensados aos da ADI 2154, em virtude de coincidência parcial do objeto. Em relação à ADI 2231, na decisão liminar o Tribunal não suspendeu a vigência do artigo 11, da Lei Federal n.º 9.882/99, que é um dos dispositivos impugnados do diploma legal. ADI 2231 Distrito Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Liminar). Relator: Ministro Néri da Silveira. Plenário. Julgamento: 28.04.04. Publicação: pendente. A ação entrou no STF no dia 27 de junho de 2000, aguardando-se, ainda, o resultado. Ambos os casos demonstram que o tema está *sub judice* há 22 (vinte e dois) anos.

Neste cenário, o legislador arriscou-se: ante o silêncio da Constituição, tomou partido na polêmica existente e se posicionou *a favor* do poder judicial para limitação da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional. Perante algo que contradiz a Constituição, o ordenamento jurídico estipulou efeitos que atenuam a depreciação das consequências jurídicas negativas da inconstitucionalidade.

2 INCONSTITUCIONALIDADE ÚTIL E ESTÍMULO À EDIÇÃO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS

Como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade busca “harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação – considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade –, de outros preceitos constitucionais, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva”¹²⁹¹³⁰. Assim, como asseverou o Ministro Luiz

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5709/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber, 24 de agosto de 2020.

¹³⁰ Nesse sentido, ainda que em voto vencido, reconheceu a omissão em acórdão da própria Corte em relação ao exame da necessidade de modulação temporal de seus efeitos. Pontuou o Ministro Luiz Fux em relação à necessidade de modulação da declaração de inconstitucionalidade diante de situações já consolidadas, para proteção da segurança jurídica, no tocante à necessidade de devolução de verbas remuneratórias recebidas em virtude de dispositivo que depois é declarado inconstitucional: “Em termos práticos, diante de situações já consolidadas, o acórdão embargado não dispôs sobre o dever de ressarcimento referente aos valores recebidos até a data do julgamento. Consigno que o direito adquirido não configura justificação para a manutenção do pagamento das referidas revisões remuneratórias, porquanto não há direito adquirido a regime jurídico, ainda mais quando baseado em previsão inconstitucional. Nada obstante, o direito adquirido à percepção de remuneração distingue-se do direito à preservação patrimonial de montante já percebido, do que se extrai a relevância da correção da omissão do acórdão embargado. Ponto que a previsão das revisões em lei demonstra a boa-fé dos beneficiados, os quais perceberam os acréscimos remuneratórios por significativo lapso temporal. Assim, uma vez incorporada ao patrimônio do destinatário, a remuneração em questão faz jus a um tratamento mais cauteloso e protetivo, porquanto em jogo não só o princípio da segurança jurídica, como também o princípio constitucional da proteção à propriedade, estando ambos correlacionadas estreitamente. É que o pleno exercício do direito fundamental à propriedade depende exatamente da estabilidade garantida pelo ordenamento jurídico à preservação do patrimônio. [...] O entendimento é perfeitamente aplicável ao presente julgamento, em que a proteção à segurança jurídica se torna ainda mais sensível em razão de se tratar de verba alimentar. O princípio da segurança jurídica inviabiliza a exigência de ressarcimento da remuneração já recebida pelos beneficiados, mercê de a restrição de tamanha proporção aos alimentos já recebidos cercear o direito ao mínimo existencial, afetando de maneira desarrazoada a intangibilidade do patrimônio dos agentes políticos do Poder Executivo municipal. [...] Não encontra fundamento, pois, o dever de ressarcimento dos valores recebidos pelos beneficiados, a título de revisões de subsídios.” – (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 123.691-6/ SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão: Ministro Edson Fachin, 8 de junho de 2020). Ao declarar a não-recepção de lei estadual anterior à Constituição de 1988 que atribuía pensão especial a dependentes de ex-governadores, ex-magistrados e ex-deputados estaduais, o STF modulou os efeitos da decisão “para afastar o dever de devolução das parcelas já pagas até a publicação da ata de julgamento, com cessação da continuidade dos pagamentos a partir do mesmo marco temporal, independentemente da data da concessão das vantagens, se antes ou depois da promulgação da Constituição Federal”. – (BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 793/PB. Relator: Ministra Rosa Weber, 4 de novembro de 2021).

Fux, mais precisamente, “cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com outros valores, que devem balizar a referida modulação. Esta Corte, como guardiã da Constituição, ostenta, inclusive, certa discricionariedade na ponderação e aplicação de valores e princípios nela abrigados, de modo a tornar efetivo o princípio da supremacia constitucional”¹³¹. Afinal, “a não tomada desse pronunciamento jurisdicional ao atribuir eficácia retroativa ou plena à decisão implicaria danos irreversíveis a tais valores constitucionais”¹³².

A limitação mais expressiva da incidência do princípio da nulidade da lei inconstitucional ocorre com a adoção da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, que importará a ausência ou omissão de qualquer reação negativa do ordenamento jurídico como resposta ao desrespeito pela Constituição. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, reconheceu a inconstitucionalidade da pena disciplinar de demissão a bem do serviço público como sanção perpétua e comunicou o Legislador para eventualmente deliberar sobre a fixação de prazo de retorno ao serviço público¹³³ e declarou a inconstitucionalidade da lei estadual que criou município putativo, mas não pronunciou a sua nulidade pelo prazo de vinte e quatro meses.¹³⁴

Tradicionalmente, como destaca o Ministro Luiz Fux, “é corrente a linha de entendimento no sentido de que o divisor das situações jurídicas deve ser a publicação do acórdão definitivo prolatado pela Suprema Corte, já integrado por eventuais Embargos de Declaração”. E “a alteração desse posicionamento exige a apresentação de eventos que demonstrem a necessidade da mudança, a partir de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade”¹³⁵.

Limitação relevante à incidência daquele princípio também se dá quando se declara a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* de leis de efeitos con-

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 3 de outubro de 2019.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2682/AP. Relatora: Ministra Rosa Weber, 20 de setembro de 2019.

¹³³ “Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/1990. 3. Direito Administrativo Disciplinar. Sanção perpétua. Impossibilidade de retorno ao serviço público. 4. Inconstitucionalidade material. Afrenta ao artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição da República. Norma impugnada que, ao impedir o retorno ao serviço público, impõe sanção de caráter perpétuo. 5. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da norma questionada, sem pronúncia de nulidade. 6. Comunicação ao Congresso Nacional, para que eventualmente delibere sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público a ser aplicável nas hipóteses do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da Lei 8.112/1990”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2975/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 7 de dezembro de 2020.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240-7/BA. Relator: Ministro Eros Grau, 9 de maio de 2007.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3111/ RJ. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 22 de maio de 2020.

cretos. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei estadual, que realizou a unificação de duas carreiras de agentes públicos e equiparou a de nível médio a outra de nível superior, realizando provimento derivado com violação frontal à regra do concurso público prevista no artigo 37, inciso II, da Constituição. Todavia, admitiu que, em virtude de a lei estar em vigor há mais de 18 (dezoito anos) com presunção formal de constitucionalidade, “a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade promoveria ônus excessivo e indesejável aos servidores admitidos em concurso público com fundamento nas normas impugnadas, bem como aqueles que se aposentaram com base no diploma em vigor”¹³⁶. Igual solução foi adotada em relação à lei distrital, em vigor por quase 30 (trinta) anos, que operou transposição de empregados de sociedade de economia mista para cargo em fundação pública¹³⁷ e à lei estadual, em vigor por mais de 20 (vinte) anos, que autorizou a concessão de todos os direitos e deveres dos servidores estatutários aos membros de quadros especiais não aprovados em concurso público¹³⁸.

Ao declarar a inconstitucionalidade de Resolução do Tribunal de Justiça que desanexava serventias extrajudiciais, em frontal descumprimento à exigência de lei formal, conferiu eficácia *ex nunc* à decisão para produzir efeitos a partir de doze meses contados da data de publicação da ata de julgamento da ação. A eficácia temporal foi determinada conforme o voto da Ministra Relatora Cármem Lúcia:

Tendo produzido efeitos no período de sua vigência – a despeito de sua evidente inconstitucionalidade –, o princípio da segurança jurídica recomenda sejam preservados os atos praticados sob a égide da Resolução n. 14/2008 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Também é mister seja concedido prazo razoável para eventual edição de lei que discipline a matéria, incluídos os efeitos da vigência do ato normativo inconstitucional, disciplinando-se, nos termos constitucionalmente postos, a matéria relativa às serventias extrajudiciais naquele Estado. Assim, com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, proponho a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo o prazo de doze

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3199/MT. Relator: Ministro Roberto Barroso, 20 de abril de 2020.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3456/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso, 23 de setembro de 2019.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4143/MS. Relator: Ministro Roberto Barroso, 23 de setembro de 2019.

meses a contar da data de publicação da ata de julgamento para ser regularizada por lei, se for a decisão política estadual, a situação das serventias ou voltar-se, então, ao estado anterior.¹³⁹

De outro lado, ao declarar a inconstitucionalidade com modulação para o futuro, com fundamento no artigo 27, da Lei n.º 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de norma da Constituição Estadual que criou benefício a servidores estaduais, mas determinou a manutenção do seu pagamento até que lei estadual viesse a dispor sobre a matéria.¹⁴⁰

A preservação de atos administrativos e decisões judiciais, que fundamentaram a desanexação inconstitucional de serventias extrajudiciais ou o pagamento de benefício inconstitucional a servidores, recebeu severas críticas do Ministro Marco Aurélio, que reconheceu no caso uma hipótese de “inconstitucionalidade útil”:

Eis a denominada inconstitucionalidade útil. Proclamado o conflito com a Constituição Federal, mitiga-se esta, sob o ângulo da higidez, como se não estivesse em vigor até então, e assenta-se, como termo inicial do surgimento da constatação, a data do julgamento. Norma inconstitucional é natimorta. Formalizado o acórdão, é inadequada elucidação de conflito de interesses de caráter subjetivo. Não se está a julgar situação concreta. Tem-se o viés estimulante, consideradas as casas legislativas, no que incentivada a edição de norma à margem da Lei Maior, a fim de subsistirem, com a passagem do tempo, as situações constituídas – que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram –, as quais, posteriormente, serão endossadas, embora no campo indireto, ante modulação. Divirjo parcialmente do Relator, quanto à projeção da eficácia do pronunciamento referente à incompatibilidade com a Carta da República.¹⁴¹

Em caso que não envolvia concessão de situação jurídica ou benefício inconstitucional a servidores públicos, mas cláusula de cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabeleceu valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5681/ES. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 23 de novembro de 2020.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4782/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 24 de fevereiro de 2021.

¹⁴¹ Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5681/ES e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 4782/RJ.

contribuição, refutou-se o cabimento da modulação dos efeitos do julgamento diante da inexistência de alteração de jurisprudência dominante.¹⁴²

Em comentário à Lei n.º 9.882/99, o Ministro Gilmar Mendes constatou, a partir de dois julgados da Corte anteriores ao diploma legal que reconheceram as insuficiências existentes no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade, que “tais decisões demonstram que a criação de nova técnica de decisão decorre do próprio sistema constitucional, especialmente do complexo processo de controle de constitucionalidade das leis adotado entre nós”¹⁴³. Admitida pela Corte também no controle difuso, a técnica da modulação temporal da declaração incidental de inconstitucionalidade constitui veículo que possibilita a apropriação pelos juízes constitucionais de relevantes poderes de decisão¹⁴⁴. Cumpre não olvidar, como destacou o Ministro Luiz Fux, que a modulação foi também reconhecida pelo Legislador “mais recentemente, para

¹⁴² BRASIL. Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 639.138/RS. Relator: Ministro Edson Fachin, 27 de abril de 2021.

¹⁴³ São dos seguintes julgados: o RE 147.776 (Recurso Extraordinário), em que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, cuja decisão foi publicada em 19.06.98 e do HC 70.514 (Habeas Corpus), julgado em 23.03.94. – (MENDES, 2007, p. 212 – 213). Complementa o Ministro Gilmar Mendes que “coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, o art. 11 da Lei n. 9.882/99 permite que o próprio STF, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade (ou de ilegitimidade) da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro. Assim, o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto*, se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”. – (MENDES, 2007, p. 213).

¹⁴⁴ O Ministro Luiz Fux destacou, ao votar em recurso extraordinário, sobre a aplicabilidade do poder de modulação no controle concreto e incidental: “A técnica da modulação temporal dos efeitos de decisão judicial reserva-se, ordinariamente, ao controle concentrado de constitucionalidade, haja vista que decorre de previsão expressa no artigo 27 da Lei 9.868/1999, a qual dispõe acerca do processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, e no artigo 11 da Lei 9.882/1999, que trata das arguições de descumprimento de preceito fundamental. Nada obstante, em situações extremas, caracterizadas inequivocamente pelo risco à segurança jurídica ou ao interesse social, esta Corte vem admitindo sua aplicação nas declarações de inconstitucionalidade ocorridas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, nos últimos anos, a jurisprudência desta Corte passou a dar contornos de objetivação aos efeitos de recursos extraordinários, de modo que passaram a incidir as disposições correlatas ao controle concentrado (cf., e.g., AR 2.340, decisão monocrática, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 28/9/2016). Não há óbice, portanto, à modulação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade quando suscitado de forma incidental, no âmbito do controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal (Precedentes: RE 197.917, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 7/5/2004; HC 82.959, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1º/9/2006; RE 266.994, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 21/5/2004; RE 556.664, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 14/11/2008). De fato, as normas contidas nos artigos 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9.882/1999, menos que instrumentos procedimentais do controle abstrato, converteram-se em diretrizes interpretativas gerais, cuja incidência se amplia aos recursos extraordinários.” – (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, 3 de outubro de 2019). Há vários julgados do Supremo Tribunal Federal que reconhecem o poder de todos os juízes e tribunais realizarem a modulação temporal da declaração incidental de inconstitucionalidade, aplicando-se, por analogia, o artigo 27, da Lei Federal n.º 9.868/99. Nesse sentido, podem ser consultadas como exemplos as seguintes decisões: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 516.296-6 AgR Rio de Janeiro (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário). Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma.

os casos de controle difuso, mas julgados em regime de repercussão geral (art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil)¹⁴⁵.

CONCLUSÃO

A modulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade transformou-se, na atualidade, em uma “verdade evidente por si mesma”¹⁴⁶. Como uma conquista da cultura constitucional, resultou de uma evolução espontânea das técnicas de decisão da justiça constitucional, típica de nossa época constitucional de “controle de constitucionalidade amplo”¹⁴⁷. Trata-se, como acentuou o Ministro Luiz Fux, de mecanismo que “precisa existir e ser utilizado sempre que o abalo à legítima confiança aconteça”¹⁴⁸.

Todavia, ao atribuir valor positivo a leis inconstitucionais¹⁴⁹ e garantir a permanência de atos e situações jurídicas inconstitucionais, o exercício do poder judicial de modulação traz consigo o perigo de proporcionar a veiculação de “mutações manifestamente inconstitucionais”¹⁵⁰, ou seja, de convalidar práticas de violação à Constituição que irão prevalecer diante da ausência ou ineficácia do controle judicial. A ausência ou omissão de qualquer reação negativa do ordenamento jurídico como resposta ao desrespeito pela Constituição pode

Julgamento: 10.04.07. Publicação: 29.06.07; RE 593.849 Minas Gerais (Recurso Extraordinário). Relator: Ministro Edson Fachin. Plenário. Julgamento: 19.10.16. Publicação: 05.04.17.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3111/ED. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 22 de maio de 2020.

¹⁴⁶ A palavra evoca a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”. (Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdid/declaraindepeEU AHISJNeto.pdf>. Acesso em: 27 out. 2022).

¹⁴⁷ “A aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede, porém, a nosso ver, que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. É o que demonstra a experiência do direito comparado, acima referida. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem, necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico”. (MENDES, 2011, p. 260).

¹⁴⁸ “As decisões das Cortes Constitucionais que reconhecem a incongruência das regras com esse sistema jurídico têm exatamente o condão de abalar essa legítima confiança na presunção estabelecida de antemão entre cidadão e Estado. [...] É nesse contexto que o mecanismo da modulação de efeitos se encaixa. Ele precisa existir e ser utilizado sempre que o abalo à legítima confiança aconteça”. Voto do Ministro Luiz Fux na ADI 3111/ED. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 22 de maio de 2020.

¹⁴⁹ “O valor positivo do acto inconstitucional significa a ausência de quaisquer consequências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca e menor de um acto do poder político do Estado”. – (GOUVEIA, 1992, p. 17).

¹⁵⁰ O conceito é de FERRAZ (*apud* CLÈVE; BARROSO, 2011, p. 791).

servir de estímulo ao seu descumprimento¹⁵¹¹⁵² ou de encorajamento ao seu quebrantamento.¹⁵³

É preciso, portanto, refutar a simples invocação abstrata de excepcional interesse social ou de razões de segurança jurídica para legitimar o afastamento do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Somente uma prática judicial que se submeta a um forte escrutínio de fundamentação racional, de uma “motivação precisa, objetiva e rigorosa”¹⁵⁴, que cumpra um caderno de encargos, e que seja ancorada num modelo de análise das consequências¹⁵⁵ pode fazer com que a opção pela preservação dos efeitos da lei inconstitucional não comprometa a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 27 out. 2022.

CANAS, Vitalino. **O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos**. Coimbra: Almedina, 2019.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9882, de 3-12-1999**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. **Doutrinas**

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3674. Relator: Ministro Marco Aurélio, 05 de agosto de 2020.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3794/ED. Relator: Ministro Roberto Barroso, 18 de agosto de 2014.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5476/ED. Relator: Ministro Edson Fachin, 19 de abril de 2021.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n° 634.578/ED. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 08 de maio de 2012.

¹⁵⁵ As deliberações pautadas no consequentialismo, que procedem, por exemplo, à análise de custo-benefício ou à análise econômica do Direito estão pautadas numa cultura de responsabilidade do tomador de decisões. É a responsabilidade e não propriamente a liberdade que devem ser cultuadas: “A liberdade, no entanto, não é a última palavra. Não é mais que parte da história e metade da verdade. Liberdade é apenas o aspecto negativo do fenômeno integral cujo aspecto positivo é responsabilidade. Na verdade, a liberdade está em perigo de degenerar, transformando-se em mera arbitrariedade, a menos que seja vivida em termos de responsabilidade. É por esse motivo que propus a construção de uma Estátua da Responsabilidade na Costa Oeste dos Estados Unidos, para complementar a Estátua da Liberdade na Costa Leste”. – (FRANKL, 2021. p. 154).

essenciais: direito constitucional. v. I: Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANKL, Viktor E. **Em busca de sentido:** um psicólogo no campo de concentração. São Leopoldo: Editora Sinodal; Petrópolis: Editora Vozes, 2021.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O valor positivo do acto inconstitucional.** Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.

MARINOFF, Lou. **Pergunte à Platão.** 5. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos. *In:* CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (coordenadores). **Doutrinas essenciais:** direito constitucional. v. V: Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo IV: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional.** *Tomo I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Alexandre Jarschel de. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: justiça constitucional em expansão. *In:* CUNHA, José Sebastião Fagundes (coordenador). **Elementos para um código de processo constitucional brasileiro.** Londrina: Thoth Editora, 2022.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia.** Coimbra: Tenacitas Editora, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il controllo da parte dela Corte Costituzionale degli effetti temporali dele pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti.* *In:* **Effeti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere.** Milano: Giuffrè Editore, 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional.** Madrid: Editorial Trotta, 2014.

A RELAÇÃO ENTRE O FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL E A EFETIVIDADE DE DIREITOS NO BRASIL

Cynthia Peluzzo de Oliveira¹⁵⁶, Francisco Cardozo Oliveira¹⁵⁷

INTRODUÇÃO

O presente artigo surge de uma curiosidade sobre a relação entre o Brasil e o Fundo Monetário Internacional (FMI), no contexto de operação do sistema monetário internacional.

Assim, decidiu-se tratar neste artigo dessa relação entre Brasil e FMI a miúdo, na medida do possível em relação ao tempo e recursos disponíveis e seus reflexos na efetividade de direitos. Pretende-se abordar o tema de forma técnica, com enfoque jurídico, mas sem incursões demasiadas na área da economia.

Como objetivo geral, o estudo visa analisar e traçar o relacionamento do Brasil com o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Como objetivos específicos podem ser indicados os de compreender a história e as principais estruturas do FMI; compreender o papel e posição do Brasil na atualidade (2022), identificar os empréstimos realizados pelo Brasil; e analisar qual a modalidade (o tipo) dos acordos já havidos e seus reflexos na efetividade de direitos no Brasil.

Em face do contexto da análise, definiu-se como problema o seguinte: Quais os efeitos na efetividade de direitos decorrentes da relação entre o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Brasil?

Para enfrentar o problema proposto, inicia-se pela reconstrução histórica do papel do FMI na economia ocidental desde sua criação em Bretton Woods (1944), suas principais estruturas como a Assembleia de Governadores e a Diretoria Executiva. Na mesma perspectiva, mas em viés funcional, é feita a indicação dos tipos de acordos possíveis e os empréstimos que podem ser contratados com a entidade.

¹⁵⁶ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA, advogada, Curitiba/PR, Brasil, e-mail: cynthiapeluzzo@hotmail.com.

¹⁵⁷ Doutor pela UFPR, Desembargador no TJPR, Curitiba/PR, Brasil, e-mail xikocardozo@msn.com

Na segunda parte da análise, debruça-se sobre a relação do Brasil com o FMI, desde a criação da instituição até o pagamento do último empréstimo do país ao fundo em 2010, tentando estabelecer também uma correlação entre os acordos e o contexto histórico. Busca-se brevemente também a compreensão sobre a configuração da dívida externa.

Na terceira e última parte, a análise converge para a análise da repercussão das exigências dos acordos com FMI na efetividade de direitos sociais no Brasil.

O presente estudo trabalha com o signo de “papel” sob a ótica sociológica funcionalista dentro de uma estrutura, no caso o sistema financeiro global e a caracterização e *status* do Brasil como país emergente.

A metodologia aplicada ao presente estudo é predominantemente a de revisão bibliográfica, consistente na revisão de doutrina e consultas à notícias relacionadas à temática abordada, sem prejuízo da pesquisa nos sítios oficiais do FMI, do Banco Mundial e do Banco Central do Brasil.

1 ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL

A institucionalização do Fundo Monetário Internacional pode ser compreendida a partir dos quatro pressupostos da economia liberal que, segundo Karl Polanyi (2000) emergem da civilização do Século XIX: a) sistema de equilíbrio de poder; b) organização da economia mundial em torno do padrão-ouro; c) mercado autorregulável; e d) estado liberal.

O Fundo Monetário Internacional (FMI), instituição de regulação do sistema econômico internacional, foi criado em 1944 pelo *Final Act of the United Nations Monetary and Financial Conference*, quando da Conferência de Bretton Woods (New Hampshire), oficialmente conhecida como Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas.

A reunião das 44 nações aliadas aconteceu para discutir as novas regras de um sistema monetário internacional, em um contexto pós Segunda Guerra Mundial, no fito de evitar-se a repetição das políticas que levaram à Grande Depressão de 1929.

O sucesso da conferência se deu em razão de inúmeras discussões prévias e acordos bilaterais e multilaterais, entre 1942 e 1944. Em 1944, mais especificamente em 21 de abril desse ano, os líderes dos aliados divulgaram um *Joint Statement by Experts on the Establishment of an International Monetary Fund*, que estabeleceu os parâmetros e diretrizes para as negociações de Bretton Woods e que culminou no *Final Act* acima referido.

Como afirma Nicole Julie Fobe (2014)

O FMI surge, portanto, para sanar, no pós-guerra, eventuais desequilíbrios nas balanças comerciais dos países e, com isso, promover a continuidade e posterior desenvolvimento do comércio internacional. A ideia de um “fundo” comum para a promoção do comércio entre países foi trazida, de diferentes formas, tanto por John Maynard Keynes quanto por Harry Dexter White – sendo a proposta de Keynes mais ousada e abrangente: criação de uma Câmara de Compensações Internacionais (International Clearing Union), instituição que teria por objetivo capitalizar de 30 a 35 bilhões de dólares americanos para, em primeiro lugar, saldar as dívidas advindas do período da Segunda Guerra – permitindo, assim, um começo “limpo” das balanças comerciais nas novas transações pós-guerra – e, em segundo lugar, financiar o comércio internacional a longo prazo. A capitalização inicial teria como pressuposto a criação de um fundo comum, cujos recursos viriam do saldo positivo dos países superavitários. A partir desse fundo inicial, seriam realizados empréstimos para alçar os países deficitários à condição de transacionar internacionalmente.

Nos Estados Unidos da América, em 1945, o Congresso aprovou o *Bretton Woods Agreement Act*, que autorizou a entrada do país no FMI.

O Brasil, por sua vez, passou a compor o FMI em 14 de janeiro de 1946¹⁵⁸, mas é considerado um “membro original”, conforme o Artigo II, Seção 1, por ter assinado os *Articles of Agreement* até 31 de dezembro de 1945¹⁵⁹.

Os *Articles of Agreement* foram estabelecidos em 22 de julho de 1944 e já foram emendados sete vezes, estando a última emenda vigente desde 26 de janeiro de 2016 (emenda de 15 de dezembro de 2010). Os artigos são complementados por estatutos (by-laws), adotados pela Assembleia de Governadores, e suplementados por regras e regulações (rules and regulations) adotadas pela Diretoria Executiva.

Segundo os *Articles of Agreement*, artigo I, os propósitos do FMI são, em tradução livre por parte da autora, a) promover a cooperação monetária internacional através de uma instituição permanente que provê mecanismos

¹⁵⁸ Lei autorizativa: Decreto-Lei nº 8479 de 27/12/1945, que “Aprova a convenção sobre o fundo monetário internacional e a convenção sobre o banco internacional para a reconstrução e desenvolvimento, concluídas em *bretton woods*, n.h., estados unidos da américa, a 22 de julho de 1944, por ocasião da conferência monetária e financeira das nações unidas, assinadas pelo brasil, na mesma data”. Disponível em: <https://legis.senado.gov.br/norma/533519>. Acesso em: 28 jun. 2022.

¹⁵⁹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Articles of Agreement of the International Monetary Fund*. Disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/index.htm>. Acesso em: 28 jun. 2022.

para consultas e colaboração em problemas monetários internacionais; b) facilitar a expansão e crescimento equilibrado do comércio internacional, e contribuir assim para a promoção e manutenção de altos níveis de empregabilidade e renda real e o desenvolvimento de recursos produtivos de todos os membros como objetivo primário das políticas econômicas; c) promover estabilidade cambial; d) auxiliar no estabelecimento de um sistema multilateral de pagamentos entre os membros e a eliminação de restrições que atrasam o crescimento do comércio internacional; e) disponibilizar temporariamente recursos aos membros, com as salvaguardas adequadas, oportunizando ajustes nos balanços de pagamento, para evitar meios destrutivos da prosperidade nacional e internacional, f) em acordo com o acima consignado, abreviar e diminuir os graus de desequilíbrio nas balanças internacionais de pagamento dos membros¹⁶⁰.

O FMI é composto de uma Assembleia de Governadores e uma Diretoria Executiva, além de um Diretor-Geral e um quadro de pessoal, sem prejuízo de um Comitê Monetário e Financeiro Internacional (CMFI).

A Assembleia de Governadores é a instância máxima decisória do FMI. É composta de governadores e suplentes e se reúne apenas uma vez ao ano. O titular brasileiro é o Ministro da Fazenda¹⁶¹ e o suplente é o presidente do Banco Central, conforme o Decreto nº 8.704, de 05 de abril de 2016¹⁶².

A Diretoria Executiva é composta de 24 membros (eleitos entre os 190 membros pela Assembleia de Governadores) e tem como função conduzir o dia a dia da instituição com os poderes delegados pela Assembleia de Governadores. Segundo o FMI, normalmente as decisões são tomadas por consenso. No entanto, é possível haver votações formais, nas quais os votos de cada país

¹⁶⁰ *The purposes of the International Monetary Fund are: (i) To promote international monetary cooperation through a permanent institution which provides the machinery for consultation and collaboration on international monetary problems. (ii) To facilitate the expansion and balanced growth of international trade, and to contribute thereby to the promotion and maintenance of high levels of employment and real income and to the development of the productive resources of all members as primary objectives of economic policy. (iii) To promote exchange stability, to maintain orderly exchange arrangements among members, and to avoid competitive exchange depreciation. (iv) To assist in the establishment of a multilateral system of payments in respect of current transactions between members and in the elimination of foreign exchange restrictions which hamper the growth of world trade. (v) To give confidence to members by making the general resources of the Fund temporarily available to them under adequate safeguards, thus providing them with opportunity to correct maladjustments in their balance of payments without resorting to measures destructive of national or international prosperity. (vi) In accordance with the above, to shorten the duration and lessen the degree of disequilibrium in the international balances of payments of members. The Fund shall be guided in all its policies and decisions by the purposes set forth in this Article.* Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/index.htm#:~:text=As%20the%20charter%20of%20the,collaboration%20on%20international%20monetary%20problems>. Acesso em: 28 jun. 2022.

¹⁶¹ No esteio do disposto no art. 237 da Constituição República Federativa do Brasil.

¹⁶² Conforme decreto disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-8-704-de-5-de-abril-de-2016-21173736>. Acesso em: 29 jun. 2022.

são iguais a soma de seu voto básico (distribuído igualmente entre todos os membros) e os votos baseados na quota de participação na instituição.

Segundo o *site* do FMI, os países com os cinco maiores percentuais de votos (totais) são os Estados Unidos da América (16,5%), o Japão (6,15%), a China (6,08%), a Alemanha (5,31%) e a França (4,03%). O Brasil tem 2,22% dos votos e tem a 10ª posição entre os maiores quotistas do FMI. Os países com menores percentuais de votos são, por exemplo, Antígua e Barbuda, o Butão, Belize, Cabo Verde, Dominica e a Eritrea (todos com 0,03%)¹⁶³.

Hoje o FMI conta com 190 países membros e sua sede fica em Washigton, DC, nos Estados Unidos da América.

Todos estes países se associaram ao FMI por meio da compra de quotas, que visam financiar os empréstimos concedidos aos membros.

Os empréstimos, por sua vez, podem ser realizados por instrumentos variados. Os mais comumente acessados são os acordos *Stand-By Arrangements* (SBAs) e *Extended Fund Facility* (EFF). Todavia, existem outros como o acesso ao *General Resources Account* (GRA), ao *Poverty Reduction and Growth Trust* (PRGT), ao *Stand-By Credit Facility* (SCF), ao *Extended Credit Facility* (ECF), *Flexible Credit Line* (FCL) e o *the Precautionary and Liquidity Line* (PLL). Há ainda o *Rapid Financing Instrument* (RFI) e o *Rapid Credit Facility* (RCF). Cada instrumento tem suas características e público-alvo específico.

Interessa discorrer brevemente sobre os SBAs e os EFFs, já que foram as modalidades de empréstimos utilizados pelo Brasil ao longo de sua história com o FMI.

Os SBAs estão disponíveis para todos os membros que se encontrem em necessidade financeira atual ou potencial. Aderindo às políticas do FMI, que são ajustadas às necessidades do país solicitante e à sua capacidade de pagamento, além de seu desempenho histórico com a instituição, os empréstimos têm duração flexível – geralmente de 12 a 24 meses (mas não ultrapassa os 36 meses).

O país deve se comprometer com adequações na política econômica, além de obedecer às condições estipuladas pelo FMI, que realiza análises quantitativas do progresso do país para cada desembolso avençado.

O pagamento dos empréstimos SBAs devem ser pagos entre 3¼ e 5 anos de cada desembolso do FMI – o que significa dizer que após o primeiro pagamento serão feitos oito pagamentos parcelados. Interessante anotar que um país membro pode pegar em empréstimo dessa natureza o montante de 145% de sua quota anualmente.

¹⁶³ Para averiguar os valores de todos os 190 países, a lista completa está disponível em: <https://www.imf.org/en/About/executive-board/members-quotas#total>. Acesso em: 29 jun. 2022.

Os EFFs, por sua vez, são utilizados quando um país está com sérios problemas estruturais de médio prazo como, por exemplo, um crescimento lento e problemas com a balança de pagamento. O FMI, então, presta uma assistência mais longa do que no caso dos SBAs, com maior tempo para pagamento. Para tanto, o membro deve se comprometer a adotar políticas e reformas (re) estruturantes. Neste caso, os acordos podem variar de 3 (três) a 4 (quatro) anos e podem ser quitados entre 4 ½ e 10 anos em adimplimentos semianuais.

O país também deve se comprometer com condições específicas estipuladas pelo FMI, as quais, neste tipo de acordo, versam principalmente sobre reformas estruturais para reduzir fraquezas institucionais e econômicas, que demandam a adoção de políticas monetárias e fiscais para a manutenção da estabilidade macroeconômica.

É importante ressaltar que estes empréstimos não são quantificados imediatamente em dólares ou em outra moeda corrente, mas em *Special Drawing Rights* (SDRs), unidade de medida do FMI desde 1969. O SDR é descrito pelo FMI como um *asset* internacional que é alocado pelo FMI e que os países podem trocar entre si por moeda ou por outros SDRs¹⁶⁴. O valor é calculado quinquenalmente levando em conta o dólar americano (41,73%), o euro (30,93%), a moeda chinesa (10,92%), o yen (8,33%) e a libra esterlina (8,09%). O peso das moedas é atualizado a cada cinco anos; em 01 agosto de 2022 houve uma nova atualização, segundo o *Press Release* nº 22/153¹⁶⁵.

Atualmente, o FMI dispõe de um total de 660.7 bilhões de SDRs, montante equivalente a US\$ 935,7 bilhões aptos a suplementar as reservas dos países membros.

2 O PAPEL DO BRASIL NO FUNDO MONETARIO INTERNACIONAL

O Brasil é o maior país da América do Sul e o quinto maior do planeta. A economia é avaliada como a 10ª maior do mundo (considerando-se o PIB nominal), com um PIB de 1.61 trilhão de dólares (2021)¹⁶⁶.

Segundo o FMI, o PIB projetado para 2022 terá um crescimento de 0,8%, a inflação será de 8,2%, sendo a população do país de 213.911 milhões de pessoas.

¹⁶⁴ FMI. *Special Drawing Rights* (SDRs). Disponível em: <https://www.imf.org/en/Topics/special-drawing-right>. Acesso em: 30 jun. 2022.

¹⁶⁵ Cujos novos pesos podem ser conferidos conforme disponível em <https://www.imf.org/en/News/Articles/2022/05/14/pr22153-imf-board-concludes-sdr-valuation-review>. Acesso em: 30 jun. 2022.

¹⁶⁶ BANCO MUNDIAL. *GDP (current US\$) – Brazil*. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=BR>. Acesso em: 04 jul. 2022.

Como já assinalado, o Brasil adentrou o FMI em 14 de janeiro de 1946, mas é considerado um “membro original”, conforme o Artigo II, Seção 1, por ter assinado os *Articles of Agreement* até 31 de dezembro de 1945.

Com relação aos SDRs, o país detém 14.165.67 milhões de SDRs e tem uma quota de 11.042,0 milhões – que é calculada com base em uma fórmula matemática que leva em conta o PIB (50%), a abertura econômica (30%), a variação econômica (15%) e suas reservas internacionais (5%).

Os Estados Unidos da América, o maior membro do FMI, por exemplo, têm 82.994,2 milhões de SDRs. Tuvalu, o menor país, por sua vez, tem 2.5 milhões de SDRs.

Reconhecido hoje como uma economia de mercado emergente, o Brasil fez o seu primeiro acordo com o FMI em 1958, sob o comando de Juscelino Kubitschek, e em 2010, com Lula, fez seu primeiro empréstimo ao FMI no valor de US\$ 10 bilhões.

A tabela abaixo demonstra os empréstimos (acordos) já realizados pelo Brasil ao longo de sua relação com o FMI.

Data do acordo	Tipo de acordo	Expiração Cancelamento	Quantia ⁽¹⁾ (DES milhões)	Quantia sacada	Quantia não sacada	Ministro da Fazenda
03.06.58	Stand-by	02.06.59	37,50	37,50	—	Lucas Lopes
18.05.61	Stand-by	17.05.62	160,00	60	100,0	Clemente Mariani
13.01.65	Stand-by	12.01.66	125,00	75,00	50,00	Gouvêa Bulhões
01.02.66	Stand-by	31.01.67	125,00	—	125,00	Gouvêa Bulhões
13.02.67	Stand-by	12.02.68	30,00	—	30,00	Gouvêa Bulhões
29.04.68	Stand-by	28.04.69	87,50	75,00	12,50	Delfim Netto
29.04.69	Stand-by	04.02.70	50,00	—	50,00	Delfim Netto
04.02.70	Stand-by	03.02.71	50,00	—	50,00	Delfim Netto
04.02.71	Stand-by	03.02.72	50,00	—	50,00	Delfim Netto
03.03.72	Stand-by	02.03.73	50,00	—	50,00	Delfim Netto
01.03.83	EFF ⁽²⁾	28.02.86	4.239,38	2.743,13	1.496,25	Delfim Netto ⁽³⁾
23.08.88	Stand-by	28.02.90	1.096,00	365,30	730,70	Mailson Nóbrega
29.02.92	Stand-by	31.08.93	1.500,00	127,50	1.372,50	Marcílio Moreira
13.11.98	Stand-by	23.08.01	3.907,00	2.958,00	948,00	Pedro S. Malan
13.11.98	SFR ⁽⁴⁾	10.04.01	9.117,56	6.512,65	2.604,90	Pedro S. Malan

14.09.01	Stand-by	14.12.02	12.144,00	7.700,00 ⁽⁵⁾	4.444,00	Pedro S. Malan
06.09.02 ⁽⁶⁾	Stand-by	31.12.03	22.800,00	5.300,00	17.500,00	Pedro S. Malan
14.03.03	Stand-by	31.12.03	3.000.000	—	(reservas)	Antônio Palocci
13.12.05	Pagamento ⁽⁷⁾	—	10.790,00	—	—	Antônio Palocci
22.01.10	Empréstimo ao FMI		US\$ 10 BI	(à disposição do FMI) ⁽⁸⁾		Guido Mantega

Figura 1 – Empréstimos realizados pelo Brasil junto ao FMI¹⁶⁷.

Da tabela acima verifica-se que a maioria dos acordos (nove dos dezesseis acordos) ocorreram na época da ditadura militar (1964-1985) na modalidade SBAs.

É importante contextualizar que entre 1973 e 1979 o mundo passou pelas crises do petróleo e elevações bruscas nas taxas de juros internacionais, sendo que o governo brasileiro não adotou uma política econômica recessiva, mas se utilizou da disponibilidade dos recursos financeiros internacionais do FMI.

Em 1982 houve nova crise do mercado financeiro internacional e o ingresso de recursos internacionais no Brasil praticamente cessou, o que fez a balança comercial do Brasil despencar e a dívida externa crescer a ponto de deixar o país com caixa negativo – o que obrigou o governo a recorrer mais uma vez ao FMI, de modo a possibilitar o fechamento das contas nacionais.

Segundo Andre Franco Montoro Filho et al. (1992) o início da década de oitenta caracterizou-se pela maior recessão de sua história, em conjunto com um quadro internacional que conduziu a economia brasileira a uma situação muito complexa, em termos de balança de pagamentos. Com o exaurimento dos recursos internacionais, em novembro de 1982 o Brasil solicitou um empréstimo de quase seis bilhões de dólares – o que não foi suficiente para aplacar o problema da balança de pagamentos.

Conforme Montoro Filho et al. (1992; p.453), o Fundo funcionaria como um “avalista” para a concessão de dinheiro novo por parte dos bancos privados. O acerto do Brasil com o FMI era uma garantia para os bancos privados de que o país passaria por uma série de ajustamentos e que conseguiria cumprir os compromissos assumidos, em especial pagar os juros das dívidas.

Durante os anos finais da ditadura, não obstante os programas para reduzir a dependência nacional do capital estrangeiro, a sistemática adotada perante o FMI foi a de reescalonamento de dívidas.

¹⁶⁷ Almeida, Paulo Roberto. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/WVZH8Rs6wJWshpGfrTLt-M8F/?lang=pt>. Acesso em: 01 de nov. 2022.

O ano de 1985 é marcado pela suspensão da ajuda do FMI ao Brasil, pelo descumprimento de metas e pela postura de José Sarney de não adotar políticas econômicas recessivas.

As tratativas só retornam em 1988 com o fechamento de mais um acordo, em face de um cenário de inflação de cerca de 366%, déficit público de 5,5% e taxa de crescimento de 2,9% do PIB.

Em 1998, o Brasil obteve dois empréstimos do FMI, um SBA e um SRF (Supplement Reserve Facility), com caráter preventivo e que tinha como intuito estabilizar o câmbio depois de uma crise (no contexto da Crise Asiática e da Moratória Russa, que provocaram uma fuga de capitais do Brasil).

Em 2002 o FMI| emprestou US\$ 30 bilhões ao Brasil, como um pacote de resgate que cobriria 15 meses (sob o receio de um derretimento das economias latino-americanas). Segundo Goldfjan, “o empréstimo consolidou a nova fase de relacionamento do Fundo com o país. A sua motivação foi a de assegurar o compromisso com a condução das políticas macroeconômicas e não a de fixar novas metas. [...]” (PEREIRA, 2009, p.8).

Já em 2003 houve um novo acordo preventivo com o FMI, sem nenhum valor sacado do Fundo.

Em dezembro de 2005 o Brasil quitou a dívida com o FMI e em 2010 faz seu primeiro empréstimo ao Fundo, no valor de US\$ 10 bilhões, realizado por meio da compra de *bonds*. Strauss-Kahn, então Diretor do FMI, disse à época que o Brasil estaria assim reafirmando seu papel como uma economia emergente de destaque e que isso seria uma demonstração de liderança e engajamento do país com o sistema financeiro e com a economia internacional¹⁶⁸.

Como ressalta Paulo Roberto de Almeida (2014), a relação do Brasil com o FMI não foi tranquila; diz ele que

Os setenta anos que nos separam da conferência de Bretton Woods conheceram duas fases básicas do sistema monetário internacional: as três primeiras décadas, caracterizadas, grosso modo, pelas tentativas nem sempre bem-sucedidas de manutenção do esquema de estabilidade cambial acordado em 1944, com base na preservação de uma paridade fixa entre o dólar e o ouro, e na adesão correspondente de todas as demais moedas a essa relação fundamental, e o “não sistema” conhecido desde 1973, de eliminação formal dessa obrigação e de flutuação não administrada das moedas dos países membros, o que implicou novas modalidades de apoio

¹⁶⁸ FRANCE 24. *Government announces \$10 billion loan to IMF*. Disponível em <https://www.france24.com/en/20090611-government-announces-10-billion-loan-imf->. Acesso em: 01 jul. 2022.

emergencial do FMI aos países enfrentando dificuldades de balanço de pagamentos. O Brasil atravessou todas essas fases, com um respeito muito incompleto, e geralmente frustrado, das regras e condicionalidades estabelecidas pelo FMI ao longo de uma dependência que se estendeu desde a primeira fase – quando sequer se respeitou o princípio da unicidade cambial – até o início do presente milênio.

Após o ano de 2010 e até 2022, o Brasil é objeto de inúmeros estudos por parte do FMI, como, por exemplo, os estudos do Monitor Fiscal. Recentemente, no último relatório, de abril de 2022¹⁶⁹, consta uma série de dados sobre a economia brasileira, tida como uma grande economia, como, por exemplo, que a dívida externa do Brasil em 2022 está prevista para ser 91,9% do PIB em 2022 e de 92,8% em 2023. Segundo notícia veiculada em 26/01/2022 na Agência Brasil, a dívida pública federal (soma do endividamento interno e externo) fechou 2021 no valor de R\$ 5,613 trilhões – um aumento de 12% em relação ao ano anterior, com a seguinte configuração:

“... dinheiro captado no “mercado internacional, caiu 0,59% no último mês de 2021, encerrando o ano em R\$ 264,72 bilhões (US\$ 47,44 bilhões). [...] Desse total R\$ 228,60 bilhões (US\$ 40,96 bilhões) referem-se à dívida mobiliária (em títulos no mercado internacional) e R\$ 20,77 bilhões (US\$ 4 bilhões), à dívida contratual (com bancos e organismos internacionais)”¹⁷⁰.

A dívida externa é um dos “componentes da economia que inclui os saldos em dívida que os setores público e privado possuem com o exterior” e que no Brasil significa “os débitos externos que o governo, empresas ou os cidadãos possuem com outros países”.¹⁷¹ A dívida é composta pelos financiamentos e empréstimos do governo com outros governos e entidades como o FMI ou o Banco Mundial. Não são incluídos no cálculo da dívida externa líquidas os instrumentos de capital, derivados financeiros e o ouro em barra.¹⁷²

Percebe-se, então, que a dívida externa está associada intimamente à posição de investimento internacional (ativos e passivos).

¹⁶⁹ FMI. *Fiscal Policy from Pandemic to war*. Disponível em <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2022/04/12/fiscal-monitor-april-2022>. Acesso em: 01 jul. 2022.

¹⁷⁰ MAXIMO, Wellton. **Dívida pública fecha 2021 acima de R\$ 5,6 trilhões**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-01/divida=-publica-fecha2021--acima-de-r56--trilhoes#:~:text=Ou%C3%A7a%20a%20mat%C3%A9ria%3A,estava%20em%20R%24%205%20trilh%C3%B5es>. Acesso em: 01 jul. 2022.

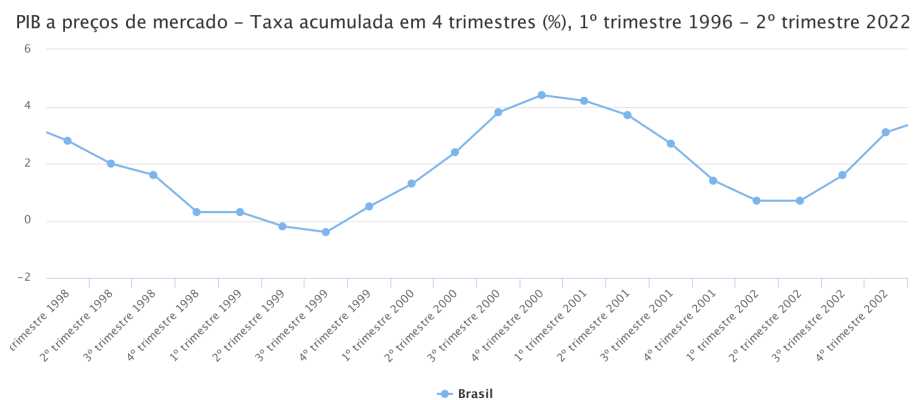
¹⁷¹ DICIONARIO FINANCEIRO. **Dívida Externa Brasileira**. Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/divida-externa-brasileira/>. Acesso em: 05 jul. 2022.

¹⁷² BANCO DE PORTUGAL. **O que é a dívida externa?** Disponível em: <https://bpstat.bportugal.pt/contudos/publicacoes/1356>. Acesso em: 05 jul.2022.

3 A REPERCUSSÃO DAS EXIGÊNCIAS DO FMI NA EFETIVIDADE DE DIREITOS NO BRASIL

Por intermédio dos acordos firmados com o Brasil, o FMI prestou auxílio financeiro (com as ofertas de liquidez) e de planejamento técnico ao país, influenciando políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, haja vista o caráter de medidas de austeridade com fundamentos monetários liberais.

Conforme consta das Cartas de Intenções de 1998¹⁷³ e 2002¹⁷⁴, para garantir a estabilidade macroeconômica (e o diálogo com o FMI), o governo precisou se comprometer a ajustar políticas fiscais conforme fosse necessário para atingir os objetivos econômicos estabelecidos e frear a crise que vinha enfrentando, abaixo exemplificada pelos índices do PIB.



Fonte: "IBGE – Contas Nacionais Trimestrais"

Figura 2 – PIB do primeiro trimestre de 1998 ao quarto trimestre de 2002.

Nas cartas foram anunciadas, por exemplo, medidas de aumento de receitas, como o aumento da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e outras visando a economia de recursos, como reformas na previdência social, reformas fiscais e administrativas; também havia a previsão de ocorrência de cortes de verbas nas áreas da saúde, educação e proteção social.

Embora não seja possível pormenorizar os dados quantitativos dos cortes mencionados para o presente estudo, é certo que as reduções propostas colidiram

¹⁷³ Disponível em sua integralidade em: <https://www.imf.org/external/np/loi/111398.htm>. Acesso em: 19 out. 2002.

¹⁷⁴ Brazil—Letter of Intent, Memorandum of Economic Policies, and Technical Memorandum of Understanding. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/loi/2002/bra/04/index.htm>. Acesso em: 19 out. 2002.

com um contexto histórico de urbanização e de tentativa de implementação de direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.

As políticas de austeridade atingiram, reconhecidamente e em especial, as áreas relacionadas à seguridade social previstos pelo art. 194 da, cujo *caput*, Constituição, que tem a seguinte redação:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Em razão dos problemas com o custeio público da saúde, por exemplo, surgiu a CPMF, em 1997 – contribuição criada com uma alíquota de 0,2% que chegou a 0,38%.

Em 1998, seguindo a Carta de Intenções ao FMI, foi realizada a reforma da previdência trazida pela Emenda Constitucional nº 30, seguida por mais duas reformas em 2003 e 2005 (Emendas Constitucionais nº41 e 47) enquanto o país contava com o auxílio do FMI.

Já com relação ao mercado de trabalho, segundo a série histórica do PNAD, em 2002, houve a menor taxa de pessoas com carteira de trabalho assinada da série (54,05%), que pode ser reflexo do processo de desindustrialização pelo qual o país vem passando desde os anos 1980, assim como da crise de 2002, sem prejuízo da adoção de medidas liberalizantes de Fernando Collor de Mello (1990-1992) e Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).

Observa-se que, não obstante as medidas de austeridade adotadas tenham sido voluntárias e efetivadas conforme as prescrições das políticas domésticas, não se pode negar que se tratavam de obrigações para atingir as condicionali-

dades impostas nos acordos com o FMI¹⁷⁵, que previsivelmente teriam efeitos negativos, sobretudo estruturais, na implementação de direitos sociais da população brasileira. Entre estes efeitos negativos pode-se citar a disseminação de políticas de flexibilização e/ou supressão de direitos e a diminuição da prestação estatal positiva (como reconhecido na Carta de Intenções), seja por ausência de recursos, seja por incapacidade de gerência.

As medidas de austeridade propostas pelo FMI confrontaram o princípio da proibição de retrocesso social, tanto em sua perspectiva positiva, de avanço social, quanto em sua perspectiva negativa, de não erosão. Como frisa Sarlet (2009), a violação do princípio da proibição de retrocesso acarreta sempre uma violação à dignidade da pessoa humana; diz ele

[...] importa reafirmar, também no contexto da proteção dos direitos sociais na esfera de uma proibição de retrocesso, que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional, [...] (SARLET, 2009, p.144-145).

Pode-se dizer, então, que o período em que o Brasil adotou políticas de austeridade decorrentes dos arranjos com o FMI houve prejuízo à efetividade dos direitos sociais, dadas as dificuldades do país em harmonizar as diretrizes fundamentais da Constituição com o desenvolvimento econômico.

CONCLUSÃO

A análise objetivou identificar os efeitos na efetividade de direitos em razão do relacionamento do Brasil com o Fundo Monetário Internacional (FMI). O desenvolvimento da análise se iniciou por uma perspectiva de reconstrução histórica com ênfase na estrutura e na função do FMI. Na sequência, tratou-se dos termos da relação financeira do Brasil com o FMI por meio da identificação dos empréstimos SBAs, SRF (Supplement Reserve Facility) e EFF realizados pelo Brasil desde 1958 até o país assumir a posição de credor em 2010.

O percurso da relação entre Brasil e FMI indica que houve aproximação e distanciamentos, até que se chegasse empréstimo de US\$ 10 bilhões e aos 2,22% de poder decisório.

¹⁷⁵ Os acordos com o FMI, que, lembre-se, naturalmente tem um caráter unilateral e no qual os países necessitados não tem muito espaço para negociação e barganha. Além disso, não há participação do público nos ajustes.

Com relação à repercussão das exigências do FMI na efetividade de direitos sociais no Brasil à época dos acordos entabulados, evidenciou-se que as políticas de austeridade exigidas pelo Fundo para a sustentabilidade fiscal ocasionaram reconhecidas ações de cortes de verbas nas áreas da saúde, da educação e das prestações estatais positivas relacionadas à previdência e assistência social, o que pode ter reduzido no tempo a consolidação dos direitos sociais elencados no artigo 6º da CRFB/1988.

Em síntese conclusiva, a relação entre o Brasil e o FMI evidencia as dificuldades de operar a economia de mercado com os instrumentos das propostas de políticas monetárias e fiscais modeladas no Século XIX, no contexto de exigências de efetividade de direitos do Século XXI.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Brasil e o FMI desde Bretton Woods: 70 anos de História*. Revista Direito GV 10 (2) - Jul-Dec de 2014.

ALVES Gilberto Rodrigo Moda Alves; DE MELO, Felipe Pompermayer; BOSSONARIO, Natalia; SIMOES, Regina Celia Faria. **O Brasil e o Fundo Monetário Internacional**. Disponível em: <https://www.imf.org/en/About/executive-board/members-quotas#total>. Acesso em: 06 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto 8704, de 05 de abril de 2016**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-8-704-de-5-de-abril-de-2016-21173736>. Acesso em: 29 jun. 2022

BRASIL. **Decreto-Lei nº 8479, de 27 de dezembro de 1945**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/533519>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

CERQUEIRA, Ceres Aires. **Dívida externa brasileira** – 2ed. Brasília: Banco Central do Brasil, 2003. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/Documents/outras_pub_alfa/D%C3%ADvida_Externa_Brasileira_-_Segunda_Edi%C3%A7%C3%A3o_Revisada_Ampliada.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Archive: The Bretton Woods Conference, 1944*. Disponível em: <https://2001-2009.state.gov/r/pa/ho/time/wwii/98681.htm#:~:text=The%20Bretton%20Woods%20Conference%2C%20officially,post%2DWWII%20international%20monetary%20system>. Acesso em: 28 jun. 2022.

FORBE, Nicole Julie. **Uma proposta esquecida** – o Bancor. Revista Direito GV 10 (2), Jul-Dec 2014.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Articles of Agreement of the International Monetary Fund*. Disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/index.htm>. Acesso em: 28 jun.2022.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Articles of Agreement of the International Monetary Fund*. Disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/index.htm#:~:text=As%20the%20charter%20of%20the,collaboration%20on%20international%20monetary%20problems'>. Acesso em: 28 jun. 2022.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Brazil—Letter of Intent, Memorandum of Economic Policies, and Technical Memorandum of Understanding*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/loi/2002/bra/04/index.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Brazil—Memorandum of Economic Policies*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/loi/111398.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *IMF Members Quotas and Voting Power and IMF Board of Governors*. <https://www.imf.org/en/About/executive-board/members-quotas#total>. Acesso em: 29 jun. 2022.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Stand-By Arrangement (SBA)*. <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/20/33/Stand-By-Arrangement>. Acesso em: 29 jun. 2022.

HUNT, E. K; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. 23.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Sistema de Contas Nacionais Trimestrais**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?=&ct=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=pib#evolucao-taxa. Acesso em: 19 out. 2002.

PEREIRA, Lia Valls. **O Brasil e a agenda de reformas do Fundo Monetário Internacional**. Disponível em: https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2021-03/breves19_o_brasil_e_a_agenda_de_reformas_do_fmi.pdf. Acesso em: 06 de jul. 2022.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Coord). **Manual de Economia**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

POLANYI, Karl. **A grande transformação** - as origens da nossa era. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

FONTES DAS FIGURAS

ALMEIDA, Paulo Roberto. **O Brasil e o FMI desde *Bretton Woods*: 70 anos de história.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/WVZH8Rs6wJWshpGfrTLtM8F/?lang=pt>. Acesso em: 01 nov. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Sistema de Contas Nacionais Trimestrais.** Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=pib#evolucao-taxa. Acesso em: 19 out. 2002.

A INSEGURANÇA JURÍDICA NO JULGAMENTO DAS ADCS 43, 44 E 54: IMPOSSIBILIDADE DE OVERRULING DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA

Cleston Augusto de Lima Franco¹⁷⁶

INTRODUÇÃO

A possibilidade de execução provisória da pena depois da condenação – ou a confirmação desta – em segundo grau de jurisdição é um tema que recentemente ganhou enorme destaque nos tribunais e entre os operadores do direito, isto porque no julgamento do HC n° 126.292/SP¹⁷⁷, em 17/02/2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, o plenário do STF se posicionou pela constitucionalidade da prisão ocorrida após confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição (7 x 4)¹⁷⁸.

No voto condutor do ministro foi resgatado a jurisprudência do STF sobre a execução provisória da pena desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 até 2016. Durante o período de 1988 até 2009, ou seja, por 21 (vinte e um) anos, reinou majoritariamente na Corte o entendimento de ser possível o início do cumprimento da pena de prisão após condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado e na pendência de julgamento dos recursos especial e/ou extraordinário.

Todavia, em 05/02/2009, no julgamento pelo plenário do HC n° 84.078/MG¹⁷⁹, de relatoria do ministro Eros Grau, a posição da Suprema Corte foi modificada

¹⁷⁶ Mestrando em Direito pela UFPR. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Penal e Processual Penal pela ABDCConst. Pós-graduando em Advocacia Cível pela FMP. Professor de Direito na UTP. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6667735928785234>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7302-2521>. E-mail: cleston_augusto@hotmail.com.

¹⁷⁷ HC 126292, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico, DJe-100, Divulg. 16-05-2016, Public. 17-05-2016, RTJ V-00238-01, PP-00118.

¹⁷⁸ Votos favoráveis a execução provisória da pena: Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Votos desfavoráveis a execução provisória da pena: Rosa Weber, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

¹⁷⁹ HC 84078, Relator(a): Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 Divulg. 25-02-2010, Public. 26-02-2010, Ement. V-02391-05, PP-01048.

por maioria de votos (7 x 4)¹⁸⁰ para o fim de reconhecer a inconstitucionalidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória – esse novo entendimento perdurou até 17/02/2016. No presente caso o Ministério Público de Minas Gerais havia pedido ao Tribunal de Justiça daquele estado a prisão preventiva do paciente antes da admissão do recurso especial, tendo em vista que este supostamente planejava se evadir da aplicação da lei penal ao mobilizar seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão. O 1º Vice-Presidente do TJMG acolheu os argumentos do MP, decretando, assim, a prisão preventiva. A decisão do TJMG que decretou a prisão preventiva foi confirmada pelo STJ. Dessa maneira, o paciente Omar Coelho Vitor fez uso do remédio constitucional perante o STF para recorrer, aos tribunais superiores, em liberdade, após ser condenado pelo Tribunal do Júri a pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão (prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, incisos I e IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal), em regime integralmente fechado, posteriormente corrigido para o inicialmente fechado pelo TJMG, no julgamento da apelação da defesa.

A partir de 2016, o plenário do STF restabeleceu o posicionamento anterior no que tange a possibilidade de execução provisória da pena, o que gerou enorme debate entre os operadores do direito. No mesmo ano, o plenário do STF, no julgamento do recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP¹⁸¹, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria por unanimidade – execução provisória da pena –, ratificou o posicionamento exarado no HC nº 126.292/SP (6 x 4)¹⁸².

Em 04/04/2018, no julgamento do HC nº 152.752/PR¹⁸³, o plenário do STF mais uma vez reafirmou o entendimento de que a pena de prisão pode ser executada antes do trânsito em julgado após a condenação – ou a confirmação desta – em segundo grau de jurisdição (6 x 5)¹⁸⁴. No presente caso a Suprema Corte denegou a ordem de habeas corpus ao ex-presidente Lula e, por consequência, admitiu que a sua pena fosse executada após a confirmação da condenação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

¹⁸⁰ Votos desfavoráveis a execução provisória da pena: Eros Grau (relator), Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Votos favoráveis a execução provisória da pena: Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

¹⁸¹ ARE 964246 RG, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2016, processo eletrônico, repercussão geral - mérito, DJe-251 Divulg. 24-11-2016, Public. 25-11-2016.

¹⁸² Votos favoráveis a execução provisória da pena: Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Votos desfavoráveis a execução provisória da pena: Dias Toffoli, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a ministra Rosa Weber.

¹⁸³ HC 152752, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, processo eletrônico, DJe-127, DIVULG. 26-06-2018, Public. 27-06-2018.

¹⁸⁴ Votos favoráveis a execução provisória da pena: Edson Fachin (relator), Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Votos desfavoráveis a execução provisória da pena: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Posteriormente, em 07/11/2019, o plenário do STF, no julgamento conjunto das ADCs n° 43¹⁸⁵, 44 e 54, concluiu, por maioria de votos (6 x 5)¹⁸⁶, pela procedência do pedido nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e, por consequência, a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Em outras palavras, o STF decidiu que é constitucional o art. 283 do CPP que prevê o exaurimento de todos os meios recursais para, somente então, ser possível o início do cumprimento da pena de prisão (trânsito em julgado da decisão penal condenatória).

Portanto, o foco do presente artigo é tratar exclusivamente sobre o preenchimento (ou não) dos pressupostos do instituto denominado *overruling* que justificariam a superação do precedente vinculante (ARE n° 964.246/SP) no julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54. Não será abordado o debate acerca da interpretação do art. 5°, inciso LVII, da CF (sentido e alcance).

1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA (1988 ATÉ 2019)

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988, previu no inciso LVII, do seu artigo 5°, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – é daqui que se extrai o princípio da presunção de inocência.

O exame, pelo STF, do primeiro caso envolvendo a interpretação do referido dispositivo (sentido e alcance) foi realizada pela Segunda Turma em 28/03/1989, por ocasião do julgamento do HC n° 67.245/MG¹⁸⁷, de relatoria do ministro Aldir Passarinho, com a participação dos Ministros Francisco Rezek, Carlos Madeira e Célio Borja, os quais, por unanimidade de votos, decidiram pela constitucionalidade da prisão ocorrida após confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição.

Mais tarde, no julgamento do HC n° 68.726/DF¹⁸⁸ (28/06/1991), o plenário do STF proferiu a primeira decisão sobre a execução provisória da pena,

¹⁸⁵ ADC 43, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, processo eletrônico, DJE-270, Divulg. 11-11-2020, Public. 12-11-2020.

¹⁸⁶ Votos desfavoráveis a execução provisória da pena: Marco Aurélio (relator), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Votos favoráveis a execução provisória da pena: Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

¹⁸⁷ HC 67245, Relator(a): Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 28/03/1989, DJ. 26-05-1989, PP-08945, Ement. V-01543-02, PP-00244.

¹⁸⁸ HC 68726, Relator(a): Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ. 20-11-1992, PP-21612, Ement. V-01685-01, PP-00209.

de relatoria do ministro Néri da Silveira. Restou decidido, por unanimidade de votos¹⁸⁹, que não há conflito com o art. 5º, inciso LVII, da CF, a expedição de mandado de prisão pelo órgão julgador de segundo grau contra o réu para o início da execução provisória da pena.

O posicionamento sobre a possibilidade de início do cumprimento da pena de prisão após a condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado e na pendência de julgamento dos recursos especial e/ou extraordinário, permaneceu majoritário no STF durante 21 (vinte e um) anos, senão vejamos algumas decisões:

Plenário	Primeira Turma	Segunda Turma
HC n° 68.726/DF, Ministro Relator Néri da Silveira, julgamento 28/06/1991	HC n° 70.662/RN, Ministro Relator Celso de Mello, julgamento 21/06/1994	HC n° 67.245/MG, Ministro Relator Aldir Passarinho, julgamento 29/03/1989
HC n° 72.061/RJ, Ministro Relator Carlos Velloso, julgamento 26/04/1995	HC n° 71.723/SP, Ministro Relator Ilmar Galvão, julgamento 14/03/1995	HC n° 79.814/SP, Ministro Relator Nelson Jobim, julgamento 23/05/2000
	HC n° 85.616/AM, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, julgamento 24/10/2006	HC n° 80.174/SP, Ministro Relator Maurício Corrêa, julgamento 06/06/2000
	HC n° 91.675/PR, Ministra Relatora Carmen Lúcia, julgamento 04/09/2007	HC n° 81.964/SP, Ministro Relator Gilmar Mendes, julgamento 10/12/2002
		RHC n° 84.846/RS, Ministro Relator Carlos Velloso, julgamento 19/10/2004
		RHC n° 85.024/RJ, Ministra Relatora Ellen Gracie, julgamento 23/11/2005

Fonte: elaborada pelo autor, 2022.

¹⁸⁹ Participaram do julgamento os ministros Néri da Silveira (relator), Moreira Alves, Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ilmar Galvão. Ausentes os ministros Sydney Sanches, Celso de Mello e Marco Aurélio.

Entretanto, em 05/02/2009, no julgamento do HC n° 84.078/MG¹⁹⁰ pelo Plenário do STF, de relatoria do ministro Eros Grau, restou decidido, por maioria de votos (7 x 4), a inconstitucional da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Acompanharam o voto do relator os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, restando vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Após 07 (sete) anos, em 17/02/2016, no julgamento do HC n° 126.292/SP¹⁹¹, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o plenário do STF, por maioria (7 x 4), restabeleceu o posicionamento anterior, qual seja, de constitucionalidade da prisão ocorrida após confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, o qual estava vigente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Acompanharam o voto do relator os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, restando vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello.

No presente caso o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, após julgar o recurso de apelação do paciente, determinou a expedição de mandado de prisão. A decisão do TJSP que decretou a prisão foi confirmada pelo STJ. Dessa maneira, o paciente Marcio Rodrigues Dantas fez uso do remédio constitucional perante o STF para recorrer em liberdade, após ser condenado a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal), em regime inicial fechado. A Segunda Turma da Corte, por votação unânime, afetou o julgamento do HC ao plenário do STF em 15/12/2015, por indicação do ministro relator. Ou seja, a competência originária da Segunda Turma, para julgar o HC n° 126.292/SP, foi deslocada para o plenário da Suprema Corte.

Meses depois, o plenário do STF, em 10/11/2016, no julgamento do recurso extraordinário com agravo n° 964.246/SP, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria por unanimidade – execução provisória da pena –, ratificou o posicionamento exarado no HC n° 126.292/SP (6 x 4)¹⁹², em acórdão que restou ementado no seguinte sentido:

¹⁹⁰ HC 84078, Relator(a): Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 Divulg. 25-02-2010, Public. 26-02-2010, Ement. V-02391-05, PP-01048.

¹⁹¹ HC 126292, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico, DJe-100, Divulg. 16-05-2016, Public. 17-05-2016, RTJ V-00238-01, PP-00118.

¹⁹² Votos favoráveis a execução provisória da pena: Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Votos desfavoráveis a execução provisória da pena: Dias Toffoli, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a ministra Rosa Weber.

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

(ARE 964246 RG, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2016, processo eletrônico, repercussão geral - mérito, DJe-251, Divulg. 24-11-2016, Public. 25-11-2016)

Nos votos proferidos no ARE nº 964.246/SP foi analisado, majoritariamente, a harmonia entre o art. 283 do CPP com o art. 5º, inciso LVII, da CF (princípio da presunção de inocência) e a execução provisória da pena.

A tese firmada no acórdão foi no sentido de que:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Em 04/04/2018, no julgamento do HC nº 152.752/PR¹⁹³, o plenário do STF mais uma vez reafirmou o entendimento de que a pena de prisão pode ser executada antes do trânsito em julgado após a condenação – ou a confirmação desta – em segundo grau de jurisdição (6 x 5)¹⁹⁴. No presente caso a Suprema Corte denegou a ordem de habeas corpus ao ex-presidente Lula e, por consequência, admitiu que a sua pena fosse executada após a confirmação da condenação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

¹⁹³ HC 152752, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, processo eletrônico, DJe-127, Divulg. 26-06-2018, Public. 27-06-2018.

¹⁹⁴ Votos favoráveis a execução provisória da pena: Edson Fachin (relator), Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Votos desfavoráveis a execução provisória da pena: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Não obstante o entendimento consolidado no HC n° 126.292/SP (17/02/2016), e ratificado no ARE n° 964.246/SP (10/11/2016) e HC n° 152.752/PR (04/04/2018), a Suprema Corte optou em reapreciar o tema envolvendo a execução provisória da pena de prisão, agora nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43/DF¹⁹⁵, 44/DF e 54/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

O plenário do STF, no julgamento conjunto das ADCs n° 43, 44 e 54, ocorrido em 07/11/2019, concluiu, por maioria de votos (6 x 5)¹⁹⁶, pela procedência do pedido nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e, por consequência, a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Em outras palavras, o STF decidiu que é constitucional o dispositivo do CPP que prevê o exaurimento de todos os meios recursais para, somente então, ser possível o início do cumprimento da pena de prisão (trânsito em julgado da decisão penal condenatória).

2 FORÇA VINCULANTE DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO N° 964.246/SP¹⁹⁷

No *caput* do art. 102 da CF é dito que a função fundamental do Supremo Tribunal Federal é a “guarda da Constituição”, a qual é realizada através de vários mecanismos, a fim de garantir o seu respeito em todo o território nacional.

O STF tem competência: I) para efetuar o controle concentrado de constitucionalidade, o que o faz de maneira exclusiva, ou seja, nenhum tribunal do país tem autorização constitucional para proceder o seu exame; II) originária, que é processada e julgada em única instância pela Corte; e III) as recursais (ordinárias e extraordinárias), onde ocorre a reapreciação, em última instância, das causas decididas pelos tribunais hierarquicamente inferiores.

A Suprema Corte promove o controle concentrado de constitucionalidade por meio das seguintes ações: I) ação direta de inconstitucionalidade (ADI); II) ação declaratória de constitucionalidade (ADC); III) ação direta de

¹⁹⁵ ADC 43, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, processo eletrônico, DJE-270, Divulg. 11-11-2020, Public. 12-11-2020.

¹⁹⁶ Votos desfavoráveis a execução provisória da pena: Marco Aurélio (relator), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Votos favoráveis a execução provisória da pena: Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

¹⁹⁷ Parte-se da análise de que o precedente vinculante é o ARE n° 964.246/SP em razão de não haver consenso sobre o efeito vinculante do HC n° 126.292/SP, embora o primeiro julgado ratifique o posicionamento já existente no último. Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz; BREDA, Juliano (Coord.). **O Dia em que a constituição foi julgada**: a história das ADC's 43, 44 e 54 [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-2.3. A partir da leitura literal do art. 927, inciso V, do CPC, é possível considerar o efeito vinculante da decisão proferida no HC n° 126.292/SP.

inconstitucionalidade por omissão (ADO); e IV) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Nathalia Masson ensina que:

[...] os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade serão *erga omnes* (eficácia contra todos), *ex tunc* (em regra, pois existe a possibilidade de o STF modular os efeitos temporais das decisões, desde que respeitados os requisitos do art. 27, Lei n° 9.868/1999) e vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, da administração Pública direta e indireta, nas três esferas, federal, estadual e municipal. (MASSON, 2020, p. 1275)

No tocante ao controle difuso de constitucionalidade, este pode ser realizado pelos magistrados de primeiro grau de jurisdição e por todos os tribunais do país, inclusive o STF.

Em regra, os efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade são restringidos às partes do caso concreto (*inter partes*), ou seja, não afeta a esfera jurídica de terceiros que dessa causa não participaram.

Contudo, em 29/11/2017, no julgamento conjunto das ADIs n° 3.406/RJ e 3.470/RJ, ambas de relatoria da ministra Rosa Weber, o plenário da Suprema Corte, por maioria de votos, reconheceu a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes as decisões proferidas pelo plenário do STF no controle difuso (incidental) de constitucionalidade (abstrativização do controle difuso), quando decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Sobre o julgado, cita-se os comentários do professor Márcio André Lopes Cavalcante (2017):

Pode-se dizer que o STF passou a adotar a teoria da abstrativização do controle difuso?

SIM. Apesar de essa nomenclatura não ter sido utilizada expressamente pelo STF no julgamento, o certo é que a Corte mudou seu antigo entendimento e passou a adotar a abstrativização do controle difuso.

Em uma explicação bem simples, a teoria da abstrativização do controle difuso preconiza que, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante.

Para essa corrente, o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. Dessa

forma, o papel do Senado, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do STF. Em outras palavras, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já é dotada de efeitos *erga omnes* e o Senado apenas confere publicidade a isso.

As decisões proferidas pelo plenário do STF, no julgamento de recursos extraordinários ou no controle difuso de constitucionalidade, passam a ter os mesmos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade.

Em relação ao recurso extraordinário, é possível identificar que, com a criação do instituto da repercussão geral como requisito formal de sua admissibilidade (Emenda Constitucional nº 45/2004), o STF só examina determinada questão constitucional se ela for relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (abstrativização do julgamento de recurso extraordinário).

Assim, se a Corte examina alegações de inconstitucionalidade no julgamento de recurso extraordinário em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria – como ocorreu no ARE nº 964.246/SP sobre a execução provisória da pena –, a decisão proferida é dotada de eficácia *erga omnes*. Nesse sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro status. Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, estas poderiam ser tratadas de maneira diferente pelos tribunais e juízes inferiores. A ausência de efeito vinculante constituiria mais uma afronta à Constituição Federal, desta vez à norma do art. 102, § 3.º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade ao direito mediante a afirmação da Constituição. (MARINONI, 2019, p. RB-4.17)

O Código de Processo Civil impõe, a todas as instâncias jurisdicionais do país, a observância aos precedentes provenientes do plenário do STF em matéria constitucional (art. 927, incisos I, II, III e IV, do CPC), sob pena de manejo de reclamação¹⁹⁸ (art. 988 do CPC).

¹⁹⁸ A obrigatoriedade será tida como forte quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação especialmente concebida para esse fim, a reclamação. (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-3.1).

Acerca do efeito vinculante do recurso extraordinário, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha ensinam que:

Como o recurso extraordinário é o principal instrumento do controle difuso de constitucionalidade, os precedentes do Pleno do STF em tais casos passam a ter eficácia obrigatória, transcendendo os limites subjetivos da causa da qual surgiu. A solução do caso vale apenas para as partes (coisa julgada, art. 506 do CPC); mas o precedente tem eficácia *erga omnes*. (DIDIER Jr; CUNHA, 2016, p. 376)

Dessa maneira, com base nas considerações anteriores, conclui-se que a decisão proferida pelo plenário do STF no julgamento do ARE nº 964.246/SP, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria por unanimidade – execução provisória da pena –, tem eficácia ultra partes (*erga omnes*, ou seja, para todos).

Como consequência lógica do sistema processual, a decisão superveniente do STF que julga recurso extraordinário com repercussão geral (ARE nº 964.246/SP) prejudica o exame da ação declaratória de constitucionalidade pendente de julgamento sobre a mesma matéria (ADCs nº 43, 44 e 54).

Nas ADCs nº 43¹⁹⁹, 44²⁰⁰ e 54²⁰¹, pretendeu-se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP com eficácia *erga omnes*, a qual já havia sido decidida no julgamento do ARE nº 964.246/SP em 10/11/2016 (mesmo objeto), porém no controle difuso de constitucionalidade (via recurso extraordinário com repercussão geral) e com eficácia *erga omnes*.

Quando do julgamento do ARE nº 964.246/SP em 10/11/2016, foi analisado pelo plenário da Corte e restou decidido, por maioria de votos, a harmonia entre o art. 283 do CPP com o art. 5º, inciso LVII, da CF (princípio da presunção de inocência) e a execução provisória da pena. Ou seja, o art. 283 do CPP não impede a execução provisória da pena de prisão após a condenação – ou a confirmação desta – em segundo grau de jurisdição.

Assim sendo, a decisão proferida no ARE nº 964.246/SP deveria gerar a perda superveniente do objeto das ADCs nº 43, 44 e 54 (pendentes de julgamento), tendo em vista a ocorrência do desaparecimento do interesse de agir²⁰²

¹⁹⁹ Ação protocolada na Corte em 18/05/2016.

²⁰⁰ Ação protocolada na Corte em 19/05/2016.

²⁰¹ Ação protocolada na Corte em 18/04/2018.

²⁰² “Usa-se o argumento da *perda de objeto* para extinguir o processo ou o recurso, sempre que algum evento ulterior venha a prejudicar a solução de questão pendente, privando-a de relevância atual, de modo que se tornaria meramente acadêmica ou hipotética a decisão a seu respeito. [...] Na verdade, o que ocorre nesses casos e em tantos outros similares é o desaparecimento do interesse, já que a parte não teria mais necessidade da medida postulada para sustentar a situação de vantagem que pretendia preservar ou recuperar, por seu intermédio”. Theodoro Jr., Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual**

(pressuposto essencial para o desenvolvimento válido e regular do processo), pois o plenário do STF, em um curto espaço de tempo, já havia examinado a mesma questão de fundo das ADCs em 03 (três) oportunidades distintas, quais sejam, HC n° 126.292/SP (julgado em 17/02/2016, onde ocorreu a mudança do precedente originário do HC n° 84.078/MG em 05/02/2009), ARE n° 964.246/SP (julgado em 10/11/2016) e HC n° 152.752/PR (julgado em 04/04/2018).

Essa assertiva encontra amparo na própria jurisprudência do STF, o qual se posicionou pela perda superveniente do objeto da ADC (ou ADPF) em razão de julgamento pelo plenário de recurso extraordinário, com repercussão geral, da controvérsia constitucional deduzida no controle concentrado de constitucionalidade:

Ação declaratória de constitucionalidade. Pretendida legitimidade constitucional da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição do PIS e da COFINS. Lei n° 9.718/98 (art. 3º, § 2º, I). **Matéria que foi objeto de julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.** Formulação, no tema, da seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (Tema 69). Ação declaratória de constitucionalidade prejudicada.

– **O julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, de controvérsia constitucional deduzida em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida configura hipótese de prejudicialidade apta a impedir a apreciação do mesmo litígio jurídico objeto de controle normativo abstrato instaurado no âmbito de processos de perfil objetivo, como, p. ex., as ações declaratórias de constitucionalidade e as ações diretas de inconstitucionalidade, entre outras. Precedentes.**

(ADC 18/DF, Relator(a): Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 28/08/2018, DJe-188, Divulg. 06/09/2018, Public. 10/09/2018, grifo meu)

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO MONETÁRIO E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. A LEI ESTADUAL N° 6.612/94 TEVE A SUA INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA NO RE N° 561.836 TORNANDO PREJUDICADA A APRE-

civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 1, p. 899, grifo do autor.

CIACÃO DA PRESENTE AÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA PREJUDICADA.

(ADPF 174/RN, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2013, DJe-105, Divulg. 30/05/2014, Public. 02/06/2014, grifo meu)

Com base na jurisprudência do STF, o julgamento pelo plenário de controvérsia constitucional deduzida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ocorrido em um curto espaço de tempo, inviabiliza o exame da ADC.

Uma ressalva que aqui se faz é de que um precedente vinculante não é impassível de superação (*overruling*); muito pelo contrário, a questão que foi objeto do precedente pode ser novamente apreciada para atender, por exemplo, a revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida²⁰³ (esse ponto será analisado com maior profundidade no próximo tópico).

Contrariando a própria jurisprudência antes vista, a Suprema Corte optou em reapreciar o tema envolvendo a execução provisória da pena de prisão – 03 (três) anos após o *overruling* ocorrido no HC n° 126.292/SP (julgado em 17/02/2016) e ratificado no ARE n° 964.246/SP (julgado em 10/11/2016), bem como um ano e meio após novamente ratificar o seu entendimento no HC n° 152.752/PR (julgado em 04/04/2018) –, agora nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43/DF, 44/DF e 54/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

O plenário do STF concluiu, em 07/11/2019, por maioria de votos (6 x 5)²⁰⁴, pela procedência do pedido nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e, por consequência, a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Em outras palavras, o STF decidiu que é constitucional o art. 283 do CPP que prevê o exaurimento de todos os meios recursais para, somente então, ser possível o início do cumprimento da pena de prisão (trânsito em julgado da decisão penal condenatória).

A reapreciação do tema envolvendo a execução provisória da pena e a consequente mudança do recente entendimento sedimentado pela Corte (três anos depois do *overruling* ocorrido no HC n° 126.292/SP e ratificado no ARE n° 964.246/SP, bem como um ano e meio após novamente ratificar o seu

²⁰³ Nesse sentido o enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

²⁰⁴ Votos desfavoráveis a execução provisória da pena: Marco Aurélio (relator), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Votos favoráveis a execução provisória da pena: Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

entendimento no HC n° 152.752/PR), dá azo a instabilidade do sistema de precedentes (insegurança jurídica), que visa manter as decisões dos tribunais estável, íntegra e coerente.

Contudo, é necessário apontar que o marco temporal em que ocorreu a desestabilização do sistema de precedentes na Suprema Corte divide opiniões, no que tange exclusivamente ao tema envolvendo a execução provisória da pena.

Lenio Luiz Streck (2016) aponta que a instabilidade ocorreu no julgamento do HC n° 126.292/SP em 2016:

[...] é facilmente constatável que o STF *não* assumiu de forma consistente o ônus argumentativo para fazer um *ouerruling*, porque isso exigiria ampliar a garantia e não a restringir (sendo mais claro — e este é o ponto — com ou sem exigência de *ouerruling*, o STF não fundamentou porque fez a virada). *O que ele fez, foi lançar mão de um argumento utilitarista com uma pitada ad hoc de ponderação* (ela acaba sempre aparecendo) que se tentou fazer entre garantia da liberdade individual e eficácia do sistema penal. Ora, como já chamei a atenção em tantos textos, *o STF não pode sacrificar um direito individual por razões de política criminal.* (STRECK, 2016)

Em contrapartida, Gilberto Andreassa Junior e Claudia Maria Barbosa destacam que a ausência de integridade e coerência sucedeu no julgamento das ADCs n° 43 e 44:

Outros tantos exemplos podem ser suscitados para demonstrar a falta de integridade e coerência nos tribunais superiores, em especial o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n° 43 e 44, que tratam da possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância. Percebe-se claramente que o STF e demais tribunais superiores não decidem como instituição, isto é, decidem com os argumentos de seus ministros/desembargadores, em uma soma de opiniões. (ANDREASSA Jr.; BARBOSA, 2017, p. 882)

Com base no julgado das ADCs n° 43, 44 e 54, entre outros casos já analisados pela Suprema Corte, abre a possibilidade de o STF examinar, de modo sucessivo e em um curto espaço de tempo, questões constitucionais já decididas em outras oportunidades, inclusive apreciar de modo coexistente ações dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade (se a decisão não for favorável na primeira demanda, o mesmo tema poderá ser analisado no julgamento do caso subsequente, ao invés de ser reconhecido a perda superveniente do interesse de agir).

Conforme já esclarecido, não se defende aqui o engessamento do judiciário, entretanto, a preocupação está relacionada com a estabilidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de preservar a integridade, coerência e previsibilidade dos seus pronunciamentos. É legítimo e em certos momentos necessário a superação dos seus precedentes, mas desde que se identifique a ocorrência, por exemplo, de revogação ou modificação da lei em que ele se baseou o precedente, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida²⁰⁵ (esse ponto será analisado com maior profundidade no próximo tópico).

3 IMPOSSIBILIDADE DE OVERRULING DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA

Todos os tribunais do país, em observância a regra imposta pelo legislador no art. 926, *caput*, do CPC, “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

As decisões judiciais, formalmente consideradas com eficácia vinculante, não são imutáveis, caso contrário, geraria o engessamento do judiciário e a impossibilidade de evolução do ordenamento jurídico.

Em contrapartida, também não é recomendável que os tribunais alterem o seu precedente simplesmente porque querem fazê-lo, sem existir, para isso, algum motivo plausível que justifique essa medida – não é possível a alteração injustificada do precedente.

Para que um precedente seja superado, é necessário o enquadramento do caso objeto de análise em uma das hipóteses do instituto denominado *overruling*. Em outras palavras, o precedente atual perderá a sua força vinculante e será substituído por outro precedente.

Daniel Mitidiero esclarece que:

O *overruling* é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica. (MITIDIERO, 2021, p. RB-2.4)

²⁰⁵ Nesse sentido o enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam que a superação do precedente pode ocorrer de dois modos, sendo a última inadmissível no nosso ordenamento jurídico:

- (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou
- (ii) tácita ou implícita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última. O *implied overruling* não é, porém, admitido no ordenamento brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927, § 4º, CPC). É preciso dialogar com o precedente anterior para que se proceda ao *overruling*. (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 508)

Luiz Guilherme Marinoni aventa a possibilidade da ocorrência de uma técnica denominada *transformation*:

Outra situação, que não se confunde com o *distinguishing* nem com o *overruling*, é chamada de *transformation*. Trata-se de hipótese em que a Corte não realiza o *overruling*, nem muito menos o *distinguishing* do caso sob julgamento para deixar de aplicar o precedente, mas faz a transformação ou a reconfiguração do precedente sem revogá-lo. Mediante a *transformation*, a Corte nega o conteúdo do precedente, mas deixa de expressar isso formalmente, através do *overruling*. Ou seja, no *overruling* a Corte expressamente anuncia a revogação do precedente, enquanto na *transformation* isso não acontece. O resultado obtido na decisão que fez o *overruling* não é compatível com o resultado do precedente revogado. Na *transformation*, porém, tenta-se muitas vezes compatibilizar o resultado do precedente transformado com o resultado alcançado no caso sob julgamento. Isso poderia ser visto como diferença substancial entre o *overruling* e a *transformation*. (MARINONI, 2019, p. RB-3.27)

O *implied overruling* e a *transformation* são técnicas que violam o dever de coerência previsto no art. 926 do CPC. A única técnica que pode ser utilizada no nosso sistema jurídico é a *express overruling*, que pode ocorrer de maneira difusa (em qualquer processo) ou concentrada (procedimento autônomo).

A superação de qualquer precedente vinculante deverá observar “a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (art. 927, § 4º, do CPC).

Para Melvin Aron Eisenberg, os requisitos gerais para viabilizar a superação do precedente são: I) o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica; e II) as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica, mais fundamentam a sua superação do que a sua preservação. (EISENBERG, 1998, p. 104-105)

O precedente que não tem congruência social ocorre quando há incompatibilidade do entendimento firmado e a realidade fática da sociedade (injusto, obsoleto, agride o sentimento de justiça do cidadão comum). Acerca da congruência sistêmica, seria a inconsistência entre o precedente e o ordenamento jurídico vigente.

A justificativa para superação do precedente deve ser suficientemente robusta, a fim de resguardar a estabilidade, previsibilidade, coerência e unidade do direito.

É necessário destacar que o CPC não aponta expressamente quais são os requisitos necessários para a superação de precedentes.

O enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) traz hipóteses semelhantes para superação de precedentes: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

Embora os precedentes judiciais, em sua maior extensão, estejam regulados no CPC/2015, não é exclusivo do processo civil, pertencem à teoria geral do direito. As disposições do CPC podem ser aplicadas supletiva e subsidiariamente na ausência de normas processuais que regulem outras áreas jurídicas, conforme prevê o art. 15 do mencionado diploma legal (eleitoral, trabalhista ou administrativo). A aplicação das disposições do CPC também se aplica no âmbito do processo penal:

O legislador apontou expressamente os processos eleitoral, trabalhista e administrativo como área para a incidência supletiva e subsidiária do Código. No entanto, a doutrina vem alargando a determinação, sempre que houver compatibilidade com a principiologia própria do outro ramo, alcançando-se, indubitavelmente, o Direito Processual Penal. (BADARÓ; CRUZ; MADEIRA, 2021, p. RB-13)

No mesmo sentido o enunciado 3 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF: “As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”.

A procedência do pedido nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade resultou na superação do entendimento firmado no HC n° 126.292/SP, bem como na revogação da tese firmada no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n° 964.246/SP (precedente com eficácia *erga omnes*):

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Nos 06 (seis) votos a favor da mudança do precedente (ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli), não é possível identificar, como fundamento de decidir, a análise do preenchimento dos requisitos que justificariam a superação da tese (*overruling*).

Foi completamente ignorado a eficácia vinculante do precedente formado no ARE n° 964.246/SP, bem como não foi demonstrando as razões para a realização do *overruling*.

A necessidade elementar de um sistema que deseja legitimar eficácia dos precedentes é a autorreferência²⁰⁶, “[...] que consiste num *dever específico de fundamentação*, a exigir dos órgãos jurisdicionais o diálogo com os precedentes que tratem do mesmo problema jurídico”. (DIDIER Jr.; CUNHA, 2016, p. 492)

Thomas da Rosa de Bustamante ensina que “[...] sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado com consideração, de modo a que a questão do afastamento do precedente judicial seja expressamente tematizada”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 388)

No julgamento das ADCs não foram apontados motivos que contrariam a existência da tese firmada pelo STF no ARE n° 964.246/SP, no que tange a congruência social ou consistência sistêmica, justamente porque não há pressupostos materiais para viabilizar o *overruling*. Os pressupostos da superação do precedente utilizados no HC n° 126.292/SP, com base no voto do ministro Luís Roberto Barroso, o qual fez esses apontamentos de maneira clara e objetiva, são 03 (três):

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

²⁰⁶ Nesse sentido, o enunciado 454 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”.

- (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e
- (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

Entretanto, Lenio Luiz Streck argumenta que a ineficiência da política criminal não poderia servir como argumento preponderante para justificar o *ouerruling* no HC n° 126.292/SP:

[...] é facilmente constatável que o STF *não* assumiu de forma consistente o ônus argumentativo para fazer um *ouerruling*, porque isso exigiria ampliar a garantia e não a restringir (sendo mais claro — e este é o ponto — com ou sem exigência de *ouerruling*, o STF não fundamentou porque fez a virada). O que ele fez foi lançar mão de um argumento utilitarista com uma pitada ad hoc de ponderação (ela acaba sempre aparecendo) que se tentou fazer entre garantia da liberdade individual e eficácia do sistema penal. Ora, como já chamei a atenção em tantos textos, o STF não pode sacrificar um direito individual por razões de política criminal. (STRECK, 2016).

O STF, ao julgar as ADCs, deveria ter estabelecido diálogo com o precedente formado no HC n° 126.292/SP e ratificado no ARE n° 964.246/SP, no sentido de apontar razões consistentes de incongruência sistêmica ou social²⁰⁷ do precedente que se tornou obsoleto, a fim de superá-lo, desde que preenchido algum dos requisitos abordados (“entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”).

²⁰⁷ “[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum. Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real. Em virtude disso, embora para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados em geral, devem ser minimamente convergentes”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233.

A não observância desse diálogo, como de fato ocorreu, viola os deveres da Corte de integridade e coerência das suas decisões, conforme determina o art. 926 do CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Esse modo de agir gera insegurança jurídica, provocando imprevisibilidade e instabilidade, desnordeando os jurisdicionados e os operadores do direito.

CONCLUSÃO

É inegável que a possibilidade de execução provisória da pena depois da condenação – ou a confirmação desta – em segundo grau de jurisdição é um tema que recentemente ganhou enorme destaque nos tribunais e entre os operadores do direito, inclusive no meio da população.

Apesar de o plenário do STF, no julgamento conjunto das ADCs n° 43, 44 e 54, ocorrido em 07/11/2019, ter concluído, por maioria de votos (6 x 5), pela procedência do pedido nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e, por consequência, a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal – o exaurimento de todos os meios recursais até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória é condição necessária para se dar início ao cumprimento da pena de prisão –, a discussão sobre o assunto continua viva. Vejamos.

Em 19/11/2019, foi apresentado na Câmara dos Deputados a proposta de emenda à constituição n° 199-A, pelo Deputado Alex Manente (CIDADANIA/SP) e outros, destinada a alterar “os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça”.

O relator da PEC, Sr. Deputado Fábio Trad (PSD-MS), apresentou parecer favorável, o qual foi aprovado pelos membros da Comissão Especial em 16/12/2021.

O último dispositivo da PEC traz uma regra importante de direito intertemporal: “Art. 4° Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando às ações ajuizadas antes da data de sua vigência”.

A PEC pretende alterar o texto constitucional para transformar os recursos especial e extraordinário em ações rescisórias, ocorrendo, dessa maneira, a antecipação do trânsito em julgado.

A motivação dessa PEC é o atendimento ao anseio popular, que visa o restabelecimento da prisão após segunda instância, uma vez que há, perante os cidadãos, sensação de impunidade no sistema de justiça.

Após a aprovação e promulgação da lei, tal questão certamente será objeto de apreciação pelo STF, com o objetivo de se definir, em âmbito nacional, a (in) constitucionalidade dos dispositivos e se há conflito com o princípio da presunção de inocência.

Identificamos que não foi preenchimento os requisitos que justificariam a superação da tese (*ouerruling*) no julgamento das ADCs n° 43, 44 e 54, ocorrido em 07/11/2019.

O STF, representado pela formação da maioria, ignoraram completamente a eficácia vinculante do precedente formado no ARE n° 964.246/SP, bem como não foi demonstrando as razões para a realização do *ouerruling* – demonstração de congruência social ou de consistência sistêmica.

A Suprema Corte não observou o seu dever de coerência e integridade das decisões por si proferidas (ARE n° 964.246/SP, conforme apontado por Lenio Luiz Streck (2016), e no julgamento das ADCs n° 43, 44 e 54, de acordo com a posição de Gilberto Andreassa Junior e Claudia Maria Barbosa (2017), o qual está tipificado no art. 926 do CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

No julgamento das ADCs não foi estabelecido diálogo com o precedente formado no ARE n° 964.246/SP, a fim de segui-lo ou de superá-lo, neste último caso desde que preenchido algum dos requisitos abordados (“entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”).

Ao nosso ver, o precedente formado no ARE n° 964.246/SP não poderia ter sido superado, pois os fundamentos deste, na época do julgamento das ADCs, seguiam congruentes socialmente (contraste entre a decisão judicial e as expectativas dos cidadãos²⁰⁸).

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ANDREASSA Jr., Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. **Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos tribunais superiores**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 12, n. 3, 2017.

²⁰⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233.

BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schiatti, MADEIRA, Guilherme (Coord.). **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v. 1.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>. Acesso em: 22 fev. 2022.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. London: Harvard University Press, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>. Acesso em: 24 abr. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; BREDÁ, Juliano (Coord.). **O Dia em que a constituição foi julgada: a história das ADC's 43, 44 e 54** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Theodoro Jr., Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 1.

NOVAS TÉCNICAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CONSEQUENCIALISMO NA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO PRAGMATISMO EM DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cristiane Santos Leite²⁰⁹, Mateus Simioni de Bittencourt²¹⁰

INTRODUÇÃO

As técnicas processuais são os meios pelos quais se permite a efetiva tutela jurisdicional. Já as técnicas de controle de constitucionalidade são os meios pelos quais se permite a adoção de determinadas interpretações quanto à inconstitucionalidade ou não da norma questionada.

Inicialmente, pretende-se observar se a ausência de previsão legislativa de determinada técnica processual é capaz de afastar a possibilidade do magistrado dela valer-se em determinado caso concreto. Na sequência, será analisada a relação entre as técnicas de controle de constitucionalidade e a adoção de decisões pragmáticas.

Estabelecidas estas premissas, estabelece-se um recorte metodológico das técnicas de controle de constitucionalidade entre (i) as comumente utilizadas, como (i.a) interpretação conforme à constituição, (i.b) declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e (i.c) modulação temporal dos efeitos da decisão; e, de outro lado, (ii) as não tão usuais, como (ii.a) a “lei ainda constitucional”, (ii.b) a pronúncia da inconstitucionalidade sem declaração de nulidade e (ii.c) o apelo ao legislador.

²⁰⁹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (1995), Pós-graduada em Inovações do Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2010) e Pós-graduada em Direito Administrativo e Direito Anticorrupção pela Faculdade CERS (2022). Pesquisadora do Grupo de Estudos da EJUD/TJPR em parceria com o CCONS/UFPR, vinculado ao Grupo de Pesquisa Instituições Políticas e Processo Legislativo (CNPQ). Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau do TJ/PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2727820359107601>. Contato: gcs1@tjpr.com.br.

²¹⁰ Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Estudante pesquisador do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado da UFPR (CNPQ) e do Grupo de Estudos da EJUD/TJPR em parceria com o CCONS/UFPR, vinculado ao Grupo de Pesquisa Instituições Políticas e Processo Legislativo (CNPQ). Monitor de disciplinas de Teoria do Direito, Direito Civil e Processual Civil na UFPR. Estagiário em gabinete de magistrada do TJ/PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1421343545227676>. Contato: mateuss-bittencourt@outlook.com.

A análise aqui proposta será focada nestas últimas, com a verificação de seu método, sua origem e sua aplicação no direito brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal.

1 TÉCNICAS PROCESSUAIS E A TUTELA DO DIREITO

As técnicas processuais são o vetor que possibilita a tutela do direito material. Tratam-se de previsão do procedimento a ser adotado que viabilize a efetiva tutela jurisdicional. Diferenciam-se, portanto, de um lado a técnica processual, como o meio a ser observado, e de outro a tutela jurisdicional ou tutela do direito, como o fim a ser atingido.

Sobre a questão, de longa data a doutrina reconhece que a legislação processual, que estabeleça determina técnica, não pode obstaculizar a efetividade da tutela do direito material, cabendo ao magistrado adotar a técnica processual adequada à situação conflitiva concreta (MARINONI, 2020).

É dizer, as técnicas processuais não são taxativas, limitadas àquelas expressamente previstas na legislação processual - ainda que os procedimentos, espécies do gênero técnica, sejam. Assim, ainda que determinada técnica não esteja expressamente prevista, é certo que pode ser adotada pelo julgador para garantir a efetiva tutela jurisdicional, dentro dos procedimentos previstos.

2 TÉCNICAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENCIALISMO NA DECISÃO JUDICIAL

Tal lógica do processo civil certamente se aplica às técnicas do controle de constitucionalidade, sendo os exemplos mais corriqueiros (i) a interpretação conforme à constituição e (ii) a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

A primeira é aplicada quando a lei aparenta ser inconstitucional, mas existe uma interpretação - dentre as várias existentes - que é constitucional. Assim, fica mantida a constitucionalidade da norma, mas tão somente com relação à sua interpretação que é constitucional. Já a segunda, em sentido inverso, é aplicável quando, existindo várias interpretações, apenas uma se mostra inconstitucional, sendo as demais constitucionais. Assim, exclui-se tal interpretação, mantendo-se as demais.

Outra técnica, também bastante utilizada no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade - e também no sistema de precedentes que vem se estabelecendo - é a modulação de efeitos da decisão, expressamente prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, e pode ser aplicada em razão da *segurança jurídica* ou de *relevante interesse social*.

A segurança jurídica está “ligada aos elementos objetivos da ordem jurídica, voltados à garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito” (CAMBI; Almeida, 2016, p. 2)²¹¹. Trata-se de primar pelos efeitos práticos da decisão e se estes podem trazer prejuízos à estabilidade e realização do direito, bem como de primar também pela proteção da confiança.

De outro lado, a doutrina dirá que um dos aspectos da segurança jurídica é a própria proteção contra “redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas” (TAVARES, 2018, p. 626). Nesse sentido, a doutrina, inclusive internacional, destaca que o postulado da segurança jurídica abarca, em especial, a proteção fornecida pelos precedentes jurisprudenciais (ROGERS, WRIGHT-CARROZZA, 1995).

O que se vê, portanto, é a observância dos resultados práticos da decisão, de forma pragmática e consequencialista. Tal agir foi positivado no art. 20 da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), com redação dada pela Lei 13.655/2018, o qual prevê que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Inclusive, vem se extraindo da referida norma, um dever de fundamentação da decisão judicial quanto aos seus efeitos práticos, sob pena de nulidade da decisão por ausência da devida fundamentação (DIDIER JR., OLIVEIRA, 2019).

Fazendo contraponto a esta possibilidade, em especial acerca da modulação de efeitos de norma inconstitucional, o Ministro do STF Marco Aurélio Mello advertiu que a “prática continuada pelo Supremo, de diferir no tempo a eficácia das decisões, estimula a edição de normas inconstitucionais”, ao ressaltar de que isso encorajaria a edição de normas inconstitucionais por legisladores que acreditam na morosidade da Justiça, já que, de algum modo, ainda que inconstitucional, a norma produziria efeitos (MELLO, 2021).

O que se pretende analisar, portanto, são novas técnicas processuais que otimizam a segurança jurídica através da consideração, pelo Tribunal, das consequências práticas de eventual decisão de declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica.

3 A TÉCNICA “LEI AINDA CONSTITUCIONAL”

Dentre as técnicas pragmáticas de controle de constitucionalidade que se pretende observar, a primeira é a técnica chamada de “lei ainda constitucional”. Possui origem no direito alemão, no caso da controvérsia envolvendo a legislação nazista que disciplinava os casamentos e proibia casamentos mistos - entre ari-

²¹¹ No mesmo sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

nos e não arianos. Assim, a norma, por ser discriminatória, era inconstitucional diante da nova Constituição da República Federal da Alemanha. Entretanto, a Corte Constitucional alemã se viu obrigada a reconhecê-la como “ainda constitucional”, para não criar uma lacuna normativa intolerável e declarar nulos todos os casamentos realizados durante a vigência da norma²¹².

Assim, quando utilizada a referida técnica, estabelece-se que a norma está rumando para a inconstitucionalidade, embora ainda seja constitucional, em decorrência de alguma situação fática presente no momento do julgamento — que um dia não estará mais presente.

Dessa forma, também é chamada de declaração progressiva de constitucionalidade, visto que o tribunal estaria declarando que, de forma progressiva, a norma se tornará inconstitucional, isto é, está rumando para a inconstitucionalidade.

No direito brasileiro, a técnica foi utilizada pela primeira vez no julgamento, pelo STF, do HC 705146²¹³. Tratou-se de caso que, na origem, foi declarada intempestiva apelação interposta por defensor público no prazo em dobro previsto no §5º do art. 5º da Lei 1.060/1950. O Tribunal, então, destacou para julgamento em plenário o HC, para que se analisasse a constitucionalidade da previsão de prazo em dobro para os defensores públicos, em especial no processo penal, onde o Ministério Público não possui prerrogativa semelhante.

No julgamento, o STF assentou, por ampla maioria, que ainda que a norma afrontasse o devido processo e a paridade de armas no processo penal, ao prever prerrogativa para a defesa — quando patrocinada pela defensoria — que o órgão de acusação não teria, ainda era constitucional, porque a defensoria não estava adequadamente estruturada, em especial em comparação a do Ministério Público.

Assim, restou decidido que a norma seria constitucional até que a Defensoria Pública alcançasse, nos Estados, o nível de organização e estruturação que o Ministério Público possui. Dessa forma, a lei estaria rumando para inconstitucionalidade, de forma progressiva, que seria alcançada quando a defensoria tivesse estrutura igual ao Ministério Público, quando não mais faria sentido possuir prerrogativa de prazo em dobro que o órgão de acusação não possui.

Trata-se, portanto, de uma técnica que privilegia a análise das consequências práticas da decisão a ser proferida pelo tribunal, isto é, de quais seriam os efeitos da pronúncia da inconstitucionalidade da lei em questão.

Para a doutrina, a técnica se aproxima da técnica na sinalização do direito estadunidense, quando um tribunal sinaliza que determinado precedente está desgastado, desprovido de força e autoridade, e será revogado na próxima vez

²¹² STF, ADI 5.127, Plenário, Rel. Min. Rosa Weber, julgada em 15 out. 2015, p. 41 do acórdão.

²¹³ HC 70514, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994 DJ 27-06-1997.

que o Tribunal analisar a matéria. Deixa-se, todavia, de se revogar o precedente diante das consequências práticas da decisão, com base na proteção da confiança depositada no precedente (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2021, p. 554).

Ademais, assim deve agir o Supremo Tribunal Federal enquanto corte formada de precedentes. Isso porque não se pode admitir que a corte, ao formar precedente, ignore a (in) constitucionalidade da norma para outras situações (MARINONI, 2021, 10.3).

4 PRONÚNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE SEM RECONHECIMENTO DA NULIDADE

A pronúncia da inconstitucionalidade sem reconhecimento da nulidade, por sua vez, é técnica mais controversa. Isso porque declara a inconstitucionalidade da norma, sem, contudo, declarar a sua nulidade. Isso vai de encontro a ideia de que o juízo de inconstitucionalidade, em princípio, impõe necessariamente a nulidade (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2021, p. 552).

A pronúncia de inconstitucionalidade sem reconhecimento da nulidade é a técnica adequada quando se pretende manter os efeitos da lei. Entretanto, diferencia-se da modulação de efeitos prospectiva, pois não se preserva os efeitos por tempo certo. E também se diferencia da “lei ainda constitucional”, pois não se mantém os efeitos enquanto uma situação prática estiver presente. Em outras palavras, aquela norma, embora inconstitucional, terá todos seus efeitos, passados e futuros, válidos.

Ademais, tem-se que a diferença, dessas técnicas, com a inconstitucionalidade progressiva, é a efetiva declaração de inconstitucionalidade da norma. Enquanto na modulação de efeitos e na pronúncia da inconstitucionalidade sem reconhecimento da nulidade a norma é efetivamente declarada inconstitucional — ainda que os efeitos de tal inconstitucionalidade sejam restringidos — no caso da norma ainda constitucional esta não é declarada inconstitucional.

De fato, em casos como o prazo em dobro dos defensores públicos, a norma não foi declarada inconstitucional sem nulidade, mas sim efetivamente reconhecida como constitucional, enquanto as defensorias públicas não fossem adequadamente organizadas.

Um exemplo da aplicação, ainda que parcial, desta técnica, pode-se citar a ADI 3.682²¹⁴, que versava sobre a criação do município de Luís Eduardo Magalhães. Embora o Tribunal já tivesse entendimento consolidado no sentido de que a criação de município seria inconstitucional, ficou preocupado com as

²¹⁴ ADI 3682, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007.

consequências práticas desta decisão, no caso concreto. Assim, pronunciou a inconstitucionalidade, mas não declarou a nulidade, conservando-se os efeitos até 24 meses após o julgamento.

Em primeiro lugar, diferencia-se da técnica da “lei ainda constitucional”, porque nesta mantém-se a constitucionalidade da norma em razão da circunstância, enquanto, no caso, reconheceu-se a inconstitucionalidade, sem declarar nulidade. Assemelha-se à modulação dos efeitos temporais da decisão, embora esta técnica seja comumente utilizada para manter hígidos os efeitos já produzidos pela norma, e não os futuros.

5 APELO AO LEGISLADOR

Outra técnica decisória, bastante parecida com as já abordadas, é o apelo ao legislador. Neste caso, assim como a “lei ainda constitucional”, também se constata a inconstitucionalidade progressiva da norma, ou seja, que a lei estaria rumando para a inconstitucionalidade, e é feito um apelo ao legislador para que sane o vício e evite uma lacuna normativa.

Com efeito, a norma está rumando para a inconstitucionalidade, mas ainda não é inconstitucional, porque, se assim for declarada, causará uma lacuna na legislação que não deve ser aceita. Então é feito um apelo ao legislador para que o vício seja sanado e não seja necessário reconhecer-se a inconstitucionalidade.

Um exemplo de apelo ao legislador, além dos casos já existentes em lei — como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão — foi a decisão do STF na ADI 5.127/DF. A ação em questão visava declarar inconstitucional mudança realizada na Lei nº 12.249/2010, com adição do artigo 76, através de conversão em lei de medida provisória. Na oportunidade, o Tribunal julgou improcedente o pedido deduzido na ADI, mas determinou:

A cientificação do Poder Legislativo de que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, *ex nunc*, de que não é compatível com a Constituição da República a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional.

Assim, a lei foi declarada constitucional — em atenção à segurança jurídica — e foi feito o apelo ao legislador para não mais incorrer em prática que, a partir daquele momento — mas não naquele caso concreto —, seria tida como inconstitucional.

A julgar pela recente alteração do Código de Processo Civil pela Lei 14.195/2021, oriunda de conversão em lei da MP 1.040/2021, o apelo não

encontrou grande recepção pelos parlamentares. Continua-se a inserir matéria sem pertinência temática na conversão, em lei, de medida provisória. E mais, matérias que sequer poderiam ser objeto de medida provisória.

Vale dizer que a doutrina constitucional mais recente considera que o apelo ao legislador seria tão somente uma decisão de rejeição da alegação de inconstitucionalidade da norma. Em verdade, o apelo propriamente dito seria caracterizado apenas como simples *obiter dictum*²¹⁵.

6 O CASO DO ICMBIO

Por fim, deve-se observar o Caso do ICMBio (ADI 4.029), em que o Supremo Tribunal Federal se valeu de diversas técnicas consequencialistas em um só caso.

Discutia-se a criação do Instituto, feita pela Lei nº 11.516/2007, questionando-se a constitucionalidade da conversão de medida provisória em lei sem a observância do oferecimento de parecer por comissão mista do Congresso Federal, previsto no art. 62, caput e § 9º da CF.

Na ocasião, o STF rumava-se a declarar inconstitucional a lei, devolvendo ao Congresso para que realizasse o parecer da comissão mista em questão. Todavia, após sinalização da Advocacia-Geral da União de que esta decisão importaria no reconhecimento da inconstitucionalidade de mais de 570 leis, já que a referida comissão mista nunca havia sido criada pelo Congresso, o Tribunal também adotou uma solução consequencialista.

Assim, declarou inconstitucional as normas contidas em Resolução do Congresso que permitiam tal prática (conversão em Lei de Medida Provisória sem parecer da comissão mista), com efeitos prospectivos, mantendo hígidas as normas até então existentes, que haviam sido elaboradas em acordo com a interpretação constitucional contida na Resolução do Congresso Nacional (declarada incidentalmente inconstitucional), privilegiando, assim, a segurança jurídica.

Dessa forma, tratou-se de caso que aplicou, ao mesmo tempo, (i) a técnica de declaração incidental de inconstitucionalidade, com a declaração incidental de inconstitucionalidade de Resolução do Congresso; (ii) a técnica dos efeitos prospectivos, já que as futuras leis que fossem promulgadas sem o parecer em questão seriam inconstitucionais e (iii) de certa forma, também a técnica pronúncia de inconstitucionalidade da norma, sem reconhecimento de sua nulidade. De certa forma, pois não foi declarada a inconstitucionalidade da norma questionada, mas apenas da resolução (que expressava interpretação constitucional

²¹⁵ STF, ADI 3.682, Plenário, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 09/05/2007.

do Congresso) que definia o trâmite formal que a norma questionada seguiu no parlamento.

CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, é certo que a ausência de previsão legislativa de determinada técnica processual não pode impedir que o Tribunal adote a técnica devida para garantir a efetiva tutela jurisdicional do direito material. Assim sendo, a ausência de previsão expressa para adoção de técnicas processuais de controle de constitucionalidade não pode ser um impeditivo para que a Corte Constitucional as adote.

Em segundo lugar, é de se observar que o direito brasileiro vem, cada vez mais, se preocupando com circunstâncias pragmáticas e consequencialistas da decisão. As previsões legislativas para este agir podem ser extraídas tanto dos requisitos legais para modulação de efeitos - segurança jurídica ou relevante interesse social - como da previsão da LINDB para que não se decida sem verificar as consequências práticas da decisão.

Após essas premissas, observou-se algumas técnicas de controle de constitucionalidade que fogem às usualmente utilizadas pelos tribunais: a “lei ainda constitucional”, a pronúncia da inconstitucionalidade sem declaração da nulidade e o apelo ao legislador.

A primeira se configura com a decisão que, embora verifique a lei aparenta ser inconstitucional, esta inconstitucionalidade ainda não foi atingida, em razão de determinada situação prática que torna a norma constitucional, por ora. Assim, enquanto verificada esta situação, a norma será constitucional. O caso exemplar, no direito brasileiro, é o caso do prazo em dobro da Defensoria Pública. Embora violasse a paridade de armas, o STF reconheceu que este prazo em dobro seria constitucional até o momento em que a Defensoria Pública tivesse a mesma estrutura do Ministério Público. Assim, a norma estaria rumando para a inconstitucionalidade.

A segunda técnica se verifica quando é reconhecida a inconstitucionalidade da norma, mas não é declarada sua nulidade, sendo mantidos os efeitos decorrentes da norma inconstitucional. O caso exemplar é da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da norma, mas não se declarou a nulidade, mantendo-se seus efeitos por 24 meses após o julgamento.

A terceira e última técnica abordada é o apelo ao legislador, que consiste em não declarar a inconstitucionalidade da norma e pleitear ao legislador que evite a prática inconstitucional. Para explicar, verificou-se o caso da ADI 5.127,

em que o STF cientificou o Poder Legislativo que, a partir daquele momento, seria inconstitucional a prática de violação à pertinência temática da Medida Provisória inicial, quando do seu projeto de conversão em lei.

Por fim, também foi analisado o caso do ICMbio, em que o STF declarou incidentalmente inconstitucional resolução do Congresso Nacional, mas modelou seus efeitos, de modo a, embora reconhecendo a inconstitucionalidade da prática legislativa, não declarou a nulidade da norma. E assim se deu para evitar a inconstitucionalidade de centenas de leis, todas aprovadas com base na mesma prática inconstitucional na conversão em lei de medida provisória sem parecer de comissão mista do Congresso, que nunca havia sido criada.

Portanto, pode-se verificar que em casos com efeitos práticos indesejáveis, o STF vem valendo-se de técnicas processuais de controle de constitucionalidade para preservar os efeitos e a própria constitucionalidade de leis que, a princípio, seriam inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAMBI, Eduardo. ALMEIDA, Vinicius Gonçalves. Segurança Jurídica e Isonomia como vetores argumentativos para aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, v. 260/2016, out. 2016 [versão eletrônica].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro** - v. 1: teoria da constituição e direitos fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 73, jul./set. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 [livro eletrônico].

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tipos de decisão constitucional**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 [livro eletrônico].

MELLO, Marco Aurélio. **A modulação dos efeitos da decisão**: análise e crítica ao instituto. *In*: PESSOA, Paula (org.); CREMONESE, Cleverton (org.); MARINONI,

Luiz Guilherme (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Processo Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei. **Revista Jurídica Virtual**, n. 6, out./ nov. 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1064/1048>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ROGERS, Wilian D; WRIGHT-CARROZZA, Paolo. *La Corte Suprema de Justicia y la seguridad jurídica*. Buenos Aires: Editorial Ábaco Rodolfo Depalma, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VARGAS, Bruna de Melo. **O fenômeno da lei ainda constitucional**: aplicação da inconstitucionalidade progressiva no controle brasileiro. Monografia — Curso de Graduação em Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2016.

A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA E A AGENDA 2030

Cynthia Peluzzo de Oliveira²¹⁶

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da Agenda 2030 e a possível correlação desta com a responsabilidade social corporativa, também chamada de responsabilidade social da empresa.

A responsabilidade social da empresa está inserida em um contexto de neoliberalismo econômico, capitalista, que no mundo contemporâneo demanda que os setores público e privado trabalhem em conjunto para solucionar os problemas sociais e ambientais.

Enfocando no setor privado, nas “empresas”, “corporações” ou “organizações”, aqui tratadas como sinônimas, este artigo visa elucidar como o termo diz respeito à forma como as empresas se relacionam com as comunidades do entorno e com a interna, os denominados públicos interno e externo. Para tanto, é preciso levar em conta a dimensão econômica, legal, filantrópica e ética, agindo com justiça (CARROLL, 1991) e revelando a cidadania empresarial.

Crê-se que se trata de um artigo atual e necessário, pois há poucos escritos sobre o tema, que vem ganhando relevância a cada dia, sobretudo ante o estágio civilizatório que a Agenda 2030 visa impulsionar e estabelecer.

Para a consecução do presente trabalho dividiu-se o estudo dois tópicos principais.

No primeiro tópico trata-se sobre a Agenda 2030. Após traçar um breve histórico da Agenda, consigna-se suas metas e os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), os subprincípios e metas, de forma bastante ilustrativa para se desumir sua importância.

O segundo tópico debruça-se sobre a responsabilidade social, sua importância e conceituação. É neste momento em que é apresentada a diferença entre função social da empresa e a responsabilidade social da empresa.

²¹⁶ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2011) e em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2013). Possui pós-graduação em Processo Civil Contemporâneo pela PUC/PR (2013) e em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Atua como conciliadora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e como advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4528617814424381>.

O trabalho é finalizado com a conclusão e as referências bibliográficas na sequência.

1 OBJETIVOS

Como objetivo geral, o estudo visa analisar a possibilidade de estabelecer uma correlação entre a agenda 2030 com a responsabilidade social da empresa.

Como objetivos específicos tem-se: identificar na Agenda 2030 qual o ODS que se relaciona com o desenvolvimento sustentável; verificar a diferença entre função social e responsabilidade social; compreender o(s) conceito(s) de responsabilidade social.

2 METODOLOGIA

A metodologia aplicada ao presente estudo é a de revisão bibliográfica, consistente na revisão de doutrina relacionada à temática abordada.

3 PROBLEMA DE PESQUISA

O problema da presente pesquisa é analisar o seguinte: é possível estabelecer uma correlação entre a Agenda 2030 com a responsabilidade social da empresa?

4 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

4.1 A AGENDA 2030

Em 2015 a Organização das Nações Unidas (ONU) realizou um encontro em sua sede, em Nova York, para elaborar um plano de ação para a erradicação da pobreza, a proteção do planeta e para garantir a prosperidade e o alcance da paz. Este plano ficou conhecido como “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, mais comumente chamado de Agenda 2030.

O resultado prático do plano foi a criação de 17 ambiciosas metas que visam o desenvolvimento sustentável em todo o mundo, denominadas objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), abrangendo as três dimensões do desenvolvimento sustentável: crescimento econômico, proteção ambiental e inclusão social.

Os ODS foram baseados nos antigos objetivos de desenvolvimento do milênio (ODM), que pretendiam ação em países em desenvolvimento.

Os ODM eram oito metas para o milênio estabelecidas pela ONU nos anos 2000, quais sejam: acabar com a fome e a miséria; oferecer educação básica de qualidade para todos; promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; reduzir a mortalidade infantil, melhorar a saúde das gestantes; combater a Aids, a malária e outras doenças; garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; e estabelecer parcerias para o desenvolvimento.

Essas oito metas foram transformadas nos 17 ODS e são/estão todos interconectados. Segundo a ONU (2022), os ODS são:

[...] um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade. Estes são os objetivos para os quais as Nações Unidas estão contribuindo a fim de que possamos atingir a Agenda 2030 no Brasil.

Importante pontuar a seguir quais os 17 ODS. Vejamos: (1) Erradicação da pobreza; (2) Fome zero e agricultura sustentável; (3) Saúde e bem-estar; (4) Educação de qualidade; (5) Igualdade de gênero; (6) Água potável e saneamento; (7) Energia limpa e acessível; (8) Trabalho decente e crescimento econômico; (9) Indústria, inovação e infraestrutura; (10) Redução das desigualdades; (11) Cidades e comunidades sustentáveis; (12) Consumo e produção responsáveis; (13) Ação contra a mudança global do clima; (14) Vida na água; (15) Vida terrestre; (16) Paz, justiça e instituições eficazes; (17) Parcerias e meios de implementação.

Dentro deste apanhado de metas norteadoras, há 169 sub-propósitos definidos pela ONU para atingimento da dignidade da pessoa humana e sua qualidade de vida, sem comprometer o meio ambiente e as gerações futuras.

Para os fins do presente trabalho merece ser expandida a explicação acerca do ODS nº 8, trabalho decente e crescimento econômico.

Segundo a ONU (2022), este objetivo tem a intenção de “promover o crescimento econômico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho digno para todos”.

Neste diapasão, há uma subdivisão deste ODS, no fito de desenvolver a ideia do que seria a promoção do “crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos” (ONU, 2022).

São as metas do objetivo ODS nº 8:

Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos

8.1 Sustentar o crescimento econômico per capita de acordo com as circunstâncias nacionais e, em particular, um crescimento anual de pelo menos 7% do produto interno bruto [PIB] nos países menos desenvolvidos

8.2 Atingir níveis mais elevados de produtividade das economias por meio da diversificação, modernização tecnológica e inovação, inclusive por meio de um foco em setores de alto valor agregado e dos setores intensivos em mão de obra

8.3 Promover políticas orientadas para o desenvolvimento que apoiem as atividades produtivas, geração de emprego decente, empreendedorismo, criatividade e inovação, e incentivar a formalização e o crescimento das micro, pequenas e médias empresas, inclusive por meio do acesso a serviços financeiros

8.4 Melhorar progressivamente, até 2030, a eficiência dos recursos globais no consumo e na produção, e empenhar-se para dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental, de acordo com o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com os países desenvolvidos assumindo a liderança

8.5 Até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor

8.6 Até 2020, reduzir substancialmente a proporção de jovens sem emprego, educação ou formação

8.7 Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas

8.8 Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários

8.9 Até 2030, elaborar e implementar políticas para promover o turismo sustentável, que gera empregos e promove a cultura e os produtos locais

8.10 Fortalecer a capacidade das instituições financeiras nacionais para incentivar a expansão do acesso aos serviços bancários, de seguros e financeiros para todos

8.a Aumentar o apoio da Iniciativa de Ajuda para o Comércio [Aid for Trade] para os países em desenvolvimento, particularmente os países menos desenvolvidos, inclusive por meio do Quadro Integrado Reforçado para a Assistência Técnica Relacionada com o Comércio para os países menos desenvolvidos

8.b Até 2020, desenvolver e operacionalizar uma estratégia global para o emprego dos jovens e implementar o Pacto Mundial para o Emprego da Organização Internacional do Trabalho [OIT]

Estas doze metas visam estimular diversas ações até 2030 e são *core features* para seus meios de implementação.

No diapasão do trazido por Souza Netto, Guilherme e Garcel (2020), o escopo do trabalho da ONU está, se não vinculadas à seara da prosperidade, ao alcance da paz. Senão vejamos:

[...] Na seara da prosperidade, as iniciativas buscam garantir que todos os seres humanos possam desfrutar de uma vida próspera e de realização pessoal, com o progresso econômico, social e tecnológico em harmonia com a natureza. Os objetivos estratégicos atrelados ao alcance da paz consubstanciam-se na promoção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas, livres do medo e da violência. [...]

Feitas estas considerações iniciais, impende destacar a relação deste ODS e suas metas com a questão em voga da responsabilidade social da(s) sociedade(s) empresária(s) e os ditames constitucionais.

4.2 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

A “empresa”, é, conforme leciona Maria Helena Diniz (2021), “uma instituição jurídica despersonalizada, caracterizada pela atividade econômica organizada, ou unitariamente estruturada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado ou à intermediação deles [...]” (DINIZ, 2021, p. 171).

A empresa, segundo a autora, é um ente despersonalizado, já que a própria atividade econômica organizada e não a pessoa natural ou jurídica que a exerce ou explora.

Neste diapasão cumpre ressaltar que, para a autora, existe uma simbiose entre empresa e empresário. Isso porque “toda atividade empresarial pressupõe o empresário” (DINIZ, 2021, p. 171).

Além disso, ressalta Diniz que a empresa é um “núcleo convergente de vários interesses que realçam sua importância econômico-social” (DINIZ, 2021, p. 181) e que há uma “nova empresarialidade, fundada na função social e na boa-fé objetiva, tendo por finalidade: geração de um valor econômico agregado; serviço à comunidade; desenvolvimento das pessoas que a integram e capacidade de continuidade” (DINIZ, 2021, p. 181).

Cumpre-nos compreender, nesta senda, o que é função social da empresa para, posteriormente, distingui-la de responsabilidade social.

Acerca da função social, tem-se que sua história é verdadeiramente antiga. De acordo com Eduardo Tomasevicius Filho (2005), a ideia da função social surgiu com São Tomás de Aquino ao se afirmar que os “bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar”.

Em tempos mais atuais, rememoram Pompeu e Santiago (2019) que a função social está intimamente ligada com a função social da propriedade²¹⁷, prevista nos artigos 5º, XXIII, e 170, III, ambos da Constituição Federal e “ganhou espaço no âmbito jurídico brasileiro, a partir da década de 1970, quando se forma no Brasil a corrente doutrinária sobre a teoria da preservação da empresa” (2019, p. 2).

Nesta baila, segundo Porto e Porto (*apud* VILLAS BOAS; MOTTA, 2021, p. 81) a realização prática da empresa está relacionada com a sua preservação e com a viabilização da “manutenção da fonte de criação de riqueza e também, a criação de instrumentos de otimização dos ativos empresariais [...] com o fim de promover o melhor desenvolvimento socioeconômico possível.”.

Em assim sendo, vê-se que a “empresa” tem uma potencialidade de influência, fazendo-se mister, como defendem Pompeu e Santiago (2019), que o seu papel seja redefinido, “de modo que exerça sua função social em consonância com os preceitos instituídos pela sociedade na qual se encontra.” (2019, p. 5).

No Brasil, a função social da empresa está expressamente prevista no art. 116, parágrafo único, e no art. 154, ambos da Lei 6404/76. Vejamos:

Art. 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os

²¹⁷ Interessante trazer à baila o disposto no parágrafo segundo, do artigo 14 da Constituição da Alemanha (Grundgesetz), segundo o qual o uso da propriedade privada deve servir ao bem comum, ao bem da comunidade. Em alemão: *Eigentum verpflichtet. Sei Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/igg/BJNR000010949.html>. Acesso em: 14 jul. 2022.

que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Além disso, há previsão acerca da função social da empresa no art. 47 da Lei 11.101/2005. Leiamos:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Percebe-se que a “empresa” foi colocada como ente de fundamental importância para a ordem econômica e para a vida em sociedade.

Não obstante, conforme lecionam Cardozo de Oliveira e Buzzi (2016), embora o ordenamento jurídico pátrio tenha incorporado os princípios da função social da propriedade e do contrato, ainda não há disciplina específica sobre a função social da empresa, que é aplicada pelo viés principiológico da ordem econômica.

Para Cardozo de Oliveira e Buzzi (2016, p. 205), todavia, é possível descrever-se a função social da empresa como:

[...] a função social da empresa, do ponto de vista jurídico e no contexto da virada linguística, assimila um modelo de funcionalização aberta e voltada para captar o sentido do agir social de empresários e trabalhadores no contexto de validade intersubjetiva e no confronto com a presença do outro. Não se trata, desse modo, de substituir a funcionalização por uma espécie de responsabilidade social derivada dos deveres de ética empresarial. O conteúdo obrigacional da função social da empresa liga-se a uma eticidade de compromisso com o reconhecimento dos direitos do outro que está arraigado na evolução da vida em sociedade, no contexto da economia capitalista.

Continuam tais autores informando a existência de uma tentativa de disciplina do termo, no Projeto de Lei 1572/2011 (já arquivado), senão vejamos:

Art. 7º. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua,

de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

Este conceito de função social da empresa, embora não positivado no ordenamento jurídico pátrio, é o adotado pelo presente trabalho.

Acerca da função social na Constituição Federal, Eros Grau (2018), ao tratar do tema da função social da propriedade, afirma que sua sistematização na Constituição de 1988, no art. 170, incisos II e III, apresenta duas funções concomitantes: a primeira de servir de instrumento para assegurar a todos existência digna e a segunda de objetivo a ser alcançado, assume, assim, função de diretriz que justifica a realização de políticas públicas. Ressalta que a função social da empresa tem por pressuposto necessário a propriedade privada, haja vista que no seio da propriedade estatal a alusão à dada função em nada inova, embora se possa referir dada função a empresas estatais quando prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica em sentido estrito.

É seguro afirmar, portanto, que com o advento da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002 houve a constitucionalização do direito civil, inserindo-se a dignidade da pessoa humana na centralidade do ordenamento jurídico, que deixou de ter um cunho individualista e patrimonialista para olhar para a eticidade, socialidade e boa-fé, inserindo diversos princípios na nova ordem jurídica, como o aqui tratado.

Conhecido o ideário e o conceito de função social da empresa, passa-se agora a sua diferenciação com a responsabilidade social da empresa.

Segundo leciona Fernanda Gabriela Borger (2013), os estudos para a formulação de um conceito moderno de responsabilidade social surgiram na década de 1950, nos Estados Unidos e na Europa²¹⁸.

No início, ressalta Borger (2013):

A preocupação dos pesquisadores daquela década era com a excessiva autonomia dos negócios e o poder destes na sociedade, sem a devida responsabilidade pelas consequências negativas de suas atividades, como a degradação ambiental, a exploração do trabalho, o abuso econômico e a concorrência desleal. Para compensar os impactos negativos da atuação das empresas, empresários se envolveram em atividades sociais para beneficiar a comunidade, fora do âmbito dos negócios das empresas, como uma obrigação moral.

²¹⁸ Carroll (1999) afirma que os debates teóricos sobre o termo se iniciaram nos idos de 1930, mas que até hoje não há um consenso sobre o conceito.

Tinha-se então um contexto capitalista, que perdura até hoje, em que as sociedades empresárias (“empresas”) são atores chaves no cenário econômico, influenciando a vida e trabalho de milhares, senão de milhões de pessoas, e são capazes de afetar o desenvolvimento econômico e social dos países.

Estas influências impactam na vida cotidiana não só dos funcionários das organizações, mas de toda a sociedade.

Como aduzem Leite, Ventura e Segantin (2021), dessa forma, as empresas “possuem responsabilidade sobre como impactam a sociedade, especialmente considerando aspectos econômicos, sociais, ambientais e de direitos humanos” (2021, p. 340 - 341).

Neste esteio, continuam esses autores, afirmando que:

A responsabilidade social das organizações é multifacetada e possui diferentes definições. Abarca a forma como as empresas posicionam suas políticas organizacionais, visando impactar positivamente a comunidade. Nessa perspectiva, há um consenso geral de que as iniciativas de responsabilidade social devem buscar promover o bem comum e os valores de humanidade, [...] (2021, p. 341).

Ainda neste sentido, ressalta Domingos (2007):

A responsabilidade social corporativa propõe-se a articular variados segmentos (Estado, empresariado e comunidades) sociais, abrange múltiplas dimensões (econômica, social e ambiental), exige várias condutas (ética e cidadã) e envolve diferentes campos (cultural, simbólico e imaginário) da organização (DOMINGOS *apud* MELO; NETO; FROES, 2007, p. 7)

A responsabilidade social e suas práticas “expressam a convicção de que a instituição tem que exercitar sua função interativa na sociedade, influenciando, no sentido de equidade, a comunidade ao seu entorno” (GUERRA, 2013, p. 19).

Em assim sendo:

[...] quando se reconhece uma empresa como socialmente responsável, está sendo reconhecido todo o seu esforço na busca por uma relação mais harmônica e ganha-ganha junto àqueles que, de alguma forma, se relacionam com ela, seja público interno ou externo (CARPES, 2005, p. 22).

A título de curiosidade, essa relação “ganha-ganha” é a relação em que todos os envolvidos ganham, mormente em uma negociação. Ninguém perde, pois há a ideia um relacionamento colaborativo, com o objetivo de crescimento

mútuo. Esta é uma técnica adotada nas negociações, denominada de metodologia *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (BATNA), de Harvard.

Pois bem, dentre as definições de responsabilidade social das organizações que parecem pertinentes ao presente trabalho, traz-se as seguintes:

A responsabilidade social de uma empresa consiste na sua decisão de participar mais diretamente das ações comunitárias na região em que está inserida e diminuir possíveis danos ambientais decorrentes do tipo de atividade que exerce.” (D’AMBORSIO & MELLO apud NETO & FROES, 1999, p. 78). “Porém, apoiar o desenvolvimento da comunidade e preservar o meio ambiente não são suficientes para atribuir a uma empresa a condição de socialmente responsável. Faz-se necessário investir em um ambiente de trabalho saudável e no bem-estar de seus empregados e dependentes, além de dar retorno aos seus acionistas e garantir a satisfação dos seus clientes e/ou consumidores. (DUTRA, 2001, p. 13).

Interessante a definição de responsabilidade social trazida por José Alfredo de Pádua Guerra, em sua tese de doutorado (2013). Vejamos:

[...] o termo responsabilidade diz respeito a indivíduos, à liberdade de ação e decisão pessoal, a ter consciência sobre atos, - portanto à possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento -, à opção de evitar determinadas atitudes e à necessidade de assumir as consequências dos atos, sejam positivos ou negativos. Social, por sua vez, é um termo que se refere às pessoas, às comunidades, à sociedade em geral. Assim, Responsabilidade Social diz respeito a respostas que a pessoa, física ou jurídica, deve dar à sociedade ou à opinião pública, decorrente de seus atos. A Responsabilidade Social constitui-se em tema amplo e controverso porque lida com pessoas, relações e valores pessoais no ambiente econômico. Nessa ótica, refere-se à maneira como gestores tomam decisões nas organizações e como afetam a sociedade. Nesta perspectiva, o modo como buscam o sucesso de seu empreendimento é crucial para maior ou menor desenvolvimento da sociedade. A RS diz respeito diretamente a planejar e gerir os negócios de maneira ética, respeitando valores e direitos, podendo contribuir para o desenvolvimento de uma sociedade menos desigual, mais justa e com maiores condições de acesso a produtos e serviços. Implica em agir corretamente e ser responsável pelo enfrentamento dos problemas sociais que assolam o mundo, tomando atitudes concretas para enfrentá-los, por uma questão de compromisso humano e social, pois

toda organização também diz respeito ao desenvolvimento humano, social e para de negócios sustentáveis. A organização socialmente responsável possui a capacidade de ouvir os interesses das diferentes partes (gestores, colaboradores, prestadores de serviço, fornecedores, consumidores, comunidade, governo e meio ambiente) e conseguir incorporá-los no planejamento de suas atividades, buscando atender às demandas de todos. (GUERRA, 2013, p. 18)

Percebe-se que a responsabilidade social não pode ser confundida com filantropia, pois a ultrapassa largamente. O conceito a ser condensado das versões acima está nas origens do agir ético que envolve as empresas e a sociedade, eis não ser possível pensar a responsabilidade social sem ética nos negócios.

Vislumbrando a questão do agir ético, mas não só, Epstein (*apud* CARROLL, 1999, p. 288) afirma que há um nó de três elementos que entrelaça o processo da responsabilidade social corporativa e da cidadania empresarial: a ética corporativa (*business ethics*), a responsabilidade social corporativa em si (*corporate social responsibility*) e a responsividade social corporativa (*corporate social responsiveness*).

Para Borges (2001), o conceito de responsividade social corporativa tem como ideia central o fato de que “as empresas devem responder às demandas sociais para sobreviver, adaptando o comportamento corporativo às necessidades sociais” (BORGES, 2001, p. 44). Neste sentido, a autora continua e aduz que a responsividade social é “a adaptação do comportamento corporativo às necessidades sociais; a empresa deve agir responsavelmente atendendo às expectativas da sociedade de como os negócios devem funcionar.” (BORGES, 2001, p. 45).

Essa dimensão do agir ético e dos três elementos acima mencionados reforçam a ideia da ultrapassagem da mera filantropia para um compromisso com o desenvolvimento sustentável, observando-se o público interno e externo da organização.

Como diria Galbraith (1982), deixar de se preocupar com um desses públicos poderia trazer problemas sérios para uma organização em um ambiente capitalista, ameaçando sua sobrevivência, pois tais públicos pressionam as empresas à prática da responsabilidade social.

Neste tocante, vale relembrar que a conscientização sobre o papel das empresas como inseridas na comunidade transformou a responsabilidade social em uma ação estratégica das empresas, fincada não só na mudança de hábitos, mas também em estudos e princípios como o Princípio 8 da Declaração do Rio, as iniciativas do ISO 14000 e ABNT NBR ISO 26000 (GUEDES; BARBOSA, 2016).

Ressaltam tais autoras que as empresas lucram com tais ações, pois investidores podem escolher privilegiar empresas comprometidas com os conceitos mais éticos e tudo aquilo que redundar em ações internas pode aumentar a produtividade, diminuir gastos com a saúde/afastamento de funcionários. Ademais, ações internas atribuem maior credibilidade e confiança por parte de clientes.

Nesta perspectiva, a responsabilidade social é entendida como um “instrumento útil para a geração de ganhos no longo prazo” (ANDRADE, 2009). Cita Andrade (2009) que:

Toffler (1995), por exemplo, observou que atuar a partir de princípios responsáveis do ponto de vista social tornou-se uma exigência que diversos públicos fazem sobre as empresas. Assim, o autor afirma que a organização agora tem de lidar com “múltiplos objetivos” para sua sobrevivência, e não apenas com o objetivo econômico. [...].

Embora inexista um conceito inequívoco de responsabilidade social corporativa, o que se percebe é a existência de um *standard* comportamental, fundamentado na ética, o que faz surgir a cidadania empresarial.

CONCLUSÃO

Partindo do interesse em averiguar se é possível estabelecer uma conexão entre a Agenda 2030 e a responsabilidade social da empresa, o presente trabalho perpassou a conceituação da Agenda 2030, trazendo à baila seu contexto histórico e uma explicação acerca dos ODS, em especial o de número 08, qual seja “trabalho decente e crescimento econômico”, cuja meta primeira é “promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos”.

Outrossim, o presente trabalho buscou esclarecer acerca do conceito de responsabilidade social, diferenciando-o de função social da empresa, sendo certo que, embora inexista um conceito único sobre o termo, há atualmente a exigência, pelo público interno e externo das organizações, de um *standard* comportamental, fundamentado na ética, o que faz surgir a cidadania empresarial.

Em assim sendo, a correlação que se pode estabelecer entre a Agenda 2030 e a responsabilidade social corporativa, em especial em relação ao ODS 08 é que a empresarialidade deve ser desenvolvida com responsabilidade e cidadania empresarial, apoiando a comunidade na qual se insere, promovendo os direitos fundamentais do público interno e externo, respeitando-se os trabalhadores e as relações trabalhistas, dada a importância do papel econômico e social da empresa na sociedade.

Atualmente é inegável a responsabilidade social e a função social da empresa são institutos imprescindíveis ao desenvolvimento da atividade empresarial, inafastáveis e transformadores dessa.

Consagra-se, portanto, o princípio da socialidade, amoldando-se a atividade econômica aos interesses da coletividade, haja vista o estágio civilizatório atual.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Aureliano Monteiro de. **Responsabilidade Social Corporativa:** o que empresas siderúrgicas de MG declaram e quais as percepções de suas comunidades de entorno. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais, 2009. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-9BEH23/1/disserta__o_marcelo_aureliano_monteiro_de_andrade.pdf. Acesso em: 9 ago. 2022.

BORGER, Fernanda Gabriela. **A responsabilidade social empresarial e sustentabilidade para a gestão empresarial.** Instituto Ethos. 2013. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/responsabilidade-social-empresarial-e-sustentabilidade-para-a-gestao-empresarial/>. Acesso em: 9 ago. 2022.

BORGER, Fernanda Gabriela. **Responsabilidade social:** efeitos da atuação social na dinâmica empresarial. 2001. Tese de Doutorado. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-04022002-105347/publico/RSEFGB.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2022.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo de; BUZZI, Gabriela Cristine. Função social da empresa no Brasil no contexto de globalização econômica: luta por reconhecimento de direitos e mercado. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Brasília, v.2, n.1, p. 201 - 218. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/1013/1008>. Acesso em: 15 jul. 2022.

CARPES, Maria Margareth Mainhardt. **A responsabilidade social como um fator de competitividade das organizações:** uma proposta teórico-metodológica para avaliação de desempenho. 2005. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/102285>. Acesso em: 09 ago. 2022.

CARROLL, Archie B. **Corporate social responsibility: evolution of a definitional construct.** Researchgate.net/directory/publications, Athens. Geórgia. EUA. 1999. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/282441223_Corporate_social_responsibility_Evolution_of_a_definitional_construct. Acesso em: 09 ago.2022.

DINIZ, Maria Helena. **Importância dos Princípios da Função Social da Empresa e da Boa-Fé Objetiva** – Parâmetros da liberdade Econômica – Para a Cidadania Empresarial. *In*: BERTONCINI, Mateus; POZZETTI, Valmir César; LEITE, Flávia Piva Almeida; SALEME, Edson Ricardo (Org.) *Temas Contemporâneos de Direito Empresarial e Cidadania: Estudos em Homenagem à Professora Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr*. Curitiba: Instituto Memória, 2021.

DOMINGOS, Maria de Lurdes Costa. Responsabilidade social nas organizações de trabalho: benevolência ou culpa?. **Revista Psicologia Ciência e Profissão**. P. 80 – 93, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/qsNpcXmVDFJwQYn4hKtk43L/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jul. 2022.

GUERRA, José Alfredo de Pádua. **Gestão das fundações e responsabilidade social**. 2013. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2013. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/106136/guerra_jap_dr_fran.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 09 ago. 2022.

LEITE, Flavia Piva Almeida; VENTURA, Carla Aparecida Arena; SEGANTIN, Adriano Fernando. **Responsabilidade social das empresas e proteção às pessoas com deficiência: dos princípios globais à legislação nacional**. *In*: BERTONCINI, Mateus; POZZETTI, Valmir César; LEITE, Flávia Piva Almeida; SALEME, Edson Ricardo (Org.) *Temas Contemporâneos de Direito Empresarial e Cidadania: Estudos em Homenagem à Professora Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr*. Curitiba: Instituto Memória, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 8**. [Brasil.un.org/pt-br](https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8), Brasília. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>. Acesso em: 12 jul.2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. [Brasil.un.org/pt-br](https://brasil.un.org/pt-br/sdgs), Brasília. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 12 jul.2022.

PACZOWSKI, Shirley. **Desenvolvimento de um procedimento de avaliação de práticas de responsabilidade social das organizações produtivas**. 2009. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/85379/225903.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SOUZA NETTO, José Laurindo; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane. Planejamento estratégico sustentável do Poder Judiciário paranaense. **Revista CNJ**, Brasília, v. 4, n. 2, jul/dez 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/20585333/32+Artigo+Revista+CNJ+Planejamento+Sustent%C3%A1vel+do+Poder+Judici%C3%A1rio+Paranaense+%281%29.pdf/6911b1ab-96a0-23db-c-942-02d8edb063bf>. Acesso em: 13 jul. 2022.

ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL: INOVAÇÃO TARDIA, MAS NECESSÁRIA

Eduardo de Oliveira Leite²¹⁹

INTRODUÇÃO

Questão que sempre aguça as paixões e gera a mais variada ordem de exegeses é relativa à reparação do dano moral, especialmente no âmbito familiar, em que a notória e insustentável postura tem se revelado cautelosa, senão, contrária à indenização com base na repetida alegação de que o amor não é indenizável. Tal postura é verificável tanto nas decisões de nossos Tribunais como nas cortes Superiores, v.g. no STJ que não vacilava em reformar decisões dos Tribunais estaduais favoráveis à referida indenização.

A postura inicialmente provocada pelas ações relativas ao abandono afetivo, tem ultrapassado aquele limite reducionista, espreado-se para todas as relações familiares decorrentes da relação paterno-materno-filial, em prova inequívoca de que a matéria tem ganhado o relevo e consideração no ambiente jurídico, especialmente junto ao Poder Judiciário, que vem sendo questionado diária e sistematicamente a se posicionar frente à delicada temática.

A primeira ação judicial que reconheceu a indenização extrapatrimonial por abandono filial ocorreu em Minas Gerais. Na ocasião, o então Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou um pai a pagar indenização de duzentos salários-mínimos a título de danos morais ao filho por não ter com ele convivido. Merece leitura a ementa da decisão para se avaliar o ineditismo da ação pleiteada:

Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG. Apel. Cível 408.550-5, 7ª Câm. Pres. José Affonso da Costa Côrtes.

²¹⁹ Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris – Nouvelle Sorbonne – Paris (França); Pós-Doutor em Direito de Família pelo Centre du Droit de la Famille – Université Jean Moulin – Lyon (França); Professor Titular de Direito Civil – UEM/Maringá – PR.; Professor Titular na Faculdade de Direito da UFPR – Curitiba/PR.; Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas – APLJ – Curitiba/PR.; Membro fundador da ADFAS – Associação de Direito da Família e das Sucessões; Membro do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado, Escritor e Parecerista. lattes.cnpq.br/21371049490292.

Rel. Unias silva, Ver. D. Viçoso Rodrigues e vogal, José Flávio Almeida).(TARTUCE, 2021 p.950-951)

Embora vitoriosa em primeiro grau, a sentença foi reformada pelo STJ, que afastou o dever de indenizar no caso em questão, invocando ausência de ato ilícito, pois o pai não seria obrigado a amar o filho. A ementa da decisão merece destaque para que se possa avaliar a tendência então dominante à época do julgamento:

Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 757.411/MG (2005-0085464-3) Rel. Min. Fernando Gonçalves, votou vencido o Min. Barros Monteiro, que dele não conhecia. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro relator. Brasília, 29.11.2005)

Conforme se depreende da leitura da ementa, o abandono afetivo não era considerado ato ilícito, portanto não era capaz de reparação pecuniária, sendo inaplicável a norma do art. 159 do CC.

Os argumentos invocados demonstram cabalmente a postura dominante à época que, certamente sofreu alteração redundando em postura diametralmente contrária, como se examinará a seguir.

Tudo indica – e nem poderia ser diferente – que a postura francamente contrária à reparação de danos decorrentes da ausência de afeto, amor e cuidado, tem sido substituída por uma postura mais cuidadosa tendente a encarar o amor como sentimento devidamente inserido na noção de “cuidado” prevista pelo legislador nacional em diversas passagens do Livro dedicado ao Direito de Família.

Enquanto o “adultocentrismo”²²⁰ avassalador dominava as decisões que envolviam os direitos da criança, era aceitável (mas não razoável, sempre afirmamos, sem vacilar) que aquelas decisões negassem o direito à reparação do dano, em manifesta e visível “vantagem” garantida aos adultos (pais), mas à medida que a figura infantil foi se afirmando e se impondo no ambiente jurídico, aquela conduta foi perdendo sua potencialidade em prol da parte inquestionavelmente mais fraca, a saber, os filhos, a criança.

²²⁰ A expressão foi cunhada pela civilista francesa Evelyne Sullerot que, em seu livro *Quels pères?, Quels fils?* denuncia a tendência quase universal de examinar as questões de família da ótica dos pais, dos adultos, negligenciando o interesse maior e fundamental das crianças.

São as crianças e os adolescentes, e não seus genitores, os elementos mais carentes de proteção, porque, sendo menores e indefesos, estão mais sujeitos à manipulação e negligência dos adultos, daí se deduzindo que a proteção legal, em especial no ambiente familiar, é preferencialmente direcionada aos filhos e não aos genitores.

Os adultos, em decorrência da idade e da natural experiência existencial, têm condições de se proteger e defender seus interesses; enquanto as crianças certamente se encontram em situação diametralmente oposta, que se não favorece, facilita toda sorte de abusos que a ordem jurídica não quer, nem deve admitir. Por isso, nosso Estatuto da Criança e do Adolescente guindou à categoria de premissa fundamental o interesse das crianças e dos adolescentes devendo ser priorizado sempre e em qualquer hipótese. E este documento legislativo se encontra em vigor desde 1990, devendo pois, ser respeitado e aplicado.

1 DA MUDANÇA DE PARADIGMA DA FILIAÇÃO

Os elementos geradores da postura legislativa acima assinalada decorrem de inúmeros e infinitos motivos, tornando-se impossível (e, talvez, tautológico) repeti-los novamente, porém é possível indicar como marco determinante desta mudança de posturas, o disposto no texto constitucional de 1988 que, em seu artigo 227, § 6º igualou todos os filhos, proibindo o tratamento discriminatório relativo à filiação, assim como a Lei 8.560 de 1992 – Lei da averiguação oficiosa da paternidade – que estabeleceu meios e formas para o reconhecimento voluntário da filiação materna e paterna, garantindo a todas as crianças (especialmente as concebidas fora do casamento) o *status* de filho e todos os direitos, de ordem pessoal e material, daí decorrentes.

Colocou-se um ponto final na hipocrisia que dominava o cenário familiar brasileiro que classificava os filhos em decorrência da existência ou não de casamento.

Esta igualdade na filiação foi devidamente recepcionada pelo sistema infraconstitucional, em especial no Código Civil de 2002 que, em seu artigo 1.593 estabeleceu a bilateralidade do parentesco, que pode resultar tanto da consanguinidade, quanto da afetividade. Vencida a primazia da paternidade biológica, abriu-se uma nova perspectiva que encara uma paternidade que precisa ser vivificada pela construção permanente do investimento afetivo. Ou seja, o legislador abriu um espaço – até então não reconhecido – ao afeto e ao amor nas relações paterno-materno-filiais. Ou, na expressiva doutrina de João Baptista Villela

Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil iden-

tificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe, não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir. (VILLELA, 1979, p. 407-408)

Reside aí um elemento novo, não devidamente considerado pela jurisprudência e que passa a ser decisivo nas questões de responsabilidade parental: o servir e o amar são sim expressões inequívocas da guarda e educação a que se refere o legislador tanto no art. 22 do ECA²²¹, como, igualmente no art. 1.634 do Código Civil.²²²

O que Villela quis realçar é que não basta gerar um filho (afinal qualquer homem pode ser genitor)²²³, mas é fundamental querer ter o filho como seu, é necessário “adotá-lo” (na ótica de Françoise Dolto, 1998) como filho, desde a concepção. Ou, na expressiva alusão de Jacqueline Nogueira (2001, p.98), “Pai tem que ser muito mais que pai jurídico ou biológico. Tem que se pai de coração, de adoção e de doação.”

A alteração, pouco visível no sistema codificado, gerou efeito gigantesco no ambiente jurídico, na medida em que se passou a considerar o elemento amor um componente da relação paterno-materno-filial, que até então o legislador tinha dificuldade de admitir e os tribunais insistiam em desconsiderar.

A proposta, absolutamente inédita, nos remete a outro autor, que resumiu, de forma impecável, este novo elemento

O amor paterno não é simples nem complicado. O amor paterno exige presença ativa, diálogo permanente, interminável mesmo quando os casamentos se desfazem [...] Eis a questão da paternidade: é preciso ter tempo e disponibilidade para viver com os filhos. Amor paterno é presença e atenção. É construção. Não é instintivo, genético. É conquista. (GADOTTI, 1998, p.109)

Estas considerações decisivas à boa apreciação da matéria (ainda que alguns juízes insistam em se limitar à mera apreciação legal das questões invocadas perante o Poder Judiciário) resgatam duas noções fundamentais para enfrentar

²²¹ “Art. 22. Ao pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

²²² “Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I – dirigir-lhes a criação e educação;
- II – tê-los em sua companhia e guarda;

[...]”

²²³ Ver, nesse sentido, artigo de nossa lavra sobre os limites do exame de DNA na investigação da paternidade: LEITE, Eduardo de Oliveira: “Exame de DNA ou, o limite entre o genitor e o pai”. *In*: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.) *Grandes Temas da Atualidade*, v.1. DNA como meio de prova da filiação – Aspectos constitucionais, civis e penais, p. 61-85.

a problemática, a saber: a responsabilidade e o abandono. Ou melhor dizendo, afastando-se da visão reducionista que esgotava a paternidade ao mero elemento biológico (do instintivo, do genético), o legislador alarga o papel da afetividade e da responsabilidade daí derivada.

Assim, um pai que gerou um filho, mas o abandonou – moral, sentimental e afetivamente – é responsável por este abandono, na medida em que uma criança abandonada afetivamente é uma criança de risco, fragilizada e vulnerável aos desafios da existência e da condição humanas. Ou, como doutrina Guy Corneau

A ausência abarca tanto a ausência psicológica quanto a física do pai, correspondendo à ausência em espírito e à ausência emotiva; contém igualmente a ideia de um pai que, apesar da presença física, não se comporta de maneira aceitável; penso nos pais autoritários esmagadores e invejosos dos talentos de seus filhos, nos quais abafam qualquer iniciativa criadora ou de afirmação; penso, finalmente nos pais alcoólatras, cuja instabilidade emotiva mantém os filhos permanentemente inseguros. (CORNEAU, 1991, p.23-26)

O que a atual legislação civil (Código Civil) e toda legislação complementar ressaltaram é que o destino dos filhos depende direta e imediatamente da atuação dos pais, responsáveis primeiros pela segurança, equilíbrio e bem-estar dos filhos, capazes de lhes garantir um espaço positivo na sociedade e na comunidade em que eles irremediavelmente estarão inseridos desde o nascimento até a morte. Essa noção de *continuum* tão bem ressaltada por Françoise Dolto (1998) e por todos os juristas preocupados com a causa das crianças, ressuscita de forma veemente, em toda produção legislativa atual, em prova inequívoca de que o bom andamento da sociedade decorre diretamente de crianças bem equilibradas e bem estruturadas.

Por isso, e tão somente por isso, a responsabilidade dos pais pelo destino dos filhos tem sido tão invocada quer nos dispositivos legais (que fomentam a responsabilidade parental em todas as formas), na produção doutrinária (que convoca os pais a refletirem sobre suas responsabilidades) e na postura jurisprudencial (que conduz os pais a assumirem esta responsabilidade).

Portanto, não é crível nem aceitável, a afirmação ainda divulgada no sentido de que não haveria respaldo legal para aplicação da reparação do dano moral na inocorrência desta responsabilidade desejada, perseguida e assumida pelo mundo jurídico. Sustentar tal hipótese corresponde a negar a evolução do Direito e das conquistas humanas sempre e cada vez mais voltadas à responsabilização dos pais pelo destino dos filhos. Corresponderia a fomentar a cultura da não convivência.

2 DA PREVISÃO LEGAL QUANTO À RESPONSABILIDADE DOS PAIS

Tanto o Código Civil (arts. 1.634, 1.638, entre outros) como o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 18, 19, 22, entre outros) se referem à competência dos pais quanto à pessoa dos filhos. Embora silenciem sobre o “amor”, referem-se de forma contundente ao “sustento, guarda e companhia” que, obviamente, integram o “amparo, o carinho, o desvelo e o amor” que se tece ao longo da existência no convívio familiar (art. 227 da CF).²²⁴

Se no art. 1.634 do CC o legislador se referiu à competência dos pais em decorrência do Poder Familiar, no art. 1.638 a lei civil dispôs expressamente sobre o abandono quando afirma que “perderá por ato judicial o poder familiar, o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono”. Logo, à incorrência da responsabilidade corresponde imediata sanção. O abandono *lato sensu*, ou seja, material ou moral, é sancionado pela ordem civil brasileira. Há respaldo legal inquestionável nesse sentido.

Se existe a lei – ressalte-se – é para ser cumprida, é para ser aplicada sem vacilações.

O pressuposto da aplicação da sanção prevista pela lei é sempre o da culpa em sentido estrito, ou seja, a ação ou omissão praticadas consciente e voluntariamente em desacordo com os deveres paternos desencadeia a perda do poder familiar.

Não bastasse a dicção do art. 1.638 do CC, a constituição Federal (art. 227) combinado com o art. 19 do ECA²²⁵ estabelece, com todas as letras, o dever primacial dos pais de ter os filhos em sua guarda e companhia. Sob essa ótica, o genitor que assim não procede estará se recusando ao dever de tê-los em sua companhia e guarda. “Isso configura no mínimo”, doutrina João Andrade de Carvalho (1995), “o abandono moral porque envolve a quebra do vínculo natural do direito do filho.”

Afaste-se, pois, qualquer tentativa de exegese no sentido de visualizar no invocado art. 1.638, II do Código Civil, eventual referência ao mero abandono material. Não. O legislador, acompanhado pela torrencial doutrina brasileira, ali visualiza tanto o abandono material como o moral.

²²⁴ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (Grifamos)

²²⁵ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

No mesmo sentido se direciona a jurisprudência brasileira contemporânea que, a partir de 2012 reconheceu o direito de uma filha de receber indenização de seu pai por abandono afetivo. Trata-se de decisão da 3ª Turma do STJ, com acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andriighi – Recurso Especial nº 1.159.242 (SP – 2009/01937012-0) que provocou enorme repercussão no mundo jurídico nacional e é considerado um divisor de águas na matéria da responsabilidade civil paterna, como veremos a seguir. O acórdão gerou uma cisão levando o STJ a assumir a ideia de que existe uma obrigação de convivência entre pais e filhos, mesmo que ocorra a ruptura da sociedade conjugal.

3 O ACÓRDÃO DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI “AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER”

A relatora do caso, Ministra Nancy Andriighi, atingiu o cerne da questão ao afirmar que não se discute o fato de amar, mas a imposição legal de cuidar, sendo dever daqueles que geraram ou adotaram um filho. O julgado ficou conhecido pela célebre passagem no sentido de que “Amar é faculdade, cuidar é dever.”

Até então, os Tribunais vinham sistematicamente negando a possibilidade de reparação de dano moral decorrente de abandono, arguindo que, a) o amor não é avaliável em pecúnia e b) que as relações de família não poderiam ser reparadas pecuniariamente sob risco de se transformar a relação paterno-materno-filial em questão comercial. Ressalte-se, por oportuno, que os operadores do direito (tanto advogados quanto juízes) invocavam, para justificar sua tese, o *pretium doloris* (o preço da dor), ou seja, que a dor humana não tem preço e, por isso mesmo, não pode ser indenizável.

Socorrendo-se de um artifício, sob todos os aspectos criticável, afastava-se a indenização de quem praticara o ato ilícito e, por via indireta, a criança ficava sem nenhum amparo da lei. Esta postura sacralizava, no ambiente jurídico, o “adultocentrismo” a que nos referíamos inicialmente, em manifesta desvantagem às crianças e adolescentes.

O que causa espécie e perplexidade é a exegese tendenciosa longamente manejada e aceita pelo Poder Judiciário que fazia “vista grossa” a situações gritantemente iníquas, favorecendo a ideia errônea de que a omissão do pai quanto à assistência afetiva ao filho não se configuraria em ato ilícito por falta de previsão legal.

Claro está – e nem é preciso muito esforço para assim se concluir – que tal interpretação tendenciosa feria princípios gerais estampados na Parte Geral do Código Civil, de aplicação tranquila em todos os demais Livros do Código, especialmente no Direito de Família, que aqui nos interessa mais de perto.

Basta, para tanto, que se avalie, por exemplo, a dicção do art. 186 do CC que assim dispõe “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, noção reforçada no art. 927 que informa: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” As disposições são claríssimas e não legitimam interpretações reducionistas como vinham ocorrendo.

Se a lei impõe como obrigação dos pais, o sustento, guarda e educação dos filhos, aquele dos cônjuges que descumpra a obrigação legal está praticando ato ilícito e, portanto, causa dano a outrem (aos filhos) devendo reparar o dano.

A regra, de dicção tão clara e precisa, vinha sendo sistematicamente negligenciada e, o que é mais grave, a ideia da não indenização do preço da dor (pelo abandono, pela ausência de cuidado e guarda) já se tornara preceito consagrado pela jurisprudência, em manifesto desrespeito ao princípio geral declarado no art. 186 do CC. O absurdo era notório e vinha sendo denunciado com veemência pela doutrina (em primeiro momento) e em alguns julgados pelos Tribunais (num segundo momento).

Tal situação foi devida e corajosamente apreciada e alterada pelo voto icônico e paradigmático da Ministra Nancy Andrighi (RE nº 1.159.242) que redundou na seguinte ementa

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam diversas designações, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais

que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. [...]

O pai (Requerido), no caso sob comento, afirmava (em apertada síntese) não ter abandonada a filha (Requerente) e que, ainda que assim tivesse procedido (ou seja, reconheceu que a abandonou) o fato não se revestiria de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar, conforme dicção do art. 1.638 do CC.

Em contrarrazões a Requerente reiterou os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem.

Resgatando a existência de dano moral nas relações familiares, o festejado acórdão, afirma que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.”

Ainda no mesmo tópico, a Ministra afirmou, sem vacilar, que

a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações, compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe por outros meios, a criação e a educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculdado recebido pelos filhos. (STJ - Acórdão nº 1.159.242, p.5 de 49.)

Vencida a premissa equivocada de substituir a indenização pela perda do pátrio poder – que no caso em tela não redundaria em nada, vez que o pai nunca exercera o poder parental – o voto da Ministra examina os elementos necessários à caracterização do dano moral, partindo da clássica tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva, a saber: o dano, a culpa e o nexo causal.

Sempre invocando a premissa fundamental das obrigações dos pais para com os filhos (art. 1.566 do CC) a Relatora conclui que é esse vínculo (não apenas afetivo, mas também legal) “que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho...” (STJ – Acórdão nº 1.159.242, p. 7 de 49)

Na análise – Da ilicitude e da culpa – o acórdão invocando a responsabilidade civil, que tem como gênese uma ação ou omissão (art. 186 do CC) lança luz sobre “a crescente percepção do cuidado como dever jurídico apreciável e

sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil.” Ou seja, abandonando a ideia de que a falta de cuidado não caracteriza ilícito civil, o acórdão insere, acertadamente, essa noção na esfera da ilicitude civil.

Assim, “... é possível afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.” (STJ – Acórdão nº 1.159.242, p. 8 de 49). Sob esta ótica, o cuidado como valor jurídico abrange toda e qualquer forma de abandono, não mais se restringindo ao mero descuido material, mas incluindo também o descuido afetivo, psicológico e moral.

Socorrendo-se da doutrina de Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira – O cuidado como valor jurídico – a Relatora afasta a acessoriedade com que vinha sendo tratado o “cuidar” e o coloca em primeiro plano de consideração:

[...] o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratados como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica. (STJ – Acórdão nº 1.159.242, p.9 de 49.)

Partindo da noção de cuidado (como prevista no art. 1.566 do CC) a Relatora se afasta do “amor”, de difícil mensuração (até então invocado para desqualificar a possibilidade de indenização), e coloca em primeiro plano, o “cuidar”, de inquestionável previsão legal.

[...] o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente [...] pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (STJ – Acórdão nº 1.159.242, p. 10 de 49)

Assim examinando a questão, a Relatora venceu o obstáculo sempre invocado do *pretium doloris*, adentrou na possibilidade legal garantida no cuidado estipulado em previsão legal (art. 1.566) e contornou todos os empecilhos até então invocados para obstruir a reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo. Deu mostras de notável inteligência, profundo conhecimento jurídico e admirável sensibilidade nas causas de família.

É nesta passagem do acórdão sob comento que Nancy Andrichi atinge o clímax de sua argumentação afirmando: “Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar”

(STJ – Acórdão nº 1.159.242, p. 10 de 49) e arremata: **“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.”** (Grifo no original)

Repare-se que a Relatora reconhece a dimensão dilargada do art. 1.593 do CC e se refere tanto à responsabilidade dos filhos gerados pelo casal quanto dos filhos adotados, materializando o *in fine* do citado artigo quando se refere ao parentesco natural ou civil resultante da consanguinidade “ou outra origem”. O cuidado na apreciação da matéria é digno de louvor, pois insere todas as hipóteses de parentesco na possibilidade de reparação de dano proveniente de abandono dos filhos, o que até então, não havia sido colacionado nem pela doutrina, nem pela jurisprudência nacional.

Convicta de sua postura abrangente, capaz de proteger todas as crianças, conforme a dicção inquestionável da constituição Federal (art. 227, § 6º) a Relatora concluiu com a frase que se tornou o divisor de águas da jurisprudência brasileira em matéria de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo: **“Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.”**

Para afastar eventual argumentação contrária ao seu impecável raciocínio ainda esclarece que:

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge as lindes legais, situando-se pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. (STJ – Acórdão nº 1.151.242, p.11 de 49)

Vencida a matéria tormentosa da admissibilidade do cuidado como elemento deflagrador da reparação, o Acórdão enfrenta, com igual segurança e domínio, a questão derradeira do dano e do nexo causal.

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidar é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal. (STJ – Acórdão nº 1.151.242, p. 13 de 49)

Para evitar os obstáculos sempre levantados pelos Tribunais, da ausência de prova capaz de comprovar o sofrimento derivado do abandono, a Relatora se reporta aos laudos formulados pelos especialistas, sem porém, atrelar a prova a tão somente este recurso meta-jurídico.

Assim:

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem. (STJ – Acórdão nº 1.151.242, p. 13 de 49)

Ou seja, o laudo é um dos recursos de que pode se servir a vítima do ilícito civil para comprovar o desarranjo oriundo do abandono, mas, como já alertara René Ariel Dotti (2002), em alentado artigo sobre o exame de DNA e as garantias do acusado, não é o único meio capaz de comprovar o alegado em juízo:

A regra do art. 182 do Código de Processo Civil (“O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”) e do art. 436 do Código de Processo Civil (“O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados no processo”) perderam substância na medida em que a comprovação da autoria de um fato humano como o delito ou a paternidade, mediante o exame de DNA, assume relevo exclusivo perante os demais elementos de convicção. (DOTTI, 2002, p. 267-268)

No caso *sub judice*, o desmazelo do pai em relação a sua filha já se materializara desde o forçado reconhecimento da paternidade, se afirmara pela ausência quase completa de contato com a filha coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores.

Por isso, conclui a Relatora, “não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.” (STJ – Acórdão nº 1.151.242, p.13 de 49).

E persevera sem vacilar quanto a ocorrência da dor sofrida pela filha em decorrência do voluntário abandono paterno,

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente de compensação.

Saliente-se que o parágrafo aqui reproduzido enfrentou três grandes aspectos que vinham sendo sistematicamente desconsiderados pelo Poder Judiciário em manifesta desvantagem aos filhos abandonados; primeiro, resgata o sofrimento perpétuo que o filho carrega durante toda sua existência, com reflexos negativos em sua conduta pessoal e social – o que implica reconhecer que a reparação recupera apenas parte do sofrimento, mas não esgota a totalidade do mal perpetrado –, segundo, que o tratamento discriminado entre filhos tidos fora do casamento e oriundos do casamento não mais é reconhecido pela ordem jurídica nacional, vez que a discriminação entre filhos é vedada por princípio constitucional (cf. art. 227, § 6º) e, por fim, a ilicitude da conduta independe de prova caracterizando o dano *in re ipsa*, isto é, o prejuízo por ser presumido independe de prova. Nestes casos, como bem afirmado ao longo do impecável acórdão, basta que o autor prove a prática de ato ilícito (e o abandono e o descuido são atos ilícitos) que o dano está configurado, não sendo necessário comprovar a violação dos direitos da personalidade, que seria uma lesão à sua imagem, honra subjetiva ou privacidade.

Com esta postura lúcida, firme, objetiva e calcada no melhor direito, o acórdão sob comento abriu as portas – até então vedadas – à aceitação incondicional da reparação decorrente do abandono afetivo, demonstrando que o Poder Judiciário deve estar sempre atento à realidade social, atendendo as expectativas, primeiramente, das crianças (vulneráveis e fragilizadas em decorrência da idade) para, só num segundo momento, garantir a pretensão dos adultos. São aquelas e não esta as prioridades do Poder Judiciário, conforme sempre e reiteradamente afirmou a Constituição Federal de 88 seguida de perto pela norma infraconstitucional, quer a estampada no Código Civil, quer a materializada na legislação complementar.

4 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL

A recepção da nova tendência, como era esperável, não ocorreu de imediato mas se submeteu a um longo processo de assimilação da nova tendência inaugurada pela valiosa decisão. Por certo, uma tendência que já se impunha como verdadeiro precedente nas Cortes Superiores – da não aceitação da repa-

ração de dano moral no ambiente familiar – não podia ser alterada de imediato e a anuência dos novos rumos da responsabilidade civil só podia ocorrer lenta e paulatinamente, como se constata no exame da jurisprudência dos Tribunais estaduais.

Tímida e vacilante, num primeiro momento, a nova tendência foi ganhando legítimo reconhecimento decorrente das ações que invocavam a necessidade de reparar o dano oriundo do “descuido” ou da “falta de cuidado”. Inicialmente restrita ao ambiente estadual o novo direcionamento – quando ocorria indeferimento dos pedidos desta natureza – passou a ser invocado junto ao STJ que vacilou em acatar uma inovação alteradora que ganhava, cada vez mais, adeptos em praticamente todos os segmentos dos operadores do direito.

Assim, o STJ não admitiu a reparação do dano antes do reconhecimento da paternidade, fazendo depender, em manifesta dissonância ao texto legal, a possibilidade de invocar o dano somente após a inequívoca comprovação da paternidade.

Num segundo momento, mas sempre cauteloso e reticente em relação à concessão da reparação, o STJ entendeu ser possível a reparação dos danos morais por abandono afetivo, desde que comprovado o prejuízo imaterial suportado pela vítima. A postura, por óbvio, não se alinha aos argumentos invocados acertadamente pela Ministra Nancy Andrighi em seu paradigmático acórdão.

Num terceiro momento, de melhor aceitação dos efeitos perversos do abandono afetivo e de acordo com a edição nº 125 da *Jurisprudência em Teses* daquela Corte (2019)

O abandono afetivo de filho, em regra, não gera dano moral indenizável, podendo, em hipóteses excepcionais, se comprovada a ocorrência de ilícito civil que ultrapasse o mero dissabor, ser conhecida a existência do dever de indenizar.

A postura, ainda vacilante – embora reconhecendo a ocorrência de ilícito civil – faz depender o deferimento da medida somente após a comprovação do dano “que ultrapasse o mero dissabor”.

Como se percebe, pelas tendências vacilantes, ora a favor do reconhecimento do dano plenamente indenizável, ora estabelecendo parâmetros limitadores à concessão pura e simples da reparação decorrente da prática de um ilícito civil, o STJ já assimilou a ideia da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo e dessa forma evidenciou que os genitores que negligenciam a obrigação de convivência serão responsabilizados pelo abandono afetivo do filho.

Tal *desideratum* é facilmente constatável nas decisões posteriores ao ano de 2019 que passaram a acatar, sem restrições, a noção originariamente resga-

tada pela Ministra Nancy Andrighi em voto (repita-se sem temor de incidir em redundância) que modificou os rumos do Direito de Família e a postura dos operadores do direito, em sentido plenamente favorável à integral proteção das crianças e dos adolescentes.

Nesse sentido, merece destaque, a leitura de algumas decisões recentes que estampam os novos padrões que passaram a orientar o posicionamento do STJ.

Assim:

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ABANDONO AFETIVO. Sentença de procedência. Inconformismo do réu. **POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.** Autora que não busca reparação por desamor do genitor, mas sim em decorrência de negligência caracterizada pela inobservância de deveres de convívio e cuidado que fazem parte do poder familiar e que consistem em expressão objetiva do afeto. Doutrina majoritária que admite a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo. Entendimento pacificado pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.159.242/SP, neste sentido. **MÉRITO.** Elementos presentes nos autos que deixam clara a indiferença e negligência do genitor com relação à menor, diagnosticada como portadora de transtorno do espectro autista. Residência em municípios distintos e participação dos avós paternos na vida da menor que não exime o dever de convivência do genitor, a ser prestado dentro de suas possibilidades. Prova testemunhal e laudo psicossocial produzido nos autos que bem caracterizaram o abandono afetivo e a negligência do genitor. Indenização por danos morais arbitrada em R\$ 30.000,00 que é adequada para compensar o dano suportado no caso em tela, observada ainda sua finalidade pedagógica. Sentença confirmada. Sucumbência recursal do réu. **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.** (v.32141).(TJ-SP - AC: 10020890320188260566 SP 1002089-03.2018.8.26.0566, Relator: Viviani Nicolau, Data de Julgamento: 28/11/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/11/2019)

DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. Espontaneidade do afeto que não se confunde com o dever jurídico de cuidado, decorrente da relação paterno-filial. Caracterização de abandono afetivo. Elementos de informação constantes dos autos demonstram que o réu deixou, voluntariamente, de conviver com o filho menor, causando-lhe prejuízos de ordem extrapatrimonial. Réu revel, que mora próximo à residência do filho, mas não o visita e nem paga alimentos regulares. Desnecessidade da produção de prova pericial

para constatar o mal que tal comportamento causa à criança de 7 anos, reatado por testemunha e pela própria genitora. Devida a fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00, a fim de reparar o sofrimento comprovadamente causado ao demandante. Ação procedente. Recurso provido. (TJ-SP - AC: 10172226320198260562 SP 1017222-63.2019.8.26.0562, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 10/09/2021, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/09/2021)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS. TERMO INICIAL PARA PAGAMENTO. CITAÇÃO. SÚMULA 277 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDAR. COMPROVAÇÃO DO ATO ILÍCITO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES STJ. 1. Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação (Súmula 277, do STJ). 2. “O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável.” (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017). 3. Não tendo o pai se incumbido do seu dever de cuidar, já que mesmo ciente da paternidade desde 2009, não prestou nenhum tipo de assistência, seja material ou de ordem afetiva à sua filha, patente o dever de indenizar haja vista a configuração do abandono afetivo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. Sentença mantida. (TJ-GO - Apelação Cível nº 03377637820118090024, Relator: ITAMAR DE LIMA, Data de Julgamento: 10/01/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 10/01/2019)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADOÇÃO DE DUAS IRMÃS, DE 03 (TRÊS) E 06 (SEIS) ANOS DE IDADE. DESISTÊNCIA DA GUARDA PROVISÓRIA DE FORMA IMPRUDENTE PELOS PAIS ADOTIVOS. CONVIVÊNCIA DURANTE 03 (TRÊS) ANOS. CRIAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO. PREJUÍZO PSÍQUICO COMPROVADO POR LAUDO JUDICIAL EMITIDO POR PSICÓLOGA DESTA CORTE.

SENSAÇÃO DE ABANDONO, ANGÚSTIA, ANSIEDADE E TRISTEZA POR PARTE DAS INFANTES. ABALO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DA LEI SUBSTANTIVA CIVIL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 100 (CEM) SALÁRIOS-MÍNIMOS. FIXAÇÃO PELO MAGISTRADO EM VALOR RAZOÁVEL. OFENSORES QUE GOZAM DE EXCELENTE SITUAÇÃO FINANCEIRA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO APELATÓRIO DESPROVIDO. - A adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõem a tal ato, devendo estas ter consciência e atitude de verdadeiros “pais”, que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de que seja construído e fortalecido o vínculo filial - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a “coisificação” do processo de guarda - O at (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013783720188150011, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. JOSÉ RICARDO PORTO, j. em 03-03-2020)(TJ-PB 00013783720188150011 PB, Relator: DES. JOSÉ RICARDO PORTO, Data de Julgamento: 03/03/2020, 1ª Câmara Especializada Cível)

ABANDONO AFETIVO – Indenização por dano moral – Possibilidade – Julgados do STJ - É inequívoco que a rejeição paterna é causadora de sentimentos negativos de abandono, desprezo e desconsideração, não havendo necessidade da realização de qualquer prova psicológica para reconhecer-se o dano moral, pela injustiça da conduta paterna com uma criança, independentemente do pagamento de pensão alimentícia – Genitor que não se desincumbiu minimamente do ônus de comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do reconvinte - Fixação da indenização em R\$ 10.000,00 - Recurso provido.(TJ-SP - AC: 10281605120198260002 SP 1028160-51.2019.8.26.0002, Relator: Alcides Leopoldo, Data de Julgamento: 29/04/2022, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/04/2022)

EFETOS SUSPENSIVO. TUTELA RECURSAL. Prejudicado o pedido de efeito suspensivo ante o julgamento do recurso. Ausência de elementos que indiquem estar o

requerido na iminência de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação. Tutela recursal negada. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. Ação ajuizada contra filho maior, atualmente com 21 anos de idade. Reconvenção com pedido de majoração dos alimentos e indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo. Sentença que julgou a ação procedente para exonerar o autor do encargo alimentar e parcialmente procedente a reconvenção para condenar o reconvido no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$20.000,00. Insurgência de ambas as partes. Alteração no binômio necessidade-possibilidade comprovada. Art. 1.699 do CC. Maioridade do alimentando que não implica, automaticamente, na extinção do dever de prestar alimentos. Por outro lado, não comprovada a necessidade de receber alimentos. Alimentando que afirmou ter permanecido em curso pré-vestibular por apenas 3 meses, não havendo comprovação de continuidade ou de frequência no curso. Não comprovação de incapacidade do alimentando para exercer atividade remunerada. Exoneração do encargo que deve ser mantida. Abandono afetivo. Comprovada a violação do dever de cuidado dos pais, em especial do genitor. Estudo psicológico que constatou a ocorrência de danos psicológicos no requerido em razão do abandono praticado pelo genitor. Quantum reduzido para R\$10.000,00. Honorários advocatícios que devem ser fixados em observância ao disposto no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Sentença reformada apenas para reduzir os danos morais para R\$10.000,00 e fixar os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação na reconvenção, em favor do patrono do reconvinente, e 10% do valor atribuído à causa, em favor do patrono do autor. Recursos parcialmente providos. (TJ-SP - AC: 10300730520188260002 SP 1030073-05.2018.8.26.0002, Relator: Fernanda Gomes Camacho, Data de Julgamento: 22/07/2020, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/07/2020)

Apelação Cível. Procedimento de Indenização por Abandono Afetivo. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. Procedência. Elementos que demonstram o descumprimento do dever jurídico da paternidade responsável. Abandono afetivo configurado. Dano emocional causado à filha. Indenização por dano moral devida. Recurso conhecido e provido. (TJPR - 12ª C. Cível - 0006612-69.2016.8.16.0131 - Pato Branco - Rel.: DESEMBARGADOR ROGÉRIO ETZEL - J. 23.08.2021)(TJ-PR - APL: 00066126920168160131 Pato Branco 0006612-

69.2016.8.16.0131 (Acórdão), Relator: Rogério Etzel, Data de Julgamento: 23/08/2021, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: 31/08/2021)

ABANDONO AFETIVO – Menor - Indenização por dano moral – É inequívoco que a rejeição paterna é causadora de sentimentos negativos de abandono, desprezo e desconsideração, não havendo necessidade da realização de qualquer prova psicológica para reconhecer-se o dano moral, pela injustiça da conduta paterna com uma criança, independentemente do pagamento de pensão alimentícia, que no caso, a falta chegou a convolar-se em prisão. –Fixação em R\$ 10.000,00 - Recurso provido. (TJ-SP - AC: 10030474320208260008 SP 1003047-43.2020.8.26.0008, Relator: Alcides Leopoldo, Data de Julgamento: 25/03/2021, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/03/2021)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E PERDA DO PODER FAMILIAR. DEVER DE ASSISTÊNCIA MATERIAL E PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DA CRIANÇA QUE NÃO EXCLUEM A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS. PRESUPOSTOS. AÇÃO OU OMISSÃO RELEVANTE QUE REPRESENTA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO. EXISTÊNCIA DO DANO MATERIAL OU MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS NA HIPÓTESE. CONDENAÇÃO A REPARAR DANOS MORAIS. CUSTEIO DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA. DANO MATERIAL OBJETO DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO NESTA AÇÃO. 1- Ação proposta em 31/10/2013. Recurso especial interposto em 30/10/2018 e atribuído à Relatora em 27/05/2020. 2- O propósito recursal é definir se é admissível a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo e se, na hipótese, estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil. 3- É juridicamente possível a reparação de danos pleiteada pelo filho em face dos pais que tenha como fundamento o abandono afetivo, tendo em vista que não há restrição legal para que se apliquem as regras da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares

e que os arts. 186 e 927, ambos do CC/2002, tratam da matéria de forma ampla e irrestrita. Precedentes específicos da 3ª Turma. 4- A possibilidade de os pais serem condenados a reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo do filho, ainda que em caráter excepcional, decorre do fato de essa espécie de condenação não ser afastada pela obrigação de prestar alimentos e nem tampouco pela perda do poder familiar, na medida em que essa reparação possui fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável. 5- O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho. 6- Para que seja admissível a condenação a reparar danos em virtude do abandono afetivo, é imprescindível a adequada demonstração dos pressupostos da responsabilização civil, a saber, a conduta dos pais (ações ou omissões relevantes e que representem violação ao dever de cuidado), a existência do dano (demonstrada por elementos de prova que bem demonstrem a presença de prejuízo material ou moral) e o nexo de causalidade (que das ações ou omissões decorra diretamente a existência do fato danoso). 7- Na hipótese, o genitor, logo após a dissolução da união estável mantida com a mãe, promoveu uma abrupta ruptura da relação que mantinha com a filha, ainda em tenra idade, quando todos vínculos afetivos se encontravam estabelecidos, ignorando máxima de que existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho, mantendo, a partir de então, apenas relações protocolares com a criança, insuficientes para caracterizar o indispensável dever de cuidar. 8- Fato danoso e nexo de causalidade que ficaram amplamente comprovados pela prova produzida pela filha, corroborada pelo laudo pericial, que atestaram que as ações e omissões do pai acarretaram quadro de ansiedade, traumas psíquicos e sequelas físicas eventuais à criança, que desde os 11 anos de idade e por longo período, teve de se submeter às sessões de psicoterapia,

gerando dano psicológico concreto apto a modificar a sua personalidade e, por consequência, a sua própria história de vida. 9- Sentença restabelecida quanto ao dever de indenizar, mas com majoração do valor da condenação fixado inicialmente com extrema modicidade (R\$ 3.000,00), de modo que, em respeito à capacidade econômica do ofensor, à gravidade dos danos e à natureza pedagógica da reparação, arbitra-se a reparação em R\$ 30.000,00. 10- É incabível condenar o réu ao pagamento do custeio do tratamento psicológico da autora na hipótese, tendo em vista que a sentença homologatória de acordo firmado entre as partes no bojo de ação de alimentos contemplava o valor da mensalidade da psicoterapia da autora, devendo eventual inadimplemento ser objeto de discussão naquela seara. 11- Recurso especial conhecido e parcialmente provido, a fim de julgar procedente o pedido de reparação de danos morais, que arbitro em R\$ 30.000,00), com juros contados desde a citação e correção monetária desde a publicação deste acórdão, carregando ao recorrido o pagamento das despesas, custas e honorários advocatícios em razão do decaimento de parcela mínima do pedido, mantido o percentual de 10% sobre o valor da condenação fixado na sentença. (STJ - REsp: 1887697 RJ 2019/0290679-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/09/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2021)

Da leitura dos acórdãos arrolados é possível inferir uma nova postura dos operadores do direito, uma inovação que, embora tardia, veio colmatar uma lacuna que de há muito exigia um posicionamento firme capaz de resgatar o verdadeiro escopo do Direito de Família.

Da leitura dos acórdãos colacionados é possível inferir duas posições claramente antagônicas; aqueles que aceitam a presunção do dano (*dano in re ipsa*) na esteira do pensamento esposado pela Ministra Nancy Andrichi, e aqueles que exigem a comprovação do dano para efetivação do abandono afetivo. Tal *desideratum* revela a inoportunidade da desejada pacificação em assunto de tão importante efeito no Direito de Família, mas, de qualquer maneira, a reparabilidade do dano decorrente do abandono afetivo é matéria que vem ganhando cada vez mais adeptos em todos os Tribunais brasileiros.

Não obstante sólidas opiniões doutrinárias divergentes e posicionamentos jurisprudenciais diversos, tudo leva a crer que a aceitação da responsabilidade civil e da reparabilidade do dano, nas questões decorrentes do abandono afetivo seja, hoje, matéria que se dirige a passos largos em direção à aceitação majoritária, senão unânime, em prova manifesta de que as mentalidades evoluíram e o

direito se renovou apontando para novas tendências que priorizam com firmeza o interesse maior das crianças e dos adolescentes.

Esta nova tendência é prova inequívoca de que o Poder Judiciário quer onerar a prática de atos de desamor na esfera familiar, desestimulando os infratores de condutas, sob todos aspectos, ignóbeis, reprováveis e desumanas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (3 turma). Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Recorrente: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS. Recorrido: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 16 nov.2022.

CARVALHO, João Andrade de. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1995.

CORNEAU, Guy. **Pai ausente, Filho carente**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

DOLTO, François. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

DOTTI, René Ariel. **O exame de DNA e as garantias do acusado**. In: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.) DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 261-286.

GADOTTI, Moacir. **Amor paterno, Amor materno**: o quanto é necessário, o quanto é insuficiente. In: Paulo Silveira (Org.) Exercício da paternidade. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, p. 110-122.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai**. In: Eduardo de Oliveira Leite. Grande Temas da Atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 61-85.

NOGUEIRA, Jacqueline Figueira. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Tânia da Silva e NOGUEIRA, Guilherme. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SULLEROT, Evelyne. *Quels pères? Quels fils?* Paris: Fayard, 1992.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, nº 21, maio/1979, p. 400-415.

A CONSTRUÇÃO DA VERDADE NA RELAÇÃO PROCESSUAL E A PRODUÇÃO DO CONSENSO JUDICIAL

Elcio Domingues da Silva ²²⁶, Júlia de Oliveira Mariano ²²⁷

INTRODUÇÃO

O Estado, através de seus órgãos de investigação, busca esclarecer os eventos criminosos, tendo o processo penal como instrumento que determina as ações a serem realizadas para a reconstrução dos fatos pretéritos. Por outro lado, nas relações cíveis e trabalhistas o processo tem por objetivo demonstrar a culpa ou a quebra da fidelidade contratual nas relações privadas. Já no processo constitucional o objetivo é proteger a coerência do sistema jurídico baseado na Constituição e evitar a corrosão dos alicerces que sustentam e orientam a atividade do Estado nas relações públicas e privadas seja em processo judicial ou administrativo (SPINDOLA, 2012, p. 2 – 35).

A relação processual, em geral, é caracterizada pelo confronto entre as versões narradas pelos personagens processuais, ou seja, o agente ativo, o agente passivo, as testemunhas, promotores de Justiça, advogados, perícia técnica e, por fim, o juízo. Todos os atores processuais apresentam versões descritivas e hipóteses dos fatos e após a instrução do processo chegar-se-á a uma espécie de consenso processual que, como será demonstrado, é alcançado pela construção racional com base em um juízo de probabilidade e de verossimilhança realizado por parte do Estado juiz.

Ainda que, inicialmente na relação processual haja o desejo de obter a verdade dos fatos (verdade real), sendo que a partir disso, o juiz decidirá pela condenação ou absolvição do réu em um processo penal, ou o reconhecimento da quebra da fidelidade contratual em uma relação cível/trabalhista o que se

²²⁶ Doutorando (2021) e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia – UNIBRASIL (2019); Bolsista CAPES/PROSUP; Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional – NUPE-CONST. Especialista em Direito Digital – EBRADI (2021); Especialista em Docência do Ensino Superior – UCDB (2017); Especialista em Direito Civil e Empresarial Aplicado – UEPG (2013); Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais (2010); Professor do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais. Advogado. E-mail: elciodom@live.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9758919417568535>.

²²⁷ Especialista em Direito Militar – UNINA (2019). Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais (2021); Graduada em História pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP (2013); Policial Militar do Estado do Paraná E-mail: julia_qtg@hotmail.com.

observa atualmente, é a construção narrativa a respeito do que se entende como verdade na relação jurídica e não a sua obtenção propriamente dita.

A partir dessa concepção, o estudo acerca de como é construída a narrativa sobre a verdade no sistema processual brasileiro é de grande relevância. Entretanto, a pesquisa demonstrará que essa reconstrução fática através de artifícios narrativos não é uma tarefa fácil, pois, ela resulta de uma percepção subjetiva sobre os fatos, o que pode gerar equívocos e mesmo parcialidade. Tendo em vista que, esses relatos estão atrelados a convicção pessoal daquele que os narra e, muitas vezes, estão norteados por interpretações subjetivas, constata-se que, dificilmente a narrativa feita pelos personagens processuais reproduz fielmente os eventos fáticos.

Assim, a abordagem propõe reflexões no sentido de caracterizar como o sistema processual pautado na busca pela verdade é totalmente vinculado aos planos discursivo e interpretativo. Mais além, buscar-se-á demonstrar como a linguagem será determinante na construção dessa narrativa.

Sob essa perspectiva, esse trabalho tem como problemática compreender como ocorre a construção narrativa da verdade no sistema processual brasileiro, demonstrando como a instrução processual é conduzida a partir dos diversos relatos feitos pelas partes. Além disso, adota-se a hipótese de que, a narrativa é construída no processo por meio do dialogismo estabelecido entre esses personagens processuais em conjunto com as provas produzidas, que resultará em um discurso consensual que tenha o poder de convencer aqueles que não vivenciaram os fatos, formando a verdade processual a partir de um juízo de verossimilhança e probabilidade.

A construção da verdade é objeto de discussões em várias áreas do conhecimento. No processo penal, por exemplo, essa busca pela verdade é pautada numa relação direta entre os fatos e as provas, posto que a função da prova é averiguar e comprovar se determinados eventos ocorreram e de que forma aconteceram. Porém, esse debate ultrapassa o campo do direito, de modo que a Filosofia aborda amplamente essa temática, elencando diversas teorias que buscam definir a conceituação e a base teórica de tudo aquilo que é conhecido como verdade.

Sob essa perspectiva, o presente artigo abordará as principais teorias da verdade e a sua relação com o sistema processual. Além disso, pressupondo que a verdade resulta de um consenso compartilhado entre os diversos atores processuais através de uma intrincada narrativa, far-se-á uma análise de como ocorre a construção da narrativa no sistema processual brasileiro e a importância dos personagens processuais para atingir esse objetivo. Por fim, buscar-se-á

trabalhar com o mito da verdade real, o qual foi superado em detrimento da narrativa que, dotada de coerência e consenso, formará a verdade no processo.

1 A PERCEPÇÃO DO DIREITO E O PROBLEMA DOS VIESES NA CONSTRUÇÃO DA VERDADE NA RELAÇÃO PROCESSUAL

No início do ano de 2019 houve um crime que ganhou bastante repercussão nacional. No dia 15 de janeiro, um jovem de vinte e dois anos de nome Matheus Lessa, estudante de psicologia, morreu ao tentar proteger a mãe de alguns assaltantes que atacaram o mercadinho da família, em Barra de Guaratiba, Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro (RIANIELLI, 2019). Poderia ser mais um caso de crime comum dentro da violência cotidiana da cidade do Rio de Janeiro, mas existem alguns elementos que tornam esse caso ilustrativo para o objetivo deste trabalho.

Ante a repercussão do crime, poucos dias depois os agentes policiais apresentaram Leonardo Almeida dos Santos como o responsável pelo assassinato de Matheus com base na descrição de um dos criminosos feita pela mãe da vítima no momento do assalto. Leonardo teve sua imagem vinculada inicialmente ao crime e um grupo grande de pessoas (amigos e parentes da vítima) foram à delegacia protestar e mesmo atacar a integridade física dele.

Entretanto, a família de Leonardo conseguiu um vídeo que demonstrava que ele estava em outro local, inclusive com roupas diferentes do assaltante descritas pela mãe da vítima e, portanto, não tinha nenhuma ligação com o crime praticado. Com base nesse vídeo o delegado Evaristo Pontes, da Delegacia de Homicídios da Capital (DH-Capital) voltou atrás ao apontar Leonardo como o autor do crime e foi pessoalmente no Tribunal de Justiça (TJRJ) pedir a libertação dele. Mais tarde os responsáveis pelo crime foram identificados e um deles, com o qual Leonardo foi confundido, foi preso e confessou ter matado o jovem. Vale destacar que os autores do crime foram presos no mesmo dia (ACHEIUSA, 2021).

Outro caso que ganhou bastante repercussão no ano de 2019 foi uma frase que apareceu na sentença da Juíza de Direito Lissandra Reis Ceccon, da 5ª Vara Criminal de Campinas-SP. O caso também se trata de um assalto onde havia uma vítima sobrevivente que reconheceu o réu através de fotos em mídias sociais (Facebook) e por causa de um boné que o criminoso utilizava no momento do assalto e que também aparecia nas imagens retiradas da mídia social. A frase da juíza é a seguinte: “Vale anotar que o réu não possui o estereótipo padrão de

bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido.” (MIGALHAS, 2019).

Destaca-se ainda na sentença, que é do ano de 2016, o seguinte:

A vítima sobrevivente mencionou que realizou o reconhecimento do réu entre outras fotos, entrando o delegado no Facebook do réu, voltou a reconhecê-lo na delegacia e posteriormente em juízo. Em juízo, diga-se o réu foi colocado entre outras pessoas e vítima e a testemunha Maristela em nenhum momento apresentaram qualquer hesitação no reconhecimento. Ao contrário, a testemunha M. apresenta um depoimento forte e contundente, dizendo que antes do réu sair da caminhonete a atirar contra seu pai e seu filho, olhou nos olhos dele, não se podendo duvidar que esta filha/mãe jamais o esquecerá. [...] não se pode desmerecer os depoimentos dos policiais militares [...]. Eventuais e pequenas contradições quanto a fatos secundários nos relatos policiais são irrelevantes e normais. O que importa para a higidez da prova é a coesão das versões em seu conteúdo principal. (TJSP, 2013).

Como se observa nos dois casos apresentados o chamado viés confirmatório²²⁸ atua de forma inconsciente no processo de tomada de decisão. Seja na fase de inquérito (delegado e vítima), seja na fase de sentença (Juízes, Desembargadores e Ministros). A discussão neste trabalho não girará em torno de eventual preconceito ou racismo que a época dos acontecimentos foram exploradas pelos diversos veículos de imprensa, mas sim o objetivo do trabalho é explorar outro aspecto relacionado a construção narrativa a partir da consciência²²⁹ e da

²²⁸ O viés confirmatório merece ser o primeiro enfocado em um estudo que se direcione à análise das heurísticas e vieses no âmbito jurídico. Isso porque é o viés que acaba desencadeando ou combinando-se com outras heurísticas e vieses, de modo a produzir efeitos nefastos no processo penal. Além disso, o viés confirmatório talvez seja aquele mais fácil de rastrear desde a investigação até a sentença penal. [...] Essa visão tunelada caracteriza-se pela tendência dos investigadores, ao rotular alguém com o status de suspeito/indiciado a focar nas evidências que apontem para a autoria desse suspeito e ignorar toda evidência que aponte no sentido da sua inocência de um modo suspeito ou mesmo da participação de outra pessoa. O viés confirmatório poderá se manifestar durante toda a instrução processual, e ainda, guiar a forma através da qual o julgador interpretará as evidências colhidas. Nesse ponto, importante ressaltar que todo o processo interpretativo – tanto de provas quanto de correntes jurisprudenciais ou posicionamentos doutrinários – pode ser permeado pelo viés confirmatório. – (WOJCIECHOWSKI, 2018, p. 48 - 49)

²²⁹ [...] a noção de consciência coletiva supõe (para Durkheim) a existência de uma essência transcendental exterior aos indivíduos e que os enquadra coercivamente na dimensão da norma. Toda ação social é, desta forma, deduzida a partir de um sistema objetivo de representações que se encontra fora do alcance do ator social; posto que o indivíduo é concebido de forma dual – ser individual/ser social – a questão da ordem pressupõe, necessariamente, a adequação do indivíduo ao sistema social global. O ser individual, que para Durkheim é distinto e antagônico ao homem social, deve obrigatoriamente ser realçado diante da coerção exercida pela consciência coletiva. A escola aparece, neste contexto, como uma das instituições constituidoras do ser social dos indivíduos e, enquanto tal, possibilita a manutenção e a reprodução da ordem social. Decorre desta perspectiva uma visão que se opõe radicalmente ao conhecimento sociológico que se funda em

memória²³⁰ coletiva da sociedade e como isso interfere na construção do direito e na percepção de justiça a partir do princípio da segurança jurídica e da teoria do direito como integridade no pensamento de Ronald Dworkin.

Na contemporaneidade pode se dizer que a narrativa é a “coisa” mais poderosa da vida humana, pois ela é a força motriz da história e de toda a sociedade. É fácil perceber a força desta declaração, pois a sociedade está imersa em histórias e versões de histórias, pois uma boa parte do consumo diário das pessoas está relacionado a narrativas. Consumimos livros, filmes, seriados, novelas, notícias da imprensa e músicas que nos ajudam a construir o mundo interior/subjetivo e dar sentido e lógica aos pensamentos, desejos e vontades de cada indivíduo.

Com base neste aspecto é possível verificar que a percepção coletiva da sociedade passa por histórias e a força da narrativa está nas possibilidades criativas e destrutivas destas histórias na vida prática das pessoas. Uma boa narrativa pode mudar a visão da sociedade sobre um produto, serviço ou indivíduo. Tanto é assim, que a sociedade contemporânea possui diversos profissionais especializados em trabalhar e analisar a percepção da sociedade sobre si mesma ou mesmo mudar tal percepção, a título de exemplo: se tem jornalistas, assessoria de imprensa, publicitários, relações públicas, cientistas políticos e psicólogos sociais. Cada um em seu campo de atuação procura trabalhar diferentes versões de eventos fáticos para ganhar a simpatia ou aversão a uma determinada situação.

Dentro da ciência do direito há também um amplo espaço para a construção narrativa a respeito da conexão entre o mundo fático e o mundo jurídico. Ante essa relação, destaca-se a contribuição do filósofo do direito Ronald Dworkin que em suas obras “Uma questão de princípio” e “Levando os direitos a sério”, introduz a ideia de romance em cadeia que no desenvolvimento de sua teoria irá evoluir para o conceito de direito como integridade. Tais teorias serão bastante influentes na construção de críticas a corrente positivista do direito de matriz kelseniana e hartiana (DWORKIN, 2017). Por outro lado, tentando superar os conflitos entre positivismo e pós-positivismo, Neil MacCormick trabalhará com

termos psicológicos. A polêmica durkheimiana contra o psicologismo emerge justamente dessa concepção que considera a sociedade como *sui generis*, ou seja, de que ela forma um conjunto de natureza distinta das vontades e das ações individuais. Não resta dúvida que a concepção de Durkheim sobre a especificidade do social representa um avanço em relação à corrente psicologista de fins do século XIX; não é menos verdade, porém, que o positivismo durkheimiano implica uma reificação dos processos sociais. O indivíduo é, dessa forma, apreendido como resíduo do elemento coletivo. – (ORTIZ (org.), 1983, p. 10 - 11).

²³⁰ A memória social é pública, e por ser compartilhada consegue sobreviver aos indivíduos, transcendendo-os. É capaz de multiplicar-se e de dinamicamente formar a mentalidade e a perspectiva através da qual os indivíduos conhecem e julgam a realidade, formando os denominados “espíritos do povo” e “espírito de época”. Portanto, seguindo esse raciocínio, afirma-se que a memória e a construção de um direito a ela encontram-se vinculadas a duas questões políticas fundamentais: a identidade cultural e a autodeterminação dos povos. (DANTAS, 2010, p. 55)

a ideia de narrativas e com a integridade do direito e a necessária justificação das decisões judiciais dentro de sua teoria hermenêutica (PIRES, 2020, p. 49 – 70).

De qualquer forma o problema que se mantém seja em qual for a corrente teórica é a conexão entre eventos fáticos do mundo empírico e a percepção deles pelos sujeitos envolvidos na relação processual, bem como o uso dos jogos de linguagem (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 131 – 168) na construção narrativa de tais eventos de forma a garantir a punição dos causadores de eventos danosos seja em qualquer uma das searas do direito.

Cumprido destacar que as construções narrativas no direito possuem aspecto muito diferente das narrativas construídas a partir de outras áreas do conhecimento, pois no caso da ciência jurídica a narrativa que compõe a dinâmica processual irá contribuir para confirmar e legitimar o uso da força e da violência por parte do Estado em desfavor daqueles que sofrerão a coerção e sanção estatal que poderá ser desde a perda de patrimônio nas ações cíveis e trabalhistas até a perda de liberdade nos processos criminais. Portanto, a relação entre a construção narrativo-fática dos eventos e a aplicação do poder estatal deve estar pautada na mais objetiva e racional atuação dos atores processuais de forma a se evitar vieses, juízos morais discricionários baseados em preconceitos de qualquer natureza.

Sendo assim, neste momento é necessário discutir a respeito das teorias da verdade e como elas interferem na aplicação do direito. Buscando conceituar o que seria a verdade, algumas teorias foram desenvolvidas a fim de solucionar essa problemática que habita não só o campo do direito, mas também outros ramos que possuem na linguagem a sua fonte de conhecimento. Dentre essas teorias, destacam-se, a teoria da verdade como correspondência, a teoria da verdade como coerência, a teoria pragmática da verdade e a teoria da verdade como consenso.

Os conceitos relacionados a teoria da verdade como correspondência tem sua origem na Antiguidade, período em que Aristóteles a definiu em seus dizeres, nos seguintes termos: “Dizer que *o que é* não é, ou que o *que não é* é, é falso, mas dizer que *o que é* é, e que o *que não é* não é, é verdadeiro. Consequentemente também dizer que uma coisa é ou não é dirá ou o que é verdadeiro ou o que é falso. Mas nem *o que é* nem *o que não é* se diz ser *ou* não ser” (ARISTÓTELES, 2016, p. 125). Logo, entende-se que será verdadeiro aquilo que puder ser comprovado, ao passo que, não sendo constatado, será tido como falso (VIANNA, 2017).

Posteriormente na Idade Média, adotando a mesma linha de Aristóteles, Tomás de Aquino, ao discorrer sobre a metafísica, conceituou como ocorreria a construção da verdade, sendo dele a famosa frase *Veritas est adaequatio rei et*

intellectus, que significa que a verdade é a adequação entre o objeto e o intelecto (DAVID, 2020). Nesse mesmo sentido, Vianna descreve que “para a verdade por correspondência algo será verdade se houver correlação entre ideia e objeto” (VIANNA, 2017).

Em contrapartida, buscando conceituar o que seria essa verdade como correspondência, Marcondes (2014, p. 9) a define como “resultado da adequação entre o pensamento humano, ou entre a linguagem que expressa esse pensamento e a realidade que esse pensamento, ou essa linguagem (dois sentidos de *lógos*), pretende descrever”.

De início, essa teoria parte do princípio de que há uma realidade preexistente, a qual independe da forma como será descrita por alguém. Sendo que, a verdade seria obtida com a descrição exata do que aconteceu, tornando-se, portanto, uma verdadeira correspondência entre o discurso e os fatos. Sob esse enfoque a “verdade por correspondência é aquela que guarda simetria entre a designação de algo e a existência efetiva deste algo no plano real” (VIANNA, 2017).

A partir dessas concepções, algo só é verdadeiro se, realmente, corresponde à realidade. Por isso, a teoria leva o nome de correspondência, pois, a verdade seria a ligação entre os fatos e as proposições feitas pelo indivíduo, onde essas teses estruturalmente refletem ou espelham os fatos.

Em razão disso, a verdade como correspondência está relacionada com a linguagem, a qual fará a interligação entre o discurso e a realidade. Porém, Vianna faz uma ressalva quanto a adoção dessa teoria, afirmando que ela se limita aos sentidos de quem está narrando o acontecimento (VIANNA, 2017), ou seja, trata-se de uma experiência subjetiva do indivíduo.

Nesse mesmo sentido, Marian David, também faz algumas objeções a teoria da verdade como correspondência, pois não há, segundo ele, um acesso independente à realidade. Pois, o alcance ao tempo pretérito ocorre por meio da cognição, o que significa que o acesso a realidade puramente torna-se inalcançável, obtendo-se apenas uma percepção sobre os fatos e que é filtrada pelos sentimentos do indivíduo (DAVID, 2020).

Portanto, a concepção de verdade como correspondência deve ser abordada com cautela, posto que, **nem sempre o juízo de valor** realizado sobre um fato é necessariamente verdadeiro. Pelo contrário, em muitos casos, a narrativa sobre determinado caso está atrelada ao campo da subjetividade, onde a convicção pessoal que alguém faz sobre a situação, influenciará na sua transcrição dos fatos, ocasionando o enfraquecimento do discurso realista defendido pela teoria da verdade como correspondência. Considerando essas premissas, essa teoria dificilmente terá aplicabilidade no sistema jurídico processual. Visto que,

a transcrição fidedigna de um evento é inatingível. Logo, a verdade sobre essa perspectiva correspondencista jamais poderá ser obtida.

Por sua vez, a teoria da verdade como coerência defende que a verdade é resultante de um sistema de crenças que a presume. Nas palavras de Marcondes, a verdade ocorre dentro de um sistema, sendo que a crença é considerada verdadeira, pois é avaliada com outras crenças, e a partir de uma interpretação é tida como verdadeira. Assim, os coerentistas não entendem a verdade como uma relação direta entre fato e realidade, mas que ela surge a partir de crenças pertencentes a um sistema. Sendo assim, o indivíduo formará sua convicção sobre a verdade, a partir de um conjunto de crenças que lhe são inerentes (MARCONDES, 2014).

A teoria da verdade como coerência teve como um de seus precursores, o filósofo Harold Henry Joachim, o qual defendia que, a verdade obtida a partir de um julgamento individual, não poderia ser considerada a verdade total, sendo necessário que esse julgamento fizesse parte de um sistema coerente de crenças (JOACHIM, 1906). A partir desse entendimento, constata-se que diferentemente da teoria da verdade como correspondência, a teoria da verdade como coerência se debruça na convicção de que, o que torna uma crença verdadeira não são os fatos, mas sim o pertencimento dessa crença a um conjunto maior de crenças (MARCONDES, 2014).

Contudo, nem sempre as crenças adotadas por determinado sistema possuem uma lógica e, em não raras vezes, são desconstruídas pela ciência. Assim, quem adota a verdade como coerência, não necessariamente se apegará aos fatos, mas a uma convicção íntima que o sistema lhe proporcionou. Por esse ângulo, essa teoria é enfraquecida na medida em que, existem diversos sistemas de crenças, ao passo que, chegar a uma única verdade seria improvável.

Considerando que a crença tem o poder de conduzir a pessoa adotar determinado discurso como verdadeiro, desenvolveu-se a teoria pragmática da verdade, a qual foi idealizada pelo filósofo norte-americano Charles Sanders Peirce, em seu artigo denominado Como tornar nossas ideias claras de 1878 (PEIRCE, 1993). De acordo com Peirce, a mente humana não cria o conhecimento, apenas o transforma por meio de seu pensamento, o qual é movido pela dúvida, que somente é superada com a certeza de algo, ou seja, a partir da adoção de uma crença que é formada pelo resultado de uma ação (PEIRCE, 1993).

Acrescenta ainda que, a partir da crença o indivíduo desenvolve hábitos e comportamentos que, com o passar do tempo resultam em uma verdade para ele. Mais além, Peirce defende que a verdade seria o fim da investigação, ou seja, o seu resultado. A partir dessa perspectiva:

[...] a verdade consiste em crenças que ensejam ações que se tornam hábitos. Para o pragmatismo pouco importa se a verdade está na razão ou na emoção, na ciência ou na religião, na filosofia ou na mitologia. O que importa é a crença do sujeito de que algo é verdadeiro. (VIANNA, 2017).

Compreende-se, portanto, que a verdade pragmática habita intrinsecamente o sujeito. Ela surge a partir de sua vivência, costumes e valores defendidos, podendo variar de uma pessoa para outra conforme sua cultura, e diferentemente da verdade como coerência, a verdade pragmática não precisa estar necessariamente coerente com um sistema de crenças.

Constata-se que, a verdade pragmática é fruto do olhar que o indivíduo realiza sobre a investigação que lhe proporcionou um resultado, ora chamado de verdade. De modo que, tal conclusão pode mudar de acordo com a concepção de quem está investigando. Logo, essa teoria não atende aos anseios da busca pela verdade real que, por muito tempo norteou o sistema processual (principalmente o penal), pois a busca da verdade, por essa lógica realista deveria ser absoluta, afastando interpretações ambíguas.

Ainda que haja importantes defensores da corrente pragmática da verdade, vale mencionar que ela (independentemente de sua versão) recebe diversas críticas por parte da doutrina especializada que demonstram sua fraqueza como resposta para solução das disputas levadas ao Poder Judiciário (STRECK; MOTTA, 2019, p. 82 – 101).

Nota-se que, todas as teorias da verdade já mencionadas estão relacionadas a linguagem, sendo mais enfática essa relação com a teoria da verdade como consenso, que vem sendo adotada pelo sistema processual brasileiro na busca de formar um discurso e conseqüentemente dar uma resposta satisfatória a sociedade sobre o esclarecimento de um fato jurídico relevante.

A teoria da verdade como consenso defende que, a verdade é obtida a partir da conclusão feita por um grupo de pessoas, que passam a comungar daquela percepção. O conceito de consenso, nesse caso, está relacionado a ideologia adotada por determinada comunidade que, por viverem o mesmo contexto e possuírem semelhantes valores morais, adotam o mesmo entendimento sobre um assunto (MARCONDES, 2014). De acordo com esse entendimento, Vianna (2017) define que a verdade como consenso seria uma construção social, onde os sujeitos argumentam e a partir dessa ação a verdade passa a ser constituída. Além disso, o autor afirma que a verdade por essa ótica, não é a tradução do objeto, mas sim o pacto ou consenso que esses sujeitos fazem acerca desse objeto.

Nesse quesito, há uma relação entre essa teoria e a teoria da verdade como coerência, pois, ambas visam a adoção de uma crença, a qual para o coerentistas

deve estar associada a um sistema, enquanto para os consensualistas essa crença deve ser produzida através de consenso no contexto social em que está inserida. Assim, Marcondes (2014) disciplina que:

‘Consenso’ significa, portanto, nesse sentido, um entendimento entre os membros de uma comunidade em determinado período histórico em torno de determinados conceitos e valores. Quando os coerentistas afirmam que uma crença é verdadeira na medida em que faz parte de um conjunto de crenças com as quais é consistente, estão estabelecendo como pressuposto que deve haver um consenso entre aqueles que adotam essas crenças. Pode-se dizer que o foco das teorias coerentistas são as crenças ou as sentenças que as expressam. Para os consensualistas, o foco é o fato de que essas crenças fazem parte de uma comunidade que as adota.

Partindo dessa ideia, a verdade consistiria no acordo que uma comunidade chegaria sobre determinado fato, ou seja, uma tese aceita por todos ou quase todos aqueles que pertencem a um grupo.

Essa teoria foi construída a partir dos ensinamentos de Jürgen Habermas, que defendia que a verdade era resultante da comunicação, através da argumentação poderiam obter o consenso sobre alguma coisa. Assim, segundo essa corrente, a verdade seria uma construção social, que por meio de ações comunicativas entre os sujeitos, formar-se-ia um consenso (HABERMAS, 2016). Isso é claramente observado quando ocorrem crimes de grande repercussão midiática, onde rapidamente há uma construção factual dos eventos ocorridos durante a prática criminosa. De modo que, uma boa argumentação, em muitos casos, acaba por convencer a sociedade, antes mesmo da instrução processual, como o caso demonstrado envolvendo o homicídio do jovem Mateus Lessa no início deste trabalho.

Compreende-se, segundo Vianna que a teoria da verdade como consenso é fruto de uma narrativa, podendo ser desconstruída por novos argumentos que venham modificar o consenso ora adotado, ocasionando uma mutação da verdade, fato que demonstra que ela não é absoluta (VIANNA, 2017).

Ao analisar as principais teorias da verdade, adota-se a concepção de que, na interpretação jurídica a teoria da verdade como consenso é a que melhor proporciona uma aproximação entre o mundo fático e o mundo jurídico. Pois, ela evita discussões abstratas sobre os fatos ou a obtenção da verdade por mero juízo de valor. Por essa lógica, Vianna (2017) defende o consensualismo, afirmando que num país tão plural como o Brasil, se a verdade fosse obtida a partir de crenças, convicções e valores, a segurança jurídica estaria prejudicada.

Os adeptos da teoria da verdade como consenso, apontam que ela contribui para que a decisão esteja em consonância com as provas e não apenas através da convicção pessoal do juiz. Em contrapartida, se fosse adotada, por exemplo, a teoria pragmática, o magistrado poderia julgar apenas com o seu entendimento pessoal (crença) sobre o tema o que poderia proporcionar insegurança jurídica.

Em suma, a teoria da verdade como consenso contribui para a estabilidade jurídica, pois ela resulta de um processo de verificação, onde, por meio de uma narrativa argumentativa chega-se a um acordo. Porém, ressalta-se que essa verdade não é absoluta, ela pode sofrer modificações na medida em que ocorrem debates e adaptações, que são espelho da constante evolução social e conseqüentemente implicam no campo do direito, ou seja, será obtido no máximo um juízo de verossimilhança e probabilidade como resultado das decisões judiciais.

2 A CONSTRUÇÃO NARRATIVA NO SISTEMA PROCESSUAL

As provas são elementares para a reconstrução dos fatos, estabelecendo um elo entre o passado e o presente. Além do mais, são as provas que darão amparo para a construção de uma narrativa que se torne consensual por aqueles que a ouvem. As provas são trazidas ao processo pelas partes, a acusação tenta reunir elementos que confirmem a materialidade e a autoria do evento danoso, bem como a defesa irá em busca de argumentos que descaracterizem a tese levantada pela parte contrária.

Portanto, as provas advêm da narrativa feita pelas partes que integram o processo, as quais contarão uma história, que nas palavras de Maccormick (2008), deve estar coerente com a experiência fática, pois caso contrário, tornar-se-iam apenas falsas memórias ou pura ficção. O autor ainda defende que a narrativa real dos fatos ocorre quando há: percepção dos fatos, memória e manutenção de registro, além da honestidade daquele que profere o discurso.

A percepção é fundamental na construção da narrativa processual, pois ela se traduz na observação que o indivíduo faz sobre os fatos, analisando os motivos que conduziram ao resultado obtido, que nesse caso, seria a ocorrência de um evento danoso. Porém, para que haja respostas precisas, além da percepção deve haver uma interpretação. Por esse ângulo, Maccormick (2008, p. 326) discorre que:

A interpretação, por sua vez, envolve a aplicação de argumentação por coerência, e, portanto, uma ausência de certeza que opera desde o início. Todavia, uma alegação de ter percebido, lembrado ou referido a um registro, junto com qualquer elemento necessário de interpretação, quando feita

honestamente, é uma alegação que propõe uma descrição do mundo real. Tal descrição é racionalmente aceitável como uma descrição provável de algo que aconteceu se a pessoa que a faz é realmente honesta e também precisa.

Todavia, ainda segundo o autor, a interpretação pode ou não corresponder aos fatos, sendo assim, todas as alegações feitas devem estar apoiadas em provas para que se forme uma narrativa coerente e que contribua para a coesão do direito (MACCORMICK, 2008).

Acerca dessa problemática, Michele Taruffo (2016, p. 54), reconhece a importância da narrativa, segundo sua análise “as narrativas trazem informações esparsas e fragmentadas de acontecimentos e podem ser combinadas num conjunto coerente e dotado de sentido”. Além disso, assim como Maccormick, Taruffo afirma que as provas são essenciais na reconstrução dos fatos, sendo que a partir delas determinar-se-á a verdade.

Considerando que, a construção narrativa é fruto dos relatos produzidos pelas partes, observa-se um dialogismo processual, o qual é marcado pela prevalência do contraditório. Assim, as diversas vozes que compõe o processo narrarão suas versões, sendo-lhes garantido, nas palavras de Trindade e Karam (2018) “que os discursos produzidos pelas partes coexistam paritariamente, sendo-lhes resguardadas a independência, a imiscibilidade e a plenivalência, características da polifonia”.

Sob essa perspectiva, a narrativa processual é associada a polifonia dos romances, onde há estratégias discursivas: “[...] que possibilitam ao dialogismo se concretizar pela presença de muitas vozes equipolentes, mediante as quais são introduzidos na narrativa múltiplos pontos de vista, visões de mundo, ideologias e valores que contrastam e polemiza” (KARAM; TRINDADE, 2018).

Colaborando com esse entendimento, Streck (2016) afirma que “tudo que se vier a conhecer será na e pela linguagem”. Acrescenta ainda que, ela condiciona a ligação entre sujeito e objeto, ou seja, por meio da linguagem o objeto (fatos) poderão ser narrados pelo sujeito (testemunha, vítima, acusado etc.). Em sintonia, Gomes e Tomaz (2017, p. 18) apontam que, atualmente o jurista tenta aplicar o direito com objetividade, de modo que “a superação desta relação objetificante sujeito-objeto ocorre por meio da linguagem como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno jurídico, quando desvela um sentido sempre e já pré-existente”.

Assim, a linguagem é o caminho para que o indivíduo externe sua interpretação sobre os fatos. Sendo que, no âmbito do processo essa relação entre sujeito e objeto possui grande relevância, principalmente na decisão judicial,

momento em que o juiz fará sua compreensão a partir da contextualização feita pelas partes sobre o objeto.

Enaltecendo a importância da linguagem para a construção da narrativa no processo, Machado (*apud* CAMPOS; TEIXEIRA (org.), 2014, p. 94 – 119) defende que na atividade jurídica a todo momento ocorre a interpretação de leis, os debates orais, as oitivas das partes e das testemunhas. Portanto, a linguagem está presente em toda a instrução processual e muitos dos problemas resultantes do mundo jurídico advêm da má aplicação da linguagem e da interpretação.

Entretanto, conforme já exposto, a argumentação narrativa deve estar atrelada a outras fontes probatórias que confirmem a versão proposta, pois as narrativas são fragmentos do passado, e por estarem nesse plano pretérito, podem ser enfraquecidas pelo esquecimento de algum elemento, vindo a ocasionar interpretações errôneas dos elementos fáticos.

Diante dessas reflexões, entende-se que a obtenção da verdade no sistema processual está intimamente relacionada ao plano discursivo. Indo mais além, levando-se em conta que o processo é formado por eventos históricos, as partes se tornam personagens, atuando em defesa de suas versões antagônicas, objetivando formar uma narrativa coerente e que possa gerar consenso a respeito dos elementos fáticos. Sendo assim, é necessário compreender o papel dos personagens processuais na construção da verdade consensual do sistema processual que será visto a seguir.

3 OS PERSONAGENS PROCESSUAIS

Considerando a importância das partes na formação da narrativa sobre os fatos, faz-se primordial analisar o papel de cada um desses personagens processuais que, através de suas manifestações darão sentido a construção do discurso que será eleito como a verdade processual.²³¹

²³¹ Vale destacar a importância do princípio da cooperação na relação processual. Neste sentido Luiz Fux informa o seguinte: Na seara dos princípios, importante novidade do novo diploma processual se deu na instituição de um dever positivo de cooperação entre as partes, consagrado no art. 6º do CPC. Ao lado dos tradicionais modelos dispositivo e inquisitivo (publicismo), tem-se enxergado um terceiro modelo, o cooperativo (colaborativo, participativo). Trata-se de dever abstrato imposto aos sujeitos do processo, e não só às partes, de atuar de forma integrada, conforme a boa-fé processual, a fim de que se tenha um provimento mais efetivo. Pode-se assim dizer que constitui princípio acessório que perfaz a realização dos princípios da efetividade e da economia processual. O modelo cooperativo chama as partes e demais sujeitos processuais para, conjuntamente com o magistrado, construir a solução adequada, de sorte que “há, com isso, uma gestão compartilhada do processo. Autor e réu não estão mais à disposição do juiz, como meros atores secundários, mas sim engajados, no mesmo plano, focados na justa resolução do conflito. Alarga-se a latitude do processo, através de interações dialéticas, valorizando-se a intersubjetividade”. Tal cooperação materializa-se, sobremaneira, na observância do contraditório e na exigência da lealdade processual. O debate entre as partes, proporcionado e resguardado pelo órgão jurisdicional, contribui para o aperfeiçoamento da decisão, enquanto o dever de lealdade se observa na relação entre as partes. Contudo, é necessário salientar que o dever de

Partindo do princípio que, o processo é formado por uma construção argumentativa lógica, vê-se na figura do advogado o personagem que fará a estruturação dos elementos que comporão o início do discurso. Por meio de sua técnica, ele produz um raciocínio que exclui da narrativa informações que não interessam ao seu cliente, e que conseqüentemente não lhe favorecerão no momento da decisão, além de traçar estratégias visando descaracterizar todas as falas em sentido contrário (TARUFFO, 2016). Ressalta-se ainda que, a construção narrativa feita pelo advogado resulta dos relatos que as partes fazem sobre os acontecimentos, os quais podem estar contaminados por interesses pessoais. Por esse motivo, compreende-se que, incumbe ao advogado tão somente a missão de obter uma decisão favorável a seu cliente e não necessariamente formar um discurso verdadeiro.

Dessa maneira, observa-se que a finalidade do advogado no processo não é a de produzir a verdade, principalmente quando ela não trará resultados positivos a parte a qual se dispôs a defender. Por essa razão, Taruffo sublinha que “as histórias que são narradas pelos advogados tendem a incluir manipulações dos fatos, orientadas ao escopo de vencer a causa” (TARUFFO, 2016, p. 63).

Ademais, quando o advogado defende o acusado em um processo penal, por exemplo, ele se depara com uma situação em que, o que está em jogo são os direitos basilares do indivíduo, como a sua liberdade. Logo, assim como o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, não seria razoável exigir que seu defensor, trouxesse ao processo provas que prejudicassem a sua defesa. Assim, o advogado tem a pretensão de narrar os fatos que beneficiam o seu cliente como verdadeiros, os quais no transcorrer no processo podem ou não ser confirmados. De acordo com Taruffo, o papel dos advogados é “propor ao juiz hipóteses de decisão, indicando quais são – do seu ponto de vista – os elementos que o juiz deveria levar em consideração com o fim de estabelecer qual narrativa apresenta-se como verdadeira” (TARUFFO, 2016).

Os depoimentos da vítima e do acusado também são relevantes meios probatórios, e embora, ambos também não estejam compromissados em dizer a verdade, em virtude de seus interesses no processo, isso não significa que eles não ocupem uma posição de destaque na dialética processual e na construção da narrativa. Em muitos casos, a vítima e o acusado são as únicas testemunhas oculares do evento danoso, e é partir de seus relatos que ocorre o desenvolvimento de toda a persecução penal. Além do mais, quando suas alegações são verídicas,

cooperação também recai sobre o juiz. Não há mais espaço para o juiz Pilatos no processo civil brasileiro, de forma que essa nova função se reflete, igualmente, no máximo aproveitamento dos atos processuais e no exercício do dever de prevenção. Já não basta, a bem da verdade, abandonar o barco do processo ao primeiro sinal de deficiência nos atos das partes, mas o juiz deve alertar a parte para promover a correção para que se prossiga no curso processual, a exemplo do art. 321 do CPC, que permite a emenda da petição inicial, cabendo ao magistrado indicar “com precisão o que deve ser corrigido ou completado”. – (FUX, 2022, p. 89).

eles tornam-se os sujeitos processuais mais interessados na construção de uma narrativa que reflita a situação fática experimentada.

Por essa lógica, tanto a vítima quanto o acusado (no sistema processual penal) estão estreitamente relacionados com o órgão de acusação e seu advogado de defesa respectivamente. Através das narrativas, a acusação e a defesa irão em busca de conteúdo probatório que materializem seu discurso e possam oferecer uma solução plausível para o processo em curso.

As testemunhas também são peça fundamental na construção da narrativa processual, em seus depoimentos elas reproduzem uma história resultante dos registros que possuem sobre os fatos. No entanto, diferentemente do advogado, da vítima e do acusado, as testemunhas têm o dever legal de dizer a verdade, sob pena de receberem uma sanção por parte do Estado Juiz, o que não garante a veracidade de seus relatos, mas fornecem um *status* de maior credibilidade ao seu discurso.

No processo penal assim como no processo civil, as partes podem arrolar testemunhas, razão pela qual, muitos entendem que pode haver certa parcialidade, pois elas trabalharão em defesa da parte que as trouxe ao processo. Dessa maneira, compete ao juiz ter a perspicácia de, durante as oitivas, realizar perguntas buscando medir o quão confiável é o testemunho e confrontá-lo com os demais meios de prova, quando existirem (TARUFFO, 2016).

Considerando que, a reprodução dos eventos históricos tem por objetivo dar um suporte probatório para que o juiz forme sua convicção e realize o julgamento, entende-se que ele é o personagem central da construção da narrativa processual. Partindo dessa premissa, Taruffo defende que, quando o juiz não ficar convencido, deve-se admitir a possibilidade de que ele vá em busca das provas, fazendo uma reprodução autônoma dos fatos (TARUFFO, 2016).

Há diversas discussões sobre até que ponto o juiz pode emergir no processo em busca da verdade. Retoma-se que, ele é um personagem fundamental, pois, analisará se as interpretações feitas sobre os fatos são admissíveis, se os registros são verdadeiros, se as memórias das testemunhas dão confiabilidade aos seus relatos. De modo que, após a análise de todos esses elementos ele formará sua narrativa dos eventos (MACCORMICK, 2008). Porém, essa postura ativa do juiz, possui algumas ressalvas, na medida em que a incumbência legal de trazer as provas ao processo pertence as partes, devendo o julgamento ocorrer a partir do conteúdo probatório por elas colhido e demonstrado no curso da relação processual. Nesse sentido, Delfino e Lopes entendem que é imprescindível que as provas sejam levadas aos autos unicamente pelas partes, devendo o juiz manter-se inerte e concluir a partir dos elementos trazidos até ele (DELFINO; LOPES, 2016).

Essa negação ao ativismo judicial, pretende evitar que haja uma obsessão pela busca da verdade, assemelhando-se ao juiz inquisidor, que detinha poderes instrutórios ilimitados, afastando totalmente a imparcialidade de seu julgamento. Afinal de contas, uma prova trazida ao processo pelo próprio julgador, inevitavelmente irá soar mais verídica que qualquer outra produzida pela acusação ou pela defesa. Nesse sentido, Costa argumenta que quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, ele já sabe a qual parte esta prova irá beneficiar, isso acarreta uma quebra da imparcialidade, pois, o juiz passa a trabalhar para o autor ou para o réu, quando respectivamente não se contenta com uma sentença de improcedência por falta de provas ou não se satisfaz com uma sentença de procedência (COSTA, 2015, p. 153 – 173).

Apesar do autor estar referenciando o processo civil, a lógica é a mesma no âmbito criminal. Logo, havendo dúvidas sobre a autoria ou materialidade de um crime, caberia ao magistrado aplicar o princípio do *in dubio pró réu* e absolvê-lo, o que na esfera civil se equivale a sentença de improcedência do pedido.

Contudo, muitas vezes, imbuído pelo desejo da certeza, o juiz adentra ao processo como se parte fosse, o que descaracteriza a sua figura de expectador inerte, atuando ativamente na produção de provas, o que inevitavelmente pode favorecer uma das partes, eis que “ele decide abandonar a equidistância e abraçar precipitadamente a causa de uma das partes, coadjuvando-a. Ele sente-se estimulado a complementar as provas para que outro resultado desponte no processo” (COSTA, 2015, p. 153 – 173).

Ademais, entende-se que a verdade processual não resulta da correspondência das provas com a realidade, conforme defende Taruffo, a verdade é apenas uma combinação de relatos dotados de coerência e consenso com as provas produzidas, logo não há justificativa para que o juiz atue na instrução probatória (TARUFFO, 2016). Sob essa perspectiva, defende-se a prevalência da inércia do juiz, pois, a sua atuação oficiosa na produção de provas pode culminar no favorecimento ou prejuízo para uma das partes, visto que, terá o juiz atuando consigo em busca de provar sua inocência ou culpa (COSTA, 2015, p. 153 – 173).

Em contrapartida, ao defender os poderes instrutores do juiz, Taruffo aponta que só haveria prejuízo a uma das partes, se ele agisse com o desejo de beneficiar uma delas. Ao passo que, quando o seu único objetivo é a busca da verdade, independentemente a quem ela favoreça, seria legítima a sua busca por provas (TARUFFO, 2016). No entanto, é pouco provável que se possa saber se a intenção do juiz ao determinar a produção de provas, é o de favorecer uma das partes ou chegar a uma descrição probabilística e verossimilhante dos eventos. Por esse motivo, o ativismo judicial é negado por aqueles que adotam

a perspectiva garantista, onde o indivíduo deve se sobressair ao poder estatal no exercício da jurisdição.

4 A VERDADE COMO CONSENSO *VERSUS* O MITO DA VERDADE REAL

Historicamente, o sistema processual sempre objetivou obter a verdade material ou real, afastando muitas vezes o formalismo exigido legalmente e suprimindo direitos e garantias inerentes as partes dos processos. Havia uma concepção de que a busca da verdade deveria ser absoluta, apoiando-se em medidas inquisitoriais na tentativa de esclarecer os fatos.

Essa busca incessante pela verdade, por muito tempo, legitimou as arbitrariedades praticadas pelo Estado – principalmente em processos criminais – através da prática de torturas e outros meios de obtenção de provas ilícitas, pautando-se na justificativa de que o processo penal, por exemplo, tutela os bens mais relevantes, haveria a necessidade de que a verdade fosse buscada de forma ampla e incessante.²³²

Entretanto, a verdade real tem um cunho puramente dogmático, uma vez que a investigação criminal é cercada pelos sentimentos das partes envolvidas, como o medo, o desejo de vingança etc. Por essa razão, a reprodução fidedigna dos fatos torna-se um mito, visto que, os relatos são eivados de passionalidade e de interesse no resultado do processo.

Buscando superar a ilusão em torno da verdade real, bem como as práticas inquisitoriais, a CRFB/88 está pautada em defender o indivíduo e consequentemente o Estado democrático de direito, pois há limites estabelecidos pela Constituição em relação a busca da verdade, como pode ser observado no artigo 5º, onde está disposto que são invioláveis à intimidade, à vida privada e o domicílio, além de inadmitir as provas ilícitas e a prática da tortura ou o tratamento cruel, desumano ou degradante.²³³

²³² É importante mencionar que a maior conquista do Estado moderno ou melhor do Estado Social e Democrático de Direito está relacionado a separação entre o Estado e a religião, pois em sistemas jurídicos anteriores aceitava-se julgamentos baseados na vontade divina, neste sentido Luiz Fux menciona o seguinte: “O processo romano-barbárico, porque rudimentar, apresentava traços dessa pouca evolução sociocientífica no âmbito probatório, onde se admitiam os juízos de Deus, segundo os quais este salvaria do duelo ou das provas de fogo e de sangue aqueles que retratavam a verdade, e sobre ela decidia a assembleia. Essa característica assemblar do processo germânico, no qual o juiz era mero orientador do julgamento pela assembleia, representava o fundamento da eficácia erga omnes das decisões, mercê da irrecorribilidade daquelas, uma vez que inexistia qualquer órgão superior à assembleia, nem mesmo o conde feudal, que a elas presidia”. – (FUX, 2022, p. 53).

²³³ Art. 5º (...): III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A tortura ao longo da história, foi um método bastante utilizado para obter a confissão de um acusado, nos tribunais da inquisição, foi fortemente empregada na busca da verdade real, posteriormente vindo a ser uma ferramenta nas mãos dos órgãos de investigação criminal (VARGAS, 2012). Contudo, essa prática passou a ser combatida a partir dos anos 1980, sendo instrumentalizada a partir da Convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes, determinando que os Estados criminalizassem a tortura em seus ordenamentos jurídicos²³⁴. Medida adotada pelo Brasil com o advento da CRFB/88 e posteriormente consolidada pela Lei 9.455/97.

Entretanto, embora o Estado brasileiro tenha firmado em suas leis a proibição da tortura, Vargas (2012), entende que ainda ocorre o seu emprego, o que está fortemente relacionado com esse desejo de alcançar a verdade real no processo, combinado com as precárias técnicas de investigação, que dificultam o esclarecimento dos fatos por outros meios de prova. Sob esse prisma, ela contribui ao afirmar que a confissão é tida como principal fonte de produção da verdade real, e que no Brasil tem sido legitimada ao longo dos anos através da prática de tortura durante o processo de investigação.

Na concepção de Aury Lopes Júnior (2020, p. 563), essa busca incessante pela verdade real afronta não só as garantias constitucionais do indivíduo, mas também a efetividade do processo acusatório, tendo em vista que:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o ‘interesse público’ (clausula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisidor).

A desconstrução do mito da verdade real também se debruça na concepção de que “os fatos passados não são passíveis de experiência direta”. Logo, esses fatos devem ser verificados e provados e, os sendo, passam a formar o conjunto de elementos que farão o juiz obter uma hipótese do que provavelmente tenha acontecido. Isso significa dizer que, não há a possibilidade de reviver o passado, restando tão somente a sua interpretação (JUNIOR, 2020, p. 565)

Compreende-se que, o objetivo do sistema processual contemporâneo não deve estar vinculado ao mito da verdade real. Atualmente, pretende-se

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

²³⁴ Art. 2º 1. 1. Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

obter uma verdade “produzida” no processo por meio das provas. Apoiando-se nesse entendimento, Machado (*apud* CAMPOS; TEIXEIRA (org), 2014, p. 94 – 119) aponta que ao realizar o julgamento, o juiz deve se basear na probabilidade extraída das provas e das teses formadas durante o processo. Assim, ele poderá determinar quais argumentos são mais plausíveis e próximos da verdade.

Da mesma forma, Lima reafirma a percepção de que, dificilmente o processo concretizará a verdade absoluta, sendo que a partir da reconstrução dos fatos por meios das provas, o juiz terá uma probabilidade, que para ele se difere da possibilidade, pois, a probabilidade, segundo ele, estaria mais próxima da certeza (LIMA *apud* PEREIRA (coord.), 2016). Considerando essas posições, a verdade é resultante de um juízo de probabilidade, o qual é feito pelo juiz por meio do método dedutivo ao analisar o corpo probatório. Assim, a sentença seria um ato onde, o juiz demonstra seu convencimento de que a hipótese por ele adotada para fundamentar sua decisão é a reconstrução mais provável e verossimilhante aos fatos.

Partindo do pressuposto de que a verdade factual dificilmente será alcançada, a concepção do que seria a verdade no processo também está atrelada ao juízo por verossimilhança. Visando conceituar esse instituto, Taruffo faz analogia a um trecho do romance policial de John Grisham “*The Broker*”, onde seu autor, descreve a cidade de Bolonha:

Quando Grisham escreve que no edifício da Faculdade de Direito há salas dos professores, faz uma afirmação que soa verossímil, porque em muitos casos (ou na maior parte dos casos) as salas dos professores encontram-se nos edifícios principais das faculdades. Por conseguinte, essa afirmação é verossímil porque corresponde àquilo que ocorre ‘normalmente’. O problema é que no caso particular o enunciado é verossímil, mas falso, pois as salas dos professores da faculdade jurídica de Bolonha não se encontram naquele edifício. (TARUFFO, 2016, p. 56)

Dessa maneira, entende-se que a verossimilhança não está necessariamente ligada ao que é verdadeiro, mas por ser plausível com situações similares, torna coerente a narrativa. No processo, essa concepção de verdade por verossimilhança é costumeiramente adotada, afinal de contas, nem sempre o juiz possui elementos que comprovem materialmente a ocorrência de um fato, fazendo seu julgamento a partir de casos semelhantes.²³⁵

²³⁵ Um ponto importante a ser destacado é a concretização do princípio da boa-fé objetiva com base na proteção da confiança e da segurança jurídica. O Ministro Luiz Fux trata sobre o assunto da seguinte maneira: “A proteção à confiança se manifesta como um subprincípio da segurança jurídica.⁸⁸ Em verdade, a segurança jurídica figura como um dos valores mais caros ao processo civil, já que é o elemento responsável por

Como pode ser observado, os termos probabilidade e verossimilhança não são sinônimos, conforme assevera Taruffo “o juízo de verossimilhança não fornece qualquer elemento de cognição sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado, enquanto a probabilidade diz respeito à existência de razões válidas para sustentar-se que um enunciado é verdadeiro ou falso” (TARUFFO, 2016, p. 56).

Assim, pode-se concluir que, a construção da verdade no sistema processual ocorre por meio da narrativa, a qual nem sempre traduz a realidade, mas por sua verossimilhança e probabilidade com ela acaba por convencer seus expectadores.

Essa narrativa é fruto da combinação de eventos ordenados ao longo do tempo, fragmentados e esparsos, mas que quando reunidos, formam um discurso coerente e consensual, capaz de convencer os envolvidos no discurso jurídico de que os fatos ocorreram daquela forma, sendo que esta seria, portanto, a verdade processual.

CONCLUSÃO

Considerando que a problemática da pesquisa foi o de compreender como ocorre a construção narrativa da verdade no sistema processual brasileiro, este trabalho buscou demonstrar que, das diversas teorias da verdade existentes, a *da* verdade como consenso incide substancialmente na construção dessa narrativa e explicita quais elementos uma boa narrativa jurídica deve conter.

Esse entendimento foi adotado, principalmente em razão de que a verdade processual não é absoluta, ela é fruto de um discurso que, para ser aceito, deve estar coerente e principalmente ser construída a partir do consenso entre aqueles que convivem em determinado grupo social. Logo, constatou-se que a construção da narrativa está totalmente atrelada a linguagem.

Nesse aspecto, restou claro que os personagens processuais são peças fundamentais na construção da narrativa, pois, são eles que literalmente irão fazer uso dessa linguagem para expressar o que presenciaram. De modo que, a partir da narrativa realizada por cada um dos personagens, o quebra-cabeças processual é montado, objetivando apresentar uma suposta verdade ao juiz, o qual figura não só como o destinatário final da narrativa produzida, mas será

lhe conferir legitimidade. As partes não se submeteriam a um processo, que, sabidamente, demanda tempo e dinheiro, se a decisão proferida não lhe fosse, em alguma medida, definitiva. Mostra-se fundamental, portanto, pacificar as discussões – o que só se alcança com respeito à segurança jurídica. Mais especificamente quanto à proteção da confiança, a doutrina aponta sua decorrência de fato jurídico decorrente de quatro elementos: (i) a base da confiança, o ato normativo que lhe serviu de fundamento; (ii) a confiança no ato, a legitimidade da crença no seu cumprimento; (iii) o exercício da confiança, a atuação propriamente dita em conformidade com a confiança; e (iv) frustração posterior por ato do Poder Público.” – (FUX, 2022, p. 89)

quem definirá se o consenso alcançado merece a confirmação por parte do Estado seja para punir ou para absolver.

Ainda, através do estudo, conclui-se que, fundamentar o sistema processual pela busca da verdade real é uma falácia, na medida em que os eventos que nortearam o cometimento de um evento danoso, encontram-se no tempo passado, o máximo que se pode obter é uma reprodução feita pelas partes, as quais nem sempre estão comprometidas em trazer a verdade à tona, pelos diversos motivos que foram elencados ao longo do estudo, como o interesse no processo ou sentimentos pessoais, que descontroem a confiabilidade de seus relatos.

Sendo assim, o sistema processual brasileiro, seja qual forma de estruturação (cível, penal, administrativa) deverá ter suas decisões calcadas em juízos intersubjetivos construídos através de consensos mínimos alcançado pela relação entre os discursos dos atores processuais construídos através de uma narrativa consistente e vinculada aos elementos probatórios do processo, bem como deve estar de acordo com o sistema jurídico vigente e, por fim, serem cancelados pelo Estado juiz.

REFERÊNCIAS

ACHEIUSA. Justiça manda soltar homem preso injustamente por assassinato no Brasil. **Acheiusa.com.br**, 25 jan. 2019. Disponível em: <https://www.acheiusa.com/Noticia/justica-manda-soltar-homem-presoinjustamente-por-assassinato-no-brasil-63544/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 19, n. 19, p. 131 - 168, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458>. Acesso em: 28 fev. 2022

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 153 - 173. Disponível em: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1526/Algumas%20considera%3%a7%20sobre%20as%20iniciativas%20judiciais%20probat%3%b3rias.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 fev. 2022

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

DAVID, Marian. *The correspondence Theory of Truth*. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edição Inverno 2020. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/truth-correspondence/>. Acesso em: 18 fev. 2022.

DELFINO, Luiz; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo**

(**RePro**), v. 255, 2016. Disponível em: <https://cupdf.com/document/streck-fonseca-costa-kahneman-e-tversky-todos-psicologia-cognitiva-de-kahneman.html?page=4>
Acesso em: 25 fev. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GOMES, Reginaldo Gomes; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **A efetividade dos direitos fundamentais e o problema da verdade na atuação do juiz no processo penal democrático**. Belo Horizonte, 2017.

HABERMAS, Jurgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KARAM, Henriete; TRINDADE, André Karam. Polifonia e verdade nas narrativas processuais. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 39, n. 80, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p51>. Acesso em: 18 fev. 2022.

LIMA, Marcellus Polastri. A chamada “verdade real” sua evolução e o convencimento judicial. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e Prova no Processo Penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de direito**. Edimburgo: Elsevier, 2008.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **A superação da dicotomia “verdade formal” vs. “verdade real” no moderno direito processual**. *In*: CAMPOS, Hélio Silvio Ourém; TEIXEIRA, Sérgio Torres (org.). **Processo e Jurisdição II: a humanização do Direito e a horizontalização da Justiça no Século XXI**. v. XXIII. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 94 - 119. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=58a7e42277b10f61>. Acesso em: 25 fev. 2022.

MARCONDES, Danilo. **A verdade**. São Paulo: WMF Martins Fonte, 2014.

MIGALHAS. “Réu não possui estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros”, diz juíza de SP. **Migalhas.com.br**, 1 mar. 2019, 14:39. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/297368/reu-nao-possui-estereotipo-padrao-de-bandido--possui-pele--olhos-e-cabelos-claros---diz-juiza-de-sp>. Acesso em: 10 jan. 2022.

ORTIZ, Renato (org.). **Coleção Grandes Cientistas Sociais: Pierre Bourdieu**. São Paulo: Ática, 1983.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49 - 70, ago. 2020.

RIANIELLI, Erick. Jovem entra na linha de tiro e morre ao salvar a mãe de ladrões na Zona Oeste do Rio. **G1.globo.com**, Rio de Janeiro, 16 jan. 2019, 5:03. Disponível em: <https://g1.globo.com/tj/rio-de-janeiro/noticia/2019/01/16/jovem-entra-na-linha-de-tiro-e-morre-ao-salvar-a-mae-de-ladros-na-zona-oeste-do-rio.ghtml>. Acesso em: 10 jan. 2022.

SPINDOLA, Angela de Araújo da Silveira; VIEGAS, Viviane Nery. A jurisdição constitucional e a implementação de políticas públicas no cenário brasileiro: o papel do juiz no processo democrático. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 12, n. 12, p. 2 - 35, jan./dez. 2012. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/297/271>. Acesso em: 28 fev. 2022

STRECK, Lênio Luiz. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade de Michele Taruffo. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 37, n. 74, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p115>. Acesso em: 20 fev. 2022.

STRECK, Lênio; MOTTA, Francisco José Borges. Teoria, antiteoria e prática: um passeio *pelos divergent paths* de Richard Posner. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 24, n. 2, p. 82 - 101, mai./ago. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1606/584>. Acesso em: 28 fev. 2022

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VARGAS, Joana Domingues. Em busca da “verdade real”: tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. **Sociologia & Antropologia**, v. 2, 3. ed., p. 237 - 265, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sant/a/RqB65cQ7fJ53qDNkLxCXqbbq/?lang=pt>. Acesso em: 27 fev. 2021.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Interpretação do direito e teorias da verdade. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.10, n. 4, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/27941/21896>. Acesso em: 20 fev. 2022.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Moraes da. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: Emodara, 2018.

IMPACTOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA INTERNALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Gregório Mehler Nadolny²³⁶, Sandro Gorski Silva²³⁷

INTRODUÇÃO

O direito público tem caminhado para uma mudança de paradigma, neste início de século XXI. Se outrora a Constituição Federal estava em seu ápice, como único ponto de referência de um sistema dito fechado, hoje falamos de um modelo jurídico aberto e permeável, em que a Carta Magna, mantida a sua relevância, compartilha espaço com Tratados Internacionais de Direitos Humanos, fomentando o diálogo e a difusão de standards protetivos.

De outro lado, o contexto desafiador da região latino-americana, marcado por um legado autoritário e ditatorial, com baixa tradição de respeito aos direitos humanos e altos índices de exclusão e desigualdade, tem reclamado a utilização de instrumentos jurídicos supranacionais e o auxílio de Cortes Internacionais para superar a fragilidade na regulamentação de garantias pelo direito interno.

No âmbito criminal brasileiro, há muito tem-se denunciado as violações massivas e persistentes de direitos fundamentais em relação às condições de custódia, a seletividade do poder punitivista e a existência de um Direito Penal do Inimigo, a ensejar uma cultura do encarceramento, fazendo com que somente determinada parcela da sociedade seja objeto de desigual e arbitrária persecução penal, sem direito a direitos e garantias.

²³⁶ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Participou do Projeto “Estudos em Jurisdição Convencional de Direitos Humanos” do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da PUCPR (2021/2022), tendo recebido menção honrosa no XXX SEMIC da mesma instituição, pela apresentação de trabalho com os resultados da referida pesquisa científica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2791909173152730>. Endereço: Rua Mamoré, 440, Curitiba, Paraná.

²³⁷ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Titular do diploma de *Master 2* em Direitos Humanos pela *Université Paris Nanterre La Défense* (França). Mestre em Direito pela PUCPR. Pós-Graduado em *Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como Proceso de Lucha por la Dignidad* pela *Universidad Pablo de Olavide* (Espanha). Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUCPR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Tem passagem profissional pela Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos da França e pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Suíça). Atualmente, é Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0437855341682183>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3310-5664>. Endereço: Avenida Paraná, 1030, Apto 1104, Curitiba, Paraná.

Com o fim de minimizar emergencialmente a crise carcerária (taxa de superlotação chega a 170%, conforme dados do CNJ) e aferir a legalidade das prisões realizadas pelas autoridades policiais no país, passou a ser obrigatória, no prazo máximo de 24 horas, a realização de audiências preliminares com a pessoa custodiada. Tal obrigação foi reconhecida a partir do exercício do Controle de Convencionalidade realizado pela Corte Suprema.

Com efeito, o presente trabalho tem como objetivo analisar como se deu a efetiva implementação da Audiência de Custódia no Brasil e quais os resultados práticos advindos da sua internalização pelo sistema penal brasileiro.

O estudo parte da análise do Controle de Convencionalidade e do julgamento levado a efeito pela Corte Suprema, por meio do método dedutivo. Em seguida, utilizando-se da abordagem quantitativa, realizou-se uma análise dos impactos da realização da Audiência de Custódia no Brasil. Por fim, concluiu-se, por meio do método indutivo, que muitas das prisões realizadas no país ainda revelam a ocorrência de tortura ou maus tratos e que 40% dos encarceramentos são revogados após a oitiva do custodiado.

1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A efetiva implementação do instituto da Audiência de Custódia, no sistema jurídico brasileiro, deu-se a partir da chamada técnica do Controle de Convencionalidade. Trata-se de ferramenta criada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) para aferir a conformidade do direito doméstico com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). O documento, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, foi ratificado pelo Brasil e internalizado por meio do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992.

Segundo o art. 38.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, as convenções internacionais são uma das fontes do Direito Internacional, sendo os Tratados Internacionais de Direitos Humanos subespécie daquelas. Trata-se de acordos celebrados entre sujeitos de Direito Internacional (Estados e organizações internacionais) que vinculam apenas os Estados-partes que, voluntariamente, consentiram com a sua adoção.

Como resultado jurídico da ratificação voluntária, o documento passa a ser de observância obrigatória pelo Estado e o seu descumprimento gera responsabilização internacional. Vale lembrar que eventual responsabilização num tribunal internacional não fere a soberania estatal, tendo em vista que o consenso é um requisito obrigatório para a adoção do tratado, sob pena de nulidade nos termos do art. 52 da Convenção de Viena (PIOVESAN, 2018).

Desse modo, a mera compatibilidade da legislação interna com o texto constitucional não se mostra suficiente no plano interno, sendo necessária também a sua compatibilidade com os tratados ratificados pelo país, análise esta que se perfectibiliza por meio do Controle de Convencionalidade (MAZUOLLI, 2011).

A ideia de um “Controle de Convencionalidade da Leis” surgiu no início da década 1970, na França, quando o *Conseil constitutionnel* declarou-se incompetente para a análise da compatibilidade das leis francesas com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Como a Corte detinha competência tão somente para a análise do controle de constitucionalidade, criou, então, o termo “Controle de Convencionalidade das Leis”, para a correta incidência do poder jurisdicional (MAZUOLLI, 2011).

No Brasil, embora o art. 5º, §2º, da Constituição Federal esteja vigente desde 1998, a técnica do Controle de Convencionalidade só foi definitivamente reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2008. Veja-se um breve histórico sobre o posicionamento da Corte Suprema sobre o tema:

Até 1977, o Tribunal consagrava o primado do Direito Internacional sob a ordem jurídica interna. Com a decisão do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, a Corte mudou o seu entendimento, equiparando os tratados à lei federal, sendo aplicável, inclusive, o princípio da *lex posterior derogat priori* para solução de antinomias, isto é, a lei posterior derogaria a anterior sobre a mesma matéria. Em 1995, o tema foi novamente trazido ao plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131, referente à prisão civil por dívida do depositário infiel. Conquanto já estivesse em vigor a Constituição Federal de 1988 e a composição da Corte fosse outra, foi mantida a paridade entre tratado e lei federal. No ano de 2008, contudo, esse entendimento, que prevalecia há mais de 30 anos, foi revisitado criticamente, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343. Diante de uma estrutura composta por novos ministros, foi conferido um tratamento especial aos tratados internacionais – criou-se a ideia de suprallegalidade, mas de infraconstitucionalidade. Ressalta-se que esse entendimento se deu de maneira majoritária, ficando vencidos os ministros Celso de Mello, Cesar Pelluso, Ellen Gracie e Eros Grau que sustentaram a constitucionalidade dos direitos humanos previstos em tratados internacionais (PIOVESAN, 2018).

O precedente, proferido em dezembro de 2008, tornou-se referência para a jurisprudência nacional, porquanto propiciou a incorporação de parâmetros protetivos internacionais na esfera doméstica e inaugurou definitivamente o Controle de Convencionalidade no país. À medida que a Corte Suprema reconheceu que o ordenamento interno passou a se submeter ao crivo dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, tornou-se inaplicável

a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja posterior ou anterior ao ato de adesão.

Há que se mencionar, ainda, a intenção de apaziguar a celeuma, causada pelos entendimentos dissonantes, levada a efeito pelo Congresso Nacional. Em 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, que incluiu o §3º no art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que, na hipótese de a recepção dos tratados e convenções sobre direitos humanos se realizar com a aprovação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam os documentos internacionais equivalentes às emendas constitucionais.

Recentemente, a Corte Constitucional tem se somado à parcela da doutrina, na proposta de revisitar esse entendimento, a fim de reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente da forma de sua internacionalização sob o rito das emendas constitucionais²³⁸.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Controle de Convencionalidade – criação jurisprudencial da Corte IDH²³⁹ – estabelece uma obrigação a toda e qualquer autoridade nacional – necessário ressaltar, seja ela judicial, legislativa ou executiva – de interpretar, de forma *ex officio*, as normas nacionais em conformidade com a CADH e, em geral, com o bloco de convencionalidade. Havendo incompatibilidade da norma doméstica com as disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da CADH e dos tratados de direitos humanos criados pela OEA ou da jurisprudência da Corte IDH – inclusive os standards interpretativos proferidos em Opiniões Consultivas emitidas pelo Tribunal –, a autoridade estatal deve abster-se de aplicá-la, a fim de evitar violações aos direitos humanos (MAC-GREGOR, 2016).

Em síntese, a norma nacional contrária ao chamado *corpus iuris interamericano* carece de efeitos jurídicos, porque viola o bloco de convencionalidade, gerando, assim, responsabilização internacional. Destaca-se que o Controle de Convencionalidade deve ser exercido dentro das respectivas competências internas e em observância às regras processuais competentes (MAC-GREGOR, 2016).

Vale lembrar que a Corte IDH não substitui os Tribunais internos dos Estados signatários de Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Não são

²³⁸ Veja-se, por exemplo, o voto do Ministro Edson Fachin, na ADI 5543. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 20 mar. 2022.

²³⁹ Ver casos Suárez Rosero vs. Equador (1997), Barrios Altos vs. Peru (2001) e Olmedo Bustos e outros vs. Chile (2001). A expressão controle de convencionalidade é cunhada no caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003). Outros registros conceituais se extraem dos casos Tibi vs. Equador (2004), Vargas Areco vs. Paraguai (2006) e, especialmente, em Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006) e Aguado Alfaro e outros vs. Peru (2006).

tribunais de recurso ou de cassação de decisões, mas sim um mecanismo que verifica a conformidade dos Estados com a Convenção Americana (PIOVESAN, 2018).

Importa reconhecer, também, a existência de um sistema multinível de direitos humanos, em que coexistem distintas ordens jurídicas, a fomentar a cooperação entre sujeitos, por meio do diálogo entre constitucionalismos locais e internacional, com articulação de demandas, de forma a privilegiar o ser humano (FACHIN, 2020).

Feitas essas considerações preliminares sobre o Controle de Conventionalidade, passa-se à análise da implementação da Audiência de Custódia no Brasil e suas consequências práticas.

2 A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

O STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, utilizando-se do conceito de “estado de coisas inconstitucional” – instituto preconizado pela Corte Constitucional da Colômbia, que tem como requisitos: (i) quadro reiterado e generalizado de violação de direitos humanos, (ii) inércia ou incapacidade persistente das autoridades públicas em modificar a situação e (iii) necessidade da atuação de uma pluralidade de autoridades para resolver a questão (CAMPOS, 2015) – reconheceu que o sistema carcerário brasileiro se encontra numa situação denominada de “estado de coisas inconstitucional”.

Nesse sentido, a Corte Suprema determinou que a Audiência de Custódia deveria ser estendida a todo o Poder Judiciário do país, e isso por força da previsão do art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do art. 7.5 da CADH, ambos devidamente internalizados pelo Brasil e, portanto, de observância obrigatória.

Destaca-se, ainda, trecho do voto do Ministro Edson Fachin, na ADPF 347, reconhecendo que a implementação da Audiência de Custódia não poderia ser condicionada à assinatura de Termo de Cooperação Técnica com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), notadamente, porque o Pacto San José da Costa Rica possui status hierárquico suprallegal (conforme entendimento da Corte) e, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, suas normas possuem aplicabilidade imediata.

Denota-se, portanto, que a efetiva implementação da Audiência de Custódia no Brasil decorreu do exercício do Controle de Conventionalidade pelo STF, ao reconhecer a força normativa da Convenção Americana no plano doméstico (LOPES JR; PAIVA, 2014).

Em síntese, a Audiência de Custódia tem como objetivo aferir a legalidade da prisão e proteger o indivíduo de qualquer tipo de tortura, seja física ou psicológica. A autoridade policial tem, assim, o prazo de 24 horas, contados da data da prisão em flagrante, para proceder à apresentação do custodiado à autoridade judiciária competente.

Importa destacar, também, o importante papel do CNJ na efetiva implementação da Audiência de Custódia no país. A partir de 2015, o órgão passou a coordenar um projeto nacional para que todas as unidades da federação cumprissem com a previsão convencional internalizada em 1992. À época do início do projeto, apenas quatorze estados brasileiros haviam implementado a Audiência de Custódia.

De outro lado, em 2016, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5240, rechaçou a pretendida inconstitucionalidade das normas que sustentam a realização da Audiência de Custódia, reforçando, uma vez mais, a necessidade de sua efetiva implementação por todos os tribunais do país.

3 IMPACTOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Conforme dados do SISTAC do CNJ, há uma larga utilização da Audiência de Custódia nos Tribunais de Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo. Nesses Estados, com a realização da audiência, foram reportados inúmeros casos de tortura/maus tratos (30.520 relatos) e quase 37% das prisões foram revogadas (196.968 casos), conforme ilustrado abaixo:

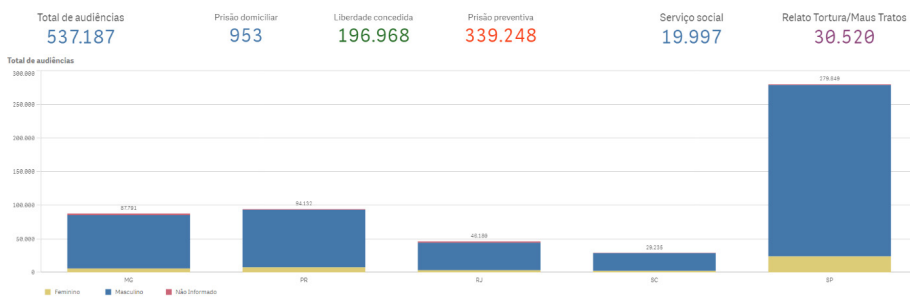


Figura 1 – Audiências de custódia realizadas nos Estados de MG, PR, RJ, SC e SP desde sua implementação.

Observa-se, portanto, que houve significativa redução do números de presos provisórios nos estados do sul e sudeste, especialmente, após a implementação da Audiência de Custódia.

De toda sorte, percebe-se que a implementação de medidas de restrição da circulação, decorrentes da pandemia da COVID-19, afetou diretamente o número de realização de audiências a partir de 2020. No Estado do Paraná, por exemplo, verificava-se uma certa constância na realização das audiências, contudo, com a emergência da crise sanitária, o número de tais audiências despencou. Veja-se:

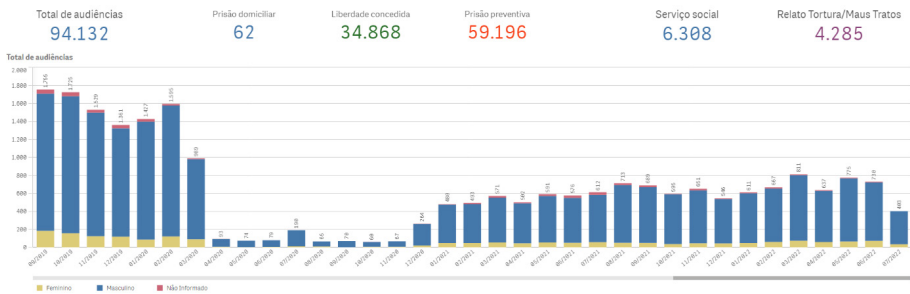


Figura 2 – Decréscimo de audiências de custódia no Estado do Paraná com o advento da pandemia da covid-19.

No Estado de São Paulo, por outro lado, havia a completa inexistência das Audiências de Custódia antes da sua efetiva implementação, por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015. A propósito:

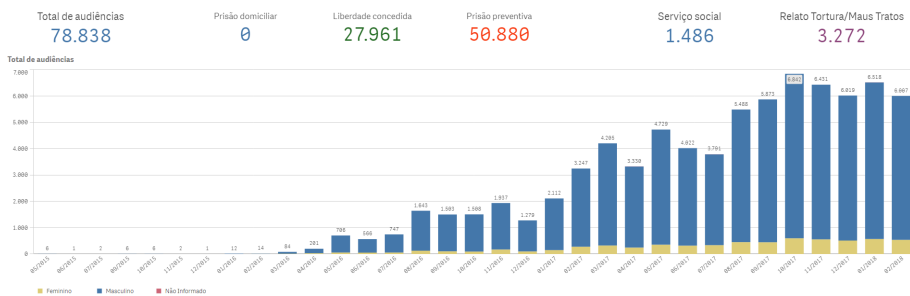


Figura 3 – Inexistência de audiências de custódia antes do ano de 2015 no Estado de São Paulo.

Segundo dados do CNJ, desde 2015, mais de um milhão de audiências já foram realizadas. Apenas no primeiro ano de funcionamento, 40 mil pessoas deixaram de ir para o sistema prisional. Sete anos depois, o número subiu para mais de 427 mil pessoas, taxa que representa 40% do total de audiências realizadas:

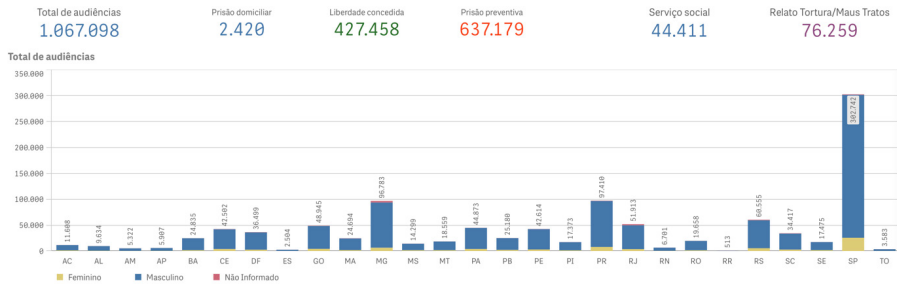


Figura 4 – Registro geral de audiência desde a implementação no país.

Denota-se, portanto, um impacto gigantesco com a implementação da Audiência de Custódia no país, sobretudo, se sopesarmos o valor gasto mensalmente pelo Estado com cada pessoa presa, cerca de R\$ 3 mil, conforme dados do CNJ.

CONCLUSÃO

O exercício do Controle de Convencionalidade tem se revelado como uma importante técnica para a adoção de parâmetros protetivos de Direitos Humanos. No entanto, a sua efetiva realização ainda não se consolidou nos Tribunais brasileiros, especialmente, na sua modalidade difusa.

Isso porque ainda persiste no STF o entendimento de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem status hierárquico supralegal e, não, constitucional, o que acaba por contribuir para que os magistrados brasileiros não procedam ao devido controle de conformidade da legislação doméstica com os standards difundidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No entanto, a abertura do sistema doméstico aos parâmetros internacionais de proteção dos Direitos Humanos já uma realidade e, mesmo sendo a prática ainda incipiente no país, já há casos que demonstram a importância do exercício do Controle de Convencionalidade para a efetiva garantia de direitos como, por exemplo, o caso envolvendo a implementação da Audiência de Custódia.

Existente no país desde a internalização da CADH, em 1992, a Audiência de Custódia só foi implementada efetivamente em 2015, após o STF reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e determinar a obrigatoriedade de observância da previsão convencional.

Como demonstrado, a Audiência de Custódia é um importante instrumento para avaliar a legalidade da prisão em flagrante e as condições de sua realização, a permitir verdadeiro controle do procedimento, contribuindo, em

última análise, para combater a lógica do encarceramento e prisões em massa de grupos em situação de vulnerabilidade.

Segundo dados do CNJ, desde 2015, mais de um milhão de audiências já foram realizadas e 427 mil pessoas deixaram de ir para o sistema prisional, o que representa uma taxa de “êxito” de 40% do total de audiências realizadas. Há, portanto, um impacto gigantesco no sistema carcerário, sobretudo, se sopesarmos o valor gasto mensalmente pelo Estado com cada pessoa presa, cerca de R\$ 3 mil, conforme dados do CNJ.

A presente pesquisa demonstrou, assim, que a Audiência de Custódia é um instrumento de grande relevância para a garantia de direitos e tem contribuído, ainda que minimamente, para transformar a situação de superlotação carcerária no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543**. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema de Audiências de Custódia (SISTAC)**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Estado de São Paulo. Provimento Conjunto nº 03/2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=65062>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 17 nov. 2022.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *In: Revista Ibérica do Direito*, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 15 ago. 2022.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. *In: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 9, 2014. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/82>. Acesso em: 03 jul. 2022.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, *El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *In: Controle de Convencionalidade*, Brasília: CNJ, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. rev., v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório sobre Drogas e Crime. **Audiência de custódia completa seis anos com redução de 10% de presos provisórios**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2021/02/audiencia-de-custodia-completa-seis-anos-com-reducao-de-10-de-presos-provisorios.html#:~:text=Not%C3%ADcias-,Audiência%20de%20custódia%20completa%20seis%20anos,de%2010%25%20de%20presos%20provisórios&text=Em%2024%20de%20fevereiro%20de,de%20todas%20unidades%20da%20federação>. Acesso em: 18 set. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2018.

FONTES DAS FIGURAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema de Audiências de Custódia (SISTAC)**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>. Acesso em: 17 nov. 2022.

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Helio José Cavalcanti Barros²⁴⁰

INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo, as empresas devem ser entendidas como um agente ativo de transformação na vida do ser humano, pois, em termos constitucionais, a responsabilidade ética e social deve superar a geração de empregos e o pagamento de tributos (cálculo do lucro) ainda que elementares para o funcionamento da máquina econômica, logo, estas avançam como o principal mecanismo para a participação da sociedade, haja vista que as necessidades de suprimento do ente estatal são muito superiores à demanda (ROSA, 2019).

A Constituição Federal de 1988 assegura um modelo econômico pautado na liberdade econômica e na livre iniciativa, os quais englobam o direito de propriedade e observação criteriosa da função social. Todavia, há claras evidências quanto aos limites para o exercício dos citados direitos, os que por sua vez os diferenciam dos ideais liberais clássicos. De acordo com Zagonel (2018), as transformações contínuas no ambiente econômico permitiram que as empresas assumissem um novo papel (responsabilidade) no âmbito social: além de ser um agente econômico significativo, no transcorrer do tempo e de maneira gradativa passaram a auxiliar o Estado no que tange às atribuições sociais.

Para Costa e Pinto (2019), as empresas se fundamentam nos princípios teórico-legislativos (natureza jurídica), e desta forma ultrapassam o limite individual: obrigatoriedade do atendimento das demandas coletiva, e neste caso, a função social se sobrepõe aos interesses privados dos sócios ou investidores.

O art. 5, XXIII e 170, II da CF/88 elucida sobre o princípio da função social da propriedade; assim sendo, Comparato (2017) defende que é justamente por meio das empresas que se torna possível gerar empregos, ressocializar, educar, incluir, movimentar a economia, arrecadar tributos, distribuir renda, entre outros fatores de ordem social.

Diante de uma realidade de oportunidade, bem como da obrigatoriedade legal desponta o seguinte questionamento, o qual será devidamente esclarecido: é possível afirmar que as empresas modernas cumprem efetivamente as suas responsabilidades sociais de acordo com os preceitos constitucionais vigentes?

²⁴⁰ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

Em resposta ao questionamento proposto, Bark (2021) esclarece que a situação jurídica deve extrapolar o campo normativo, o qual inclui os aspectos filosóficos e sociológicos para a inserção no contexto histórico do momento, desde que não haja perda da validade do processo legal. Sendo assim, o princípio da função social vem sendo cada vez mais aplicado pelas empresas de forma voluntária apesar das dificuldades, principalmente através da implementação de projetos de responsabilidade social.

A escolha do tema do presente estudo decorre da evolução do Direito e do aprofundamento das relações que permeiam o comportamento humano, em outras palavras, evolução dos valores morais. Na concepção de Gonçalves (2021), hodiernamente as empresas adotaram novos pontos de vista quanto às suas responsabilidades, estratégias, sustentabilidade, ética, cidadania e democracia, tendo em vista que as atividades anteriormente estatais cedem espaço para a promoção de projetos sociais, tanto que as demandas sociais do séc. XXI superam e muito a propriedade privada, portanto, cabe à sociedade estabelecer os seus critérios para que as empresas subsistam.

O objetivo geral do trabalho é pormenorizar sobre a responsabilidade social empresarial à luz da Constituição Federal. Os objetivos específicos foram descritos da seguinte maneira: apresentar a importância da responsabilidade social empresarial independente do porte da organização; descrever as principais políticas e ferramenta jurídicas efetiva para a concretização da responsabilidade social das empresas, e, analisar as transformações empresariais e a função social no Estado Democrático de Direito.

O estudo é plenamente justificado, afinal, a atividade empresarial promove impactos de grande relevância no âmbito social e jurídico, e dessa forma influencia diretamente na evolução social. Para Soares (2019), a responsabilidade social empresarial abarca todos os ramos de atividades: grandes corporações, bem como empresas de pequeno e médio porte, estatais e subsidiárias, e, por conseguinte, a sociedade tende a se beneficiar a partir da atuação correta e idônea dos seus representantes.

Segundo Bark (2021), a redefinição do papel político está diretamente associada à participação social: caráter de construção coletiva orientado pela mobilização e diferentes ações executadas pelas forças sociais: equidade e qualidade de vida mediante a autogestão, participação e cooperação dos movimentos sociais autônomos.

Para que fosse possível atingir os objetivos propostos, o autor adotou como método de pesquisa a revisão bibliográfica, pois, segundo Lakatos e Marconi (2017, p. 44): “pode ser considerada também como o primeiro passo de toda pesquisa científica”.

Dessa maneira, o estudo assume o caráter descritivo e qualitativo, haja vista que tal método oportuniza o manuseio de obras já publicadas (livros, sites, artigos científicos etc.), portanto, a opinião de diferentes autores se torna parte relevante para a construção da pesquisa e aprimoramento do conhecimento, muito embora haja precedentes para pesquisas futuras, inclusive sob outras metodologias e abordagens.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 RESPONSABILIDADE E FUNÇÃO SOCIAIS DA EMPRESA

O art. 5º, XXIII e 170, III, da Carta Constitucional de 1988, deliberam sobre a função social da propriedade como um princípio elementar da ordem econômica e da República brasileira. Do ponto de vista de Grau (2014), o direito à propriedade atende a diferentes finalidades, assim descrita:

- **Direito individual:** a propriedade deve garantir a subsistência, tanto que não se pode imputar a função social, porém, os abusos são limitados segundo as disposições implementadas pelo poder de polícia estatal (GRAU, 2014);
- **Direito empresarial:** a função social deve proporcionar benefícios à coletividade – art. 1228, § 1º do Código Civil estabelece que o direito de propriedade deva ser exercido mediante a observação do princípio da função social (GRAU, 2014).

De acordo com Baracat e Calado (2016, p. 172): “o atributo da função social, alcança a empresa, enquanto integrante da propriedade do empresário”; diante de tal contexto, ao empresário é conferida a ordem jurídica e a legitimidade para o exercício dos seguintes poderes: usar, gozar e dispor dos seus bens, assim como o dever de agir com responsabilidade para com a função social.

Para Zagonel (2018), as empresas que exercem rigorosamente a sua função social estão devidamente comprometidas com a sustentabilidade ambiental, bem como com o devido respeito aos direitos dos consumidores (cumprimento das determinações constitucionais). Assim sendo, não se pode negar o direito à obtenção do lucro (é fato), entretanto, a dignidade e a liberdade de iniciativa devem permear os ideais coletivistas: contribuição para o desenvolvimento nacional e redução das desigualdades sociais mediante a promoção de atividades e adoção de políticas públicas que atendam aos anseios e princípios da sociedade na qual a empresa se encontra inserida.

Nos dias que correm, há quem ainda confunda a função social da empresa com a responsabilidade social. Contudo, Baracat e Calado (2016) esclarecem que a responsabilidade não decorre da evolução da função social, tendo em vista que a responsabilidade social é uma prática voluntária para a concretude da justiça social. Embora a responsabilidade social esteja prevista na CF/88, determinadas empresas cumprem o seu papel sem depender de imposição legal (prática espontânea), o que pode ser justificado pelo próprio contexto econômico e social (momento atual) se comparado ao liberalismo do séc. XIX: a responsabilidade social vai além da filantropia, generosidade e caridade, face à incorporação da responsabilidade social em nível dos negócios, definição de estratégias, políticas e processos.

Para Tenório (2015), a responsabilidade social pode advir das pressões externas e instrumentais, o que configura a motivação meramente econômica, e nesta circunstância é totalmente passível de descontinuidade ao longo do tempo. Por outro lado, a responsabilidade social pode ser principiológica, e dessa maneira, o risco de descontinuidade se torna bem reduzido, uma vez que os valores já se encontram inclusos na cultura organizacional.

2 EMPRESA NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO

No mundo contemporâneo, uma das práticas do capitalismo é ditar às regras do mercado, entretanto, a participação estatal é o principal mecanismo para assegurar a segurança jurídica e a promoção dos direitos essenciais à coletividade: proteção da liberdade e economia de mercado, os quais configuram os direitos naturais e inalienáveis frente ao dispositivo constitucional vigente. Para Zagonel (2018), o ser humano possui o livre arbítrio para escolher o seu trabalho, mas, a CF/88 assegura os princípios de natureza coletiva (garantia da dignidade da pessoa humana): os conceitos e aplicabilidade superam os interesses individuais do direito à propriedade.

De acordo com as considerações de Araújo e Nunes Júnior (2014), a CF/88 valoriza e enfatiza as atividades econômicas sem deixar de destacar a ordem social, e sob esta perspectiva, a liberdade de iniciativa permite a exploração da atividade econômica (normatividade própria das empresas privadas – art. 173, § 1º, II e não a sujeição às restrições estatais, exceto nas situações previamente estabelecidas em lei – art. 170, § único).

Assim sendo, Bertoncini e Portella Júnior (2013) defendem que o distanciamento do individualismo a exemplo da Constituição Brasileira favorece a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, cuja finalidade é a promoção do bem comum, a qual pode ser entendida como o equilíbrio da organização

econômica dentro do Estado Democrático para a satisfação das demandas coletivas.

Em termos constitucionais, a função social empresarial encontra-se acima da sua atuação perante a sociedade, em virtude da necessidade do fiel cumprimento das funções previamente propostas: destinação compatível e correta dos bens de produção concomitantemente aos interesses da coletividade; utilidade da produção e, geração de empregos e riqueza (LANNES; MATOS, 2016).

Segundo Carvalho Neto e Passareli (2016):

[...] apesar da ausência da delimitação do tema da função social empresarial pela doutrina, está ela adstrita ao cumprimento, pela empresa, de suas obrigações legais, não ultrapassando aquilo que lhe é exigido pelo ordenamento jurídico, de modo que só é plenamente atingida quando alcançado um desenvolvimento sustentável que diga respeito e abarque a todos, do empreendedor ao cidadão, por ser a empresa forte e equilibrada aquela que serve à sociedade, respeita os direitos humanos, gera renda, produz riqueza e tem mercado interno estável, com paridade de forças entre capital e trabalhos. (CARVALHO NETO; PASSARELI, 2016, p. 195).

De acordo com o ponto de vista de Camargo e Benacchio (2019), tornou-se cada vez mais insensata a separação do sentido e alcance da função social e responsabilidade social das empresas, pois, o reconhecimento do dever de atuar em benefício da comunidade na qual se encontra inserida nada mais é do que a “consciência” sobre o dever ético para a efetividade das políticas sociais, cujo objetivo se fundamenta na melhoria das condições e qualidade de vida da sociedade.

No cenário pós-moderno, a percepção tanto jurídica quanto econômica pertinente à responsabilidade social empresarial é totalmente dinâmica, o que por sua vez permitiu o acompanhamento das transformações. Os parâmetros modernos e pós-moderno do Direito coabitam as ideias de amplitude da liberdade e a limitação da mesma, no sentido de promover a sustentabilidade: superação do individualismo liberal mediante a distribuição das riquezas e reequilíbrio ambiental (CRUZ; BONDAR, 2012).

Para Grau (2014), a livre iniciativa no contexto brasileiro assegura o princípio da dignidade humana sob o pretexto de valores sociais: liberdade para o desenvolvimento da atividade econômica, percepção da remuneração do capital e instrumento para o desenvolvimento social – modelo liberal com viés social; em contrapartida, Zagonel (2018) adverte sobre as lacunas entre o abstrato da

norma legal e a realidade concreta; a ampla concorrência de mercado concomitantemente ao processo de globalização se tornou um fator limitante para as práticas solidárias e a exclusão dos menos improdutivos, todavia, nada impede que as grandes empresas alterem as suas políticas internas para a obtenção do lucro e beneficiamento da comunidade local.

3 EMPRESAS E SEU PAPEL NA RESPONSABILIDADE SOCIAL E DEMOCRÁTICA

De acordo com Rosa (2019), a CF/88 promoveu o equilíbrio entre o Estado Liberal e as ideologias do Estado Social; dessa forma, a promoção do bem-estar social advém da preservação da liberdade econômica sob a perspectiva da proteção e garantia dos direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico brasileiro considera que a atuação empresarial superou a função econômica, face à total incumbência da função social, portanto, cada vez mais a empresa vem se apresentando como um lugar de produção para a consequente obtenção de produtos e serviços, objetivando-se assim o atendimento das demandas dos clientes. O art. 996 do Código Civil define o empresário como o sujeito no exercício da atividade econômica, esta totalmente organizada para a produção ou circulação dos bens ou serviços (ROSA, 2019).

Para Riscado (2015), o empresariado pode e deve ser considerado como o principal elemento do cenário democrático contemporâneo brasileiro, face às mudanças econômicas vivenciadas no decurso dos anos 90, pois, a valorização da capacidade de resguardar o emprego se tornou essencial para a socialização da sociedade contemporânea: estabilização social, visto que a liberdade de iniciativa econômica se fundamenta nas práticas contratuais, e no âmbito do sistema capitalista, esta não executa a função mediadora na propriedade dos bens, mas, sobretudo, produz as propriedades (BENACCHIO, 2018).

O art. 5º da CF/88 traz explícito as deliberações sobre a valorização do trabalho, ou seja, a atividade econômica não se restringe à obtenção do lucro, logo, a mesma se sobressai ao próprio mercado, uma vez que o trabalho é reconhecidamente um fator de produção de grande relevância, e neste caso diz respeito à política econômica, a qual deve ser conduzida dentro da normalidade do Direito Econômico (ZAGONEL, 2018).

A livre iniciativa se coaduna aos diversos dispositivos constitucionais, tais como: proteção da propriedade privada, função social, livre exercício da profissão, proteção ao trabalhador e defesa do consumidor (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2014). Hoje em dia, a inclusão dos grupos vulneráveis na esfera empresarial não é uma tarefa fácil, pois, mesmo com o avanço das políticas públicas constata-se

uma forte resistência do meio empresarial: determinados empresários justificam a dificuldade de inclusão com base no aumento do custo e prejuízo à competição de mercado, por outro lado há igualmente os empresários que se atentam para as suas responsabilidades sem a necessidade de impositivos legais.

Para Camargo e Benacchio (2019), o empresário nada mais é do que o indivíduo que exerce profissionalmente uma atividade para a produção ou circulação de bens ou serviços; quanto à empresa, esta desenvolve uma atividade estruturada nos diversos fatores de produção (geração e circulação de produtos e serviços). Tais “afirmativas” estabelecem uma relação conflitante entre a atividade empresarial, função social e responsabilidade social, na medida em que o respeito aos direitos humanos está associado aos custos empresariais, o que para a maioria dos empresários capitalista é algo inaceitável.

O mercado globalizado e dinâmico deve ser capaz de fornecer os bens e serviços necessários para garantir a sustentabilidade da pessoa humana, e para Dominiqini e Benacchio (2018), o desenvolvimento humano e a concretização dos direitos fundamentais só poderão ser efetivamente conquistados através da promoção da atividade econômica, melhor dizendo, a dignificação humana está diretamente associada ao contrato, à propriedade e a empresa privada, em contrapartida, tornou-se inadmissível que a parte jurídica e econômica do meio empresarial atue de maneira contrária para a promoção do desenvolvimento sustentável e inclusivo.

As concepções éticas são pautadas nos princípios da ética objetiva, afinal, a razão advém da moral e não da experiência. No entanto, o mundo empresarial não está circunscrito nos aspectos racionais, morais e experimentais: para Camargo e Benacchio (2019), o segmento empresarial deve observar e com excelência estes fatores/critérios, contudo, a atividade econômica tem por direito a obtenção do lucro, desde que a empresa se concentre na expectativa do desenvolvimento econômico.

4 POLÍTICAS E FERRAMENTAS JURÍDICAS PARA A EFETIVA RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS

Na contemporaneidade, a responsabilidade social empresarial elenca os valores intrínsecos das organizações, afinal envolve os *stakeholders*, consumidores e os próprios estimuladores da RSE, cuja finalidade é proporcionar um mundo de justiça e prosperidade, em outras palavras, um mundo socialmente mais justo e desenvolvido economicamente. Segundo Kon (2013), as empresas se submetem à regulação ambiental, e consequentemente tendem a se tornarem conscientes sobre as questões de proteção ambiental: responsabilidade social e

moral para fomentar a cultura/educação, a fim de preservar os recursos naturais, e dessa forma remete as empresas a pensar sobre duas questões distintas, assim descritas: a maximização do lucro ou da renda e/ou as medidas possíveis para sacrificar parte do lucro em favor do interesse social.

Dessa forma, Kon (2013) argumenta que a RSE decorre especificamente da necessidade de preservação dos insumos produtivos e a manutenção da demanda, haja vista que o processo decisório extrapola a responsabilidade fiduciária, e neste caso, a adoção de uma cultura responsável está condicionada à integração de ações estratégicas e requisitos de sustentabilidade (requisitos essenciais para a efetivação do desenvolvimento econômico sustentável).

De acordo com Kotler (2019), no Brasil a RSE avança de forma paulatina e totalmente cerceada de assistencialismo de curto prazo, projetos filantrópicos e políticas de doações; sendo assim, tais práticas exemplificam uma preocupação momentânea; por outro lado, o marketing ambiental vem sendo muito utilizado pelas organizações, portanto, diz respeito a um instrumento estratégico para a melhoria da qualidade de vida.

As transformações econômicas, sociais, culturais e política fazem parte da realidade a nível mundial, visto que as novas formas de gestão provocam impactos significativos para o surgimento de novos modelos de relacionamento entre os mercados, instituições, organizações e a sociedade: a globalização socioeconômica favorece a interação de produtos, mercados, hábitos sociais e culturais (KON, 2013).

O desenvolvimento sustentável busca conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, bem como a redução da pobreza e má distribuição dos recursos, e no que lhe concerne aproxima os interesses das empresas produtivas privadas aos interesses da coletividade.

Para Srour (2013), as organizações empresariais devem investir na estratégia da RSE, em virtude dos seguintes fatores: perenidade empresarial; fortalecimento da coesão corporativa; inovação para a conquista dos objetivos empresariais; promoção da imagem e principalmente, a criação de um novo pacto social, o qual deverá contar com a participação da sociedade civil, empresas e governo.

Responsabilidade Social tem por verdadeiro compromisso prestar o bem-estar à comunidade, implantando projetos de melhoria, eliminando qualquer tipo de discriminação social dentro da empresa, determinando políticas de emprego para jovens que tem pouca qualificação profissional e para portadores de deficiência. (SROUR, 2013, P. 316).

Nos países em desenvolvimento, a globalização é um processo que gera intensas polêmicas, face à possibilidade de fragmentação da cadeia produtiva

internacionalmente (oportunidade aos países mais ricos de se aproximarem dos países mais avançados); por outro lado, os países emergentes sentem as dificuldades de acesso aos benefícios da mundialização, restando apenas à possibilidade de integração regional institucionalizada, donde advém o crescimento dos problemas sociais e o atraso tecnológico. Para Kon (2013), apesar do impacto social negativo, os países emergentes praticamente se obrigam ao estabelecimento de políticas públicas que venham a assegurar a estabilidade macroeconômica.

A evolução da participação empresarial ocorreu mediante as intensas solicitações da sociedade civil organizada, assim como pelas pressões sofridas pelas instituições legais do Estado, portanto, tal evolução significou uma ferramenta estratégica para a gestão da cultura corporativa: engajamento voluntário das empresas com a responsabilidade e função social. Os programas estabelecidos pelas empresas condicionam-se à filosofia e aos processos sociais: determinadas organizações se orientam por atividades e impactos externos, outras seguem as diretrizes internas, mas, independentemente da sua posição/concepção estas almejam os seguintes benefícios, segundo Kon (2013): ajuda comercial (agregação de valor para a unidade empresarial); assistência social (saúde, acesso aos bens e serviços, entre outros); desenvolvimento social, o qual envolve a mudança do sistema operacional, de informação, etc., e, o desenvolvimento humano.

Desde a década de 80 ficou comprovado que o Estado não consegue suprir as demandas sociais, e que a sociedade civil deve buscar o seu fortalecimento continuamente. Sendo assim, a literatura evidencia um avanço “modesto” quanto à conscientização da questão social no meio empresarial, mas, as “dúvidas” impedem o empresariado brasileiro de cumprirem as suas funções/responsabilidades para com a sociedade: o desconhecimento, dificuldade financeira para investimento, baixo incentivo governamental, excesso burocrático, incerteza econômica entre tantos outros fatores acabam por restringir as possibilidades de desenvolvimento e o combate à desigualdade social (KON, 2013).

Diante de um contexto promissor (embora teórico e associado às dificuldades “educacionais”), as empresas modernas devem observar os princípios constitucionais para a inserção social eficiente dos excluídos e marginalizado, o que envolve a adoção de comportamentos mais atuantes e inovadores: o voluntarismo se tornou um referencial para as empresas socialmente responsáveis, por exemplo, a oportunidade de trabalho para a população carcerária. Para Andrade et al. (2015), a lei de execução penal é contraditória, haja vista que o número de sentenciados acompanhados pelas políticas públicas de reintegração social ainda é irrisório, portanto, os sentenciados encontram barreiras para fazer valer os seus direitos, uma vez que a política de ressocialização objetiva a ampliação

do mercado laboral e a redução da reincidência criminal (finalidade produtiva, educativa – dignidade humana).

As empresas socialmente responsáveis reconhecem o seu compromisso com as demandas coletivas da sociedade globalizada, a qual vem sendo marcada pela desigualdade econômico-social, pluralidade, marginalização, exclusão e diversidade (COSTA; PINTO, 2019). A principal vantagem para as empresas que utilizam a mão de obra carcerária é a redução dos encargos trabalhistas e sociais e, o lucro com uma força de trabalho mais econômica.

Hoje em dia, um grande exemplo de responsabilidade social efetiva e significativo é o projeto desenvolvido pela rede de supermercados Festival – Curitiba: o “Especiais super Especial” contratam pessoas com deficiência física – método de positivação para superar as discriminações sofridas. A Lei nº 8.213/91 estabelece o sistema de cotas, todavia, a citada empresa superou as expectativas legais ao possibilitar a ascensão funcional de acordo com o interesse e a aptidão do colaborador (DA SILVA, 2016). Para Zagonel (2018), este tipo de iniciativa gera um reflexo positivo na comunidade local, justamente por auxiliar o Estado na construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

CONCLUSÃO

Hodiernamente, as empresas socialmente responsáveis se comprometem cada vez mais com a promoção da qualidade de vida dos seus colaboradores, assim como a promoção do bem-estar na comunidade na qual se encontra inserida, o que por sua vez vem a efetivar o interesse coletivo e organizacional.

Apesar dos avanços, a consciência sobre a utilização das ações de responsabilidade social empresarial para o aprimoramento do desenvolvimento socioeconômico caminha a “passos lentos” (realidade brasileira), o que pode ser justificado pela inexistência de um planejamento público eficaz voltado para o meio empresarial, no intuito de ampliar o capital social e complementar a formação humana e organizacional. No Brasil, a maioria das ações sociais está voltada para a prática do assistencialismo, filantropia e doações, o que não resolve de fato os problemas existentes, portanto, o Estado deve direcionar o desenvolvimento social ao mesmo tempo em que as empresas devem se adaptar para a formação de uma nova cultura organizacional.

A implementação e ações sociais favorece a manutenção/sobrevivência empresarial, principalmente em função da alta competitividade e o processo de globalização, tendo em vista que as perspectivas individualistas jamais serão capazes de solucionar os problemas sociais e ambientais. No Estado Democrático de Direito, a RSE encontra-se fundamentada na ética e na diversidade:

direitos sociais, econômicos e culturais; democracia, informação e pluralismo; desenvolvimento e meio ambiente. Tais fatores elencam o rol dos direitos fundamentais, entretanto, nem sempre é “levada a sério”, apesar das vantagens quanto à promoção da imagem empresarial, coesão corporativa, entre outros.

A empresa ativa produz, agrega valor e cria relações de dependência com o mercado e o empresariado, mas, a efetividade da RSE somente será conquistada mediante a evolução da institucionalização e o estabelecimento de normas mais rígidas para o desenvolvimento e comprometimento sustentável. Neste caso, a legitimidade de tal empresa abarca o interesse societário, os fatores externos de sustentabilidade em consonância à prosperidade econômica e o bem-estar da coletividade.

Os projetos sociais sustentáveis e responsáveis decorrem da cultura organizacional, por exemplo, há empresas direcionadas para projetos socioambientais e valorização do empreendedorismo; outras estão voltadas para a inclusão de pessoas com deficiência, população carcerária, etc.: promoção da cidadania dentro do Estado Democrático de Direito (aplicabilidade dos princípios assegurados constitucionalmente).

O ordenamento jurídico brasileiro em vigência não prevê o princípio da função social das empresas, mas, este passou a ser entendido como um reflexo expressivo das interpretações sistêmicas da função social da propriedade privada. Os “novos tempos” irá requer novos comprometimentos: privilégio da alteridade; rompimento das ideologias liberais; valorização do coletivo e fortalecimento da legitimação da igualdade dos direitos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carla Coelho de; OLIVEIRA JUNIOR, Almir de; BRAGA, Alessandra de Almeida; JAKOB, André Codo; ARAÚJO, Tatiana Daré. O desafio da reintegração social do preso. **Revista de Estudos Empíricos Em Direito**, 2(2), p. 10 – 30, 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2014.

BARACAT, Eduardo Milleo; **A função social da empresa e as cotas para trabalhadores com deficiência**. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos Humanos dos Trabalhadores. São Paulo: LTr, 2016.

BARK, Chede Mamedio. **A imprescindibilidade da educação ambiental dentro dos projetos da responsabilidade social da empresa**. Percurso – Anais do IV CONIBADEC e VII CONLUBRADEC, v. 3, n. 40, Curitiba, 2021, p. 25 - 29. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/5524/371373536>. Acesso em: 26 jul. 2022.

BENACCHIO, Marcelo. **A ordem jurídica do mercado na economia globalizada.** In: JORGE, André Lemos; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. Direito empresarial: estruturas e regulação. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2018.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; JÚNIOR, José Carlos Portella. A responsabilidade social da empresa e a erradicação do trabalho escravo. **Revista Pensar**, Fortaleza, 2013, p. 190 - 209. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2454>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 jul. 2022.

CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de; BANACCHIO, Marcelo. Função social e responsabilidade social empresarial: convergências e divergências. **Revista Thesis Juris – RTJ**. São Paulo, v. 8, n. 2, p. 119 - 148, jul./dez., 2019. Disponível em: <http://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16342/8019>. Acesso em: 27 jul. 2022.

CARVALHO NETO, Frederico Costa; PASSARELLI, Rosana Pereira. A função social da empresa. **Revista Prisma Jurídico**, v. 15, n. 2, p. 175 - 199, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=7010&path%5B%5D=3348>. Acesso em: 28 jul. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, Fabrício Veiga; PINTO Alisson Alves. A ressocialização do detento a partir do prazo para o cumprimento da função social da empresa na sociedade contemporânea. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2019. Disponível em: <http://fafibe.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-publicas/article/view/592.php>. Acesso em: 26 jul. 2022.

CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 28 jul. 2022.

DA SILVA, Maria Zagonel Xavier da. **Atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à discriminação do trabalhador com deficiência**. Conpedi Curitiba, Curitiba, p. 74 - 90, 2016. Disponível em: www.conpedi.org.br/publicacoes/O2q8agmu/zpihf1p5/53QKVFK600fE3K78.pdf. Acesso em: 29 jul. 2022.

DOMINQUINI, Eliete; Doretto; BENACCIO, Marcelo. Ordenação da economia para a proteção dos direitos humanos: função estatal e comando institucional. **Revista Prisma Jurídico**, v. 15, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/view/6073>. Acesso em: 27 jul. 2022.

GONÇALVES, Natalia da Silva. **Responsabilidade social empresarial: aplicabilidade e instrumentalização jurídica**. Monografia (Curso de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, PUCGOIÁS: Goiânia, 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2014.

KON, Anita. **Responsabilidade social das empresas como instrumento para o desenvolvimento**: a função política da política pública. Planejamento e Políticas Públicas, n. 41, jul./dez., 2013. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3546/2/PPP_n41_Responsabilidade.pdf. Acesso em: 28 jul. 2022.

KOTLER, Philip. **Os 10 pecados mortais do marketing**: sintomas e soluções. 1. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Martina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LANNES, Yuri Nathan da Costa; MATOS, Leonardo Raphael Carvalho de. **A função e a responsabilidade social da empresa**: globalização e América do Sul. In: V Encontro Internacional do CONPEDI, Montevideu, Uruguai, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/910506b2/4221v3i3/RRu1x5Bbj5sGf754.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2022.

RISCADO, Priscila. O papel das empresas no cenário democrático contemporâneo: breves reflexões acerca do tema no Brasil. **Conexão Política**, Teresina, v. 4, n. 1, p. 81 - 101, jan./jun., 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/conexaopolitica/article/view/4918>. Acesso em: 27 jul. 2022.

ROSA, Leandro Souza. A responsabilidade social da empresa e a cidadania na participação democrática. **Percurso**, Anais do VIII CODRADEC, v. 2, n. 29, Curitiba, 2019, p. 261 - 285. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3498/371371927>. Acesso em: 26 jul. 2022.

SOARES, Marcelo. Negri; CAMPOS, Marisa Gisela. *Compliance* na realização da função social da empresa. **Percurso** – Anais do VIII CONDRADEC, v. 1, n. 28, Curitiba, 2019, p. 1 - 21. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3416>. Acesso em: 27 jul. 2022.

SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Responsabilidade social empresarial**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

ZAGONEL, Marina. Responsabilidade social da empresa à luz do princípio da livre iniciativa: análise do projeto “especiais do super especial” para contratação de pessoas com deficiência, desenvolvido pela rede de Supermercados Festival. **Percurso**, Anais do V Congresso Luso-Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação, v. 3, n. 26, Curitiba, 2018, p. 410 - 429. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3150/371371682>. Acesso em: 26 jul. 2022.

O MIGRANTE TRANSNACIONAL E SEU ACESSO A TUTELA JURISDICIONAL BRASILEIRA

Jorge Hector Morella Junior²⁴¹, Heloísa Regina Gazzoni²⁴²

INTRODUÇÃO

No presente artigo, procura-se analisar e trazer um panorama dos meios de acesso à tutela jurisdicional do Estado brasileiro, suas previsões legais e constitucionais, com enfoque à abrangência desse direito, dito fundamental pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), aos migrantes transnacionais.

Considerando que a Carta Magna equipara os direitos e as garantias fundamentais dos brasileiros e dos estrangeiros dentro do território nacional, tanto na dimensão individual quanto coletiva, procura-se analisar a estrutura e se de fato existe um caminho viável de acesso à tutela jurisdicional.

O objetivo deste artigo é observar o acesso dos migrantes transnacionais aos canais de justiça no Brasil, e, como efetivamente este amparo é prestado, seja pela Defensoria Pública da União ou pelo próprio Poder Judiciário.

Busca demonstrar que independentemente da nacionalidade, estando em solo brasileiro, todo e qualquer ser humano possui o direito de acesso à justiça, podendo ser esse direito considerado porta para acesso aos demais direitos.

Desse modo, o acesso à justiça torna-se, portanto, um direito fundamental, posto que ele é primordial para que as demais garantias e direitos fundamentais possam ser assegurados.

²⁴¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica (Direito Internacional, Comunitário e Transnacionalidade) UNIVALI (2009). Especialização junto à AMATRA 12 (2003). Possui Graduação em Comércio Exterior (2007) e em Direito (2002), ambos pela UNIVALI. É acadêmico do Curso de Psicologia da UNIVALI. Atua como professor na UNIVALI, no Curso de Relações Internacionais e no Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais entre a Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e a Università degli Studi di Perugia (UNIPG). É Coordenador do Curso de Relações Internacionais (campus Itajaí e Balneário Camboriú) da UNIVALI.

²⁴² Advogada e Mestranda do Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No Brasil, o direito fundamental de acesso à justiça não foi reconhecido desde os primórdios.

Segundo Paroski, citado por Bebiano e Franco Filho (2018, p.203)

O acesso à justiça no Brasil, com status de direito fundamental, é relativamente recente, incluído pela primeira vez - de forma explícita - na Constituição em 1946, não obstante a existência de métodos e instâncias de solução de conflitos desde o descobrimento, herdados de Portugal, num sistema amplamente discriminatório, em que poucos tinham realmente direitos garantidos, ficando a maioria da população relegada à própria sorte, como se dava, igualmente, na Europa, antes da consolidação de regimes políticos com maior participação da sociedade, lentamente aprimorados, até se chegar a textos constitucionais que efetivamente agasalharam o direito de acesso à justiça a todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica.

O grande desafio então, é possibilitar aos migrantes o acesso à justiça como ferramenta para efetivação de seu ideal de justiça, devendo ser considerado esse acesso como direito básico do ser humano.

O acesso ao judiciário deveria ser, portanto, praticamente uma consequência lógica, através do qual, diante de uma pretensão e buscando pôr fim ao conflito de forma justa, a pessoa física receberia do Estado a tutela jurisdicional pretendida.

Dinamarco (2005), citado por Bebiano e Franco Filho (2018, p. 205), expõe que

[...] O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, [...] possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas.

Assim dizendo, não basta tão somente a permissão ou facilitação do acesso à justiça através do acionamento do poder judiciário, senão que haja uma prestação deste serviço de forma qualificada e que atenda às necessidades daqueles que estão em situações desfavoráveis.

Marinoni (2010) ressalta que, acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possi-

bilite a participação efetiva e adequada das partes, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial.

Principalmente quando se trata sobre a condição jurídica do migrante no que se refere ao acesso aos direitos fundamentais, dentre eles, o direito ao acesso à justiça.

É notório que cada Estado lida com os estrangeiros de maneira distinta e de acordo muito, com as políticas governamentais ali dirigidas em determinado Governo.

Quando se fala sobre a condição jurídica do estrangeiro, Rezek (2014) traz que, ao se admitir a entrada e circulação de “nacional de outro país”, dentro de determinado Estado, assume-se inequivocamente deveres que advém do Direito Internacional²⁴³.

No caso do Brasil, essas vertentes estão sedimentadas em princípios fundamentais e em bases legais, tais como a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), conforme será exposto adiante.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

No Brasil, dentre os norteadores do tema, tem-se os princípios internos, que pretendem proporcionar a disseminação do acesso à justiça de modo mais simplificado.

Também conhecido como princípio do acesso à justiça, ou da inafastabilidade da jurisdição, este princípio tem como objetivo que todos os cidadãos tenham acesso a tutela jurisdicional e possam assim reivindicar eventuais direitos que estejam sendo violados (RUIZ, 2021).

Esse direito é colocado em prática por meio da movimentação do Poder Judiciário, que é o órgão competente para prestar a tutela jurisdicional, ou seja, julgar e decidir conflitos de maneira imparcial com base na legislação. As decisões do Poder Judiciário devem ser concretizadas e acontecer de maneira efetiva (FRANÇA; SILVEIRA, 2020).

²⁴³ “Nenhum Estado é obrigado, por princípio de direito das gentes, a admitir estrangeiro em seu território, seja em definitivo, seja a título temporário. Não se tem notícia, entretanto, do uso da prerrogativa teórica de fechar as portas a estrangeiros, embora a intensidade de sua presença varie muito de um país para outro: o número de estrangeiros residentes é maior no Brasil que na Espanha, onde, contudo, são muito mais numerosos os visitantes de curto prazo; excedendo de longe, uns e outros, o contingente de estrangeiros que, a qualquer título, se dirigem ao Nepal ou à Albânia. Entretanto, a partir do momento em que admite o nacional de outro país no âmbito espacial de sua soberania, tem o Estado, perante ele, deveres resultantes do direito internacional costumeiro e escrito, cujo feito e dimensão variam segundo a natureza do ingresso”. (REZEK, 2014, p. 232).

Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988) pontuam que o sistema deveria ser igualmente acessível a todos, assim como produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Tais princípios, combinados com a legislação vigente, sedimentam o acesso à justiça de modo geral.

3 PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DE ACESSO À JUSTIÇA

Nesse ínterim, dentre as disposições principiológicas encontra-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comumente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário através do Decreto n.678/92 (BRASIL, 1992), em seu art. 8.1 prevê que

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas 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 formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No Brasil, esse Direito de contratação mencionado pode ser exercido e instrumentalizado através da Defensoria Pública da União, que presta essa assessoria jurídica àqueles que carecem de recursos financeiros, ou, como no caso dos migrantes muitas vezes indocumentados, estejam em situação de extrema vulnerabilidade além da carência financeira.

Além disso, outro artigo do mesmo diploma legal que aponta a garantia da prestação jurisdicional como sendo um mecanismo para evitar a violação de direitos humanos é o 25 (BRASIL, 1992), parágrafo 1º, que assim dispõe

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoa que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Isso porque algumas regras processuais e ordens judiciais podem prescrever cronogramas e prazos razoáveis e impor sanções às partes ou a seus advogados por descumprimento de tais regras e ordens que não sejam dispensadas por um bom motivo, é o **axioma universalmente reconhecido que “justiça atrasada é justiça negada”**.

No Brasil, tem-se por analogia, o princípio da celeridade e efetividade, previstos no art.5º, inciso LXXVIII²⁴⁴, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

4 AS DISPOSIÇÕES LEGAIS DO ACESSO À JUSTIÇA EM TERRITÓRIO BRASILEIRO

Por sua vez, a Constituição brasileira dispõe, em seu § 1º, do art. 5º, que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, ou seja, via de regra, as garantias que configuram direitos fundamentais, possuem aplicabilidade imediata (BRASIL, 1988).

Desta forma, todos têm direito efetivo de acesso à justiça, por se tratar de um direito fundamental, garantido a todos estrangeiros (migrantes regularizados ou mesmo indocumentados) o acesso pleno ao direito fundamental de justiça.

Segundo disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cidadãos brasileiros e estrangeiros, possuem direito similar de acesso ao Poder Judiciário do país (BRASIL, 1998).

Em seu artigo 5º, *caput*, encontra-se: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

O inciso XXXIV, do referido dispositivo legal, prevê que

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;” (BRASIL, 1988).

E o inciso XXXV, que preleciona: “**XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Dito isso, a relevância do inciso supra citado encontra-se no sentido que este fundamenta constitucionalmente o acesso não só à justiça, como também à democracia, ao passo que o acesso à justiça passa a ser disponibilizado pela norma constitucional como um dos pilares do estado democrático de direito.

É através desse direito, que todos os demais direitos poderão ser assegurados.

²⁴⁴ “ART. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Este inciso atua como um mecanismo de efetivação de direitos (sociais e individuais) e isso acontece porque, sem o devido acesso à justiça, não haverá garantia de que as demais leis serão respeitadas.

É o ponto primordial de todo o ordenamento jurídico, uma vez que se faz necessário viabilizar o acesso à justiça para que os demais direitos possam ser providos.

Todos os cidadãos podem reivindicar seus direitos e o Poder Judiciário não pode se esquivar de solucionar as questões solicitadas. Desta forma, é interessante analisar que o acesso à justiça é o principal meio para atingir a função principal do Direito: garantir a pacificação social, isto é, fazer com que uma sociedade se mantenha em pleno funcionamento (FRANÇA; SILVEIRA, 2020).

É importante lembrar que a situação de um migrante, em sua maioria, é de vulnerabilidade e, muitas vezes, de desconhecimento dos direitos que possui.

Tendo em vista que a migração, ainda que seja irregular, não constitui crime. Ou ainda, um migrante não documentado que precise de amparo proferido pelo judiciário, que esteja em situação degradante ou que tenha seus direitos fundamentais violados, independentemente de estar documentado ou não, precisa ter acesso à tutela jurisdicional do Estado.

Precisa o migrante, antes de tudo, ter conhecimento de que pode fazê-lo, de que poderá buscar amparo quando tiver seus direitos violados, independentemente de não estar em seu país de origem, documentado ou não.

No direito interno, o que instrumentaliza o acesso à justiça e à tutela jurisdicional muitas vezes, é a atuação da Defensoria Pública da União.

É crucial ressaltar que independente de quem seja o litigante ativo, seja ele um nacional, um migrante, refugiado ou asilado, no que se refere aos direitos trabalhistas, a título de exemplo, são direitos básicos de esfera humanitária e se aplicam universalmente sobre todos os seres humanos.

No entanto, muitos migrantes trabalhadores encontram impeditivos, a começar pela barreira linguística, o que os torna ainda mais vulneráveis às informações que lhe são, ou não, fornecidas, a convir do interesse do empregador.

Como por exemplo, não será exposto ao migrante trabalhador em situação análoga à escrava que ele detém direito de reaver seus direitos humanos e trabalhistas reclamados na Justiça do trabalho.

Nesse íterim, é importante que os migrantes, trabalhadores ou não, detenham conhecimento de seus direitos. Que não se sintam ameaçados em detrimento da ausência de documentação ou da ausência de carteira de trabalho.

É necessário que haja uma revitalização de pensamento social, no sentido de que apenas a documentação do migrante em território nacional não pode sobressair à dignidade e condição da pessoa humana.

Pois, antes de ser um apenas um número de registro junto ao Cadastro de Pessoas Físicas, que se trata de um documento feito pela Receita Federal e serve para identificar os contribuintes, é necessário e urgente, que se tenha o olhar humanitário sobre aqueles que estão ingressando no país, seja de maneira documentada ou não.

Não raro, muitos dos migrantes são trabalhadores, os quais já sofreram diversos tipos de preconceitos, por motivos que vão desde étnico-racial, linguístico ou pela condição de estrangeiro que empregam naquele momento.

Muitas vezes desconhecem que podem promover denúncias em caso de abusos por parte dos empregadores, e que, mesmo indocumentados, permanecerão protegidos de retaliações.

5 ACESSO AO JUDICIÁRIO PELO MIGRANTE NO BRASIL

Além disso, outro fator de extrema relevância, é a situação dos trabalhadores migrantes indocumentados no Brasil, que sequer detém conhecimento de seus direitos dentro do país e, por isso, muitas vezes acabam se sujeitando a situações deploráveis de exploração de mão-de-obra.

Em situações, muitas vezes, análogas a escravas (CARVALHO; JUNQUEIRA, 2013), entende-se que essas situações de extrema vulnerabilidade lhes atribui maiores limitações e entraves de natureza extra processuais, ou seja, a dificuldade do acesso à justiça ainda se remete a fatores que não estão vinculados ao próprio Poder Judiciário em si.

Nesse sentido, Carvalho e Junqueira (2013), citado por Bebiano e Franco Filho (2018, p. 207), elucida que

A pós-modernidade tem a marca da circulação de pessoas, a todo tempo almejando algo maior ou melhor “[...] vaga na ‘asa de um sonho’, lubrificada pelo trabalho e para o trabalho. Porque é dele que nasce o imigrante e também, paradoxalmente, é por meio dele, quando desprotegido, que desfalece sua alma e seu corpo.

Apesar das leis brasileiras e da Declaração Universal dos Direitos do Homem disporem sobre a igualdade de todas as pessoas perante a lei, erradicando distinções entre autóctone e migrantes, quando se adentra no campo das relações trabalhistas, e por conseguinte, eventual necessidade de acesso à justiça, não se observa o cumprimento de tais princípios e da legislação.

Vezes por ausência de atuação estatal, vezes por ausência de conhecimento por parte dos migrantes, que ao migrarem ou encontrarem-se em situações degradantes, já não se reconhecem mais como sujeitos e deixam de reconhecer os direitos que possuem.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Organização Internacional do Trabalho, dispõem que todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo os mesmos direitos, sem qualquer discriminação.

Entretanto, no que se refere aos imigrantes indocumentados, os entraves são ainda maiores, pois, após superada a barreira do desconhecimento dos direitos, possuem muitas vezes receio de serem deportados, ou de serem tratados de maneira hostil pela situação na qual se encontram dentro do país.

Nessa senda, conforme afirma Silva (1999), por Bebiano e Franco Filho (2018, p. 207), *“a proteção do trabalhador é causa e fim do Direito do Trabalho, como revela a história deste”*.

Entende-se, portanto, que o acesso à justiça e por conseguinte a proteção de direitos, deve ser igualitária, para todos, incluindo migrantes, nacionais, documentados ou não, refugiados ou não.

Nesta condição de indocumentados, conforme elucida Carvalho e Junqueira (2013, p.164; p.181), por Bebiano e Franco (2018, p. 208):

As servidões de hoje manifestam-se por meio de dívidas fictícias; retenção de documentos; relações de trabalho originárias de fraude ou violência; prestação de trabalho em troca de pão, exteriorizado em vales oferecidos pelo empregador, os quais são listados em um caderno, contabilizando as infundáveis dívidas do empregado modalidade truck system de remuneração, repudiada pelo Direito do Trabalho); tudo com vistas a impedir a liberdade de escolha; a liberdade de ir e vir; de não contratar; de contratar e de se desligar.

E ainda:

[...] O problema se dá pelas margens, pela clandestinidade, dos que se aventuram na encruzilhada de romper com as barreiras da soberania nacional, adentrando-se em terras brasileiras “sem lenço e sem documento”. A estes, em regra, a ordem jurídica não socorre. São clandestinos. Forasteiros da ordem nacional. Usurpadores da “normalidade”. Sem rumo e atemorizados pela sua condição ilegal, transformam-se em “presas” fáceis do sistema: são aprisionados pela ganância e poder de uns e aproveitados em atividades sem qualquer

respaldo protetor. Tornam-se escravos dos seus sonhos. Trabalhadores sem proteção. Mão de obra – barata – que alimenta o poderio dos senhores empresários. À margem da sociedade, vivem uma vida sem direitos. (CARVALHO; JUNQUEIRA, 2013, p. 164).

Como mencionado alhures, no Brasil, existe a Defensoria Pública da União, que viabiliza o acesso ao Poder Judiciário por aqueles que estão em situação de hipossuficiência financeira ou de vulnerabilidade. Como “aqueles”, entende-se nacionais e estrangeiros (migrantes), documentados ou não.

Como Defensoria Pública da União (BRASIL, 2022), compreende-se uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

Ainda segundo o site oficial da Defensoria Pública da União (BRASIL, 2022), lhe compete a prestação de assistência jurídica, a qual engloba o ajuizamento de ações, a apresentação de recursos aos Tribunais e a defesa em processos civis ou criminais perante à Justiça Federal (Poder Judiciário da União).

Os Defensores Públicos Federais atuam na defesa dos acusados perante à Justiça Federal e aos Juizados Especiais Federais Criminais, bem como na defesa da pessoa envolvida no tráfico internacional de drogas, além de poderem promover ações civis públicas (ACPs) em prol dos direitos humanos das pessoas presas.

Para elucidar, dentro da subdivisão de migrantes, se considera um migrante indocumentado, conforme o conceito apresentado pela OIM

Extranjero que entra o permanece en un país sin la documentación adecuada. Nota: Existen dos tipos de situación en las que cabe hablar de migrantes indocumentados. En el primer tipo de situación, los migrantes cuentan con los documentos necesarios para demostrar su identidad, pero carecen de documentos que demuestren su derecho a entrar y permanecer en el país, o llevan documentos fraudulentos o caducados. En este caso es aplicable el término “migrante en situación irregular” (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares [aprobada el 18 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 1º de julio de 2003], art. 5 b)). En el segundo tipo de situación, los migrantes no poseen documento alguno que sirva como prueba de su identidad o demuestre su derecho a entrar y permanecer en el país²⁴⁵.

²⁴⁵ Migrante indocumentado: Um estrangeiro que entra ou permanece em um país sem documentação adequada. Nota: Há dois tipos de situações nas quais os migrantes indocumentados podem ser referidos. No primeiro tipo de situação, os migrantes possuem os documentos necessários para provar sua identidade, mas

Um migrante regularizado, também segundo o conceito apresentado pelo Glossário da OIM, p. 44, trata-se do migrante documentado, que é considerado aquele que se desloca entre fronteiras e está devidamente autorizado a entrar e permanecer em determinado país, em conformidade com as leis e acordos internacionais dos quais esse país é signatário.

Segundo a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), o acesso à tutela jurisdicional é considerado um direito fundamental, sem distinção entre nacionais e estrangeiros dentro do território brasileiro.

Cardoso (2016) define tutela jurisdicional como aquela que garante o pleno exercício dos direitos e faculdades no curso do procedimento e dar razão a quem a tiver, segundo os ditames da ordem jurídica.

Dessa forma, demonstra-se que quando se trata de viabilização a tutela jurisdicional diante de eventual violação de direito, a legislação brasileira não diferencia nacionais ou estrangeiros, documentados ou indocumentados.

CONCLUSÃO

Partindo-se do presente estudo entende-se improrrogável a expansão do estudo do direito processual transnacional no sentido de oportunizar uma vida mais digna aos migrantes, documentados ou não, através do princípio do acesso à justiça.

Observou-se com o presente artigo, que o poder judiciário é o instrumento meio para que a letra da lei possa de fato tomar forma amplamente e que, com base no princípio da equidade, possa dar aos migrantes, documentados ou não, o que lhes é de direito, decorrente de sua condição precipuamente humana, e assim viabilizar o acesso a reparação de direito violados e uma vida mais digna.

Tornando-se inadmissível, portanto, que a nacionalidade possa ser fator de impedimento à direitos, e que o acesso à justiça instrumentaliza a mudança dessa realidade.

Com a elaboração do presente artigo, tornou-se notório que assim como a sociedade, as bases estatais e o próprio poder judiciário precisarão encontrar formas de adequar o direito transnacional às necessidades ditas internas e, principalmente, às questões migracionais transnacionais cada vez mais envolvidas.

não possuem documentos que comprovem seu direito de entrar e permanecer no país, ou portar documentos fraudulentos ou vencidos. Neste caso, o termo “migrante em situação irregular” é aplicável (Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias [adotada em 18 de dezembro de 1990 e em vigor desde 1 de julho de 2003], art. 5(b)). No segundo tipo de situação, os migrantes não possuem nenhum documento que possa servir como prova de sua identidade ou demonstrar seu direito de entrar e permanecer no país. Tradução livre.

REFERÊNCIAS

BEBIANO, Fernando Nogueira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Globalização no contexto da multiterritorialidade: acesso à justiça do trabalhador migrante no Brasil. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 1, jan./jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL. **Defensoria Pública da União**. Disponível em: www.dpu.def.br. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acolhimento de Imigrantes**. Disponível em: www.trt4.jus.br/portais/trt4/acolhimento-de-imigrantes. Acesso em: 20 jul. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Maximiliano Pereira de; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. O Trabalho e o Imigrante em situação irregular: à espera de uma absolvição.

Revista Panóptica, [S.L.], v. 8, n. 25, p.158-190, mar. 2013.

CARDOSO, Beatriz. **Tutela Jurisdicional**. 2016. Disponível em: [https://beacardoso.jusbrasil.com.br/artigos/446307828/tutela-jurisdicional#:~:text=107\)%20tutela%20jurisdicional%20%C3%A9%20%E2%80%9Co,situa%C3%A7%C3%A3o%20imaterial%20desejada%20ou%20indesejada%E2%80%9D](https://beacardoso.jusbrasil.com.br/artigos/446307828/tutela-jurisdicional#:~:text=107)%20tutela%20jurisdicional%20%C3%A9%20%E2%80%9Co,situa%C3%A7%C3%A3o%20imaterial%20desejada%20ou%20indesejada%E2%80%9D). Acesso em: 02 ago. 2022.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Civil Processual**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANÇA, Bruno Araujo; SILVEIRA, Matheus. **Inciso XXXV**. O princípio constitucional do acesso à Justiça. 2020. Disponível em: www.politize.com.br/artigo-5/principio-constitucional-do-acesso-a-justica. Acesso em: 20 jul. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Teoria Geral do Processo**. v. 01. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES - OIM. **Glossário sobre imigração**. Genebra: Organização Internacional para as Migrações, 2009. Disponível: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2022.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUIZ, Ivan Aparecido. Princípio do acesso justiça. *In*: **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-2/principio-do-acesso-justica>. Acesso em: 02 ago. 2022.

CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO, FALSEABILIDADE EMPÍRICA E COISA JULGADA: A APARENTE INCOMPATIBILIDADE DA SISTEMÁTICA DECISÓRIA INSTITUÍDA PELA NOVA LINDB COM A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE COISA JULGADA

Clayton Maranhão, Henrique Kurscheidt²⁴⁶

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo averiguar se a noção clássica de coisa julgada é compatível com a sistemática instituída pela Lei 13.655/2018, que acrescentou os artigos 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/42) e que, dentre outras alterações, passou a exigir que o juiz, ao decidir, prospecte e considere as consequências práticas de sua decisão.

Conforme será demonstrado, a adoção de raciocínio consequencialista como premissa decisória explícita, torna possível a falseabilidade e a refutação empírica da fundamentação, o que, como regra, não ocorre com a fundamentação tradicional. Com isso (falseabilidade da premissa decisória), a realidade acaba por se impor ao processo, tornando necessária a adequação de seus institutos, dentre eles o da coisa julgada.

O percurso metodológico a ser trilhado terá início com a apresentação das exigências trazidas pela Lei 13.655/2018 ao processo decisório e do raciocínio consequencialista, buscando evidenciar, em contraste com o raciocínio decisório tradicional, a possibilidade de sua refutação empírica.

Em seguida, será apresentada a concepção tradicional de coisa julgada e sua regulamentação legislativa, com ênfase nos atributos clássicos da definitividade e imutabilidade. Tais atributos da concepção tradicional de coisa julgada serão confrontados com as exigências trazidas pela dinâmica instituída pela Lei 13.655/2018, com o objetivo de averiguar se existe compatibilidade entre eles.

Por fim, será exposta a concepção contemporânea de coisa julgada e a ideia de continuidade jurídica, em contraposição ao ideal de imutabilidade, repetindo-se a análise de adequação de tal concepção com a sistemática instituída pela Lei 13.655/2018.

²⁴⁶ Mestrando em Direito – UFPR. Especialista em Direito Processual Civil – Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e em Filosofia e Teoria do Direito – PUC/MG. Juiz de Direito no Paraná. Endereço para correspondência: Rua Caetano Granato, 166, CEP 82120-420. Email: henrique.kur@gmail.com

Como conclusão, tem-se que a concepção clássica de coisa julgada é incompatível com a possibilidade de falseabilidade e refutação empírica da fundamentação consequencialista e que a dinâmica decisória instituída pela Lei 13.665/2018 demanda a reformulação do instituto, com a substituição do dogma da segurança-imutabilidade pelos ideais contemporâneos de flexibilidade e continuidade jurídica.

1 A LEI 13.655/2018 E O JUÍZO DECISÓRIO ORIENTADO POR CONSEQUÊNCIAS

A fundamentação das decisões judiciais é classicamente formulada a partir de um olhar retrospectivo, voltado para fatos ocorridos no passado e que resultaram no conflito de interesses a ser resolvido por intermédio da tutela jurisdicional. O processo, nessa perspectiva, é concebido como uma ferramenta de reconstituição histórica e meio de permitir ao juiz, por intermédio de atividade mental cognitiva, conhecer, na maior medida possível, a realidade dos fatos relevantes para o deslinde da controvérsia submetida à sua apreciação.

Esse olhar retrospectivo da decisão judicial é frequentemente ilustrado pela doutrina por meio da aproximação das atividades do juiz e do historiador, na medida em que ambos enfrentam, na execução de seus ofícios, a tarefa de reconstituir, indiretamente, por meio da colheita de provas e evidências, um fato não repetível e ocorrido no passado. É por meio dessa analogia que Michele Taruffo apresenta a atividade cognitiva do juiz

El lugar común cuya utilización es quizás más frecuente a los efectos de clarificar la actividad cognoscitiva que el juez realiza en la determinación de los hechos es la analogía entre el juez y el historiador. La referencia a esta analogía está muy difundida en términos genéricos en la doctrina relativa al juicio de hecho y al problema de la prueba. La analogía se basa habitualmente en el hecho de que el juez y el historiador tienen frente a sí el problema de reconstruir un hecho individual del pasado, no repetible y no directamente conocido, de forma que surge para ambos la necesidad de hacer uso de pruebas que permitan el conocimiento indirecto de ese hecho. Además, ambos pretenden establecer la verdad del hecho, aunque esta noción se utiliza a menudo de forma muy genérica y, en todo caso, problemática. (TARUFFO, 2005, p. 336-337).

Hodiernamente, contudo, a crescente expansão do âmbito de atuação do Poder Judiciário, na esteira do que se convencionou chamar de ativismo judicial

ou judicialização da política²⁴⁷, tem desafiado essa lógica clássica, em torno da qual foram concebidos os institutos processuais e a própria noção de processo. Como pontua Sergio Cruz Arenhart (2016, p. 1): “*O controle jurisdicional de políticas públicas, ainda que se possa academicamente questionar sob diversas óticas, é um fato inquestionável*”, a demandar a adequação e o repensar da estrutura processual clássica, concebida para resolução de conflitos individuais, e da própria mentalidade dos agentes envolvidos em tal mister.

Essa acomodação de funções estatais, em modelo que se afasta da tripartição clássica de poderes, como toda mudança de paradigma, não ocorre sem atritos e resistências. O chamado ativismo judicial é alvo de frequentes críticas, sendo apontado, por alguns, como uma interferência, indevida e desprovida de legitimidade democrática, do Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes constituídos. Para os críticos dessa tendência, a ampliação da margem de discricionariedade judicial, decorrente do reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, deve ser controlada e restringida.

É nesse contexto que veio a lume a Lei 13.665/08, com o objetivo declarado de acrescentar à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657/42 “*disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*”. A partir de sua vigência, o julgador passou a ter o dever de prospectar as consequências práticas de sua decisão, sendo-lhe, doravante, vedado decidir com base apenas em princípios jurídicos abstratos, sem realizar tal ponderação.

O art. 20 da LINDB, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.665/2018, estabelece que

Art. 20. Nas esferas administrativas, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Trata-se de verdadeira mudança de paradigma na atividade desempenhada pelo julgador. A exigência de prospecção e consideração das consequências práticas da decisão muda o enfoque retrospectivo clássico do ofício decisório, que passa a ter que manter um olhar voltado também para

²⁴⁷ Para Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 185-189) os termos ativismo judicial e judicialização da política pressupõe uma concepção normativista que naturaliza a tripartição clássica dos poderes e compreende o Legislativo como espaço legítimo e adequado para exercício da política e o espaço jurisdicional como infenso à política, segundo os autores, por conta de uma incompreensão do código do direito e de sua lógica de funcionamento e transformação.

as decorrências futuras da intervenção judicial e para o estado de mundo que se pretende alcançar.

Para além da ampliação da latitude da atividade cognitiva, que é inerente à discussão judicial de políticas públicas²⁴⁸, o juízo consequencialista, instituído pela Lei 13.665/2018, passa a exigir do juiz o exercício de atividade mental de natureza epistemológica diversa²⁴⁹, de planejamento em vista das consequências futuras da intervenção jurisdicional, e que não é tipicamente executada no âmbito processual. Com isso, o ofício decisório, afastando-se da clássica analogia com o ofício do historiador, passa a assemelhar-se, também, com a de verdadeiro gestor ou administrador.

Como explica Fernando Leal (2019, p. 91), o exercício de raciocínio consequencialista perpassa duas diferentes dimensões: uma análise positiva/descritiva e uma posterior valoração normativa. Na análise positiva, caberá ao decisor “a identificação das alternativas de decisão e as correspondentes consequências vinculadas a cada uma delas”, na qual serão estabelecidas “prognoses sobre o que pode ocorrer caso o tomador de decisão opte por qualquer um dos possíveis caminhos decisórios”. A atividade decisória, propriamente dita, será desenvolvida na subsequente dimensão normativa, na qual um determinado critério valorativo será empregado para ranquear os caminhos decisórios previamente identificados, preferindo-se aqueles cujas consequências permitam a satisfação de tal critério na maior medida possível. Como adverte Ivo Gico Júnior (2019, p. 17), essa segunda dimensão de análise é possível “se, e somente se, o critério normativo com base no qual as [...] alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado”.

Assim, para desincumbir-se do ônus argumentativo que lhe foi imposto pelo atual art. 20 da LINDB, caberá ao julgador, em um primeiro momento, identificar as alternativas decisórias possíveis, a partir das circunstâncias do caso concreto e dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, e discriminar as prováveis consequências práticas de cada uma dessas possíveis decisões (análise positiva/descritiva). Após realizar essa prognose inicial, o julgador deverá, em

²⁴⁸ “Um procedimento que se destine à discussão de políticas públicas exige, como é óbvio, amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com *todo o problema*, sob suas várias perspectivas” (ARENHART, 2016, p. 4).

²⁴⁹ “[...] podemos caracterizar la cognición en general como aquella parte de la actividad mental que busca captar cómo son las cosas, o cuál es la verdad respecto de cualquier asunto planteado. No toda actividad mental es cognitiva en este sentido, por ejemplo, al planear cómo hacer algo o al desear que algo ocurra, la meta de esas actividades mentales no es captar cómo son las cosas, sino transformarlas o hacer que se ajusten al modo como las concebimos o representamos”. (VARGAS, 2022. p. 283-284).

vista de um determinado critério normativo²⁵⁰, elege a alternativa decisória cujas consequências melhor atendam ao critério normativo adotado.

A adoção de raciocínio consequencialista como premissa decisória explícita, torna possível a falseabilidade e a refutação empírica da fundamentação, o que, como regra, não ocorre com a fundamentação lastreada em princípios jurídicos abstratos. Vale dizer, embora não se possa comprovar, de forma objetiva, qual, dentre duas alternativas decisórias legítimas, é a mais razoável ou justa, sempre será possível averiguar, empiricamente, se a consequência prática futura, que justificou a escolha decisória consequencialista, foi objetivamente alcançada ou não.

A possibilidade de demonstração empírica da eventual inadequação objetiva do juízo consequencialista e o decorrente flanco argumentativo da decisão que se utilize dessa espécie de raciocínio são ressaltados por Luis Fernando Schuartz

[...] ao selecionar ou pretender fundamentar uma certa decisão a partir da análise das consequências produzidas por ela e pelas suas alternativas, o decisor abre um flanco para requerimentos de prestação de contas cujo atendimento estará sujeito a critérios científicos (extra-jurídicos) de adequação. Isto porque qualquer juízo consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência, e tal especificação (e possivelmente, por extensão, também a decisão que nela se baseia) será objetivamente inadequada se puder ser mostrado que as consequências associadas às decisões em questão são diversas daquelas imaginadas pelo decisor. Em qualquer hipótese, é do decisor o dever argumentativo no sentido de validação erga omnes dos juízes de fato que relacionam causalmente decisões e consequências. (2008, p. 133-134).

Considerando que a decisão judicial possui a aptidão de formar coisa julgada material e, com isso, tornar-se “imutável e indiscutível”²⁵¹, a possibilidade de posterior comprovação empírica da falsidade da premissa decisória consequencialista é potencialmente problemática.

O emprego de exemplo prático hipotético pode auxiliar na visualização dos potenciais problemas que poderão ser enfrentados em razão dessa particularidade do juízo consequencialista. Imagine-se o caso de uma ação civil pública, na qual se pleiteia a anulação do licenciamento de empreendimento cuja

²⁵⁰ A lei não contém qualquer indicação acerca do critério normativo que deve ser utilizado para valoração das consequências, o que pode comprometer o declarado intuito de fomentar a segurança jurídica por meio da adoção do raciocínio decisório consequencialista por ela instituído.

²⁵¹ CPC. Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

realização inviabilizará o exercício de outra atividade econômica praticada na mesma localidade, por demandar, por exemplo, o represamento das águas de um rio, impossibilitando a atividade dos pescadores da região. Suponha-se que, ponderadas todas as razões pertinentes, tenham sido sopesadas as consequências práticas de cada uma das alternativas decisórias (manutenção ou anulação do licenciamento), constatando-se que a realização do empreendimento poderá gerar um número de empregos muitas vezes superior ao número de pescadores que serão atingidos pela supressão da atividade pesqueira e aumento considerável da arrecadação do município no qual será implementado, possibilitando a realização de novos investimentos públicos. A partir dessa análise consequencial, expressamente indicada na sentença como justificativa decisória, o conflito de interesses é resolvido em favor do empreendimento e a decisão transita em julgado. Suponha-se, então, que, após a formação da coisa julgada, constate-se que, por qualquer motivo, as consequências práticas antevistas na decisão não se concretizam, obtendo-se, na realidade, resultado prático inverso àquele antevisto pelo decisor, com o número de prejudicados superando o número de empregos gerados e com a supressão da atividade pesqueira provocando redução da arrecadação municipal superior àquela gerada pela instalação do empreendimento. Certamente, a imutabilidade de decisão lastreada em prognose consequencial comprovadamente incorreta, tal como no cenário hipotético apresentado acima, geraria perplexidade e inconformismo, em evidente prejuízo aos ideais de segurança jurídica e eficiência que o legislador pretendia promover com o advento da Lei 13.665/2018.

Assim, torna-se necessário averiguar se é possível compatibilizar o juízo decisório consequencialista, instituído pela Lei 13.665/2018, com o instituto da coisa julgada.

2 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE COISA JULGADA

As origens do instituto da coisa julgada remontam à Antiguidade. Como aponta Antonio do Passo Cabral (2021, p. 62): “As raízes históricas da coisa julgada são muito, muito antigas. Alguns autores afirmam que já havia esboços da estabilidade da sentença no direito babilônico, em obras datadas de 1753 a.C., ou seja, de cerca de 3700 anos atrás”. Segundo o autor, os atuais contornos e nomenclatura da coisa julgada adotados, com algumas variações²⁵², pelo direito ocidental, derivam do instituto romano da *res iudicata* (CABRAL, 2021, p. 62).

²⁵² “O termo latino influenciou as expressões italiana (*cosa giudicata*) e francesa (*chose jugée*), assim com a nomenclatura da língua portuguesa: coisa julgada (Brasil) ou caso julgado (Portugal). Os ordenamentos de origem germânica (Alemanha, Áustria e Suíça) denominam a coisa julgada “força jurídica (*Rechtskraft*)”. [...]

Anissara Toscan (2021, p. 172), após traçar detalhado histórico da evolução do instituto, identifica, nos referenciais de obrigatoriedade, imutabilidade e exclusividade, um “núcleo precioso da coisa julgada clássica”, na medida em que tais referenciais nucleares: “acabaram sendo assimilados, ainda que de forma nem sempre consciente, por quase todas as teorias mencionadas [...]” e “esse núcleo continua presente na maioria das enunciações atuais a respeito”.

Ao tratar especificamente acerca do referencial da imutabilidade, Toscan pontua que:

[...] pela perspectiva moderna, não haveria segurança jurídica onde não houvesse imutabilidade, sendo, por conseguinte, instintivo que a coisa julgada carregasse esse signo inexorável como seu cerne semântico. Além disso, assim como a generalidade dos institutos jurídicos, a coisa julgada orientava-se à proteção das riquezas, não tolerando oscilações ou instabilidades. Por ambos os caminhos, a associação entre coisa julgada e imutabilidade se tornaria lugar-comum na doutrina, estampando-se, ademais, no direito objetivo – no Brasil, v.g., esse signo veio estampado na redação dos CPC de 1973 (art. 467) e 2015 (art. 502). Em outras palavras, as soluções advindas da sentença haveriam de ser, assim como a princípio pretendia ser a lei, regulares e permanentes, não havendo por que se cogitar em deitar a segurança jurídica (inclusive) processual sobre outro referencial, que não a imutabilidade.

De mais a mais, diante desses arranjos culturais, o problema da segurança processual (o qual, enfatize-se, é apenas uma projeção do problema da segurança do Direito como um todo) se resolveria num maniqueísmo “segurança vs. insegurança”,⁶⁰² ou seja, “mutável vs. imutável”, sem que se pudesse cogitar um espectro entre esses extremos, até porque isso seria inconciliável com o formalismo e tecnicismo característicos àquele contexto. Nem mesmo a rescindibilidade de certas sentenças, toca ainda dizer, poderia infirmar essa assertiva, considerando-se sua absoluta excepcionalidade nos sistemas jurídicos modernos, assim como sua sujeição a um rigoroso procedimento e a hipóteses de cabimento bastante restritivas”. (2021, p. 185-186).

Ao longo de sua evolução histórica, o conceito e delineação do instituto, a partir dos referenciais antes mencionados, atingiram tal ponto de sedimentação doutrinária, que Giuseppe Chiovenda (1993 apud TOSCAN, 2021), em 1905,

Já os sistemas jurídicos do *common law*, de tradição anglo-americana, sempre utilizaram a própria expressão latina *res iudicata* [...]” (CABRAL, 2021, p.62)

em conhecida passagem, chegou a afirmar que, sobre a coisa julgada, restaria pouco a ser dito que não fosse inútil.

A definição legislativa do instituto, adotada pelo atual Código de Processo Civil, não se afasta dos referenciais do “núcleo precioso da coisa julgada clássica”, identificado por Anissara Toscan (2021, p. 62). A coisa julgada é conceituada, em seu artigo 502, a partir dos atributos da imutabilidade e indiscutibilidade, nos seguintes termos: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”²⁵³.

Em uma perspectiva sociológica, Luhmann (1983 apud CADEMARTORI e BAGGENTOSS, 2011) associa a função do sistema jurídico à redução da complexidade inerente à vida social, por meio de “reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas” e concebe o Direito como expectativa das expectativas e promotor de

[...] uma segurança [...] à qual se segue, apenas secundariamente, a segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do comportamento alheio [...] Isso porque a segurança na expectativa sobre expectativas, seja ela alcançada por meio de estratégias puramente psíquicas ou por normas sociais, é uma base imprescindível de todas as interações, e muito mais importante que a segurança na satisfação das expectativas. (LUHMANN, 1983 apud CADEMARTORI e BAGGENTOSS, 2011).

Nessa perspectiva luhmaniana, a finalidade do direito seria “generalizar e estabilizar expectativas de condutas e regular conflitos mediante a constituição de procedimentos para fazê-lo” (CADEMARTORI e BAGGENTOSS, 2011, p. 332).

Max Weber também relaciona a atuação do direito à racionalização e promoção da previsibilidade necessárias ao desenvolvimento da economia de mercado. Como pontua L.A. Becker (2012, p. 307)

Acaba ocorrendo então, no sistema capitalista racionalista de Weber, a grande pretensão de racionalização do trabalho baseada no cálculo, de que fala Lukács: trata-se de um princípio de possibilidade de cálculo, ou calculabilidade, pelo qual o sistema busca, na sua racionalização, uma mais acurada previsão, um cálculo mais exato de todos os resultados a atingir. É a garantia de propriedade e da

²⁵³ A definição legislativa atual, adotando a diferenciação proposta por Liebman entre efeito da sentença e autoridade da coisa julgada, modifica o conceito adotado pelo CPC/73, que identificava a coisa julgada como a “eficácia” da sentença não sujeita a recurso e passa a atribuir ao instituto a qualidade de autoridade da sentença (CABRAL, 2021, p. 89).

execução dos contratos, pelo sistema legal, que conferem a calculabilidade e a previsibilidade necessárias à economia de mercado – e inexistentes no modo de produção feudal.

Becker (2012, p. 307) observa, ainda, que: “a calculabilidade do direito tem por requisito a certeza. Para se exigir a calculabilidade do direito exige-se uma tutela jurisdicional que lhe garanta a certeza [...]”.

A partir de tal concepção, a adoção de modelo de coisa julgada que institui rígida imutabilidade das decisões transitadas em julgado, parece atender às finalidades do direito, eis que, tal sistemática, indiscutivelmente incrementa a previsibilidade e reduz a complexidade das relações sociais, ainda que em detrimento de outros valores sensíveis ao tecido social, como a justiça.

O direito positivo brasileiro e sua interpretação jurisprudencial, fiéis à concepção clássica da coisa julgada e ao dogma da segurança-imutabilidade, atribuem caráter excepcionalíssimo às hipóteses de modificação da decisão após o trânsito em julgado.

O CPC estabelece taxativamente, em seu art. 966, as hipóteses de desconstituição da coisa julgada por meio da ação rescisória

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Como se vê, a constatação empírica da falsidade da premissa decisória consequentialista, posterior ao trânsito em julgado, não se enquadra, com exa-

tidão, em nenhuma das hipóteses legais de rescindibilidade e os tribunais são refratários ao seu elastecimento jurisprudencial, adotando interpretação restritiva das hipóteses de cabimento da rescisória. A título de exemplo, exige-se, para ação rescisória fundada em erro de fato (art. 966, VII), que o erro seja “aferível por meio das provas constantes dos autos originais, e que sobre ele não tenha havido controvérsia e pronunciamento judicial”²⁵⁴, o que afasta a possibilidade do manejo da ação rescisória fundada no erro de prognose das consequências práticas futuras da decisão.

Assim, no atual contexto normativo e jurisprudencial, não se vislumbra alternativa para modificação da decisão transitada em julgada fundada em raciocínio consequencialista cuja inadequação venha a ser objetivamente comprovada pela realidade fática posterior à intervenção jurisdicional.

3 O QUESTIONAMENTO CONTEMPORÂNEO AOS RIGORES DA COISA JULGADA E A PROPOSTA DE SUBSTITUIÇÃO DO DOGMA DA SEGURANÇA-IMUTABILIDADE PELO IDEAL DE CONTINUIDADE JURÍDICA

A crescente complexidade do mundo contemporâneo, com o desenvolvimento de novas tecnologias e a constante transformação das relações sociais, criou terreno fértil ao surgimento de conflitos igualmente complexos e cuja solução encontra aparente óbice nos rigores da concepção clássica de coisa julgada.

A popularização dos exames de DNA, para identificação do parentesco genético, constituiu verdadeiro marco no questionamento do dogma da segurança-imutabilidade, diante da perplexidade e ofensa ao sentimento de justiça causadas por sentenças, acobertadas pelo manto da coisa julgada, que declaravam a existência ou inexistência do vínculo parental e cuja incorreção podia ser posteriormente comprovada pela realização do exame genético (DIAS, 1999, p. 97-99).

²⁵⁴ PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA NOVA. ART. 966, VII, DO CPC/2015. TRABALHADOR RURAL. REGISTRO DE EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. LABOR RURAL CONFIRMADO POR TESTEMUNHO COESO E IDÔNEO. PEDIDO PROCEDENTE. I - É firme o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte segundo o qual, para a configuração de erro de fato passível de ensejar a rescisão do julgado, impõe-se que o decum esteja embasado em fato inexistente ou não considere fato efetivamente ocorrido, aferível por meio das provas constantes dos autos originais, e que sobre ele não tenha havido controvérsia e pronunciamento judicial. II - O documento novo apto a aparelhar a ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do CPC/1973 ou 966, VII, do CPC/2015, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pedido. [...] (STJ, AR n. 6.081/PR, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 30/5/2022)

Desde então, a concepção clássica do instituto da coisa julgada, lastreada no dogma da segurança-imutabilidade, vem sendo paulatinamente questionado pela doutrina. Antonio do Passo Cabral (2021, p. 47) relata a existência de verdadeiro mal-estar doutrinário com o instituto, tal como classicamente concebido, eis que insuficiente para atender, na contemporaneidade, aos anseios de segurança. Esta insuficiência teria levado o sistema de estabilidades processuais a crise e propiciado o surgimento de técnicas flexibilizadoras, tais como a da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, desprovidas do necessário rigor técnico (CABRAL, 2021, p. 47). Segundo o autor, a constante adesão a teses dessa natureza no Brasil seria sintomática da inoperância prática de nosso sistema de estabilidades e da necessidade de sua reformulação (CABRAL, 2021, p. 48).

Anissara Toscan (2021, p. 24) sustenta que: “a contemporaneidade reivindica uma profunda rearticulação do instituto”. Na mesma linha, Cabral (2021, p. 48) aponta que a abordagem adotada pelo modelo tradicional de coisa julgada merece reparos, tratando-se de: “um formato retrospectivo, privatista, estático, cognitivista e fracionado”. Este caráter retrospectivo da concepção clássica do instituto, por levar à desconsideração dos desdobramentos fáticos posteriores à prolação da decisão, parece constituir o principal óbice à solução dos potenciais problemas, ante relatados, que poderão ser enfrentados em razão da aplicação do juízo consequencialista instituído pela Lei 13.665/2018,

A partir da constatação de suas deficiências, Antonio do Passo Cabral (2021, p. 48) propõe a superação desse paradigma retrospectivo, com a adoção do conceito de continuidade jurídica, por meio do qual pretende compatibilizar a exigência de permanência, sem a qual não haveria segurança jurídica, com as inevitáveis mudanças e desdobramentos fáticos inesperados que poderão advir e infirmar as premissas da decisão transitada em julgado

Pensamos que pode ser racionalmente sustentada uma guinada conceitual na sua disciplina, no sentido do que pretendemos ser um exame prospectivo das estabilidades. Com efeito, a estabilidade normativa, no Estado moderno, não deve ser apenas baseada no passado, mas numa análise conjunta entre as conquistas pretéritas, as exigências e expectativas do presente, bem assim as perspectivas e prognoses futuras. Neste diapasão, ao invés de trabalharmos com o conceito de ‘segurança como imutabilidade’, tentaremos fundar o modelo de estabilidades no conceito continuidade jurídica, pelo qual a estabilidade atingida possui uma força *prima facie* que garante sua permanência, mas não impede sua modificação. Ainda que, desta forma, as alterações continuem sendo excepcionais, todos os atos processuais, e com eles todas as decisões judiciais, devem

ser compreendimentos como essencialmente mutáveis, isto é, estáveis *si et in quantum* mantidos os elementos e circunstâncias que levaram àquele resultado. Quando novos elementos ou posteriores circunstâncias demonstrem que não se deva manter a posição estável anterior, altera-se o conteúdo dos atos do processo.

Cabe frisar que tal exame seria prospectivo porque não voltado apenas ao passado, mas mediado pelo tempo presente e orientado ao futuro. Ao invés de analisar ‘se um objeto já foi decidido num processo pretérito’, deveremos perquirir se é justificável a quebra de estabilidade, ou seja, trata-se de uma exame que foge do maniqueísmo mutável-imutável e, partindo da mutabilidade intrínseca e da continuidade tendente, busca indagar se existem razões suficientes para quebra de estabilidade da norma produzida. (2021, p. 48).

Anissara Toscan (2021, p. 509) apresenta proposta similar, apontando que os rearranjos culturais contemporâneos impõem a reformulação do “núcleo precioso da coisa julgada clássica”, com o acolhimento da dinamicidade do direito, a partir da flexibilização e racionalização substantiva, e o abandono dos referenciais clássicos da obrigatoriedade, imutabilidade e exclusivismo, a serem substituídos pela ênfase nas seguintes características

(i) o viés garantístico da coisa julgada, esta agora repousada sobre o contraditório e a tutela da confiança; (ii) o formato dinâmico da atuação do instituto, que por resguardar expectativas normativas, envolve um problema também quantitativo, havendo de acolher as respectivas necessidades de mudança e promover transições graduais; e (iii) o aspecto abrangente da segurança processual, pelo qual a coisa julgada deixa de absorver todas as necessidades ínsitas a essa garantia fundamental, reconhecendo-se relevância a outras estabilidades processuais. (2021, p. 509)

É interessante notar que, embora não trate, de forma específica, do problema que é objeto do presente estudo, a proposta de reformulação do instituto apresentada por Anissara Toscan (2021, p. 443-444) consigna que a eficácia prescritiva da sentença que se destina a prospectar a realização de um interesse duradouro superveniente ao trânsito em julgado (como aquelas que tratam de problemas estruturais) – e que, nesse aspecto, assemelha-se à sentença lastreada em raciocínio consequencialista prospectivo – não atuará de forma ilimitada, mesmo após a formação da coisa julgada, eis que sujeita às vicissitudes do porvir:

[...] determinadas sentenças oferecem para a conduta das partes também um modelo normativo futuro, no sentido

de que contemplam a orientação de condutas destinadas a realizar um interesse duradouro – é dizer, um interesse que permanece em desenvolvimento depois do trânsito em julgado. Alude-se, com isso, a sentenças que não se restringem a prescrever as condutas que realizarão um interesse já consumado até o momento da incidência da coisa julgada (assim, não se destinam apenas a remover um comportamento lesivo e as suas consequências), prospectando-se para a realização de um interesse duradouro superveniente ao trânsito em julgado. [...]

Assentada essa premissa, o passo seguinte consiste em reconhecer que a eficácia prescritiva das sentenças que resguardem um interesse duradouro, ainda que cobertas pela coisa julgada, não atuará de forma ilimitada. Isso porque todas as normas jurídicas se sujeitam a um limite temporal, como reflexo da temporalidade do próprio direito, que nada mais é do que um espelho da dinamicidade da realidade social. Importa dizer que a exigência de mudanças no tecido normativo advém do surgimento, modificação e extinção de interesses dignos de tutela, que brotam na dinâmica social e acabam se expressando e sendo acolhidos pelo direito. Desse modo, igualmente os interesses duradouros que determinadas sentenças buscam realizar estão sujeitos às vicissitudes do porvir, e a coisa julgada não bloqueará essas transições. (2021, p. 443-444)

Assim, diante da insuficiência do modelo clássico de coisa julgada para lidar com os problemas que poderão advir com a adoção do raciocínio decisório consequencialista, a adoção de modelo flexível, na linha das propostas de Antonio do Passo Cabral e Anissara Toscan, adotando-se as premissas de mutabilidade intrínseca e continuidade tendente, com a consequente releitura e ampliação das hipóteses de modificação do julgado após o trânsito em julgado, parece constituir possível caminho para compatibilizar o instituto da coisa julgada com a dinâmica decisória instituída pela Lei 13.665/2018, pois, como pontua Cabral (2021, p. 53), é preferível admitir abertamente “que o processo, como a vida, deve ser dinâmico e incorporar este movimento ao estudo das estabilidades do que ‘fingir’ que a sentença de mérito é imutável e que então todos estamos protegidos e seguros”.

CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo, é possível constatar que o conceito clássico da coisa julgada, fundado no dogma da segurança-imutabilidade, embora firmemente arraigado em nossa tradição jurídica e consentâneo às finalidades de

garantia de previsibilidade e calculabilidade, comumente atribuídas ao direito, mostra-se insuficiente para lidar com a complexidade e constantes transformações do mundo contemporâneo.

Dentre estas transformações, tem-se a crescente ampliação do espaço de atuação jurisdicional e a verdadeira mudança de paradigma na atividade judicante instituída pela Lei 13.665/2018, que, superando a clássica analogia doutrinária que aproxima a atividade do juiz com a do historiador, passa a exigir do decisor um olhar prospectivo e a ponderação das consequências práticas futuras da intervenção jurisdicional.

Conforme demonstrado, a adoção de fundamentação decisória consequencialista torna possível que se demonstre, de forma científica, eventual inadequação objetiva da premissa decisória, caso as consequências práticas da intervenção jurisdicional não correspondam àquelas que foram antevistas pelo julgador e fundamentaram a decisão lastreada em raciocínio consequencialista.

O direito positivo brasileiro, fiel à concepção clássica de coisa julgada e ao referencial da imutabilidade, não conta com ferramentas que permitam solucionar os potenciais problemas que poderão surgir nas hipóteses em que a fundamentação decisória consequencialista tiver sua inadequação objetiva constatada após o trânsito em julgado.

Com isso, constata-se que os contornos clássicos do instituto da coisa julgada, delineados e desenvolvidos em um contexto histórico no qual se atribuía à atividade judicante um olhar eminentemente retrospectivo, voltado à prolação de decisão sobre fatos ocorridos no passado e reconstituídos por meio do processo, não se mostram compatíveis com o juízo prospectivo inerente à fundamentação decisória consequencialista.

Conclui-se, assim, que a compatibilização do instituto da coisa julgada ao consequencialismo decisório, instituído pela Lei 13.665/2018, demanda sua reformulação, com o abandono do referencial clássico da imutabilidade e adoção das premissas de mutabilidade intrínseca e continuidade tendente, com a consequente releitura e ampliação das hipóteses de modificação do julgado após o trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **O papel do Judiciário na implementação de direitos fundamentais**: homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin. *In*: ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Ministro Luiz Edson Fachin: cinco anos de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro**: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Interesse Público* [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 18, n. 97, maio/jun. 2016.

BECKER, L. A. **Sobre a incerteza e conteúdo ético do processo civil**. In: BECKER, L. A. Qual é o jogo do processo?. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CADEMARTORI, Luiz H. U.; BAGGENTOSS, Grazielly A. **A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann**: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. *Seqüência*, n. 62, jul. 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. "*Sulla cosa giudicata*". *Saggi di diritto processuale civile*. v. II. Milano: Giuffrè, 1993.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de Paternidade e a questão da Prova. **Revista de Processo** nº 95, jul-set/99.

GICO JR., Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord). Direito e economia no Brasil. Indaiatuba: Foco, 2019.

LEAL, Fernando. **Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica**: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer. In: PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristrello e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Direito e economia: diálogos. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

LUHMANN, Niklas, **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Judicialização da política?** Sobre a naturalização da separação dos poderes (I). In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada**: contribuição para uma nova teoria [meio eletrônico] / Anissara Toscan. - Curitiba, 2021. Tese (Doutorado).

VARGAS, Miguel Ángel Fernández. *Algunos Temas Clásicos de La Epistemología*. In: LARIGUET, Guillermo; LAGIER, Daniel González. Filosofia: una introducción para juristas. Madrid: Trotta.

TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Jenyfer Michele Pinheiro Leal²⁵⁵, Adriane Garcel²⁵⁶,

Anderson Ricardo Fogaça²⁵⁷

INTRODUÇÃO

De que modo é factível a outorga plena e efetiva do acesso à justiça no âmbito de um Estado que detém graves e sérias falhas estruturais e na qual os recursos humanos, financeiros e econômicos são limitados?

Como é possível garantir a proteção concreta e real dos direitos do cidadão num contexto em que o Poder Judiciário está sobrecarregado de demandas das mais variadas espécies? De que maneira se revela tangível o alcance da tutela de direitos, no plano da eficácia e celeridade, através do processo judicial?

Eis algumas das questões que permeiam as discussões afetas a efetividade do poder jurisdicional.

Está-se diante de um dilema quase incontrastável. Ao mesmo tempo em que se busca a tangibilidade do direito constitucional de acesso à justiça, seja através da reestruturação do sistema judiciário, da criação de novos mecanismos de tutela de direitos, do aperfeiçoamento de legislações e desburocratização de procedimentos, por outro lado, tenta-se reduzir o quantitativo, a numerosidade dos processos judiciais, seja por meio da implementação de critérios com o fim de realizar a filtragem das ações, da imposição de condições para apreciação de sua admissibilidade ou até mesmo da inserção de regras no ordenamento jurídico com o escopo de afunilar a competência dos órgãos.

²⁵⁵ Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Anhanguera (LFG). Pós-Graduada em Direito Tributário pela Unifitec. E-mail: jenyfer_direito@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1532-1707>. Lattes: 57965212726 97187.

²⁵⁶ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA/ UNIBRASIL. Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Escola do Ministério Público - FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Graduada em Letras e Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Assessora Jurídica do TJPR, Mediadora Judicial e Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado. EMAIL adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>

²⁵⁷ Doutorando na UFPR. Juiz auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná.

A despeito disso, do que não se dúvida é que num Estado, que se afirme isonômico e democrático, o acesso à justiça não deve compor um mero cenário de aspiração, mas sim um retrato da moldura fática de sua realidade. E isso, com certeza, não é uma tarefa simples.

Conferir esse acesso não é simplesmente prevê-lo na Constituição Federal ou em legislação infraconstitucional. É sim, muito além disso, colocar à disposição da sociedade ferramentas que amparem seus direitos e confirmem soluções aos seus problemas e angústias de ordem jurídica.

E o primeiro passo para o alcance dessa pretensão é, seguramente, a previsão legislativa. Faz-se necessário criar no ordenamento jurídico diversos instrumentos que visem a proteção de direitos. A legislação é, na maioria das vezes, a base estrutural dessa salvaguarda. Não é por outra razão que, a cada instante, leis são criadas e outras são alteradas com o intuito de aperfeiçoar ou, de forma mais simples, “melhorar” esse acesso à ordem jurídica justa.

O exemplo mais latente disso é a proposta, que está na pauta da agenda política do País, de criação de um Código de Processo Constitucional. Fruto do desejo de sistematização e consolidação do regime jurídico aplicável ao processamento e julgamento de ações de índole constitucional — tais como o mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção e daquelas oriundas do controle abstrato de constitucionalidade, dentre outras —, está imbuído do precípua escopo de conferir segurança jurídica ao ordenamento, através da uniformidade, racionalidade e potencialização das normas de proteção aos direitos fundamentais individuais e coletivos e aos procedimentos de defesa da Constituição.

É indubitável, nesse trilhar, a quão inovadora é esta proposta: traz em si uma carga considerável de prospecção, dado que a edição de um código desse jaez espelha, de forma salutar, as conquistas já galgadas pelos direitos humanos no que concerne a garantia e efetividade.

Por corolário, a tutela dos direitos coletivos é enaltecida, pois, a falta de sistematização e de unificação de regras que lhe sejam aplicáveis, acaba sendo, muitas das vezes, um entrave para a sua proteção, deixando-os à mercê de provimentos jurisdicionais para sagrar-lhes defesa e aplicabilidade prática.

O código espelhará, portanto, em seu cerne o reflexo da conquista paulatina de concretização do acesso à justiça no que toca aos direitos de natureza transindividual.

1 AS NUANCES DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Falar desse exímio direito, que é o acesso à justiça, parece algo fácil. De forma simples, poderia se dizer que ele se trata de um direito com previsão na Constituição Federal e que visa, basicamente, assegurar que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário.

Essa visão, de certo modo, não está errada, contudo não perpassa, nem de longe, à proximidade dos debates e entraves que giram em torno dele ou até mesmo do que ele representa. O acesso à justiça não mais se confunde com o acesso ao Poder Judiciário, eis que este é apenas uma via daquele.

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. A premissa básica é a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

Nesse aspecto, importa salientar, inicialmente, que o acesso à justiça representa um direito fundamental previsto no texto constitucional, um direito humano no plano internacional e, para muitos, uma norma-princípio. Mas, indiferentemente da definição que se dá a ele, tem-se, como mais importante, aquilo que dele se permite extrair.

Sua previsão constitucional objetiva, em essência, assegurar que a sociedade tenha, em mãos, ferramentas hábeis a resolução de seus conflitos e, ao seu dispor, meios pelos quais possam fazer valer seus direitos, resguardando-os de eventuais atos lesivos praticados pelo Estado ou por particulares.

Deste modo, a conotação que se deve atribuir à expressão é aquela ligada a uma noção substancial que retrate o acesso a uma ordem política, social e econômica justa, na qual o indivíduo tenha, à sua disposição, instrumentos eficazes à concretização de direitos e solução de litígios.

Assim, sob a acepção axiológica de justiça, o acesso à lei não fica reduzido ao sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restritos ao ordenamento jurídico processual (CESAR, 2002, p. 49). O acesso à justiça assegura o exercício dos direitos e garantias dos cidadãos, conferindo-lhes proteção em caso de violação.

A partir dessas elucubrações, pode-se notar o quão relevante é esse direito. A sua previsão revela, como não poderia deixar de ser, uma própria face do Estado Democrático de Direito, dado que de nada adiantaria afirmar-se como tal se não tivesse sob seus auspícios meios para assegurar a proteção da coletividade.

Mas, enfim, o que é necessário para que o Estado possa declarar que oferece acesso à justiça? É incontestável que não basta, unicamente, tê-lo previsto em um dispositivo legislativo ou disponibilizar algumas estruturas para atender esse acesso, tampouco meramente afirmá-lo se ele não for, deveras, efetivo. Para tanto, é preciso que o Estado coloque à disposição da sociedade mecanismos judiciais e extrajudiciais, eficientes, céleres, enérgicos e capazes de dar respostas aos reclamos dos administrados.

Não é à toa que o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11/12).

Ocorre que o contexto social, em razão dos mais variados fatores — tais como a deficiência estrutural do Poder Judiciário, os obstáculos de caráter econômico-financeiro e administrativo, a burocratização exacerbada do processo formal, à profusa judicialização de litígios e a complexidade das demandas — conspira em desfavor de um efetivo acesso à Justiça.

Isso é notório. Basta observar o acúmulo de um número infindável de processos, que evidenciam o explícito desequilíbrio entre a demanda por decisões judiciais e a capacidade para proferi-las; a morosidade no trâmite processual e no desfecho dos casos; o desgaste psicológico das partes e o vultoso custo econômico para o Estado e para os litigantes.

Este é um paradoxo: muito se lutou para que o direito de acesso à justiça fosse efetivo, mas, ao mesmo tempo em que isso foi se concretizando, houve uma eclosão de demandas judiciais.

Transparece, nesse cenário, que a instituição de um código que sistematize o processo constitucional, especialmente no que concerne aos direitos coletivos, exprime uma conquista expressiva e inigualável. Isto porque a tutela coletiva resolve, molecularmente e com maior celeridade, os conflitos sociais. Além disso, evita decisões contraditórias e desburocratiza o acesso ao Poder Judiciário.

A relevância que o circunda reclama, portanto, que suas particularidades sejam atentamente observadas.

2 O PROCESSO COLETIVO: UMA VERTENTE DE ACESSO À JUSTIÇA

A internacionalização das relações comerciais, o surgimento de novas ferramentas de comunicação, o aumento tremendo na velocidade de troca de informações, a modernização e a inovação tecnológica, a desenfreada integração política, cultural e econômica entre os países, a intensificação dos riscos ambientais e o consumismo em larga escala faz com que as relações sociais se tornem, a cada dia, mais complexas.

Questões relacionadas à poluição atmosférica, ao vertiginoso desmatamento de florestas, a degradação ambiental, a economia de mercado cegamente voltada ao lucro, a publicidade enganosa, a violação voluntária de garantias do consumidor, entre outros fenômenos que, ocorrem diariamente, e afetam a população em massa enunciam que a clássica concepção do processo, identificado como método de solução de litígios de ordem subjetiva, acaba não sendo suficiente para outorgar a proteção necessária aos direitos sociais e fundamentais da coletividade.

O novel formato social das interações humanas fez com que conflitos de massa se tornassem algo recorrente. São inúmeros casos em que uma isolada conduta ou omissão culmina na lesão ou ameaça de lesão a direitos de um incontável número de pessoas, gerando, assim, o famigerado dano coletivo. Tal fenômeno faz transparecer que muitos dos litígios que urgem no seio da sociedade não são um mero átomo, mas, sim, a composição de uma forma molecular.

Assim, ao passo em que a complexidade dos conflitos se agigantam, se torna incontestável o fato de que a intervenção e o controle ordinário dos órgãos públicos, através dos métodos tradicionais, não é capaz de defender tais interesses da forma que eles realmente merecem, reclamando, portanto, a edição e o aperfeiçoamento de instrumentos jurídicos.

Tal cenário foi revelando, aos poucos, que era preciso reestruturar o processo para que ele fosse capaz de oferecer respostas aos desafios e as exigências insurgentes da nova era. Era necessário elasticar a legitimação ativa, despojando-se de vínculos estritamente individualistas, para admitir que grupos ou entidades pudessem atuar em representação de interesses transindividuais, assim como conferir um novo, e mais objetivo, contorno a coisa julgada com o fim de ampliar os efeitos para todos os membros de um grupo, ainda que sem a sua manifestação.

Estes são apenas alguns dos principais pontos que reclamaram transformação para adaptar-se à nova realidade. A necessidade de aplacar lesões que transcendem interesses individuais, ou seja, direitos cuja titularidade excede o

indivíduo singularmente considerado, fez com que o processo judicial cedesse lugar, ou melhor, abrisse espaço para a tutela coletiva.

Sob esse aspecto, giza-se que o processo coletivo é um importante instrumento de efetivação do acesso à justiça, dado que permite que um grupo de pessoas tenha, ao seu alcance, de uma só vez e através de um único processo, a tutela jurisdicional. Sobremaneira, não se pode negar os seus benefícios: numa só oportunidade o Judiciário tem a chance de prover a solução de um litígio de massa e conferir proteção a direito de um número significativo de pessoas.

Nesse cariz, importa sublinhar que não raras vezes, nos casos que envolvem violações a direitos em “massa”, o indivíduo lesado encontra-se uma posição inoportuna para buscar a tutela de seu direito, seja porque a lesão pode ser subjetivamente diminuta ou limitada a ponto de motivá-lo a procurar a defesa do seu interesse, seja por não conhecer os seus direitos ou, então, em virtude dos significativos custos com despesas processuais e honorários advocatícios que podem chegar a superar o eventual resultado da demanda.

Nessa guisa, o acesso à justiça é deveras efetivado, sobretudo em causas que envolvam somas relativamente pequenas. Isto porque se tais litígios tiverem de ser resolvidos através de um processo judicial ocorrerá um entrave abissal, dado que os custos relativos à demanda podem, na maioria das vezes, exceder o objeto da controvérsia ou, senão, consumir o conteúdo do pedido ao ponto de tornar a ação em uma futilidade.

Por outro lado, se estas lesões ou ameaças de lesões forem observadas sob a ótica coletiva, o interesse em proteger os direitos eventualmente ofendidos pode exsurgir dada a sua proporção, relevância social e extensão.

Para além disso, as ações coletivas são, inigualáveis, no que concerne ao quesito economia processual, pois elas permitem que, através de um só processo, situações de diferentes indivíduos sejam resolvidas, por meio de uma resposta uniforme. Esse fator faz com que tanto a molecularização de processos judiciais quanto decisões contraditórias sejam evitadas, conferindo, assim, maior segurança jurídica ao sistema, credibilidade ao Poder Judiciário e igualdade entre os jurisdicionados.

3 SISTEMATIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DE NORMAS NO PROCESSO COLETIVO

Os interesses ou direitos metaindividuais, também denominados difusos e coletivos, supraindividuais, sobreindividuais, transindividuais, superindividuais ou coletivos *lato sensu*, são aqueles cuja titularidade extrapola a esfera jurídica de um único indivíduo para atingir uma coletividade de pessoas. Há, no ordenamento

jurídico três espécies de direitos ou interesses: os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, tais institutos se revelam imbuídos de características distintas as quais serão, detalhadamente, exploradas nesse artigo.

Tais conceitos são extraídos do próprio Código de Defesa do Consumidor. O texto normativo prevê que interesses ou direitos difusos (transindividuais), de natureza indivisível, são aqueles de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I, CDC). Um grande exemplo que elucidada tal conceito é a publicidade enganosa - um anúncio que induz o consumidor a erro na qual um fornecedor objetiva vender produto ou prestar um serviço que não atenda as expectativas deixadas pela propaganda. A simples veiculação da campanha publicitária enganosa é o suficiente para que todos os consumidores, potencialmente expostos a campanha, componha a coletividade afrontada pela violação cometida pelo fornecedor. Notável que é a circunstância de fato que reunirá os consumidores coletivamente, diante da conduta do fornecedor de anunciar a propaganda enganosa.

De outro vértice, interesses ou direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, CDC). Tal relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo “*affectio societatis*” (v.g. médicos inscritos no CRM) ou pela sua ligação com a parte oposta (v.g. contribuintes de um determinado imposto).

A forma mais simples de visualizar a diferença entre essas duas relações jurídicas de direito material é imaginando que, solucionada a crise jurídica envolvendo o grupo, classe ou categoria de pessoas, essa unidade entre elas continuará a existir, porque a relação jurídica base existente entre elas não se confunde com aquela relação jurídica resolvida em juízo (NEVES, 2020, p. 164). Tanto o direito difuso quanto o direito coletivo são considerados direitos essencialmente coletivos, mas há uma diferença crucial - no direito difuso o titular do direito é a coletividade e no direito coletivo é uma comunidade, determinada por um grupo, classe ou categoria de pessoas.

Por fim, interesses ou direitos individuais homogêneos, também denominado como direito acidentalmente coletivos (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 195/196), são os decorrentes de origem comum (art. 81, II, CDC), isto é, os direitos individuais homogêneos se caracterizam por serem um feixe de direitos subjetivos individuais, marcados pela nota da divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas, mas determináveis, cuja origem está em alegações de questões comuns de fato ou de direito (GIDI, 1995, p. 30). Noutros termos, são direitos individuais de massa, mas que se distinguem do direito individual, pois existe uma circunstância de fato comum que atinge uma proporção

de indivíduos de maneira semelhante e uniforme. Exemplo disso é o abatimento proporcional de mercadoria no caso de produto adquirido com vício de um mesmo lote (a ligação entre eles não decorre de uma relação jurídica, mas sim, do fato de terem adquirido o mesmo produto com vício) ou, ainda, familiares que buscam reparação indenizatória contra a companhia aérea diante de acidente aéreo, pois poderão ajuizar tanta demanda individual quanto coletivamente.

Observa-se que os direitos homogêneos são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais (ZAVASCKI, 2017, p. 40).

A partir de incipientes manifestações em legislações esparsas, como a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.072/1990), tais direitos transindividuais foram paulatinamente trilhando um caminho no sentido de seu reconhecimento. No Brasil, a sua incorporação operou-se definitivamente com a Constituição Federal de 1988. Até o advento do texto constitucional de 1988, malgrado houvesse alguns dispositivos constitucionais que por via reflexa sinalizavam para a necessidade de tutela de direitos transindividuais, ainda se mantinha a rígida e anacrônica distinção entre direito público e privado e o garantismo individual. Somente com a Constituição brasileira de 1988, os direitos metaindividuais alcançaram assento constitucional, juntamente com os mecanismos de tutela jurisdicional. Formando-se um verdadeiro microssistema de proteção desses direitos.

Em breve retrospecto, trilha-se uma linha cronológica que revela a evolução histórica do processo coletivo, passando pelas principais tentativas de Codificação - Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América; Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e Projeto de Lei nº 5.139/2009 (Lei das Ações Coletivas), o qual reconduz a estrutura normativa disposta no microssistema coletivo a um único corpo legal, buscando assentar as principais lições doutrinárias e jurisprudenciais colhidas nesse íterim de chancela coletiva brasileira.

O microssistema de tutela coletiva busca, como não poderia deixar de ser, a resolução de conflitos fragmentários e de massa, por meio de ações moleculares, cujas normas, regras, princípios e instituições são totalmente diversos do processo individual.

À vista disso, vê-se que a consolidação e unificação de normas, princípios, instrumentos e entendimentos jurisprudenciais que tratam da tutela coletiva em

um só ordenamento, aproximando o sistema da tutela aos preceitos encartados na Constituição, é de suma importância para a proteção coletiva.

Nesse sentido, é preciso esforços conjuntos do Poder Público – do Legislativo para que tome medidas adequadas para reunir os mais diversos diplomas legais em um só a fim de facilitar a proteção – e, do Poder Judiciário para que promova medidas para tratar as demandas que chegam até o Judiciário de forma adequada, célere e estratégica, pois para haja efetividade do processo é necessário à admissão ao processo (ingresso em juízo), ou seja, a abertura dos esquemas clássicos da legitimação ativa, passando-se a falar em representantes adequados da coletividade; o modo de ser do instituto da coisa julgada e das suas particularidades inerentes ao processo coletivo; a justiça das decisões, participação efetiva do magistrado, que deverá ter conhecimento da realidade sócio político econômica do país; e a utilidade das decisões que visa à efetividade do processo coletivo (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2001, p. 34-35).

O Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) vem ganhando destaque nesse aspecto. Recentemente, criou o Centro de Inteligência do Poder Judiciário (CIPJPR) com a finalidade precípua de identificar e promover o tratamento adequado das demandas estratégicas e repetitivas e de massa no âmbito da Justiça do Estado, através da Resolução nº 295 do Órgão Especial.

Em breve retrospecto acerca da incumbência da CIPJPR vê-se que, além de buscar prevenir o ajuizamento de demandas repetitivas ou de massa a partir da identificação das causas geradoras do litígio em âmbito nacional, com a possível autocomposição ou encaminhamento de solução na seara administrativa é, também, emitir notas técnicas referentes às demandas repetitivas ou de massa para recomendar a uniformização de procedimentos administrativos e jurisdicionais e o aperfeiçoamento da legislação sobre a controvérsia; propor estudos sobre as causas e consequências do excesso de litigiosidade na Justiça Estadual; articular políticas e ações de mediação e conciliação institucional ou interinstitucional, inclusive envolvendo segmentos distintos do Poder Judiciário quando se tratar dos mesmos litigantes ou dos mesmos fatos, dentre outras atribuições.

Estes são apenas alguns dos exemplos das iniciativas do Poder Público atrelado à tutela coletiva.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, é sim, para muito além disso, é um sistema que assegura o exercício dos direitos e garantias dos cidadãos, conferindo-lhes proteção em caso de violação. Sua previsão na Constituição pretende assegurar que a

sociedade tenha ferramentas hábeis a resolução de seus conflitos e meios pelos quais possam fazer valer seus direitos, a fim de resguardar eventuais atos lesivos.

Giza-se que o processo coletivo é um importante instrumento de efetivação do acesso à justiça, pois permite que uma coletividade de pessoas tenha ao seu alcance a tutela jurisdicional de uma só vez.

As violações que ocorrem em relação a direitos em “massa”, a despeito de terem se transmutado em um fenômeno ordinário da complexa sociedade contemporânea, necessita de um amparo mais acentuado e um novo comportamento advindo do Poder Público com a sistematização e reunião das legislações que tratam acerca da proteção de direitos e interesses coletivos e, a par disso, com criação de mecanismos efetivos aptos a tutelar os direitos lesados, aplicando-se celeridade na análise desses conflitos e segurança jurídica nas decisões judiciais.

A iniciativa da Câmara Legislativa em reunir uma comissão de juristas para avaliar a sistematização de normas de processo constitucional é de fundamental valia, pois refletirá a conquista incessante de concretização do acesso à justiça no que toca aos direitos de natureza transindividual.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. Temas de direito processual. 3ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. **Dispõe sobre a Ação Popular**. Senado Federal. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. **Dispõe sobre a Ação Civil Pública**. Senado Federal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Resolução nº 295 do Órgão Especial**, de 14 de junho de 2021, publicada em 24 de junho de 2021. Institui o Centro de Inteligência do Poder Judiciário do Paraná e dá outras providências. Disponível em https://www.tjpr.jus.br/legislacao-atos-normativos/-/atos/documento/4_630411. Acesso em: 28 jun. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: Editora UFMT, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Editora LTr, 1995.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**: volume único - 4 ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: A NECESSIDADE DE UMA PERSPECTIVA CRÍTICA PARA A VIDA EM SOCIEDADE

João Victor Nardo Andreassa²⁵⁸, Luiza Andreza Camargo de Almeida²⁵⁹,
Carla Graia Correia²⁶⁰

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos são fundamentais, porque indispensáveis para a afirmação da dignidade humana. A concepção clássica que temos, desenvolveu-se com as revoluções sociais, sobretudo, a Revolução Francesa, trazendo os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Observa-se que após acontecimentos históricos como Segunda-Guerra Mundial e Ditadura Militar, a tendência é retomar e assumir compromissos com os Direitos Humanos, que se tornam necessários para garantir patamares mínimos de civilidade.

Contudo, os Direitos Humanos têm enfrentado desafios para reafirmar a dignidade humana, sendo combatido ou assimilado à uma determinada ideologia, ou vertente de pensamento. Deste modo, ativistas e pesquisadores afirmam que é necessário, a Educação para os Direitos Humanos com o intuito de romper com o preconceito, a repulsa e imagem de que, Direitos Humanos é para defender determinados grupos, ao invés de contribuir para afirmar as bases do Estado Democrático de Direito.

²⁵⁸ Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. Advogado. E-mail: jvictornardo1996@hotmail.com. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/1664472017925284>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3615-7707>. Endereço postal institucional: Universidade Estadual do Norte do Paraná - Centro de Ciências Sociais Aplicadas Av. Manoel Ribas, 215, Jacarezinho, Estado do Paraná, Brasil, CEP 86400-000.

²⁵⁹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos- UNIFIO. Endereço postal institucional: Universidade Estadual do Norte do Paraná - Centro de Ciências Sociais Aplicadas Av. Manoel Ribas, 215, Jacarezinho, Estado do Paraná, Brasil, CEP 86400-000.

²⁶⁰ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Endereço postal institucional: Universidade Estadual do Norte do Paraná - Centro de Ciências Sociais Aplicadas Av. Manoel Ribas, 215, Jacarezinho, Estado do Paraná, Brasil, CEP 86400-000.

Neste passo, surge como problema de pesquisa: de que forma, a educação para os direitos humanos pode contribuir para superar a polarização e o distanciamento das pessoas? A hipótese de pesquisa aponta que, a educação para os direitos humanos é instrumento fundamental para a construção da cultura do respeito à dignidade humana.

Na primeira seção abordará, a construção do papel da educação brasileira, enquanto direito fundamental. A Constituição Federal trouxe em seu bojo, o anseio social de uma educação inclusiva, de modo que, tornasse justo não só o acesso as universidades, como da possibilidade do acesso ao serviço público através de Concursos Públicos.

Na segunda seção, traçará a reflexão sobre o papel da Educação em Direitos Humanos para a consolidação das bases do Estado Democrático de Direito. A educação firma-se como ferramenta para romper com a opressão e a desinformação, trazendo as pessoas para o processo de participação popular.

E por fim, refletirá sobre a importância da plena realização da educação para os Direitos Humanos, tendo em vista que, os Direitos Humanos tem reflexo em outros direitos, abarca o mínimo vital para que a vida floresça em dignidade. Além do lastro, dos acontecimentos históricos na formação do Brasil como a colonização, a escravidão e o processo de construção do Estado Nacional, os Direitos Humanos ainda enfrentam na atual conjuntura, a polarização, o preconceito e uma imagem distorcida, sobre a sua importância e o papel dos Direitos Humanos para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Para tanto, adota-se o método dedutivo e, como ferramentas de pesquisa, a revisão bibliográfica, histórica e documental sobre o tema.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A busca pela realização do direito à educação de qualidade para todos se afigura como base de qualquer Estado Democrático de Direito. Na redemocratização do Brasil, após o período de regime militar de 1964 a 1985, a educação se consolidou como um dos fundamentos primordiais da Constituição Federal de 1988.

Por princípio, destaca-se que, antes da promulgação da Lei Maior, houve grandes debates na Assembleia Nacional Constituinte sobre a filosofia educacional, existindo a pressão de dois grupos: os defensores da democratização do ensino e os privatistas (GOMES, 2011, p. 254).

Os defensores da democratização tentavam garantir um ensino universal e gratuito, com foco no ensino público, sendo possível o privado, desde que este

não recebesse repasse de verbas públicas e sua qualidade fosse controlada pelo Poder Público (GOMES, 2011, p. 254). Já a ala privatista advogava pela ampla liberdade de ação das instituições privadas, resistindo fortemente à vedação de repasse de verbas do Estado (GOMES, 2011, p. 254).

A Constituição Federal de 1988 contemplou os dois grupos, sendo que isto se mostra mais evidente na redação dos seus artigos 205, 206, inciso III, 209, inciso II e 213 (GOMES, 2011, p. 254).

De maneira expressa, a Lei Maior dedica inteiramente a Seção I do Capítulo III, composto do artigo 205 ao artigo 214. Esta Seção é um importante norteador para o administrador, quando da futura implementação do direito à educação pelas vias ordinárias.

De início, o artigo 205 expressa que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, com o fim de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Oportuno, de igual forma, salientar que o artigo 206 dita que ensino será ministrado com base em princípios. O primeiro é o disposto no inciso I (BRASIL, 1988), qual seja, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, sendo que o Estado é obrigado a fornecer o ensino gratuito e sua não implementação acarreta responsabilidade da autoridade competente (BOAVENTURA, 1992, p. 277).

O inciso II preconiza a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (BRASIL, 1988). Tal princípio é de extrema importância para o desenvolvimento da atividade científica, não sendo possível que esta seja censurada por concepções governamentais. Esta liberdade é fundamento básico do Estado Democrático de Direito.

O pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (BRASIL, 1988) do inciso III exprime um dos princípios basilares de todo Estado brasileiro: o pluralismo. Não haveria como a educação ser tolhida desta diversidade de pensamentos.

A gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (BRASIL, 1988), no inciso IV, é imperiosa atividade estatal para a implementação de uma educação geral e de qualidade para todos. O ensino unicamente privado condenaria aqueles que não tem recursos à vida a margem da sociedade, tal como ocorre atualmente, ante a falta de ensino gratuito de qualidade.

Outro princípio deficientemente praticado é o do inciso V, a valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de

carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas (BRASIL, 1988).

O concurso público de provas e títulos garante um mínimo de qualidade dos profissionais que ingressarão nas redes públicas. Contudo, o cenário atual é de desvalorização do profissional escolar. As notícias de agressões a professores, péssimas condições dos estabelecimentos de ensino, e remuneração incompatível com a função essencial ao desenvolvimento da sociedade, que é a do professor, demonstram o motivo pelo qual o Brasil está longe de se tornar um país igualitário, justo e democrático em oportunidades.

O inciso VI expressa a necessária gestão democrática do ensino público, na forma da lei (BRASIL, 1988). Esta gestão se reporta à necessária realização de eleições para escolas, faculdades e institutos, também inspirando a democratização no acesso e processo de ensino, devendo os alunos, pais, professores, servidores e outros setores da comunidade colaborar com este princípio (BOAVENTURA, 1992, p. 277).

Pelo inciso VII (BRASIL, 1988), visa-se garantir o padrão de qualidade, sendo esta garantia de qualidade não somente com fim interno, mas de igual forma externo, de acordo com os anseios da sociedade (BOAVENTURA, 1992, p. 277).

Por fim, dos princípios do artigo 206, o inciso VIII estabelece que deverá haver um piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (BRASIL, 1988). Novamente, deve-se pontuar a crítica quanto a má-remuneração dos servidores públicos nos setores educacionais, o que desestimula o ingresso e aperfeiçoamento destes profissionais.

Outro mandamento da Carta Magna, que demonstra a precisão de políticas públicas para a realização do direito fundamental à educação é o artigo 224, que expressa:

A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto (BRASIL, 1988).

O Plano Nacional de Ensino (PNE) tem por objetivo estabelecer objetivos e metas para que seja possível se efetivar o ensino em todos os seus níveis, por intermédio de ações de todos os poderes públicos.

Um planejamento tem por razão envolver esforços metódicos e conscientes para orientar metas e estratégias visando atingir finalidades estabelecidas previamente, de forma a aproximar a realidade de um ideal expresso pelo modelo, sendo que o planejamento envolve decisões políticas (SENA, 2017, p. 10).

A natureza do PNE é a de ser a peça técnica para consumação do planejamento, um instrumento não vinculativo (por entender-se que não pode “congelar a realidade”), que visa instrumentalizar o processo de atuação do Estado (SENA, 2017, p. 10).

A primeira menção constitucional a um Plano Nacional de Educação ocorreu na Constituição de 1934 (SENA, 2017, p. 12), que atribui, pelo artigo 150, “a”, à União a competência para “fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País” (BRASIL, 1934). O artigo 152 “estabelecia que o Conselho Nacional de Educação deveria elaborar o Plano Nacional de Educação para aprovação do Poder Legislativo” (SENA, 2017, p. 12).

Como está expresso pela Constituição Federal de 1988, foi estabelecido em 1996, pela Lei nº 9.394/1996, que o Plano Nacional de Educação deveria ser elaborado pela União, com colaboração dos Estados, Distrito Federal e Municípios (SENA, 2017, p. 13). O plano deveria ser encaminhado ao Congresso Nacional no prazo de um ano, com as diretrizes e metas para os dez anos seguintes, de acordo com ditames da Declaração Mundial sobre Educação para Todos (SENA, 2017, p. 13).

Deste modo, pela primeira vez, o PNE era instituído por lei, a Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, vigorando de 2001 a 2010, passando a serem exigíveis as ações para implementações das metas estabelecidas (SENA, 2017, p. 14).

Há um sentido claro no Plano Nacional de Educação na busca da concretização do direito fundamental que trata este trabalho, o de se proteger das incertezas do futuro e garantir uma continuidade das estratégias de efetivação do ensino de excelência e universal.

Como ensina Morin (2011, p. 71-72), a história não avança de modo frontal, mas com desvios decorrentes das inovações ou de criações internas, de acontecimentos e acidentes externos, não existindo apenas criações, como destruições, não tendo a história uma evolução linear. Sobre a incerteza, o autor complementa:

Na história, temos visto, com frequência, infelizmente, que o possível se torna impossível e podemos pressentir que as mais ricas possibilidades humanas permanecem ainda impossíveis de se realizar. Mas vimos também que o inesperado se torna possível e se realiza; vimos, com frequência, que o improvável se realiza mais do que o provável; saibamos, portanto, esperar o inesperado e trabalhar o improvável (MORIN, 2011, p. 80).

Morin (2011, p. 78) destaca, ainda, que há dois meios de enfrentar a incerteza da ação: o primeiro se reporta à consciência da aposta contida na decisão, e a segunda recorre à estratégia. O Plano Nacional de Educação se remete à estratégia.

A realidade brasileira se modifica a cada dia, o que evidencia a necessidade deste plano decenal, de longo prazo, constituindo-se verdadeira estratégia contra as incertezas atinentes à história humana.

Os preceitos fundamentais constitucionais relacionados com a educação não podem servir, apenas, de metas utópicas, em que a administração pública não esteja obrigada a realizar ações com a finalidade de solidificar o direito à educação para todos.

Há, no Estado Constitucional Brasileiro, a imposição de se seguir o disposto na Constituição Federal, mais notadamente os direitos fundamentais relacionados com a administração pública, de maneira a nortear seus passos.

2 EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS

A caminhada para a educação em direitos humanos, perpassa pela consideração e a observação dos acontecimentos históricos. Como abordado na seção anterior, o acesso à educação se tornou um dos pilares da República Federativa do Brasil, justamente por ser essa ferramenta que trabalha na construção e estruturação do ser humano. Nesta perspectiva, adentra também a subjetividade, da relação consigo, até como constrói as relações com o outro. Portanto, o papel da educação, evidentemente também reflete na construção das normas e regras da vida em sociedade.

Não é difícil imaginar que em contextos de maior individualismo, a tendência na legislação é o recrudescimento do sistema penal, com o fito de proteger os bens e a propriedade privada. Não é o objetivo do presente trabalho trazer o debate aprofundado sobre o nexos entre as relações humanas e a legislação vigente. Contudo, a educação torna-se eixo transversal na conjuntura social, pois atravessa a cidadania, saúde, moradia e a dignidade humana.

Sabe-se que a conceituação clássica de direitos humanos, relaciona-se sobretudo com as transformações trazidas pela Revolução Francesa, e por isso guarda uma imbrincada relação com a democracia enquanto modelo político adotado diante de tais transformações (SILVA, 2019, p.135).

Segundo Richard Pierre Claude (2005), a educação por ter reflexo na vida sob diversos aspectos, pode ser considerada um direito social, econômico e cultural. No aspecto cultural seria em razão do desenvolvimento da personalidade humana, como abordado inicialmente, o embasamento e percepção das relações e de como constitui o tecido social. Já na abordagem econômica, porque a educação permite a emancipação financeira, ou seja, sua auto-suficiência econômica por meio do emprego ou trabalho autônomo. E também cultural já que a educação orienta a construção de uma cultura universal de direitos humanos. Logo, a educação é eixo transversal, para que a vida possa florescer socialmente.

Deste modo, é possível perceber que a educação contribui para a formação de uma consciência humanística, e também dos valores que aquele povo traz para viver socialmente, atrelado também a cultura, mas que tem papel crucial na formação da consciência das pessoas, da identidade do povo, da legislação do país, das políticas públicas para efetivar os direitos sociais e que requerem prestação por parte do Estado:

A Educação em Direitos Humanos parte de três pontos essenciais: primeiro, é uma educação de natureza permanente, continuada e global. Segundo, é uma educação necessariamente voltada para a mudança, e terceiro é uma inculcação de valores, para atingir corações e mentes e não apenas instrução, meramente transmissora conhecimentos (BENEVIDES, 2016, p. 2).

Pensar a educação em Direitos Humanos, é desvelar também os desafios e as potencialidades para a sua concretização, desconstruir a ideia de uma educação institucional. Educação não pertence ao Estado, mas exige dele projeto, investimento e participação popular. Por isso pensar a educação em direitos humanos, se desdobra em dois movimentos. Primeiro, pensar a educação como direitos humanos, e depois a inclusão dos direitos humanos no processo de educação do povo, como esse importante processo de emancipação do ser humano.

Evidentemente que, considerando a cultura de cada país, existem concepções de Direitos Humanos. Contudo, queremos pensar os Direitos Humanos como uma ferramenta para alcançar a dignidade humana, e que também será preciso considerar os costumes e a cultura de cada território. Neste sentido, Boaventura de Souza Santos (2003), defende que sendo os direitos humanos uma construção ocidental e moderna, hoje necessitam ser ressignificados e consi-

derados pela perspectiva multicultural, para que possam ganhar relevância social, política, internacional, além de abarcar as questões relacionadas à diversidade cultural, incluindo as diferenças e não promovendo conceitos universalistas.

Maria Victoria Benevides (2016), explica que Educação em Direitos Humanos, é a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana, construída através da promoção e vivência de valores como a liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, cooperação, tolerância e paz. A educação, enquanto prática libertadora, ensina o indivíduo a pensar. E para isso, é necessária atitude, ações práticas para criar, influenciar, compartilhar, dialogar e consolidar a transformação de mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos, que rompam com a conservação do já moralmente construída, possibilitando por exemplo, que o Direito possa acompanhar a evolução social, pois o processo de educação é dialógico com as instituições, inclusive com o Judiciário.

Contudo, a relação do Estado com a educação é complexa, marcada por ausências, precarização, falta de incentivo aos professores, apoio e de projeto. Além disso, nos últimos tempos, os Direitos Humanos têm enfrentado a negação, a visão distorcida também sobre o que seja Direitos Humanos, trazida pelo sensacionalismo da comunicação e insultada por aqueles que tem aversão:

[...] vimos surgir no país considerável oposição social aos direitos humanos, representados como direitos de bandidos, que teriam passado, durante os “anos do PT”, a “atrapalhar a ação policial”, “afrouxando as leis” e servindo de “proteção a bandidos”. Assim, os direitos humanos representam, em meio à sociedade, mera defesa de uma parcela dela – a dos criminosos –, enquanto deixaria à margem, e desprotegida, a grande maioria, aqueles que não cometem delitos: nada melhor a fazer, pois, do que se opor a eles (SILVA, 2019, p.142).

É um desafio para os defensores dos Direitos Humanos, romper com a indiferença e o preconceito, para avançar tanto nas pautas trazidas, como no processo de formação em Direitos Humanos, diante da repulsa. Buscando as razões para que isso ocorresse, Renato Janine Ribeiro assim reflete:

Um erro involuntário que me chama a atenção nos defensores dos direitos humanos é que, insensivelmente, eles deixaram que sua nobre causa se confundisse com a defesa tão somente dos direitos das vítimas de ação policial. Com isso, o conceito acabou ficando bastante limitado. É o que facilita uma reação dura aos direitos humanos, desde a horrível frase “direitos humanos para humanos direitos” (que nega de pronto o direito a um julgamento justo, até

para saber se a pessoa é “direita”) até a expressão que ouvi certa vez de um motorista de táxi, que reclamava do “pessoal dos recursos humanos” (sic) que acudia qualquer criminoso tão logo ele fosse preso e descuidava das pessoas honestas, de bem, cumpridoras da lei. [...] o que me parece um erro estratégico dos militantes da causa é não tornarem público que há um sem-número de direitos humanos, que cobrem praticamente toda a gama do que somos e fazemos. A atenção a esse ponto se torna ainda mais premente porque a massa mais fácil de se convencer de que os direitos humanos são só para bandidos – e, portanto, de se opor a eles – é de pobres, desempregados, vulneráveis (2017, p.54-55).

Note-se que, de um lado a educação enfrenta vários desafios com relação ao incentivo e estrutura, para alcançar efetividade e compromisso, de outro, os direitos humanos enfrenta a o preconceito, a falta de informação, que só seria possível superar por meio da educação. Neste sentido, Darcy Ribeiro (2001), antropólogo brasileiro deixou uma afirmação que ficou marcada na história do Brasil “A crise da educação no Brasil não é uma crise, é um projeto”. Essa afirmação desponta, o aspecto histórico enfrentado, pois a educação, também é este instrumento que traz mudanças, possibilitando embasamentos para um pensamento crítico.

E uma educação que traz mudança cultural, implica na transformação de valores que estão arraigados na sociedade historicamente, como o processo de colonização, que até hoje a história da construção do Estado Brasileiro é contado pela perspectiva dos “vencedores”, nomeando a chegada dos portugueses de descobrimento do Brasil e invisibilizando a presença e a história dos povos indígenas. Essa invisibilidade, gera silenciamento, impossibilidade de viver conforme sua cultura, preconceito, o não reconhecimento de seus direitos, que só mesmo a educação poderia combater.

Do mesmo modo, o longo processo de escravidão, que “significou exatamente a violação de todos os princípios de respeito à dignidade da pessoa humana” (BENEVIDES, 2016). Embora a sociedade da época não tinha essa concepção de justiça, de igualdade e direitos humanos, esses processos históricos, de exploração, colonização e escravidão, contribuíram para a formação do pensamento brasileiro, o processo de educação em direitos humanos rompe com a

[...] nossa política oligárquica e patrimonial; nosso sistema de ensino autoritário, elitista, e com uma preocupação muito mais voltada para a moral privada do que para a ética pública; nossa complacência com a corrupção, dos governantes e das elites, assim como em relação aos privi-

légios concedidos aos cidadãos ditos de primeira classe ou acima de qualquer suspeita; nosso descaso com a violência, quando ela é exercida exclusivamente contra os pobres e os socialmente discriminados; nossas práticas religiosas essencialmente ligadas ao valor da caridade em detrimento do valor da justiça; nosso sistema familiar patriarcal e machista, nossa sociedade racista e preconceituosa contra todos os considerados diferentes, nosso interesse pela participação cidadã e pelo associativismo solidário, nosso individualismo consumista, decorrente de uma falsa ideia de “modernidade” (BENEVIDES, 2016, p.3).

Note-se que, do ponto de vista do bem-estar social, a educação em Direitos Humanos, torna-se necessário para a construção de novos patamares civilizatórios, até em razão da evolução das relações. Em virtude do desenvolvimento social, da construção da consciência, que é adquirida também com os acontecimentos históricos como ditadura, segunda-guerra mundial, em que a sociedade reage, buscando a outra margem do que tivera de superar, não se sustenta as marcas deixadas desses acontecimentos no seio social como o patriarcalismo, racismo, machismo, a xenofobia, etc. E que em virtude desse processo histórico-social, se o anseio social é construir uma sociedade mais justa, humana e fraterna, esta são questões que precisam ser combatidas, pois inferiorizam e reprimem os grupos e pessoas que não se encaixam dentro dos padrões impostos, seja de ordem econômica, moral, sexual ou religiosa.

Pautar a Educação em Direitos Humanos, no mundo contemporâneo, é também contrariar a lógica de mercado, que se interessa no processo educativo preocupado com o retorno, aumentando a mão de obra, mas, revelando a precarização do trabalho, a competitividade e um processo que descaracteriza a identidade do trabalhador, reduzindo-o a números, estatísticas e gráficos. Para Rosanvallon (1999), na verdade o que interessa atualmente, é observar os parâmetros de custo e eficácia, de maximização da eficiência mercantil, independentemente da exploração, competição e desigualdade que geram, acolhendo-a pacificamente de que faz parte do progresso a separação entre o econômico e o social, mas devendo esforçar-se pela integração econômica e pela desintegração social.

Compreende-se a frase de Darcy Ribeiro, pois a Educação para os Direitos Humanos é transformar as estruturas, sair do status quo, o caminho que se faz no coletivo. É atingir quem manteve-se nos privilégios oriundos da escravidão, da ditadura, da guerra, de todos os desastres humanitários. E nessa construção, a educação popular, tem papel fundamental, em trabalhar não só com crianças e jovens, mas na formação das pessoas.

Nas palavras de Paulo Freire (1987), a educação libertadora é um processo político que possibilita com que os oprimidos percebam sua condição, a opressão em que vivem, e que possa gerar transformação. Não é interessante para quem busca sustentar os privilégios de oportunidades e econômicos, fazer com que os oprimidos possam se libertar da condição de opressão.

Portanto, a Educação para os Direitos Humanos, é trabalhar com as estruturas, desde a formação particular do indivíduo, de forma subjetiva e interna até a pública, social e externa, através de valores que são caros para o convívio em sociedade, principalmente para um país plural, democrático e que preza pelos direitos humanos.

3 IMPORTÂNCIA DA PLENA REALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS DE FORMA A SE TER O PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Após a compreensão da relação entre educação e Direitos Humanos, pretendemos deixar claro a relevância dessa conjuntura para o pleno exercício da cidadania. Em outras palavras, neste ponto responderemos à pergunta norteadora desse trabalho: de que modo a educação em Direitos Humanos se relaciona com a cidadania e pode contribuir para sua plena efetivação na sociedade?

Mas, antes disso, talvez devamos nos perguntar por que tal temática é tão cara à nossa sociedade e, decorridos quase quarenta anos desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, ainda encontramos tantos obstáculos à efetivação dos principais direitos fundamentais ali expressos.

O conceito de cidadania é polissêmico já que abrange as mais variadas construções históricas e, para Marshall (1967), mais do que isso, a cidadania e os direitos de cidadania, são frutos de lutas históricas que culminaram, sequencialmente, nos direitos civis, políticos e sociais.

No Brasil, de acordo com Carvalho (2002), compreender esse processo histórico de formação da cidadania, perpassa, necessariamente, pela observação de quem era considerado cidadão para fazer jus aos direitos inerentes à essa condição. Por isso, na concepção do autor, percebe-se, uma distinção de cidadãos de primeira, segunda e terceira classe, evidenciando as ambiguidades que caracterizam a noção liberal de cidadania que se desenvolveu no Brasil, marcado por um longo processo de colonização e, portanto, uma constituição histórica excludente.

Em que pese essas constatações, assevera a Constituição Federal de 1988 que a cidadania é um dos pilares do Estado Democrático, tipo estatal que define a organização jurídico-política do Brasil. Por essa razão, há no Brasil pós 1988,

uma estreita relação entre cidadania e democracia, desde a Constituição, já que “a cidadania figura como um corolário do princípio democrático. O poder emanado do povo manifesta-se por meio do exercício da cidadania nas suas mais amplas possibilidades” (GUERRA, 2017, p. 413)

Nesta esteira, aludimos à concepção de cidadania proposta por Marilena Chauí (1984), para quem a cidadania pode ser definida pelos princípios da democracia, significando, assim, a necessária conquista e a consolidação social e política. Dito de outro modo, a cidadania demanda a existência de instituições e mediações, configurando-se em uma prática social na qual os indivíduos assumem uma postura ativa de luta através dos movimentos sociais, sindicais e populares e definem instituições de expressão política permanentes, tais como os partidos, leis e órgãos públicos.

Por esta razão, de acordo com o entendimento de Benevides (1994) podemos falar da distinção de dois tipos de cidadania, sendo uma passiva e outra ativa. A cidadania do tipo passiva é aquela oferecida pelo Estado, relacionada à concepção moral de um favor ou tutela. Já a cidadania ativa é aquela que confere aos cidadãos a capacidade de serem portadores de direitos e deveres, com ênfase no seu papel de criar espaços aptos a ampliar sua participação política e social, sempre voltada à noção de vida coletiva.

A educação em direitos humanos, assume neste contexto, indispensável relevo à medida que nossa Constituição Federal enfatiza em seu preâmbulo, a necessidade de “assegurar o exercício de direitos sociais”, bem como “o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Além disso, são elencados ainda, em seu capítulo II, artigo 6º, os “direitos sociais a educação”.

Outrossim, com o fito de garantir esses direitos sociais, é que a atuação do Estado se revela fundamental em assegurar o direito a uma educação comprometida com a formação de cidadãos conscientes de seu papel na sociedade, efetivamente assentada em valores humanos e no bem comum. Essa formação nos leva a refletir que

Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum. [...] precisa encontrar meios de se afastar das noções de boa vida puramente egoísta e cultivar a virtude cívica (SANDEL, 2014, p. 325).

Ora, parece-nos hialino que a construção de uma sociedade na qual os cidadãos atuem da forma proposta por Sandel, dedicados ao bem comum e

cultivando a virtude cívica, é indispensável que sua formação subjetiva contemple valores humanos universais que prezem pelo respeito e preservação da dignidade da pessoa humana em todas as suas formas de expressão. Daí a relevância de uma educação em direitos humanos para forjar a consciência da cidadania ativa que nos permite compreender nosso papel protagonista na consolidação desses direitos civis, políticos e sociais do qual falávamos alhures.

Embora reconheçamos a importância da educação em Direitos Humanos para o pleno desenvolvimento da cidadania, convém pontuarmos que uma não se confunde com a outra, sendo que a educação se constitui em um meio através do qual se dará a promoção da dignidade da pessoa humana, a qual é o princípio basilar que ancora os Direitos Humanos que irá permitir a fruição da cidadania em sua plenitude, já que a educação,

[...] dissemina os instrumentos básicos para o exercício da cidadania. Para que o cidadão possa atuar no sindicato, no partido político etc., é necessário que ele tenha acesso à formação educacional, ao mundo das letras e domínio do saber sistematizado. Em consequência disso a formação do cidadão passa necessariamente pela educação escolar (SANTOS, 2001, p. 65).

Mais que isso, a educação em Direitos Humanos tem a capacidade de orientar a formação de indivíduos que se reconhecem sujeitos de direitos e deveres, consolida valores sociais e corrobora para a instauração de uma consciência coletiva e cidadã fundada na alteridade. Em outras palavras, uma formação educativa em Direitos Humanos engendra uma cultura de respeito à diversidade, à busca pela paz e tolerância à medida que reforça os laços comunitários por promover uma visão sistêmica e integrada da sociedade, essencial ao Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Desde a redemocratização do Brasil, a educação ganhou destaque e se consolidou como um dos pilares da sociedade brasileira, recebendo tutela máxima em nossa Constituição Federal de 1988.

O período pós regime militar do qual emergiu essa nova sociedade, marcada por profundas e graves violações aos direitos básicos dos cidadãos, gerou a necessidade de rupturas drásticas com o status quo vigente.

A relação entre educação, Estado democrático, direitos humanos e cidadania não é mero acaso.

No caso brasileiro de país colonizado, no qual vigorou por muitos séculos um tipo específico de conjuntura cultural, econômica e política atravessada por conservadorismo e paternalismo, era preciso um documento com o peso necessário para romper com os paradigmas que sustentavam as mais terríveis mazelas na sociedade.

Assim, a opção constituinte de 1988 que funda o protagonismo da educação e dos Direitos Humanos para superar a nossa longa tradição de “subcidadania”, nas palavras de Jessé de Souza, nos parece muito acertada.

Há ainda, como demonstramos nesse trabalho, um longo caminho a ser percorrido para que alcancemos à plena fruição da cidadania por parte de todos os brasileiros, mas à semelhança de nossa trajetória escolar, os anos iniciais já foram superados e, uma vez em posse desses conhecimentos, é impossível retroceder ao estágio inicial.

Assim, da mesma forma que a educação em Direitos Humanos não se confunde com o exercício da cidadania, também a Constituição Federal não se confunde com políticas públicas eficientes. Ambas devem ser analisadas como meios através dos quais, com o adequado direcionamento e comprometimento, poderemos materializar os mais relevantes direitos fundamentais sob os quais se ancora nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Cidadania e democracia**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 1994, n. 33. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451994000200002>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos: de que se trata?** Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9_benevides.pdf. Acesso em: 19 nov. 2022.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. A educação na Constituição de 1988. **Revista de informação legislativa**. – v. 29, n. 116 – Brasília: Senado, 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176040>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. São Paulo, Editora Moderna, 1984.
- CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/Ts7CK9xQgFjBwJP5DRBFVjs/?format=pdf&clang=pt>. Acesso em: 20 out. 2022.
- DA SILVA, E. F. Os direitos humanos no “bolsonarismo”: “descriminalização de bandidos” e “punição de policiais”. **Conhecer: debate entre o público e o privado**, [S. l.], v. 9, n. 22, 2019. DOI: 10.32335/2238-0426.2019.9.22.1026. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/1026>. Acesso em: 21 nov. 2022.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**, 17. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.
- GOMES, Maria Tereza Uille. **Direito humano à educação e políticas públicas**. – 1. ed. – Curitiba: Juruá, 2011.
- GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: Curso Elementar**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARSHAL, Thomas H. 1988. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Carolina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya: Revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho – 2. ed. – São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2011.
- RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório**. Etapas da evolução sociocultural. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale: repenser l'État-Providence*. Paris: Seuil, 1999.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15. ed. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Gislene A. **Universidade formação cidadania**. São Paulo: Cortez, 2001.
- SENA, Paulo. A história do PNE e os desafios da nova lei. *In: Plano nacional de educação 2014-2024: Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências*. – 2. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

PROCESSO EM REDE ORIENTADO A DADOS

José Eduardo De Resende Chaves Júnior²⁶¹

INTRODUÇÃO

Na era da vigilância pós-panóptica é importante desenvolver operadores conceituais específicos para o Direito Processual, com a finalidade de prepará-lo contra o uso de uma jurimetria estratégica, calculista, que, por um lado, *commoditiza* o acesso aos direitos e, por outro, escalona a sua inefetividade, tarifando o descumprimento da lei, a fim de otimizar a esfera da ilicitude, da fraude, enfim, de ampliação, até o limite, do uso clandestino do processo judicial.

Não obstante tenha se revelado o potencial de cristalizar preconceitos da inteligência artificial, que estavam embaciados nas bases de dados dos juízes humanos, agora começam a ser desvelados pontos positivos, em estudos alvissareiros que prometem reduzir seus vieses prejudiciais e priorizar a observância aos direitos fundamentais.

A economia mundial ingressou na era da economia pós-material e orientada a dados. Estudo publicado em 2019 sobre o índice S&P500 indica que, em 2018, 84% dos maiores ativos das bolsas de valores de Nova York e Nasdaq já eram constituídos de bens intangíveis, constituídos sobretudo por softwares, algoritmos, dados, marcas e patentes ²⁶². Nesse contexto, a racionalidade que informa a teoria processual sofre, evidentemente, os influxos dessa viragem tecnológica do processo.

Parafraseando Boaventura Santos, há nessa transição da teoria do processo energias de emancipação, mas também de dominação. A tarefa da doutrina é, de forma analítica, qual coruja hegeliana, reconstruir de forma crítica a história do pensamento da tecnologia no processo judicial, após – e só após – o entardecer do mundo da emergência e da inovação. O direito sempre esteve a reboque da realidade.

²⁶¹ Professor convidado do PPGD (mestrado e doutorado) da UFMG e Professor Adjunto do IEC-PU-CMINAS e da *Skema Law School*. Doutor em Direitos Fundamentais. Advogado. Desembargador aposentado do TRT-MG. Presidente da União Ibero-americana de Juízes – UIJ. Diretor do Instituto IDEIA – Direito e Inteligência Artificial. Coordenador das obras “Comentários à Lei do Processo Eletrônico” (2010) & “Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano” (2017).

²⁶² Cf. PONEMON INSTITUTE LLC. **2019 Intangible Assets Financial Statement Impact Comparison Report. Global Edition**. AON, 2019. Disponível em <https://www.aon.com/getmedia/60fbb49a-c7a5-4027-ba98-0553b29dc89f/Ponemon-Report-V24.aspx>. Acesso em: 22 dez. 2019.

A coruja, a metáfora do conhecimento para Hegel, como se sabe, parte do mito da Deusa Athena – Minerva em Roma – que se fez humana, para convencer os humanos a respeitarem os deuses, mas foi vencida pela habilidade de Arachne de tecer teias. Pode-se arriscar a afirmar que as teias e as redes ressurgem da mitologia greco-romana como habilidade essencialmente humana, como potência virtual para superar a transcendência. A imanência da rede, em releitura de Espinosa, como potência (*potentia*) contra a atualização do poder (*potestas*); contrapoder diria Negri (2000).

A potência virtual de emancipação da sociedade em rede tem um outro lado da moeda: o enredamento. Os fluxos da rede são emanações de sua potência e de seu poder. Negri (2000) nos revela a disputa política entre a potência constituinte e o *poder* constituído; tanto poderes públicos, como poderes econômicos, que cooptam, cristalizam e paralisam a potência da multidão conectada.

A inteligência artificial, de aprendizado, passa a ser tecida, instrumentalizada, para captura e armazenamento de dados sociais na rede. Não há mais especificidade de dados sensíveis; na era do *Big Data*, todos os dados são sensíveis, bio e psicopolíticos. Informação é poder (*potestas*) e potência (*potentia*); megadados capturados em rede, são escrutinados e transformados em megapoderes.

O processo tradicional pressupunha o entrecruzamento da democracia e o direito, sintetizados no conceito de Estado Democrático de Direito. O processo virtual pressupõe a compreensão prévia da imbricação entre democracia digital e os direitos da cidadania em rede. Pode ser atualização da potência do constitucionalismo dialógico e cooperativo, mas em consideração à limitação dos poderes de enredamento, das redes e dos dados. Direito é limite, limite do poder, e até mais do que isso, pode-se pensar mesmo em contrapoder (*rectius: potentia*) ao poder computacional.

A democracia tradicional contenta-se pragmaticamente com a democracia representativa. A democracia digital vai além e já cogita da democracia direta, participativa e em tempo real, em outras palavras, pressupõe a intervenção ativa, interativa e virtual do cidadão na política institucionalizada, até mesmo na elaboração e votação das leis.

Desse caldo da sociedade virtual é que eclode o processo eletrônico, não propriamente de sua automação, muito embora como decorrência dos meios dela oriundos. Os otimistas miram a automatização dos atos processuais e a sustentabilidade ambiental. Os pessimistas fazem cogitações sobre a perda da dimensão humana do processo.

Nem apocalíptico, nem integrado. Não se trata de desinventar o computador, de um obscurantismo tecnológico apocalíptico, tampouco de mergulhar

na ingenuidade do triunfalismo deslumbrado e integrado. *Est modus in rebus, sunt certi denique fines.*

A automatização é um aspecto muito relevante, mas que nem de longe pode se apresentar como solução para a complexidade de demandas e conflitos que envolvem a sociedade contemporânea. Automatizar mecanicamente procedimentos e decisões, além disso, é uma via rápida para alcançar a completa falta de legitimação social do Judiciário brasileiro. O que não significa que não se possa vislumbrar um futuro promissor no desenvolvimento de ontologias jurídicas ou até mesmo na formulação de algoritmos argumentativos, como ferramentas para atenuar a subjetividade arbitrária das decisões humanas.

O aprendizado de máquina, a partir do *big data* forense, coletado tanto de forma legal, como de maneira paralegal, vem impactando também o processo judicial, seja por meio de robôs de acesso à justiça e recorribilidade, como também pelas novas ODR – *Online Dispute Resolution*. Muito embora tenham muito a contribuir, é importante considerar que tal modalidade de inteligência artificial não está isenta dos vieses humanos, ao contrário disso, o aprendizado de máquina tende até mesmo a cristalizar preconceitos e vieses cognitivos.

Por outro lado, não há qualquer incompatibilidade entre a informática e a nossa dimensão humana. O conhecimento em geral e, especificamente, a ciência da computação é uma inerência tão humana quanto a dignidade das pessoas. Não há entre tais instâncias qualquer antinomia, senão uma forte relação de interatividade. Ortega Y Gasset (1963, p. 18) observou, em sua meditação sobre a técnica, que o “homem sem técnica, isto é, sem reação contra o meio, não é um homem”.

A despeito da imanência humana da tecnologia, o que nos parece decisivo no processo eletrônico – inclusive para efeitos da construção de uma nova teoria geral para o processo – não é propriamente seu viés tecnológico, mas, sim, sua característica reticular, ou seja, o fato de ser um processo em rede, acessível pela rede mundial de computadores e, como tal, beneficiário da inteligência coletiva LÉVY, 1999), mas também sujeito a todo tipo de afetos e afetações das redes sociais.

A conexão mais do que um influxo processual tende a se consolidar como direito material humano, como se vê, por exemplo da Resolução A/HRC/C/L.20 do Conselho de Direitos Humanos da ONU, do qual o Brasil faz parte, firmada em julho de 2016, que justamente enfatiza a conectividade, ou seja, o imperativo da plena conversão do mundo dos direitos desconectados num ordenamento jurídico em rede – “*the same rights that people have offline must also be protected online*”.

Mas a par da proteção do acesso à internet e a imposição da transparência e da distribuição reticular da informação digital, erige-se, concomitantemente, um sistema nacional e transnacional de regulação contra o tratamento de dados pessoais. É a grande tensão contemporânea, tanto do ponto de vista jurídico, como político, social e econômico, ou seja, a tensão entre transparência e livre circulação, de um lado, e o cuidado e proteção dos dados, por outro.

O processo eletrônico é muito mais um *rizoma*²⁶³ do que uma mera estrutura ou um sistema. Inter e extraoperabilidade são faces operacionais da plataforma processual. O processo virtual é um *workflow* rizomático que nos convida a pensar no fluxo incessante entre ato e potência de um processo pós-estruturalista, aberto e em contato (*rectius*: em *conexão*) com o ponto de vista externo do direito e do processo. É a possibilidade de conexão dos autos com o mundo, tanto com o mundo dos fatos, como dos direitos efetivos, possibilidade essa que, a seu turno, altera e afeta profundamente a racionalidade, as características e a principiologia da teoria geral do processo, como se pretende demonstrar no desenvolvimento desta obra.

O processo eletrônico é multimídia – *rectius*: ‘*unimídia multimodal*’ (LÈVY, p. 65, 1999) – e pode ser muito diferente daquele em que predomina uma única linguagem (escrita) e uma única mídia (impresa no papel). O meio em que se desenvolve o processo não é neutro. Ele afeta e, muitas vezes, condiciona o conteúdo da mensagem. O meio não é um simples canal de comunicação, suas características afetam o conteúdo de maneira muito mais profunda do que supunha nossa racionalidade pré-McLuhan, o grande pensador da teoria da comunicação dos anos 60, que desvendou muitos mistérios da comunicação humana, ao considerar que os meios (de comunicação, de transporte etc.) são extensões do ser humano e, como tais, afetam nosso entendimento ou a nossa cognoscibilidade²⁶⁴.

²⁶³ A ideia de «rizoma» foi pensada por Deleuze & Guattari como uma espécie de modelo das multiplicidades, por oposição ao modelo de árvore chomskyano (DELEUZE & GUATTARI, 1995, p. 8). No pensamento deleuzeano, as multiplicidades – no plural – são a própria realidade (*Ibid.*, p. 8). A filosofia seria, então, a teoria das multiplicidades (DELEUZE, 1996, p. 49). A racionalidade pós-estruturalista não é linear, nem dicotômica, mas pivotante, como a estrutura do rizoma da botânica. Para os autores, a lógica binária e as relações biunívocas dominam a psicanálise, a linguística, o estruturalismo e inclusive a **informática**, e isso é o que predomina no pensamento da árvore-raiz (DELEUZE & GUATTARI, 1995, p. 13). A figura do rizoma, tomada da botânica, foi utilizada para marcar uma diferença com a ideia de *árvore-raiz*: com uma base, um fundamento e uma estrutura linear de desenvolvimento. Estão contidos nessa estrutura princípio, meio e fim (*Ibid.* p. 33). Há aí também a ideia de dicotomia – árvore-raiz. Se tivesse sido escrito alguns anos depois, a ideia da rede mundial de computadores – a Internet – seria, sem dúvida, um exemplo de rizoma para Deleuze. É interessante observar que no último texto de Deleuze, o tema tratado são justamente as interações entre real e virtual (DELEUZE, 1996, p. 49).

²⁶⁴ “[...] é o meio que configura e controla a proporção e a forma das ações e sensações humanas”. – (McLUHAN, 2011, p. 23).

Conexão, meio e *Big Data* são novos mecanismos que vieram para habitar a nova teoria geral do processo.

1 AS GERAÇÕES DO PROCESSO ELETRÔNICO

Em termos didáticos parece útil divisar os sistemas de processo eletrônico em gerações, tomando uma pequena analogia da linguagem em voga na tecnologia da comunicação: primeira geração (1G), a geração do foto-processo; a segunda geração (2G) do e-processo, a terceira geração (3G) do ia-processo, a 4G do i-processo e, no atual desenvolvimento tecnológico, podemos já pensar na quinta fase (5G) do *big data*-processo.

A 1G diz respeito aos primeiros sistemas que surgiram, a partir da construção hermenêutica dos juízes federais, que partiram apenas de sua criatividade e ativismo judicial, interpretando extensivamente o parágrafo segundo do artigo 8º da Lei dos Juizados Federais Cíveis e Criminais, Lei 10.259/2001. Tal ativismo acabou inclusive criando as condições favoráveis para a promulgação da excelente e visionária lei do processo eletrônico no Brasil, a Lei 11.419 em finais de 2006.

Não obstante a importância histórica e estratégica dessa primeira geração, tal fase se caracterizou muito mais pela “imagnalização”²⁶⁵ do que pela automatização. Nessa primeira geração podemos pensar muito mais em processo escaneado, que em processo eletrônico. É a lógica do *scanner*, da cópia digital. Mas não se escaneia, não se copia apenas a folha de papel, mas sobretudo a lógica do processo de papel, a lógica da escritura.

Nesse sentido tenta-se simplesmente reproduzir em mídia digital a mesma dinâmica dos autos em papel. É como se tentasse transpor um livro para o cinema, simplesmente filmando suas páginas, para depois projetá-las na tela gigante, para comoção geral da plateia.

A mentalidade dos juristas, aferrada em demasia à lógica da escritura, tende a reduzir a importância social, política e econômica do computador ao editor de texto, como se fora uma antiga máquina de escrever com mais recursos. Mas o computador é muito mais que uma ilha de edição textual, é máquina de automação e conexão.

Na geração do foto-processo a visualização das peças e do sistema era no formato ‘retrato’, imitando os autos de papel, ao passo que os monitores de computador estão dispostos no formato paisagem. Tal disposição, com menor aproveitamento espacial do monitor, tem efeitos maléficos em termos de ergonomia para o usuário, que é obrigado constantemente a rolar a tela.

²⁶⁵ O termo é proposto por Pereira (2012).

Na 2G ou geração do *e-processo*, já se pensa em termos de imaginalização mínima e de “automatização máxima” (PEREIRA, 2012). Nessa fase a ideia de digitalização é superada pela de virtualização²⁶⁶. Aqui começa a ter centralidade a noção de sistema e não apenas de peças escaneadas disponíveis para acesso pela Internet.

Nessa etapa cogita-se ainda do trinômio dados-informação-conhecimento (RUSCHEL, 2012), no sentido de a última camada – conhecimento – é que efetivamente funciona como suporte e facilitador para o exercício da função do juiz.

Na segunda geração o que está em voga é a automatização de atos ordinatórios e o aperfeiçoamento de ferramentas, com inteligência artificial, para auxiliar a decisão judicial e a atividade de servidores e advogados.

Estamos, portanto, ainda no ambiente interno do sistema informático, da plataforma digital.

Esta etapa tem vários desafios pela frente, pois a maioria dos sistemas, inclusive o PJe, sob a coordenação do CNJ, está ainda muito carente de funcionalidades da camada de conhecimento (RUSCHEL, 2012) ou de virtualização (PEREIRA, 2012).

Não obstante a 2G seja uma promessa descumprida em vários aspectos, as outras gerações já se insinuam, inclusive nos autos de papel. Na verdade as quatro fases se imbricam em todos os sistemas existentes, a maioria com domínio ainda da primeira geração.

A terceira dimensão do processo eletrônico diz respeito à incorporação da inteligência artificial ao processo eletrônico. É ainda muito incipiente, mas já envolve algoritmos argumentativos, mas a partir de uma perspectiva da IA por árvore de decisão (*decision tree*) com pequenas perspectivas de obter resultados eficientes, haja vista que demanda um complexo sistema de antecipação racional de todas as possibilidades interpretativas, ante um contexto multitudinário de variáveis combinatórias entre fatos e normas.

Mas esse é um caminho para fazer face aos processos repetitivos, uma mecanização da decidibilidade, um percurso que talvez não seja o mais adequado para lidar com a disseminação dos microconflitos.

²⁶⁶ Pereira (2012b) distingue (i) digitalização de (ii) virtualização, no sentido de que a primeira é redução da realidade em linguagem binária, ao passo que a segunda consiste em se conferir inteligência ao sistema, *in verbis*: “A digitalização vai no sentido dos bits, a virtualização, como aqui proposta, é um fenômeno que parte dos bits e, de maneira inteligente, chega a modelos de representação e a processos de tratamento da informação acessíveis e confortáveis para os humanos. O destinatário é o homem, a máquina não trivial do processo (Foerster).”. Divergimos da ideia de virtualização sustentada por Pereira, pois no parece que se limita ao sistema. O virtual, a partir de Deleuze, alcança, a nosso sentir, um sentido mais amplo, que atravessa o sistema e conecta os autos ao mundo.

A 4G trata da conexão do processo com o mundo virtual de informações. Salta-se *do* e-processo para o i-processo, o processo da internet. Os fluxos da rede ao se direcionarem ao processo transformam qualitativamente o patamar de participação das partes no processo, bem assim do próprio julgador, que pela acessibilidade do meio, acaba se tornando concretamente mais inquisitivo. O *hiperlink* facilita de maneira exponencial a conexão autos-mundo, o que acaba por catalisar uma nova forma de atuação de todos os operadores do processo. Nessa concepção caminhamos da ideia de documento eletrônico para a de hiperdocumento.

E as gerações da banda larga avançam. A guerra da 5G entre Estados Unidos e China, em velocidade da ordem de *gigabytes*, já é uma realidade. Metaforicamente pode-se pensar que o processo 5G transite na esfera do *Big Data*. O trinômio dados-informação-conhecimento, mas agora capturados no contexto dos megadados, desafiam outra ordem de preocupações, de viés político, para além da articulação do conhecimento.

Os algoritmos de aprendizado de máquina, que já foram formulados há várias décadas, mas que nunca funcionaram bem, pois demandam uma alta quantidade de dados para seu efetivo funcionamento, agora dispõem de uma imensidão deles capturados pelas redes sociais, pelos rastros deixados nos mecanismos de buscas, pelos aplicativos de compras, de entregas e de mobilidade urbana e, especificamente quanto ao processo judicial, junto aos bancos de dados do Poder Judiciário, nos mergulham na geração do processo em rede, orientado a dados.

2 CONECTIVIDADE, *MEDIUM* E *BIG DATA*

2.1 REDES

Os primeiros passos da chamada teoria das redes foram dados nos trabalhos do Matemático Euler, que formulou a teoria dos grafos. Um grafo é a representação de um conjunto de nodos (*nodes*) conectados pelas arestas²⁶⁷. Erdős e Rényi foram os primeiros a relacionar os grafos a redes sociais. Há vários trabalhos sobre redes complexas, posteriormente aplicados às redes sociais, inclusive às virtuais. Podemos citar os modelos de Barabási, Watts e Strogatz y Erdős y Rényi.

²⁶⁷ Um grafo com 6 vértices e 7 arestas. “Um grafo G é uma tripla ordenada $(V(G), E(G), \Psi_g)$ que consiste de um conjunto $V(G)$ de vértices, um conjunto $E(G)$ de arestas sem interseção com $V(G)$, e uma função de incidência Ψ_g que associa a cada aresta de G uma par não-ordenado de vértices (não necessariamente distintos) em G .” (BONDY; MURTY, 1976, p. 1).

Rede é um emaranhado de elementos, denominados ‘nós’, conectados entre si, direta ou indiretamente. Barabási (2009) assinala que agora:

[...] sabemos que embora as redes reais não sejam randômicas quanto viam Erdős e Rényi, acaso e aleatoriedade efetivamente desempenham importante papel em sua construção. As redes sociais não são estáticas, como eram todos os modelos teóricos de grafos até há bem pouco tempo. Pelo contrário, o crescimento exerce papel fundamental na modelagem de sua topologia. Não são tão centralizadas quanto a rede em estrela. Em vez disso, existe uma hierarquia de ‘hubs’, que assegura integridade dessas redes, um nó fortemente conectado seguido de perto por diversos nós menos conectados, acompanhados por dezenas de nós menores ainda. Nenhum nó central se interpõe no meio dessa teia de aranha, controlando e monitorando cada link e cada nó. Não existe um único nó cuja remoção pudesse desintegrar a rede.

Barabási (2002, p. 79-82) observa ainda que o pensamento de rede estaria prestes a invadir, em 2002, quando lançou a sua obra de maior repercussão *Linked*, todos os domínios do conhecimento. Já pressentia ele que as redes eram, por sua própria natureza, “a urdidura dos sistemas mais complexos” e que, além disso, “os nós e links impregnam profundamente todas as estratégias voltadas para a abordagem de nosso universo interconectado”.

Neste momento o que nos parece relevante salientar, sobretudo, é, pois, o caráter cumulativo e expansivo da rede, ressaltado por tanto por Wellman²⁶⁸ como Barabási²⁶⁹. Na rede tudo tende a crescer sem escalas e de maneira não linear, às vezes até fora do controle aparente.

Desse contexto emerge uma realidade social, política e econômica, que desafia uma nova forma de pensar o mundo.

Surge então uma nova economia cuja produção é baseada nas chamadas externalidades da rede, que é denominada de muitas maneiras diferentes e que institui uma nova forma de produção, descentralizada, que pode ser colaborativa e escapar dos esquemas de mercados – *commons-based peer production* (BENKLER,

²⁶⁸ Fala-se da regra ‘quanto mais, mais’, que vigora na interação entre redes na internet; no sentido de que quanto mais se utiliza rede social-física, mais se utiliza internet; quanto mais se utiliza internet, mais se reforça a rede física. – (WELLMAN; GULIA *apud* CASTELS, 2002, p. 444). Há vários trabalhos disponíveis de Wellman e seu grupo em sua página virtual da Universidade de Toronto, disponível em: <http://groups.chass.utoronto.ca/netlab/>. Acesso em: 25 maio 2017.

²⁶⁹ O modelo de ‘redes sem escala’ foi formulado por Barabási. Seu modelo está baseado na regra ou fenômeno ‘rico-mais-rico’ (*rich get richer phenomenon*), no mesmo sentido de Wellman. Isso significa que quanto mais conexões tem um nodo, mais oportunidades têm de ter outros. Nesse sentido, as redes não são igualitárias, pois há uma vinculação preferencial à mais usada. – (BARABÁSI, 2002, p. 79-82).

p. 60) – ou, ao contrário, significar uma maneira potencializada de controle e dominação econômica.

Cocco (2003) aponta que na produção reticular os termos *netwares* e *wetware*²⁷⁰ “são mobilizados para complementar hardware e software e apreender as novas formas de trabalho e/ou interação produtiva no âmbito das redes de cooperação virtual” (COCCO, 2003, p. 9). Moulier-Boutang acrescenta que os bens hegemônicos no capitalismo dito cognitivo são compostos de 4 fatores simultaneamente: (i) *hardware*; (ii) *software*; (iii) *wetware* e (iv) *netware*. O economista francês observa que o *netware* desempenha papel hegemônico entre eles, quer dizer, determinante, mas os quatro fatores são irreduzíveis a apenas um deles. Observa ainda que não é possível um controle completo por parte do capital, de nenhum dos quatro fatores (MOULIER-BOUTANG, 2004, p. 55).

A e-democracia, isto é, a possibilidade já presente de superar a democracia representativa, a benefício de uma democracia direta, com os cidadãos votando os projetos de lei diretamente pela Internet, com a certificação digital ICP-Brasil por exemplo, ou a primavera árabe no norte da África, em que ditaduras foram caindo uma a uma, com o efeito dominó do Twitter ou Facebook, são demonstrações claras de que a rede tem forte inflexão em relação à política também. Castells há muitos anos já havia vaticinado que o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos do poder.

Se a rede afeta a economia, a política, a sociologia, evidentemente afeta o direito, e por consequência o Direito Processual.

2.2 MEDIUM

O processo eletrônico não é uma simples transposição virtual dos autos, sem qualquer inflexão nas características e na teoria tradicional do processo. O grande pensador da mídia no Século XX, o canadense Marshall McLuhan, sintetizou na célebre ideia de que “o meio é a mensagem”²⁷¹ – isto é, na ideia de que o meio de comunicação e transmissão da mensagem não é neutro, pois ele condiciona inclusive o seu conteúdo – a importância do meio de comunicação

²⁷⁰ *Wetware* e *netware* são termos correlatos. O primeiro diz respeito à capacidade individual de operar os sistemas de hardware e software, capacidade essa que é desenvolvida a partir do ponto de vista do usuário ou consumidor, de forma interativa, na produção. A ênfase aqui é no trabalho e na inovação do ponto de vista do consumo. *Netware* é a perspectiva coletiva dessa mesma interação com o consumo, a partir da rede. – (COCCO, 2003, p. 9 – 10; MOULIER-BOUTANG, 2004, p. 54 – 55).

²⁷¹ “Todos os meios agem sobre nós de modo total. Eles são tão penetrantes que suas conseqüências pessoais, políticas, econômicas, estéticas, psicológicas, morais, éticas e sociais não deixam qualquer fração de nós mesmos inatingida, intocada ou inalterada. O meio é a ‘*massage*’. Toda compreensão das mudanças sociais e culturais é impossível sem o conhecimento do modo de atuar dos meios como meio ambiente. Todos os meios são prolongamentos de alguma faculdade humana – psíquica ou física.”. – (McLUHAN, 1969, p. 54).

e informação para a própria racionalidade²⁷². Os meios são concebidos como extensão dos seres humanos²⁷³.

Cândido Dinamarco, por outro lado, difundiu a tese de que o processo é ‘meio’²⁷⁴, instrumento da efetivação não só dos direitos materiais, mas também dos valores sociais e políticos, ou seja, ressaltou a importância do processo também para a garantia dos escopos metajurídicos. Para Dinamarco a instrumentalidade do processo é dupla: negativa (a instrumentalidade das formas) e positiva (instrumentalidade para efetivação dos direitos).²⁷⁵

Confluindo McLuhan e Dinamarco, temos que, se por uma visão esse ‘meio’ não pode se transformar num fim em si mesmo, para puro deleite de processualistas, por outro lado, esse *medium* não é isento, muito menos neutro, pois ele acaba por influir e contaminar o próprio desenrolar do processo, a forma de participação das partes litigantes e até o conteúdo da decisão do juiz, que se vêem afetados, dessa forma, pela dinâmica hipertextual e reticular do novo procedimento para a decidibilidade.

Assim, o *meio* eletrônico, além de condicionar sobremaneira o conteúdo da jurisprudência, vai potencializar a própria instrumentalidade (PEREIRA, 2008) do processo, que passará a ter muito menos amarras e limitações materiais, permitirá o aumento de sua deformalização e alargará suas possibilidades probatórias. Enfim, o meio eletrônico sublinhará que o processo é *medium* e é instrumento, possibilitando, assim, que se privilegie na demanda os escopos sociais e políticos do processo. A instrumentalidade não será apenas dupla como afirma Dinamarco – e em outra perspectiva Tavares Pereira – será exponencial.

Importante observar, finalmente, que o meio em que se realiza o processo eletrônico não é conceitualmente o eletrônico, senão, mais propriamente,

²⁷² “Os meios, ao alterar o meio ambiente, fazem germinar em nós percepções sensoriais de agudeza única. O prolongamento de qualquer de nossos sentidos altera nossa maneira de pensar e agir – o modo de perceber o mundo. Quando essas relações se alteram, os homens mudam” – (McLUHAN, 1969, p. 69).

²⁷³ “Numa cultura como a nossa, há muito acostumada a dividir e estilhaçar tôdas as coisas como meio de controlá-las, não deixa, às vezes, k de ser um tanto chocante lembrar que, para efeitos práticos e operacionais, o meio e a mensagem. Isso apenas significa que as conseqüências sociais e pessoais de qualquer meio – ou seja de qualquer uma das extensões de nós mesmos – constituem o resultado do novo estalão introduzido em nossas vidas por uma nova tecnologia ou extensão de nós mesmos.” – (McLUHAN, 1979, p. 21).

²⁷⁴ “Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que destina. Em outras palavras, a perspectiva instrumentalista do processo é por definição teleológica e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.” – (DINAMARCO, 1990, p. 207).

²⁷⁵ “Esta tem em comum com a instrumentalidade das formas o seu endereçamento negativo, ou seja, a função de advertir para as limitações funcionais (das formas lá, aqui, do próprio sistema processual). O lado negativo da instrumentalidade do processo é já uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele não é um fim em si mesmo [...]. O endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à idéia de efetividade do processo, entendida no contexto jurídico social e político. – (DINAMARCO, 1990, p. 379).

o meio reticular-eletrônico. A teoria das redes imbrica-se com a ideia de meio como extensão do ser humano, como meio de conhecimento. Dessa urdidura complexa é que resultam a matéria prima e os elementos para a construção de nova teoria do processo em rede.

2.3 MEGADADOS

O chamado *Big Data* é um dos grandes desafios para a democracia *online*. O Grupo de Trabalho para a Proteção dos Dados da Comissão Europeia, criado pelo Artigo 29.º da Directiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho, definiu ‘megadados’ como

[...] o exponencial da disponibilidade e da utilização automatizada de informações: refere-se a conjuntos de dados digitais gigantescos detidos por empresas, governos e outras organizações de grandes dimensões, que são depois extensivamente analisados com recurso a algoritmos informáticos.²⁷⁶

O mesmo parecer do referido grupo de trabalho esclarece ainda que os “megadados podem ser utilizados para identificar tendências e correlações mais gerais, mas também podem ser tratados de modo a afetar indivíduos diretamente”.

O anexo 2 desse parecer já percebia o enorme desenvolvimento de tecnologias para não só para armazenar, mas sobretudo para recolher, analisar, compreender e tirar partido e inferências estatísticas dos chamados dados abertos. Já vislumbrava os riscos para desequilíbrios no poder da informação entre empresas, sobretudo entre empresas planetárias e os cidadãos e por isso insistia na necessidade de verificar quais tipos de dados poderiam ser publicamente disponibilizados.

Mas a distinção entre dados pessoais sensíveis e não sensíveis acabou por se esmaecer com o desenvolvimento em escala da computação em nuvem, da inteligência artificial, dos algoritmos de aprendizado, com a Internet das Coisas. Todos os dados pessoais, os mais prosaicos, tendem a ser sensíveis.

A hermenêutica jurídica precisa, pois, incorporar num sentido forte e expansivo a interpretação dos dispositivos legais que encerram essa proteção, sob o viés dos megadados. Na União Europeia temos agora o Regulamento Geral de Proteção dos Dados, Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018, uma regulação bem detalhada, que partiu de uma garantia genérica de proteção dos dados no Tratado de Lisboa,

²⁷⁶ Parecer n. 3 do referido Grupo de Trabalho, de abril de 2013, item III.2.5. Disponível em: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm. Acesso em: 7 jun. 2017.

tanto no Tratado de Funcionamento da União (art. 16°), como na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Art.º8.º).

Na Jurisprudência da UE temos dois precedentes importantíssimos, tanto para o setor público (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Digital Rights Ireland*, C-293/12, de 8 abril de 2014) como para o setor privado (Acórdão *Google Spain*, C-131/12, de maio, de 2014).

No Brasil, o Marco Civil de Internet tem também já concedido um tratamento protetivo dos dados pessoais disponíveis na rede, embora ainda sem um detalhamento específico para as novíssimas ferramentas do *Big Data*, nos artigos Art.º 3.º, II e III, 13 e 14 da Lei 12.965/2014. No momento, aguarda-se o fim da *vacatio legis* da nova Lei Geral de Proteção dos dados, Lei 13.709 de 2018, prevista para agosto de 2020, embora já tramite alguns projetos de lei pretendo a extensão dessa *vacatio legis*, mas também já tramita a PEC 17-2019, que eleva a proteção dos dados pessoais ao patamar de direito fundamental.

Não se pode aqui deixar de sublinhar os perigos do enredamento e da vigilância digital que contidos no Decreto 10.046 de 2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. É que se vê com preocupação os mecanismos legais que potencializam a captura virtual do cidadão nas redes de informações dos poderes públicos. A Plataforma de Análise de Dados do Governo Federal é vendida como forma de simplificar o acesso, compartilhamento e avaliação de gestores públicos a diferentes dados governamentais. Na prática, torna o cidadão cada vez mais refém das redes do poder.

Nessa mesma linha, a preocupação se estende ao que alguns chamam de extraoperabilidade do processo eletrônico, porquanto ao invés de basear-se no caráter aberto, dialógico e expansivo da inteligência coletiva da rede, enfatiza no processo judicial o viés autoritário do enredamento automático dos *webbots*.

3 O PROCESSO CONVERSACIONAL

Concomitante ao desenvolvimento das redes, sobretudo das redes sociais, na seara do Direito Constitucional, Gargarella (2014) propõe a superação da tradicional doutrina dos *checks and balances* como pressuposto à perspectiva para um constitucionalismo dialógico. Sustenta que Madison, a quem se atribui o texto do Federalista 51, funda a noção de freios e contrapesos a partir de uma lógica agonial, de institucionalização do egoísmo e do conflito.

Em sua proposta Gargarella, que parte de dois constitucionalistas norte-americanos (BICKEL; FRIEDMAN), observa que a doutrina do conflito que

emerge do *Federalista 51* não favorece o diálogo, pois está baseada numa lógica da guerra e da paz armada, muito própria do período pós-secessão norte-americana.

Por outro lado, assinala que o diálogo que a doutrina federalista suscita é um diálogo excludente, um jogo restrito apenas aos detentores dos poderes constituídos, um arranjo político-constitucional que exclui o povo, de quem, efetivamente, emana todo poder. Com Espinosa poderíamos assinalar que tal doutrina se circunscreve ao âmbito de *potestas* dos representantes e não à esfera de *potentia* da multidão de representados.

A rede eletrônica, por outro lado, privilegia a comunicação em tempo real. Não se trata apenas de comunicação linear, segmentada, mas de uma conversação interativa. Nesse contexto, o diálogo constitucional tende a não ser uma metáfora, mas uma realidade conversacional, à luz do princípio da instantaneidade.

Nessa linha, que se impõe a construção de uma teoria do diálogo processual efetivamente democrático, que inclua aqueles diretamente afetados e – agora na era da informação em rede – conectados.

4 CARACTERÍSTICAS APROXIMATIVAS OU PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO PROCESSO ELETRÔNICO

O presente momento de efetivação da justiça virtual no país e no mundo pode ser um momento privilegiado, em que a doutrina e a jurisprudência poderão canalizar os fluxos de emancipação que as novas tecnologias de informação e comunicação proporcionam, ou poderá significar uma opção conservadora, a opção pela simples informatização da ineficiência²⁷⁷ do processo atual.

O que nos parece mais promissor, é explorar, efetivamente, o potencial das novas tecnologias de informação e comunicação, da conexão, das chamadas externalidades positivas da rede e canalizar essas perspectivas para um novo processo, para uma nova racionalidade processual que possa tornar os direitos mais efetivos e as decisões mais justas e adequadas.

É ingênuo imaginar que a folha de papel tenha o mesmo potencial político e social de uma interface eletrônica. A imprensa demoliu uma hegemonia de mil anos, da cultura do manuscrito, do punho de ferro da igreja, dando lugar à galáxia de Gutemberg. As novas tecnologias da mesma forma já estão rearticulando as formas de poder.

²⁷⁷ Esse termo foi cunhado pelo Professor e Juiz Antônio Gomes de Vasconcelos, por ocasião dos debates ocorridos nas Oficinas Temáticas do I Congresso Mineiro – Justiça Digital e Direito do Trabalho, realizado pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais e sua Escola Judicial, que teve lugar na cidade de Caxambu-MG, em agosto de 2008.

O processo é um instrumento para o exercício legítimo do poder, nesse sentido, urge que se desenvolva uma tecnologia jurídica específica, para otimizar a potência que essas novas tecnologias de comunicação e informação podem proporcionar para a resolução dos conflitos judiciais.

O tamanho desse desafio não é obra para uma só pessoa, tampouco cabe nas dimensões desse trabalho. O que se pretende aqui é apenas sugerir os primeiros passos para essa caminhada.

Vislumram-se, nessa ordem de ideias, algumas novas características aproximativas ou novos princípios, que estão evidentemente conectados com os princípios tradicionais do processo, mas que diante das novas nuances ensejadas pelo novo *medium*, alçam um salto quântico, ou sofrem uma torção topológica que os diferencia da perspectiva tradicional. Na atual fase de desenvolvimento de nossa pesquisa, podemos apresentar dez características distintivas, ou aproximativas (DELEUZE), tratadas pela tradição processualística como princípios, nomeadamente os princípios da imaterialidade; da intermedialidade; da responsabilidade algorítmica (ou automaticidade), da interação, da hiper-realidade, da instantaneidade, da preservação dos dados sensíveis, princípio da desterritorialização, princípio da transparência tecnológica e, finalmente, os princípios da conexão e da heterogeneidade.

Neste estudo iremos abordar apenas a questão da heterogeneidade no processo reticular-eletrônico.

5 VIESES ALGORÍTMICOS

Está na ordem do dia o debate a respeito do uso da inteligência artificial no processo. As vantagens dizem respeito ao custo, à agilidade – *rectius*: instantaneidade – segurança jurídica e à redução da subjetividade do decisionismo e do ativismo judicial.

Esses fatores acima apontados, realmente, são muito atraentes, mas é importante fazer algumas ponderações e entender a utilidade da ideia de heterogeneidade no processo judicial eletrônico.

A sociedade vem a cada dia se tornando mais polarizada. Não há consenso ainda, mas há estudos indicando que essa polarização é um efeito estrutural da arquitetura das redes sociais ²⁷⁸. Nessa linha, a polarização vem contaminando também o Poder Judiciário, o que aumenta o grau de insegurança jurídica e até mesmo de desconfiança no que diz respeito à neutralidade dos juízes.

Esse cenário é ideal para o fomento do uso da inteligência artificial, que acaba surgindo como panaceia. Como se sabe o que está mais em debate é o

²⁷⁸ Cf. SUSTEIN, 1998; CONOVER, 2011; BRADEY, 2018. Em sentido contrário: BOXEL, 2017.

potencial de uma IA forte, de aprendizado de máquina, profundo, com várias camadas, antes que a IA fraca, por exemplo pelo procedimento de árvore de decisão (*decision tree*). No primeiro caso, de IA forte, por mecanismos tipo *black box*, nos quais não se tem ideia do percurso lógico-argumentativo para se chegar ao resultado, ao passo que em relação ao último, todos os passos são previamente definidos pelo programador.

Vários estudos, entretanto, têm demonstrado que os algoritmos de aprendizado de máquina (IA forte) têm uma tendência a fixar e a cristalizar os preconceitos na amostragem decisória utilizada como base de dados para seu funcionamento. Segundo a matemática Catherine O’Neil, algoritmos são “opiniões embutidas em códigos” (TED TALK, 2017). Para O’Neil os algoritmos devem ser escrutinados a partir de 3 perspectivas: opacidade, escala e dano²⁷⁹. Para evitar os seus malefícios ela propõe que todos os algoritmos tenham transparência e possam ser auditados²⁸⁰.

O Professor Dierle Nunes vem debatendo o tema sobre os chamados vieses cognitivos, sobretudo a partir da chamada virada tecnológica no direito processual, em que demonstra que os automatismos decisórios são deletérios para a participação e dialogia processuais (DIERLE, BAHIA & PEDRON, 2020, p. 287), propondo estratégias de *debiasing*, como o saneamento e a organização do processo (*debiasing* preventivo), bem assim a colegialidade e a oralidade (*debiasing* corretivo), como ferramentas para o desviesamento dos julgamentos (DIERLE, BAHIA & PEDRON, 2020, p. 216 – 260).

Cass Sunstein ressalta, de forma um pouco diferente, que devemos entender como os algoritmos impactam a auditoria da discriminação. Pensa que é possível, com transparência da codificação, perceber como a discriminação se concretiza e regular essa ameaça com as salvaguardas mais adequadas. Afirma que o algoritmo é mais transparente que a decisão humana e com o tempo, como a acumulação de dados, é possível ir paulatinamente corrigindo os vieses algorítmicos (SUNSTEIN *et al*, 2019, p. 164 – 165).

Sunstein, em outro texto sobre a correção de vieses, reforça a linha de que, embora não haja garantia de que os algoritmos possam ser construídos sem vieses, salienta que mesmo juízes experientes decidem, em regra, de forma mais deficiente do que os algoritmos, que podem, além disso, ser recursiva e recorrentemente aperfeiçoados. Conclui, algoritmos bem projetados devem ser capazes de evitar vieses cognitivos de vários tipos. A pesquisa existente sobre

²⁷⁹ “So to sum up, these are the three elements of a WMD: Opacity, Scale, and Damage.” – (O’NEIL, 2016, p. 31).

²⁸⁰ “Many of these models, like some of the WMDs we’ve discussed, will arrive with the best intentions. But they must also deliver transparency, disclosing the input data they’re using as well as the results of their targeting. And they must be open to audits. These are powerful engines, after all. We must keep our eyes on them.” – (O’NEIL, 2016, p. 218).

decisões de fiança também lança uma nova luz sobre como pensar sobre o risco que os algoritmos discriminarão com base na raça (ou outros fatores). Os algoritmos podem ser facilmente projetados para evitar levar em consideração a raça (ou outros fatores). Eles também podem ser constrangidos de modo a produzir qualquer tipo de equilíbrio racial que seja buscado e, assim, revelar trocas entre vários valores sociais.

Para o Professor de Harvard, a respeito da discriminação racial na área penal, o algoritmo permitiria qualquer número de opções em relação à composição racial da população de réus com fiança negada. Também explicitaria as consequências dessas escolhas para a taxa de criminalidade (SUNSTEIN, 2019, p. 7).

Sunstein (2019, p. 9), contudo, pondera concluindo que é importante, no que toca aos algoritmos judiciais, esforços para garantir que a discriminação do passado não seja usada como base para discriminação adicional no futuro, bem assim para garantir o equilíbrio racial ou de gênero.

O que se percebe é que urge um debate e aprofundamento da pesquisa sobre a questão dos princípios que devem nortear a inteligência artificial, sobretudo da IA forte, tanto dos influxos jurídicos, em geral, quanto, de forma mais específica, de seus impactos no processo.

Nessa linha, tem havido uma profusão de várias propostas para delimitar esses princípios. Em trabalho que acaba de ser publicado, um grupo de pesquisadores do *Berkman Klein Center for Internet & Society*, da Universidade de Harvard, detectou um consenso entre oito principais características aproximativas: (i) privacidade, (ii) responsabilidade, (iii) segurança e proteção, (iv) transparência e explicabilidade, (v) equidade e não discriminação, (vi) controle humano da tecnologia, (vii) responsabilidade profissional e (viii) promoção dos direitos humanos.²⁸¹

Quanto ao processo judicial de forma específica, a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ) do Conselho da Europa, entidade internacional que transcende a União Europeia, constituída por 47 países, nessa linha de proliferação principiológica, listou cinco princípios, a saber: (i) respeito aos direitos fundamentais; (ii) não discriminação; (iii) qualidade e segurança dos dados, com fontes certificadas e dados intangíveis com modelos concebidos e ambiente multidisciplinar e tecnologicamente seguro (iv) transparência, imparcialidade e equidade, com o processamento de dados acessíveis e compreensíveis e possibilidade de auditoria externa e (v) princípio “sob controle do usuário”, no sentido de que os profissionais do sistema judiciário devem, a qualquer momento, poder revisar decisões judiciais, com esclarecimento, em linguagem clara e compreensível, para o usuário, que deve ter ainda o direito a

²⁸¹ *Privacy, accountability, safety and security, transparency and explainability, fairness and non-discrimination, human control of technology, professional responsibility, and promotion of human values.* – (FJELD *et al*, 2020).

aconselhamento jurídico e acesso a um tribunal para questionar seu uso, bem assim que os algoritmos tenham sido definidos de forma participativa e dialógica (Conselho da Europa, 2020).

Um desafio que esse documento coloca é a pergunta sobre se a padronização das decisões vai fortalecer ou não o direito, bem assim, se essa própria padronização vai se transmutar, ela própria, numa nova fonte algorítmica de direito preditivo. Nesse sentido propõe a necessidade de se distinguir ‘predição’ (*prediction*), no sentido de vaticínio, profecia, de ‘previsão’ (*forecast*), ou seja, o resultado da observação analítica de um conjunto de dados para prever uma situação futura (Conselho da Europa, 2018, p. 25).

Essa denominada Carta Ética Europeia sobre o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais e seu ambiente, distingue vários tipos de uso da inteligência artificial, sobretudo considerando o direito material envolvido. Nessa linha, reafirma, na área alusiva ao Direito Civil, Empresarial e Administrativos, a necessidade de observância das seguintes garantias: (i) direito de acesso a um tribunal, sem com isso desvalorizar o uso dos mecanismos de resolução de disputas online, denominado ODR; (ii) princípio adversarial, no sentido de que sejam usadas informações sob o prisma quantitativo (por exemplo, o número de decisões processadas para obter a escala), quanto sob o prisma de informações qualitativas (origem de decisões, representatividade de amostras selecionadas, distribuição de decisões entre diferentes critérios, como o contexto econômico e social) acessíveis aos cidadãos e, principalmente, às partes em um julgamento, a fim de entender como as escalas foram construídas, para medir seus possíveis limites e poder debatê-los perante um juiz; (iii) paridade de armas, de forma que os meios tecnológicos não causem desequilíbrio entre as partes litigantes; (iv) imparcialidade e independência dos juízes, no sentido de que os juízes não sintam a tomar a decisão indicada pelos algoritmos e, finalmente, (v) direito de aconselhamento, mas enfatizando que a escala não leve, por exemplo, o advogado a desistir de procurar outras soluções para seu cliente (Conselho da Europa, 2018 p. 38-39).

Ao final, o documento não descarta o uso da inteligência artificial no Poder Judiciário e na resolução de conflitos, até mesmo *on line*, mas apenas níveis de uso, que: (i) devam ser impulsionados, (ii) usos com precauções metodológicas, (iii) usos a serem considerados após estudos científicos adicionais e, por fim, (iv) usos para serem considerados com as reservas mais extremas, esses últimos referentes ao uso na área de decisões criminais e para decisões fundadas em critérios meramente quantitativo, com uso dos megas ou do *big data* judiciário (Conselho da Europa, 2018 p. 50 – 52).

Mais recentemente ainda, em de maio de 2020 foi publicado um *paper* por pesquisadores da Universidade de Darmstadt, um grupo multidisciplinar, que

envolvendo vários institutos da universidade: ciência da computação, psicologia, neurociência (SCHRAMOWSKI, 2020).

O trabalho apresenta o que eles denominam Máquina de Escolha Moral (*The Moral Choice Machine*) e demonstra que a IA foi capaz de incorporar preconceitos, mas também conhecimento sobre éticas deontológicas e até escolhas morais.

A equipe treinou seu sistema com livros, notícias e textos religiosos, para que ele pudesse aprender as associações entre diferentes palavras e frases. Utilizaram marcadores a partir do dever ser, isto é, ‘sim, eu devo’, ou ‘não, eu não devo’. Utilizando a distância contextual em que as palavras aparecem no texto, a máquina de escolha moral foi capaz de calcular um viés moral - o grau de distanciamento entre o certo e o errado.

Na base de dados, os pesquisadores utilizaram diferentes fontes culturais, religiosas e textos Constitucionais, textos com variação de tempo, para que a contextualização também contemplasse uma evolução histórica.

5.1 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL LEGAL NO BRASIL

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça implantou o sistema Sinapses, isto é uma plataforma para desenvolvimento e disponibilização em larga escala de modelos de inteligência artificial, que é apelidado “Fábrica de Modelos de IA”. O objetivo da iniciativa é fomentar o número de modelos a serem utilizados no PJe, de forma a de adaptarem os vários tribunais do país. A plataforma nasceu de um projeto no Tribunal de Justiça de Rondônia, que foi acolhido e desenvolvido pelo CNJ em 2017. Ela oferece uma interface para o treinamento supervisionado de modelos de classificação ou para extração de texto.

Desse projeto decorreu o a instituição do Laboratório de Inovação para o Processo Judicial em meio Eletrônico – Inova PJe e do Centro de Inteligência Artificial aplicada ao PJe, em fevereiro de 2019.

Em agosto de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou duas importantes Resoluções, as de números 331 e 332, a primeira instituindo regulando a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud, e, a segunda, dispendo sobre a ética, a transparência, a governança e os princípios da produção e do uso de Inteligência Artificial no Judiciário.

A Resolução 331/2020, ao autorizar a consulta e acesso por meio de API pública para consulta aos metadados, resguardados o sigilo e a confidencialidade das informações, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados, deu um colossal impulso ao desenvolvimento de ferramentas e aplicativos por meio das *startups*

jurídicas, bem assim ao desenvolvimento de pesquisas acadêmicas, assegurando, ao mesmo tempo, proteção e transparência no uso dos dados forenses.

Quanto à Resolução 332/2020, embora perceba-se que ela seja tributária dos princípios da chamada Carta Ética Europeia sobre o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais e seu ambiente, oriunda do Conselho da Europa, organismo internacional que congrega 47 países europeus, bem mais amplo que a União Europeia, é muito importante que se tenham registrados tais princípios, que não se dirigem apenas aos tribunais, mas também à iniciativa privada, que vem oferecendo vários produtos aos operadores do processo judicial. No âmbito da iniciativa privada, houve nos últimos dois anos um verdadeiro *boom* de *startups* jurídicas, sobretudo fundadas em jurimetria e nos megadados do colossal acervo do Poder Judiciário brasileiro. Não se percebe, contudo, uma melhora nos serviços, pois as startups estão servindo principalmente aos grandes litigantes. Do ponto de vista da advocacia, percebe-se ainda um efeito perverso, sobretudo para os novos advogados: uma intensa uberização, com remuneração indigna para a classe.

Aguardam-se para breve novidades na área da inteligência judicial para o processo brasileiro, muito embora os grandes litigantes já tenham se municiado de bancos de dados alusivo a seus interesses específicos e já colocam em práticas preditivas, no plano interno.

CONCLUSÃO

O processo judicial passa por um momento de profunda transformação democrática (DIERLE, BAHIA; PEDRON, 2020, p. 122 - 126), de diálogo, de cooperação interativa, uma preocupação com a justa efetivação dos direitos do cidadão. Ao mesmo tempo, sofre os influxos do enredamento da internet e do *big data*. O que se espera é que os sujeitos do processo tenham capacidade de aprender com os erros e com a ineficiência do processo tradicional, e não percam a fenomenal oportunidade de catalisar as externalidades positivas de rede a benefício da efetividade social dos direitos, com o cuidado de não incidir na captura digital do cidadão jurisdicionado.

O processo eletrônico transita em outra ordem distinta da tradição da escritura, pois traduz a combinação *do* imaterial do eletrônico, com *o viés* reticular e telemático das novas tecnologias de comunicação, informação e combinação – *rectius*: conexão e, ainda, os impactos da inteligência artificial, da jurimetria, que é impulsionada pela captura de megadados processuais.

O processo eletrônico tem potencial para ser muito mais do que mera infraestrutura de TI para o processo tradicional. Não se reduz, tampouco, a simples procedimento judiciário digital e, muito menos, concebe-se tão somente como

autos de papel digitalizados. As novas tecnologias de informação e comunicação transformam radicalmente a natureza do processo tradicional, que se caracteriza, primordialmente, pela separação dos autos do mundo. O processo eletrônico é, sobretudo, processo em rede e orientado a dados, o que o torna beneficiário e refém, concomitantemente, da inteligência coletiva, da lei da abundância, dos rendimentos crescentes e da sinergia da interação em tempo real.

A preocupação deve se deslocar da segurança, concebida como mera estabilidade do sistema, para a ideia de preservação da intimidade e da privacidade no mundo eletrônico, além da blindagem contra o potencial opressor do *Big Data*. É mais importante assegurar tais garantias constitucionais aos cidadãos, que uma excessiva preocupação com segurança tecnológica, já que a possibilidade de redundância na comunidade digital constitui a grande chave da segurança e incolumidade dos arquivos eletrônicos.

Não se pode, por outro lado, desprezar não só as tecnologias já disponíveis, mas também estar atento para aquelas que já se ensejam, sob pena de o processo eletrônico sempre nascer obsoleto.

Insiste-se: não se pode pensar no processo eletrônico como processo escaneado, o “foto-processo” – que significa em última análise como mera migração (inclusive dos vícios) da escritura para o novo processo virtual. O decisivo é que o processo eletrônico seja um banco de dados relacional, manipulável semanticamente, com integridade referencial, e não um banco de documentos, segmentados. Mas, sempre registrando o cuidado com a mineração de dados.

É preciso, por outro lado, evitar tanto o triunfalismo tecnológico, quanto seu duplo antagonico, qual seja, uma atitude obscurantista, um apelo piegas à especificidade da dignidade humana. O essencial no processo eletrônico, o potencial de emancipação que ele carrega está, justamente, no fato de ser um processo em rede, mas não uma rede de fios e circuitos, e, sim, uma rede que liga pessoas, gente, seres humanos: juiz, partes e sociedade humana. Não se trata de deslumbre com a tecnologia, mas com o potencial político, cultural, econômico e sociológico da rede. Potencial que traz avanços, mas perigos também.

A beleza e os perigos de um processo em rede residem, justamente, no fato de ser não uma rede estrutural, mas uma rede de tecido humano, que conecta pessoas, seus afetos, conhecimentos, preferências e ideologias. O recente salto dos processos algorítmicos dos megadados, que permitem um controle sem precedentes do cidadão conectado, adiciona neste momento do desenvolvimento tecnológico uma preocupação. Mal as Nações Unidas alçam o direito de acesso à internet como direito fundamental, o *Big Data* passa a ser um enorme desafio para a democracia e para o direito. Na sociedade em rede, as informações são a nova expressão do poder. A intangibilidade de nossos dados – todos eles passam

a ser sensíveis no escrutínio dos algoritmos – ganha um novo viés tuitivo, para que a potência virtual, não seja colonizada pelo enredamento dos *webbots*, tanto pelos poderes públicos, como pelos poderes pelos econômicos.

O aplicativo JTe, por exemplo, lançado pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, já há algum tempo, põe o acesso ao Judiciário na palma da mão, conecta os autos ao mundo. A relação virtual autos-mundo tanto sofre os impactos dessa captura de informação em rede pela inteligência artificial, como também passa a ser beneficiária de sua inteligência coletiva. Duas faces dessa mesma criptomoeda, que agora desafia a doutrina processual contemporânea.

Quanto à inteligência artificial no processo, o que se percebe é que seu uso ainda, esteja incipiente, com algum maior desenvolvimento nos Estados Unidos, como reconhece o relatório que antecede Carta Ética Europeia para uso da inteligência artificial no judiciário, as práticas existentes já foram suficientes para acender faróis de alerta, desafiando uma atitude crítica, científica e aprofundada sobre essa matéria complexa, que pode potencializar e até fixar vieses e padrões de discriminação nos julgados, mas que também, por outro, pode se apresentar como um convite recorrente ao aperfeiçoamento, tanto dessas decisões de máquina, como até mesmo dos próprios julgamentos humanos. Um ponto ótimo entre o triunfalismo e o determinismo, de um lado, e o obscurantismo tecnológico de outro, deve ser o ideal a ser alcançado.

A padronização e homogeneização do processo e das decisões judiciais é um valor relativo. A reprodutibilidade excessiva de decisões, por meio de decisões orientados por dados e máquinas, tende a impedir a evolução dos direitos e de suas tutelas. É importante não se confundir isonomia de tratamento com replicância. A repetição mecânica de decisões judiciais, longe de assegurar estabilidade jurídica, abre ensejo a uma guerra de robôs no Poder Judiciário, potencializando a insegurança e reduzindo as formas de garantia dos direitos.

REFERÊNCIAS

BAIOCCO, Elton. **Introdução de novas tecnologias como forma de racionalizar a prestação jurisdicional: perspectivas e desafios**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012.

BARÁBASI, Albert-László. **Linked, a nova ciência dos Networks** – como tudo está conectado a tudo e o que isso significa para os negócios, relações sociais e ciências. São Paulo: Editora Leopardo, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulações**. Tradução: Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 1991.

BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

BONDY, J. A.; MURTY, U. S. R. *Graph Theory with Applications*. New York: Elsevier Science Publishing, 1976.

BOXEL, Levi; GENTZKOW, Matthew; SHAPIRO, Jesse M. *Is the Internet Causing Political Polarization?. Evidence from Demographics* Stanford: NBER Working Paper, n. 23258, JEL n. D72, Cambridge, 2017. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w23258>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRADY, William. WILLS, Julian A. BURKART, Dominic. JOST, John T. BAVEL, Jay J. Van. *An Ideological Asymmetry in the Diffusion of Moralized Content Among Political Elites*. PsyArXiv, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.31234/osf.io/43n5e>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede** – a era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução: Roneide Venâncio Majer. v. 1. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

CHAVES JR, José Eduardo de Resende. **Comentários sobre a Lei do Processo Eletrônico**. São Paulo, LTr, 2010.

CHAVES JR, José Eduardo de Resende. **Elementos para uma Teoria do Processo em meio Reticular-eletrônico**. In: ROVER, Aires José. Engenharia e gestão do judiciário brasileiro: estudos sobre e-justiça. Erechim, 2016.

CHAVES JR, José Eduardo de Resende. **Conexão e Processo**. In: Anais do Simpósio de Processo: e-Processo e Novo CPC. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/03.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CONOVER, Michael; Ratkiewicz, Jacob; FRANCISCO, Matthew; GONCALVES, Bruno; MENCZER, Filippo; FLAMMINI, Alessandro. *Political Polarization on Twitter*. *Proceedings of the International AAAI Conference on Web and Social Media*, v. 5, n. 1, p. 89 – 96, 2021. Retrieved from <https://ojs.aaai.org/index.php/ICWSM/article/view/14126>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment Strasbourg*. *Europena Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ*, 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>. Acesso em: 17 jan. 2020.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DELEUZE, Gilles. **O Atual e o Virtual**. In: ALLIEZ, E. Deleuze Filosofia Virtual. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs – capitalismo e esquizofrenia**. v. 1. Tradução: Aurélio Guerra y Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995(a).

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é a filosofia**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1997.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs**. Capitalismo e esquizofrenia. v. 4. Tradução: Suely Rolnik. Rio de Janeiro: Editora 34, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FJELD, Jessica; ACHTEN, Nele; HILLIGOSS, Hannah; NAGY, Adam; SRIKUMAR, Madhulika. **Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI**. Cambridge: Berkman Klein Center for Internet & Society, 2020. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/42160420>. Acesso em: 16 jan. 2020.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos**. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acesso em: 21 out.2022.

GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. O processo judicial telemático: considerações prope-
dêuticas acerca de sua definição e denominação. **Jus.com.br**, 21 dez. 2006, 3:00. Disponível:
<https://jus.com.br/artigos/9296/o-processo-judicial-telematico>. Acesso em: 21 out. 2022.

LESSIG, Lawrence. **Code – Version 2.0**. New York: Basic Books, 2006. Disponível em
<http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso 17 jan. 2020.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva – por uma antropologia do ciberespaço**. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

LÉVY, Pierre. **Tecnologias intelectuais e modos de conhecer: nós somos o texto.** Caosmose – estratégias de virtualização. Disponível em: <http://caosmose.net/pierrelevy/nossomos.html>. Acesso em: 17 jan. 2020.

LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. **Revista do Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 8, n. 16, p. 264 - 284, 2005.

McLUHAN, Marshall. **O meio são as mensagens.** Tradução: Ivan Pedro de Martins. Rio de Janeiro: Record, 1969.

McLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensão do homem.** São Paulo: Cultrix, 1979.

NEGRI, Antonio. *Spinoza Subversivo – Variaciones (in)actuales.* Madrid: Ediciones Akal, 2000.

NUNES, Dierle; SANTOS E SILVA, Natanael Lud; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da IMParcialidade dos sujeitos processuais:** um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo:** com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy.* New York: Broadway Books, 2016.

PEREIRA, S. Tavares. O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade. **Jus.com.br**, 20 out. 2008, 3:00. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11824/o-processo-eletronico-e-o-principio-da-dupla-instrumentalidade>. Acesso em: 21 out. 2022.

PEREIRA, Sebastião Tavares. Processo eletrônico no novo CPC: é preciso virtualizar o virtual. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3172, 8 mar. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21242>. Acesso em: 17 jan. 2020.

PIGNATARI, Décio. **Informação.** Linguagem. Comunicação. São Paulo: Ateliê Editora, 2003.

RECUERO, Raquel C. Redes sociais na Internet: considerações iniciais. **E-compós**, v. 2. 2005. Disponível em: http://bocc.ubi.pt/pag/_texto.php3?html2=recuero-raquel-redes-sociais-na-internet.html. Acesso em: 14 de jun. 2020.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROVER, Aires José. **Engenharia e Gestão do Judiciário Brasileiro**: estudos sobre e-justiça. Erechin, 2016.

RUSCHEL, Airton. **Modelo de Conhecimento para apoio ao Juiz na fase processual trabalhista**. 2012. Tese (Doutorado em Engenharia e Gestão do Conhecimento) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/96451>. Acesso em: 1 nov. 2020.

SALDANHA, Gustavo Silva. A leitura informacional na teia da intermedialidade: um estudo sobre a informação no texto pós-moderno. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 13, n. 1, p. 55 - 66, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/37010>. Acesso em: 27 out. 2022.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SCHERTEL MENDES, Laura; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação Algorítmica**: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, v. 6, n. 90, p. 39 - 64, 2019.

SERBENA, Cesar Antonio. Anais do I Congresso de e-Justiça da UFPR. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

SILVA, Marcelo Mesquita. **Processo Judicial Eletrônico Nacional**. Campinas: Editora Millennium, 2012.

SCHRAMOWSKI, Patrick; TURAN Cigdem; JENTZSCH, Sophie; ROTHKOPF, Constantin; KERSTING, Kristian. **The Moral Choice Machine**. Journal Frontiers in Artificial Intelligence, v. 3, 2020. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/article/10.3389/frai.2020.00036>. Acesso em: 8 set. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. *The Law of Group Polarization*. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 91, Chicago, 1999. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=199668>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil. Discrimination in the Age of Algorithms. **Journal of Legal Analysis Oxford**, Oxford University Press, v. 10, p. 113 - 174, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jla/laz001>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases. **Social Research: An International Quarterly**, v. 86, n. 2, p. 499 - 511, 2019. Disponível em: <https://www.muse.jhu.edu/article/732187>. Acesso em: 15 jan. 2020.

VIRNO, Paolo. **Gramática de la multitud**. Madrid: Traficante de Sueños, 2003.

WELLMAN, Barry; GULIA, Mena. **Netsurfers don't ride alone: virtual communities as communities**. In: Barry Wellman (org). *Networks in the global village*. Boulder, Westview Press, p. 331 - 366.

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO E SUBJETIVA DO AGENTE PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS: DA IMPOSSIBILIDADE DO AGENTE PÚBLICO FIGURAR NO POLO PASSIVO DE AÇÃO PARA REPARAÇÃO DE DANOS

Juliano Jaronski²⁸²; Priscilla Garbelini Jaronski²⁸³

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião da prolação do acórdão de mérito da questão constitucional levantada no Leading Case RE1027633, Tema 940, julgado em 14 de agosto de 2019, pelo Min. Marco Aurélio, que versa sobre a responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes, nesta qualidade, que acabem por gerar prejuízos a terceiros, teve tese firmada nos termos que se segue:

[...] a teor do disposto n art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima par a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (STF, 2019)

A decisão transitou em julgado em dezembro de 2019, conforme certificada pelo Pretório Excelso em 14 de janeiro de 2020. No entendimento esposado a

²⁸² Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2000) e Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, Portugal (2006), com revalidação pela Universidade de São Paulo (USP) em 2013. Atualmente é professor de Direito nas Faculdades Integradas Cescage - Centro de Ensino Superior de Campos Gerais, Ponta Grossa, Paraná e professor de Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Tem experiência acadêmica na área de Direito, com ênfase em Direito Público (Constitucional, Teoria do Estado e Ciência Política, Ambiental). Exerce a função profissional de Advogado desde 2001, devidamente inscrito na OAB/PR com escritório sede na Cidade de Ponta Grossa, Estado do Paraná. Tem experiência profissional na área de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Eleitoral, Direito Processual Civil e Direito Processual Penal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5167942385539388>, julianojaronski@gmail.com.

²⁸³ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2004) e mestrado em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2011). Atualmente é Advogada, Professora do Centro de Ensino Superior de Campos Gerais - CESCAGE e do Instituto Euvaldo Lodi - IEL, Coordenadora da Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho pelo Cescage e Diretora Executiva e Procuradora da Casa da Indústria de Ponta Grossa. É doutoranda no Programa de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. É Membro do Conselho Municipal do Trabalho, do Conselho de Relações do Trabalho da Federação das Indústrias do Estado do Paraná e do Conselho de Desenvolvimento Econômico de Ponta Grossa. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3030314900472976>, prigarbel@hotmail.com.

vítima de lesão causada por servidor público não tem a prerrogativa de optar em propor a demanda de indenização contra o próprio servidor, autor do ato, ou contra a Administração da qual este faz parte, conforme bem lhe aprouver. Restou claro o entendimento de que a ação de indenização deve ser proposta em face da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público da qual o servidor faça composição de seu quadro de pessoal.

A presente pesquisa pretende, com fundamento na tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, decorrente do Tema 940, tomada por base o que dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, considerar o alcance da questão ao limitar a possibilidade da vítima da lesão, proponente da ação de indenização, ofertar sua demanda contra o servidor público responsável pelo evento danoso e principalmente quando percebe que este o fez com intenção de gerar o dano causado, ou seja, dolosamente.

O acórdão prolatado pela Suprema Corte nacional impõe limite ao direito de pessoa, prejudicada por ato de servidor público. O entendimento firmado pelos Ministros do Órgão determinou que, uma vez interessado em propor demanda judicial visando indenização por danos sofridos, a vítima, necessariamente, deverá propor a medida contra a Administração Pública da qual o servidor faça parte ou contra a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos, da qual o agente seja funcionário.

A medida judicial contra o agente causador do dano em si, caberá então à pessoa jurídica de direito público ou à pessoa jurídica de direito privado, da qual o servidor faça parte, com caráter regressivo, na esteira do que expõe a parte final do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Contudo, o presente trabalho está disposto a demonstrar que a intenção do legislador constituinte, ao redigir tal cláusula, não pretendia restringir o direito de ação da vítima, mesmo que somente para definir o polo passivo da mesma. Mas, principalmente, garantir que a Administração Pública, que é responsável por atos cometidos pelos seus servidores públicos que, no exercício de suas atribuições, causam prejuízos a terceiros, não venha a sofrer prejuízos aos cofres públicos sem garantias de seu ressarcimento.

A problemática reside no fato, uma vez que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, define que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, em tal qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável pelo ato, nos casos de dolo ou culpa, acaba por excluir a possibilidade e o direito da vítima em ingressar com a medida judicial que considerar pertinente contra aquele que eventualmente tenha o interesse

de responsabilizar. Mais do que isso, impõe à Administração Pública prejuízos com a demanda regressiva e com a obrigação de provar o dolo e a culpa do seu agente, na busca pelo ressarcimento dos recursos dispendidos na indenização para com terceiro.

A metodologia adotada para o presente trabalho envolve pesquisa descritiva, optando pelas técnicas mais adequadas para a interesse a ser alcançado, mantendo-se certa distância do objeto de estudo, de modo a não influenciar os resultados conseguidos.

A estrutura do presente trabalho compreende uma detida análise do interesse do legislador constituinte na edição do artigo 37, § 6º, a definição da responsabilidade objetiva do Estado, nos moldes propostos na Constituição Federal e os seus resultados práticos. Em segundo momento será trabalhada a tese da responsabilidade subjetiva que recai sobre os ombros dos servidores públicos, causadores de danos a terceiros, e que serão então implicados a indenizar os cofres públicos quando presentes elementos como o dolo e a culpa.

Enfim, o trabalho será focado, em sua parte final, na limitação definida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Especial nº 1027633, Tema 940, ao firmar a tese que à vítima de dano causado por servidor, no exercício de suas atribuições fixadas por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, compete propor ação de indenização contra a Administração, ou contra a prestadora de serviço público, cabendo a esta propor ação regressiva em face do servidor para o ressarcimento dos cofres públicos.

1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade objetiva é aquela sem culpa, com fundamento na teoria do risco administrativo. Esta teoria é adotada justamente para fundamentar a responsabilidade civil do Estado, com a necessidade de proteção do particular, de modo a evitar que suporte danos advindos de atividades destinadas ao interesse da coletividade. Decorre de ato comissivo ou omissivo, independente de dolo ou culpa, e que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Sustenta este entendimento o nobre Professor Cahali (2014, p. 33) ao defender:

Em outros termos, a responsabilidade implica a assunção de responsabilidades pelo risco criado pelas atividades impostas ao órgão público; ao nível da responsabilidade objetiva – e, conseqüentemente, da teoria do risco criado pela atividade administrativa, descarta-se qualquer indagação em torno da falha do serviço ou culpa anônima da Administração.

Por óbvio que tal responsabilidade não dispensa, enquanto requisito, que se faça presente o nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano percebido por terceiros. Ou seja, é a atuação do agente público, comissiva ou omissiva, que repercutindo na esfera do terceiro, acaba por causar um dano indenizável. Nesta esteira não há que se apurar se o agente acabou por praticar o ato por dolo ou culpa. Basta que haja o ato administrativo e a repercussão deste na esfera de terceiro, para que se concretize a obrigação em reparar o dano.

Importa atribuir ao Estado, responsável pelas ações e omissões administrativas de seus servidores, a responsabilidade pelo risco criado decorrente de sua própria atividade administrativa e surge como expressão concreta dos princípios da equidade e da igualdade dos ônus e dos encargos sociais. É afirmar, constitui-se como a forma democrática de distribuição dos ônus e dos encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública.

Conforme inteligência de Bandeira De Mello (2014, p. 1017) o aproveitamento da responsabilidade do Estado é uma maneira clara de evidenciar igualdade entre as pessoas, sejam elas de direito público ou privado, estando todas submetidas a mesma legislação, consolidando que:

[...] a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica e inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.

Diverge da responsabilidade subjetiva, eis que nesta além da percepção do ato danoso, do prejuízo percebido por terceiro, bem como do nexo de causalidade entre tais extremos, há que se perceber, ao mesmo tempo, o dolo e a culpa do agente na prática do ato. Estando presentes todos os elementos é que se falar em responsabilidade do causador do dano em favor da vítima prejudicada, devendo se fazer presente a intenção na prática do ato, o risco assumido ou, ainda, o cometimento do mesmo de forma negligente, imprudente ou imperita.

Em que pese ter perseverado discussão desde 1988 sobre a responsabilidade civil do Estado, se objetiva ou subjetiva, foi com o Código Civil de 2002 que se constituiu como patente não existir mais espaço para a compreensão de que a responsabilidade do Estado é subjetiva. O artigo 43 do Código Civil de 2002, o qual praticamente repete a disposição do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, assentou na legislação civil a teoria do risco administrativo para embasar a responsabilidade civil do Estado, revogando o artigo 15 do extinto Código Civil de 1916, o qual servia de suporte legal para a responsabilidade subjetiva.

É de se entender que a ausência de norma legal em tal sentido, não admite mais espaço ou discussão que permita sustentar a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público como subjetiva. Significa afirmar, a responsabilidade do Estado é objetiva e, portanto, basta tão somente a ocorrência do evento danoso, o prejuízo experimentado por terceiro, bem como o nexo de causalidade entre ambos, para que se faça presente a obrigação de indenizar.

Pois a norma constitucional que se apresenta é clara ao atribuir a responsabilidade dos danos causados por seus agentes, em tal qualidade, a terceiros, independentemente de dolo ou culpa. Ou seja, responsabilidade objetiva é clara e de tal modo deve ser aplicada. No § 6º do artigo 37 da Carta Magna é possível constatar a previsão da responsabilidade objetiva do ente estatal, conforme a redação do, como se segue:

Art. 37. [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Trata-se de ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência pátria que o dispositivo constitucional conserva norma autoaplicável, de eficácia plena, ou seja, independe de regulamentação infraconstitucional. Por assim ser, basta que se observe o nexo causal entre o ato administrativo praticado pelo agente público e a concretização do dano percebido por terceiro, para que se possibilite a concretização do comando constitucional em indenizar.

Por sua vez o Código Civil traz em seu artigo 43:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Percebe-se que não apenas pessoas jurídicas de direito público, aquelas pertencentes à Administração Pública, são responsabilizadas objetivamente por danos causados por seus agentes, mas também as pessoas jurídicas de direito privado, que estejam na condição de concessionárias e permissionárias de serviços públicos, também acabam por responder objetivamente por prejuízos que seus agentes venham a causar a terceiros.

Em seu manual de Direito Administrativo, Carvalho (2017, p. 340) defende:

[...] para que haja a responsabilidade objetiva, nos moldes do texto constitucional, basta que se comprovem três elementos, quais sejam: a conduta de um agente público, o dano causado a terceiro (usuário ou não do serviço) e o nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano. Nota-se que não há a necessidade de comprovação do requisito subjetivo, ou seja, o dolo ou a culpa do agente público causador do dano ou até mesmo a culpa do serviço, pela demonstração de serviço mal prestado como ensejador do dano.

Conforme Venosa (2002, p. 36), “sob esse prisma, quem, com sua atividade, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício.”

Importante afirmar que o entendimento que persiste é que a responsabilidade civil do Estado envolve a reparação não apenas do prejuízo patrimonial como igualmente do dano moral perceptivelmente suportado. Neste sentido merece transcrição a ideia de Bittar (1996, p. 35), com o seguinte posicionamento sobre o tema:

[...] a reparação de danos morais exerce função diversa daquela dos danos materiais. Enquanto estes se voltam para a recomposição do patrimônio ofendido, através da aplicação da fórmula ‘danos emergentes e lucros cessantes’ (Código Civil, art. 1.059), aqueles procuram oferecer compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento havido. De outra parte, quanto ao lesante, objetiva a reparação impingir-lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

Pode-se afirmar que cabe a Administração Pública indenizar todo aquele que sofrer qualquer tipo de dano, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, decorrente da ação ou omissão advinda de atos lícitos ou ilícitos praticados pelo Estado ou seus agentes. Não obstante, a Constituição Federal de 1988 assegura ao Estado o direito de mover ação regressiva contra o agente público responsável pelo ato, desde que demonstrado que este agiu com dolo ou culpa.

2 RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO MEDIANTE AÇÃO REGRESSIVA

Convém mencionar novamente que o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal é claro ao citar como assegurado o direito de regresso [da Administração] contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, são requisitos para que o agente público possa ser responsabilizado mediante ação regressiva da Administração contra ele: a prática de ato na condição de agente público, o dano percebido por terceiro, o nexo de causalidade que é a relação entre o ato praticado e o dano percebido pelo particular, bem como imprescindível que estejam presentes o dolo ou a culpa por parte do agente.

É afirmar que a responsabilidade civil do agente público tem caráter subjetivo, fazendo-se necessária a comprovação do dolo ou da culpa para que este possa ser, de fato, responsabilizado. Isto ocorre, principalmente, por se considerar que a ação ou omissão dos agentes públicos, no campo funcional, deve ser vista como de boa-fé e conforme o direito.

Para que a responsabilidade recaia aos agentes públicos faz-se essencial que o dano seja antijurídico, relevante, reprovável, culpável, individualizável e vinculado ao exercício da função pública. Esses elementos, todos eles sem exceção, demandam ser investigados e cabalmente provados na ação ou na omissão do agente, para que reste a esse a obrigação em indenizar, mesmo que em ação regressiva.

Importante afirmar ainda que, uma vez caracterizado o dolo ou a culpa por parte do agente, ônus de provar que recai sobre as mãos da Administração Pública, não se constitui como discricionariedade do ente determinar se buscará a responsabilização do agente ou o deixará isento de qualquer imputação.

A Administração Pública não possui disponibilidade sobre o patrimônio público e é sua obrigação velar pela integridade do mesmo, cabendo-lhe adotar todas e quaisquer providências legais que lhe estejam às mãos para compensação dos danos a ele causados. Por assim ser, é certo afirmar que a responsabilidade civil do Estado, pelos prejuízos que seus agentes acabam causando a terceiros é objetiva, sendo que esses agentes poderão ser responsabilizados, desde que demonstrado que agiram com dolo ou culpa na prática de suas condutas.

Significa dizer que o agente que comete o dano, enquanto servidor da Administração ou funcionário da prestadora de serviços públicos, não ficará isento de qualquer responsabilidade. Todavia, a mesma será apurada contra o responsável quando ficar demonstrado que o agente agiu com intenção de praticar o dano, que assumiu o risco em produzi-lo ou agiu de forma negligente, imprudente ou imperita.

Sobre a matéria faz-se prudente buscar na Lei do Servidor Público Civil Federal a responsabilidade do agente pelo exercício irregular de suas atribuições. A matéria está vergastada no artigo 121 da Lei 8.112/1990, como se passa a demonstrar: “O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”.

Merece comentar que o dispositivo constitucional também segue disciplinado pelo demais dispositivos que se seguem ao artigo 121 da Lei 8.112/1990, como se passa a demonstrar:

Art. 122. Responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

[...] § 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

A exemplo, vale mencionar parte de decisão do Tribunal de Contas da União no Acórdão 2391/2018, ao decidir Tomadas de contas especial, com a seguinte literalidade:

O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINB) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

A Lei 8.112/1990 traz em seu artigo 126-A uma excludente de responsabilidade ao servidor público, seja na esfera civil, penal ou administrativa, por dar ciência à autoridade superior ou a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tome conhecimento, mesmo que em decorrência do exercício do cargo, emprego ou função pública.

Uma vez que a Administração Pública, ou as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, venha a sofrer medida judicial promovida por terceiro que percebeu prejuízos em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial, por ato praticado por algum de seus servidores, ao ser condenada ao pagamento de indenização deverá propor a competente medida regressiva contra o agente público praticante do ato danoso, contudo, sendo de sua responsabilidade a demonstração que o mesmo agiu de forma dolosa ou culposa.

Ou seja, somente após fazer frente à obrigação de ressarcir é que a Administração Pública deverá apurar o nível de responsabilidade do agente público e, uma vez caracterizada que agiu com intenção de praticar o dano, assumiu o risco em fazê-lo, ou ainda que o fez de forma negligente, imprudente ou imperita, poderá exigir a reposição dos valores de modo a evitar prejuízos ao erário.

Também não é demais lembrar que, uma vez mais citando Carvalho (2017, p. 340):

Se o agente público comprovar que agiu com diligência, prudência e perícia e que não teve a intenção de causar qualquer espécie de dano, ele estará isento de responsabilidade pessoal perante o Estado, mas não influencia na responsabilidade do ente público.

Por assim ser, possível que a Administração Pública acabe arcando com a reparação dos danos percebidos por terceiro, o que fruto da responsabilidade civil objetiva independente de dolo ou culpa, e, posteriormente, não consiga comprovar que a ação ou omissão do agente, que será apurada em responsabilidade subjetiva, foi tomada com os elementos necessários a lhe permitir reaver os valores, satisfazendo o prejuízo aos cofres públicos.

Ocorre que a responsabilidade civil subjetiva do agente público, já reclamada pelo terceiro prejudicado em ação de reparação de danos contra este, ou contra este e contra a Administração Pública da qual faz parte, em caráter litisconsorcial, era tida como possível pelo Superior Tribunal de Justiça, assegurando ao prejudicado optar contra quem demandar ação para reparação dos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais percebidos.

Como meio para exemplificar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é válido transcrever trecho de julgamento por ele realizado no Recurso Especial nº 1325862/PR:

[...] há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. (STJ, 2011)

É dizer, em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal que já caminhava no sentido de não admitir qualquer forma de litisconsórcio entre agente causador do dano e a Administração, nas ações de reparação de danos por terceiros prejudicados, também não admitia que ações com este fundamento fossem propostas exclusivamente contra o agente público causador do dano.

Ou seja, restaria ao terceiro prejudicado, ao propor demanda judicial, inserir no polo passivo da demanda apenas a Administração Pública. Enfim, caberia a esta, uma vez condenada, observando presentes dolo ou culpa por parte do agente, propor a ação de regresso para o ressarcimento dos cofres públicos.

Com a decisão formalizada no Recurso Especial nº 1027633, agora decidida com Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal (2008) pacifica o entendimento, vinculando futuras decisões a serem prolatadas por instâncias inferiores do Judiciário brasileiro. Isto pelo fato de ser, a Repercussão Geral, um instituto com objetivo de permitir à Suprema Corte analisar o mérito da questão levada ao seu conhecimento e a sua decisão passar a ser aplicada em casos idênticos que estejam pendentes de julgamento nas outras esferas do Poder Judiciário.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A discussão fundamental que se coloca a respeito do tema até o momento tratada foi matéria de exame pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu com repercussão geral, o Recurso Especial nº 1027633, Tema 940, julgado em 14 de agosto de 2019, pelo Min. Marco Aurélio que afigura saber se a vítima que sofre um prejuízo em decorrência de um ato praticado por agente público, no exercício de suas atribuições, tem autoridade para promover a competente medida judicial reclamando ser indenizada pelo próprio agente público responsável pelo dano.

É certo que o Supremo Tribunal Federal já era detentor de precedentes no sentido de reconhecer a ilegitimidade passiva do agente público, condicionando que o terceiro prejudicado, uma vez interessado em fazer prevalecer o seu interesse na reparação do dano percebido, propusesse a demanda judicial em face da Administração Pública da qual o agente é servidor, ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos da qual o agente é funcionário.

O fundamento maior para que a tese esteja assim firmada leva em consideração que os atos praticados na condição de agente público ensejam a responsabilidade objetiva da Administração Pública da qual o agente faz parte, pois este está a agir como mero preposto do Estado.

Não há que se falar, portanto, em prejuízo à vítima que amargou dano patrimonial ou extrapatrimonial, pois sua proteção vem assegurada na medida em que a norma constitucional garante a propositura da ação de reparação em face da Administração Pública, inclusive com o reconhecimento de responsabilidade objetiva, ou seja, independente de dolo ou culpa.

De igual forma, resta protegido o agente público que por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições, estaria a prejudicar terceiros, que somente poderá ser responsabilizado em ação de regresso, proposta exclusivamente pelo Estado, sendo dela necessária a demonstração da ocorrência do dolo ou da culpa.

O Relator da matéria do Tema 940 no Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio Mello, bem esclareceu essas condições, na medida em proferiu voto, do qual se transcreve:

O dispositivo é inequívoco ao estabelecer, em um primeiro passo, a responsabilidade civil objetiva do Estado. Na cláusula final, tem-se a dualidade da disciplina, ao prever direito de regresso da Administração na situação de culpa ou dolo do preposto responsável pelo dano.

Nota-se que as considerações do Ministro Relator até o momento faziam consideração sobre o dispositivo constitucional, contudo, sem mencionar a ilegitimidade passiva do agente público em eventual ação de reparação de danos proposta pela vítima, independente se exclusivamente contra o agente causador do dano ou em litisconsórcio passivo com a Administração.

E continuou:

Consoante o dispositivo, a responsabilidade do Estado ocorre perante a vítima, fundamentando-se nos riscos atrelados às atividades que desempenha e na exigência de legalidade do ato administrativo. A responsabilidade subjetiva do servidor é em relação à Administração Pública, de forma regressiva.

É interessante considerar que a disposição constitucional parecia permitir ao prejudicado, pela ação ou omissão do agente, dois caminhos distintos. Um deles propor a ação em face do Estado, pelos danos suportados em decorrência de ação ou omissão por parte de agente público, ocasião em que a responsabilidade civil é objetiva e, portanto, prescindível de dolo ou culpa.

Noutro diapasão, a vítima poderia preferir intentar a medida judicial de reparação em face do agente causador do dano, ocasião em que a responsabilidade revestir-se-ia de caráter subjetivo, cabendo ao demandante a prova sobre a atuação do agente com dolo ou culpa, de modo a fazer prevalecer o seu direito. Eventuais vantagens poderiam ser percebidas na impossibilidade de prazos contados em dobro ou emissão de precatórios para satisfação de crédito.

Por certo a vítima gozaria de maiores vantagens na medida em que estivesse a discutir judicialmente na seara da responsabilidade objetiva, pois eventual reparação dos danos suportados não passaria pelo crivo do dolo ou da culpa. Mas é de se considerar, de igual forma, que eventualmente optando em propor ação direta contra o agente causador do dano poderia contar com vantagens tanto na própria ação de conhecimento, como no momento posterior, quando da fase de cumprimento de sentença, não se tendo o que falar em emissão de precatórios e eventual demora na satisfação de seu crédito.

É interessante destacar que a visão do Supremo Tribunal Federal, no aspecto de destacar a denominada dupla garantia, protegeria o agente público, mas nem tanto pelo seu caráter de funcionário do Estado. Mas e tão somente que, pelos seus atos, ações e omissões, é que a Administração se manifesta, demonstrando existir verdadeira confusão entre os atos do agente público e a própria vontade da Administração.

Mais, o voto do Ministro Relator Marco Aurélio Mello retira qualquer dúvida sobre a importância em se proteger o exercício da função pública pelo agente, eis que poderia sentir-se tolhido no exercício de suas atribuições no desempenho do cargo público que ocupa, face eventual possibilidade de ações propostas por terceiros supostamente prejudicados pelas suas ações ou omissões. E assim esclarece: “A possibilidade de ser acionado apenas em ação regressiva evita inibir o agente no desempenho das funções do cargo, resguardando a atividade administrativa e o interesse *público*”.

Ou seja, mais do que uma garantia ao servidor público, não ser demandado por terceiros por danos causados pelas suas ações ou omissões, configura-se como verdadeiro resguardo à atividade administrativa e ao próprio interesse público.

Assim é que em seu voto, provendo o Recurso Extraordinário, manifestou-se pela reforma do acórdão recorrido oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por entendê-lo em desconformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assentando, agora com Repercussão Geral, a ilegitimidade passiva do agente público causador do evento danoso para figurar na demanda proposta por terceiro prejudicado.

Mais, propôs tese aos demais pares, para efeito da repercussão geral adstrita a matéria vergastada, que se transcreve literalmente: “A teor do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato.”

É válido considerar ainda que, por ocasião do seu voto, no indigitado processo, o Ministro Luiz Fux selou o tema com a seguinte ponderação: “A questão é a seguinte: nós estamos decidindo a causa sob o prisma processual. O Ministro Marco Aurélio está dizendo: o servidor não tem *legitimatio ad causam*. Não se está discutindo aqui o mérito da ação de regresso. Então, fico com a tese do Relator”.

Assim é que, à unanimidade de votos, em apreciação ao Tema 940 da Repercussão Geral, no Recurso Especial nº 1027633/SP o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao mesmo. Todavia, por maioria de votos, consolidou a matéria fixando a seguinte tese:

A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (STF, 2019)

Portanto, ficou fixada a tese, com Repercussão Geral, como forma de uniformizar a jurisprudência pátria, onde o particular prejudicado por ação ou omissão de agente público, no exercício de suas atribuições, bem como de funcionário de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, não tem a faculdade de propor ação de reparação de danos exclusivamente contra o próprio servidor.

De igual forma, não lhe é assegurado propor ação de reparação de danos contra o agente causador do dano e a pessoa jurídica, pública ou privada, da qual o mesmo faz parte, em caráter litisconsorcial.

Resta-lhe, no exercício de sua prerrogativa de levar ao Poder Judiciário a demonstração de lesão ou a ameaça de lesão ao seu direito, incluindo no polo passivo da ação a Administração Pública do qual o agente causador do dano faz parte e, na responsabilidade objetiva do ente estatal, fazer prevalecer o que lhe assegura a lei.

Considerando que os cofres públicos não devem ser prejudicados pelas ações de qualquer pessoa, caberá a Administração Pública, percebendo a presença de elementos subjetivos que caracterizem que a ação ou a omissão do agente ocorreu com intenção, assumindo o risco ou foi praticada com imprudência negligência ou imperícia, propor a ação de regresso que lhe cabe e esperar que restem demonstrados, com seu ônus de provar, os elementos assinalados a garantir o ressarcimento aos cofres estatais.

4 DIGRESSÕES SOBRE A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 1027633/SP

É bem verdade, condição a qual não se contesta, que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto a necessária responsabilidade da Administração Pública e não de seu servidor, por ações ou omissões no exercício de suas atribuições, está alicerçada no aspecto da dupla garantia.

A dupla garantia assegura ao terceiro prejudicado por ação ou omissão de servidor público, no exercício de suas atribuições, a buscar a tutela jurisdicional do Estado na proteção de sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial, atingida

pelo ato do agente. Ou seja, significa dizer que não haverá dano sem a devida reparação, contudo, a responsabilidade será do Estado e não do agente diretamente.

O outro aspecto de tal garantia é assegurar que o próprio servidor público esteja amparado e não sujeito às mais diversas formas de ações judiciais contra si, em decorrência de terceiros sentirem-se prejudicados pelos atos que aquele desempenha no exercício de suas atribuições e visando sempre o bem geral, o bem comum, que é a finalidade de existência da sociedade organizada. Esses aspectos estão bem claros no acórdão prolatado no Recurso Especial nº 1027633/SP:

A Constituição Federal preserva tanto o cidadão quanto o agente público, consagrando dupla garantia. A premissa ensejadora da responsabilidade civil do Estado encontra guarida na ideia de justiça social. A corda não deve estourar do lado mais fraco. O Estado é sujeito poderoso, contando com a primazia do uso da força. O indivíduo situa-se em posição de subordinação, de modo que a responsabilidade objetiva estatal visa salvaguardar o cidadão. (STF, 2019)

Não se pode negar a importância de tal proteção a ambas as partes, o terceiro prejudicado de buscar o ressarcimento pelos prejuízos sofridos, bem como o próprio servidor público, ou o agente de pessoa de direito privado prestadora de serviço público, que ao desempenhar as atribuições que lhe cabe, não pode permanecer à mercê das mais diversas formas de infortúnios praticados por terceiros que se sintam prejudicados.

Imagine, para tanto, situação hipotética onde o servidor público de empresa estatal de fornecimento de energia elétrica, que ao executar ordem de suspensão do fornecimento de energia elétrica, por falta de pagamento, descobre nas semanas seguintes estar sendo demandado judicialmente pelo terceiro que teve sua energia elétrica “cortada”. A alegação sustenta-se no perecimento de alimentos refrigerados que acabaram perdendo a qualidade necessária para consumo.

Ora, justo que não se deva permitir demandas como tais, onde o servidor público está a cumprir ato que lhe cabe, por determinação legal ou de autoridade superior, no exercício claro e indiscutível de suas atribuições em favor de toda a coletividade.

E, uma vez responsabilizado o Estado, que sejam apurados os fatos apontados de modo a verificar a presença de dolo ou culpa na postura adotada pelo agente, para assim permitir que a Administração Pública possa, em ação regressiva, buscar o ressarcimento dos cofres públicos e evite prejuízos ao erário fazendo, prova de que o agente agiu intencionalmente, assumiu o risco na prática da conduta, ou o fez de forma imprudente, negligente ou imperita.

Mas a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao que se observa, não contempla situações diversas onde o agente pratica um ato e a responsabilidade civil recai ao Estado. Algumas delas, onde o agente público tem a intenção em atingir o terceiro deliberadamente e onde nem sempre o faz no exercício próprio de suas atribuições ou responsabilidades.

Bem defende o Ministro Luiz Edson Fachin (2012, p. 195): “[...] parece fundamental, todavia, abandonar-se a postura da segurança dos conceitos, uma vez que, em certa medida, as explicações segmentadas conduzem a uma banalização da complexidade dos problemas”. Para o Professor, “hoje, mais do que nunca, deve o estudioso afeiçoar-se a perguntas sem resposta”. É o que se pretende com o presente trabalho, consciente que o número de questionamentos que podem nos perturbar é “infinitamente maior do que as respostas que podemos obter”, seja da lei, da doutrina ou da jurisprudência.

Podem existir situações, como de fato existem, onde a intenção do agente é atingir a esfera patrimonial ou extrapatrimonial do particular, ocasiões essas onde não se pode aceitar que inexista entendimento sobre a possibilidade da demanda ser proposta pelo prejudicado diretamente contra o agente público ou contra o servidor de pessoa jurídica prestadora de serviço público.

Note-se o próprio caso concreto tomado pelo Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial nº 1027633/SP (STF, 2019), ao qual se atribuiu Repercussão Geral sob o Tema 940, que acabou sendo julgado como acima mencionado. Houve reforma da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a qual reconhecera a possibilidade da demanda ser proposta pelo terceiro prejudicado em face do próprio servidor público que tomou o ato deliberadamente danoso.

Não se esqueça que o próprio Superior Tribunal de Justiça já havia manifestado, verdade que em processos judiciais distintos, sobre a possibilidade de o demandante em ação de reparação de danos optar em propor a demanda em face do Estado ou do próprio agente público que praticou o dano que acabou por atingir sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial. Aliás, havia entendimento de que a demanda poderia ser proposta pelo terceiro contra ambos, não apenas contra o agente praticante do ato, mas também contra a própria Administração Pública da qual ele fazia parte.

Mas, retornando o caso concreto oriundo do Recurso Especial nº 1027633/SP (STF, 2019), a simples leitura do Relatório do processo permite compreender que o autor da ação na origem propôs demanda de indenização por danos materiais e morais contra a ré, então prefeita do Município de Tabapuã. O autor é servidor público na condição de motorista e nas eleições de 2008 concorreu ao cargo de vereador pela sua cidade.

Venceu as eleições e passou a exercer oposição à prefeita. Foi então, por decisão da alcaide, removido da área e do local onde prestava seus serviços de motorista da Administração, transferido para localidade distante a cerca de 30 quilômetros de sua residência. Defendeu na inicial que a perseguição sofrida pela prefeita, além da remoção para prestar seus serviços em outra localidade do município não ocorreu por outra intenção, senão política, e rendeu-lhe, bem como à sua família, prejuízos materiais e morais carecedores de reparação.

Em primeira instância o Juízo acolheu a tese defendida de ilegitimidade passiva. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou o posicionamento dado em sentença, proveu a apelação do servidor público tido como prejudicado, sob o argumento de caber ao proponente da ação judicial a escolha de contra quem demandar e que não existem óbices razoáveis a proibir o acionamento direto do servidor cujos atos tenham prejudicado o indivíduo.

Sem adentrar ao mérito da demanda, se ocorreram medidas por parte da prefeita da cidade em deliberadamente prejudicar a vítima, verdade é que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao considerar que qualquer prejudicado por atos praticados, omissivos ou comissivos, pelos agentes públicos, no exercício de suas atribuições, exigem que eventual ação de reparação dos danos seja proposta contra a pessoa jurídica de direito público da qual o servidor faz parte, mais do que fazer prevalecer a teoria da dupla garantia, pode revestir-se como instrumento de indevida proteção a servidores inescrupulosos.

Certa a medida da Corte Superior ao proteger servidores públicos que, no exercício de suas atribuições, visando o bem geral, não estarão sujeitos às mais diversas possibilidades de medidas judiciais de terceiros supostamente prejudicados por seus atos.

Contudo, é certo também considerar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1027633/SP (STF, 2019), Tema 940 de Repercussão Geral, acaba por amparar indevidamente servidores públicos, bem como funcionários de pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, que no trato de ocasiões de interesse pessoal ou político, como o caso concreto trabalhado, estejam protegidos indevidamente.

É verdade que não se pode afirmar que não estarão protegidos, argumentando existir a parte final do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, a qual admite a ação de regresso contra o servidor. Mas, verdade é que não se pode conceber que tamanha responsabilidade, ônus ou dispêndio de recursos públicos, precisem ocorrer para que o Estado garanta o ressarcimento dos seus cofres e somente assim devam ser responsabilizados os responsáveis diretos pelos danos causados.

Isto pelo fato, como o próprio dispositivo constitucional prevê, somente restando demonstrados dolo ou culpa, a Administração Pública poderá lançar mão da ação de regresso para fazer prevalecer os seus direitos. Que não se esqueça que caberá à Administração, na via regressiva, provar os elementos subjetivos de dolo ou culpa para que então lhe seja reconhecido o direito de ressarcimento, o que nem sempre é fácil de fazê-lo.

Ou seja, na medida em que o Supremo Tribunal limita o poder de ação do terceiro prejudicado, passa a exigir que a Administração Pública, em ação de regresso, faça as provas necessárias da existência de dolo ou culpa por parte do agente, para que seja possível o ressarcimento dos cofres públicos.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento sobre a legitimidade passiva em medidas judiciais propostas por terceiros prejudicados por ações ou omissões de agentes públicos, no exercício de suas atribuições. É certo afirmar que o entendimento da Suprema Corte já vinha delineado há alguns anos, todavia, pairavam nos órgãos judiciários brasileiros divergências de entendimentos.

O tema é de grande importância e, uma vez selecionado o Recurso Especial nº 1027633/SP (STF, 2019), em Repercussão Geral sob o Tema n. 940, tratou-se de buscar o alinhamento jurisprudencial sobre casos idênticos pendentes de julgamento nos mais diversos tribunais pátrios.

A matéria versa, antes de mais nada, sobre a necessidade do terceiro prejudicado, por medidas praticadas por agentes públicos ou funcionários de pessoas jurídicas que prestam serviços públicos, demandar a competente ação judicial para a reparação dos danos contra a própria Administração ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos, e não contra o agente público responsável pela ação ou omissão danosa.

Por sua vez, a Administração Pública não deve arcar com a responsabilidade quando o servidor age com dolo ou culpa. Significa dizer que, uma vez responsabilizada objetivamente por ações ou omissões de seus servidores, deve a Administração Pública intentar a competente ação de regresso para ressarcimento dos cofres públicos, todavia, tendo a obrigação de demonstrar que o agente, mesmo no exercício de suas atribuições, agiu com intenção de praticar o dano ou assumiu deliberadamente o risco em produzi-lo. Ou, ainda, que agiu de forma negligente, imprudente ou imperita.

O entendimento que já se sobressaía na Corte Suprema brasileira era o de assegurar, sob o manto da chamada dupla garantia, o direito de ressarcimento

ao prejudicado, mas também a proteção ao servidor público que, nessa condição, exerce as suas atribuições e acaba por causar danos a outrem.

Foi então que, como forma de pacificar a jurisprudência brasileira sob o tema, selecionado o Recurso Especial nº 1027633/SP (STF, 2019), com Repercussão Geral sob n. 940, o Supremo Tribunal Federal decidiu, vinculando sua decisão aos demais órgãos judiciários brasileiros, que nas ações propostas como forma de reparação de danos causados por agentes públicos, no exercício de suas atribuições, a ação judicial não deve ser proposta contra a pessoa do servidor.

É dizer, não pode o agente público figurar no polo passivo da demanda, por declarada ilegitimidade passiva, pois o entendimento esposado pela Corte Suprema é que o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal condicionou a propositura da ação judicial exclusivamente contra a Administração Pública da qual o servidor faça parte, ou contra a pessoa jurídica de direito privado que preste serviço público, da qual o agente causador do dano seja funcionário.

Retirou-se da vítima prejudicada o direito de propor a demanda contra quem bem considerasse. O agente público até será responsabilizado, todavia, mediante ação de regresso após a Administração Pública experimentar o prejuízo em seus cofres e intentar ação contra o servidor, ocasião em que caberá a ela comprovar a presença de elementos como dolo ou culpa, para fins de ser ressarcida.

No presente trabalho procura-se examinar a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal pois, com a devida vênia, é destacável a quantidade de ações ou omissões de agentes públicos que geram danos a terceiros e, mesmo praticados no exercício da função pública que ocupam, muitas vezes não possuem a intenção clara de proteção à finalidade do Estado, mas precisamente de atingir o particular.

É o caso claro do próprio *Leading Case* Recurso Especial nº 1027633/SP (STF, 2019), Tema 940, onde o autor, motorista do serviço público municipal, demandou ação de reparação de danos contra a prefeita de sua cidade, pois se sentiu prejudicado com ato deliberado da alcaide ao remove-lo e transferi-lo para outra localidade para o exercício de suas funções.

Detalhe que o servidor público prestava seus serviços há muitos anos no mesmo local e secretaria municipal e a conduta do agente público em transferi-lo não guardou qualquer justificativa confiável. Mais ainda, o servidor público prejudicado foi eleito vereador no município, com período de legislatura compatível com o período em que a prefeita exercia o seu mandato. Entretanto, o motorista, então vereador, adotava postura de oposição política à prefeita.

Pois bem, o desfecho não foi outro senão o Supremo Tribunal Federal reformar a decisão proferida em Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, definindo o caso, com Repercussão Geral, ou seja com vinculação aos casos semelhantes pendentes de julgamento nos demais órgãos judiciais do País, para fins de reconhecer que o servidor público praticante de ato administrativo que gera danos a terceiros é parte ilegítima para figurar no polo passivo de demanda que reclame reparação de danos.

O que se pretende demonstrar é que a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em sede de Repercussão Geral, ou seja, pacificando o entendimento jurisprudencial pátrio, ensejará medidas judiciais contra a Administração Pública onde seus servidores agiram no exercício de seus cargos, é verdade, contudo, sem que suas atribuições tenham sido praticadas no exercício regular de suas responsabilidades ou visando a finalidade do Estado, que é o bem geral, o bem comum.

Não raras vezes é possível identificar casos concretos ocorrendo em solo pátrio onde os agentes públicos praticam atos onde o interesse pretendido não é o bem comum, mas a segurança em favor de um determinado grupo ou pessoa, sem contar nos casos onde a intenção não é outra, senão atingir prejudicialmente um terceiro. O uso claro da máquina estatal para alcançar fim distinto de sua existência, senão o de prejudicar um terceiro, como o de um desentendimento político, nos moldes do caso concreto trazido à baila no Recurso Especial nº 1027633/SP (STF, 2019).

Não apenas contraditório, mas principalmente prejudicial economicamente à própria Administração Pública ao exigir que arque com as responsabilidades por atos praticados por seus agentes, para somente após reclamar via ação de regresso o ressarcimento dos cofres públicos.

Mais do que isso, não se pode admitir que a Justiça se concretize aos olhos do terceiro prejudicado, que verá o ente público sendo responsabilizado em arcar com os danos sofridos pela prática indevida de um servidor seu, onde a ação de regresso nem sempre surtirá os efeitos pretendidos para o ressarcimento dos cofres públicos e culpar a quem de fato deve ser considerado responsável.

Porém, é certo também afirmar que se vislumbra certa dificuldade para que a legislação brasileira, a iniciar pela Constituição Federal de 1988, tenha condições de previa e abstratamente definir casos que serão possíveis serem demandados contra servidor público e outros que necessariamente devem ser propostos contra o ente público do qual o servidor faz parte.

Ou seja, definir previamente que a ação ou omissão do agente foi prática deliberada contra terceiro e sem intenção de alcançar o bem comum, onde deveria ser permitindo ao prejudicado propor ação diretamente contra o servidor. Ou iden-

tificar os casos onde o agente vislumbra o alcance do bem geral, que é finalidade do Estado, e acaba por prejudicar terceiros, realidade onde a ação de reparação por danos sofridos deve sim ser proposta contra a Administração para, posteriormente, se pensar em ação de regresso quando percebidos presentes o dolo ou a culpa do agente.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais: a questão da fixação do valor**. Caderno de doutrina, Tribuna da Magistratura, julho/1996.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Lei 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF, 11, Dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 327.904/SP**, Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, DJe 8/9/2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.027.633 SP**, Relator o Ministro Marco Aurélio, Dje 14/1/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751571868>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL, **Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.391/2018, Plenário, Tomada de Constas Especial**, Rel. Min. Benjamin Zymler, Boletim de Jurisprudência do TCU n. 241 de 06 nov. 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 27 out. 2022.

CAHALI, Yussef. Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 44. ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Editora JusPodivm, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

O DIREITO DA INSOLVÊNCIA NA CONTEMPORANEIDADE E O PAPEL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO AUXÍLIO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA NOVA PERSPECTIVA TRAZIDA PELA LEI Nº 14.112/2020

Karen Paiva Hippert²⁸⁴, Adriane Garcel²⁸⁵, Fernando Gustavo Knoerr²⁸⁶

INTRODUÇÃO

Trata-se, a empresa, de instituição essencial à economia e sociedades modernas, com alto poder de transformação.

A atividade empresarial, por ela desenvolvida, impacta na ordem econômica e social como fator de desenvolvimento. Gera riquezas, emprega, mantém pulsante a economia. Em última análise, assegura, não exclusivamente aos interesses individuais, dos sócios e acionistas, ou apenas a manutenção do Estado, mas também a concretização dos fins constitucionalmente eleitos em benefício de toda a coletividade.

É ela espécie de braço auxiliar ao Estado na consecução da justiça social e dignidade da pessoa humana, desempenhando relevante função social, de modo que a crise empresarial acaba por impactar a sociedade e o Estado como um todo.

A instabilidade econômica, política e social intensificada com o advento da pandemia de saúde, causada pelo COVID-19, iniciada em 2019, e a Guerra da Ucrânia, deflagrada em 2022, juntamente com a aproximação da eleição presidencial, no mesmo ano, tem afetado sobremaneira a economia e, com isso,

²⁸⁴ Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippert@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. ORCID: <https://orcid.org/00000002-39918850>.

²⁸⁵ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e FEMPAR. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Email: adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>

²⁸⁶ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Réggio Calábria-Itália. Professor no Programa de Mestrado e Doutorado do UNICURITIBA - PR. Membro correspondente da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Foi Procurador Federal de Categoria Especial e Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná - TRE-PR. Advogado Sênior no Escritório Séllos Knoerr Advogados. É parecerista, palestrante e autor de livros e artigos, publicados no Brasil e no exterior. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1635076591951363>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5398-2234>

o desempenho regular da atividade empresarial no Brasil, com um aumento significativo no número de pedidos de falência.

Dado o reconhecimento da função social da empresa, que foi contemplada de forma expressa na Constituição Federal, somada a mudança de paradigma quanto a resolução de conflitos no Brasil, principalmente, a partir do Código de Processo Civil de 2015 e, no âmbito da insolvência, da Lei nº 14.112/2020, o cenário torna perenemente o debate acerca do procedimento adotado na insolvência empresarial.

O Código de Processo Civil de 2015 sedimentou verdadeira sistemática multiportas de resolução de conflitos, com incentivo a solução consensual, autocompositiva dos conflitos, passando, a Lei nº 14.112/2020, em alteração a Lei nº 11.101/2005, a regulamentá-la no âmbito da insolvência empresarial. A legislação visa a atribuição de celeridade, efetividade, aos moldes do que já vinha sendo praticado até então.

Neste sentido, o estudo tem por objetivo investigar o direito da insolvência no cenário contemporâneo e o papel da autocomposição no auxílio do processo de recuperação judicial à luz da nova perspectiva trazida pela Lei nº 14.112/2020.

Para tanto, foi feito uso do método lógico dedutivo, com auxílio da pesquisa bibliográfica e documental.

O estudo se desenvolverá em três capítulos, para além da introdução e conclusão. Investigar-se-á, primeiramente, a figura da empresa sob a ótica da função social e do princípio da preservação. No tópico seguinte, esquadrihar-se-á o panorama geral do direito falimentar, tendo por pano de fundo o cenário contemporâneo e a evolução legislativa. Por fim, irá se adentrar no problema objeto do estudo.

1 EMPRESA: PRESERVAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL

A história da humanidade e do comércio se confundem. O desenvolvimento daquela decorre, em muito, do próprio impulso deste.

Do campo, artesanato e comércio, advieram as sociedades mercantis; o comerciante e as instituições comerciais, por corolário, as empresas.

Com o fim do século XIX a atividade empresarial, acelerada e imprevisível, provoca intensas mudanças econômicas adentrando nas searas políticas e sociais.

Nas sociedades industriais, a empresa adquire papel motor, como fonte da qual advêm a riqueza nacional, espaço de inovação e promoção, inclusive, no âmbito pessoal (DE LUCCA, 2009, p. 313 – 314).

Conforme destaca Alfredo Lamy Filho (1992, p. 55 – 56) “a empresa tornou-se, com a família, a instituição essencial da sociedade. É ela que

garantirá [...] o quadro de reencontro dos homens para a ação em comum que assegura a sua existência”, com a produção de riqueza em benefício de toda a humanidade.

Enunciam Alfredo Lamy Filho e José Luis Bulhões Pedreira que “[...] a partir da Revolução Industrial a empresa generalizou-se como principal instituição das economias modernas”. Isso, explica Conder (1983, p. 57), por se tratar de “instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, serve como elemento explicativo definidor da civilização contemporânea”.

A empresa, nesta linha, influencia diretamente no desenvolvimento, tanto em âmbito local, como regional, sem contar na responsabilidade que possui para com “os empregados, consumidores, meio ambiente, fornecedores, comunidade e o Estado” (ZANOTI, 2009, p. 181).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2018, p. 396) aponta para a empresa como:

[...] núcleo convergente de vários interesses, que realçam sua importância econômico-social, como: lucro do empresário e da sociedade empresária que assegura a sua sobrevivência e a melhora de salários e enseja a criação de novos empregos e a formação de mão de obra qualificada; salário do trabalhador, permitindo sua sobrevivência e a de sua família; tributos, possibilitando a consecução das finalidades do poder público e a manutenção do Estado.

Destarte, evidente a relação de fidelidade que há entre empresa e sociedade. Não estando àquela destacada da realidade social, não se deve prestar apenas à concretização dos interesses individuais, pessoais, do sócio, mas, uma vez nela inserida, em um contexto mais amplo, contribuir para a concretização, também, dos interesses sociais.

Conforme Ana Frazão de Azevedo Lopes (2006, p. 279), inútil é o empenho isolado do Estado na busca pela concreção da justiça social sem que haja uma contribuição e efetiva participação da sociedade e indivíduos. Segundo expõe, a atribuição à empresa de uma função social, reflete justamente o esforço de inserir:

[...] solidariedade nas relações horizontais entre os indivíduos, transformando-os em responsáveis pela efetiva realização do projeto de uma sociedade de membros autônomos e iguais, inclusive no que diz respeito à redução das desigualdades sociais

Assim, o objetivo econômico do empresário deve conciliar-se com o respeito à dignidade da pessoa humana e os fins sociais constitucionalmente eleitos.

Já, em 1985, Waldírio Burgarelli (p. 47) entendia pela função social como “o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno da empresa”, ao partir da concepção de que a empresa, inserida no seio da sociedade, influencia em seu entorno, contemplando não apenas os que contribuem, direta, ou indiretamente, para o desempenho de sua atividade empresarial – sócios, administradores, empregados, prestadores de serviço – mas a sociedade e o próprio Poder Público.

Acerca do tema, Ecio Perin Junior enuncia (2009, p. 6):

A empresa serve ao empresário e acionistas em geral como fonte de obtenção de lucros decorrentes do capital investido para sua constituição e desenvolvimento; aos credores, como garantia de venda de seus produtos, e por consequência, também à obtenção de lucros; à sociedade serve, uma vez que gera empregos, recolhe tributos e produz ou circula bens ou serviços, exercendo, dessa forma, função social indispensável, que proporciona, em sentido lato, a tutela da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal, ao tratar da função social da empresa, o faz no capítulo da ordem econômica, reconhecendo a sua inserção e influência dentre as bases sobre as quais ela se estrutura.

Ainda, no artigo 70, no rol de princípios guias da ordem econômica, enumerados pelo constituinte, livre iniciativa empresarial, livre concorrência, proteção dos empregados, defesa do consumidor, meio ambiente, redução das desigualdades e do tratamento diferenciado à empresa de pequeno porte, delinea a extensão da função social e, com isso, a importância da atividade empresarial para o desenvolvimento econômico, social e político do país.

Em sendo núcleo convergente de diversos interesses, desempenhando, nesta linha, grande relevância, não se mostra desejável que uma empresa dê início a um processo de insolvência, colocando fim à sua atividade e, em consequência, aos benefícios econômicos e sociais decorrentes.

O impacto do papel motor, representado pela função social, que uma empresa que encerra suas atividades deixa de exercer em uma país, já em crise, é inestimável. A falência afeta, para além da Pessoa Jurídica e seus sócios, credores, a economia, a sociedade e o país.

Com isso, o Direito Comercial ter desenvolvido o princípio da preservação da empresa, posteriormente, incorporado na legislação, em concretização a função social que desempenha, de sorte a possibilitar a continuidade da atividade que, reconhecidamente, é de interesse público.

Conforme explica Fábio Ulhôa Coelho (2014, p. 79), a empresa, em um sentido técnico, específico e preciso, não se confunde com o seu titular, empresário, ou com o lugar em que é explorada a atividade, estabelecimento empresarial. Assim, o princípio da preservação da empresa visa, com especificidade, a proteção da atividade econômica. Isto é, a atividade, o empreendimento, que é de interesse eminente de um conjunto maior de sujeitos.

Em complemento, destaca, tratar-se de princípio legal, geral e implícito que coloca a sociedade em primeiro plano, preservando as atividades empresarias, econômicas e a sua função social.

O instituto da recuperação judicial tem por intuito, evidentemente, a preservação da empresa e de sua função social, conforme faz constar expressamente o artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Em 2019, a Pandemia do COVID-19 paralisou o globo. No ano seguinte, os efeitos deletérios se deflagraram, principalmente, na seara econômica.

A grave recessão originária foi responsável pela maior dispersão econômica verificada entre as duas Guerras mundiais e a Crise financeira de 2000 (RODRIGUES; PINTO; CHRISPIM, 2022). Os dados são do Banco Mundial (WORLD BANK GROUP, 2022), relativos ao ano de 2020, e sinalizam para uma contração do PIB em escala global. O Brasil, por exemplo, desembolsou 15% de seu PIB para conter os efeitos da pandemia, aumentando o endividamento do governo, empresas e famílias.

No âmbito da insolvência o impacto foi inevitável. Levantamento realizado pelo Serasa Experian evidenciou, no ano de 2021, um aumento no número de pedidos de recuperação judicial no país, um crescimento de 83% entre janeiro e fevereiro, com um índice de deferimento de 74,2% dos pedidos.

Em adição a pandemia, a crise hídrica, redução na produção agrícola e elevação às taxas de juro, a guerra na Ucrânia contribuí para o agravamento da situação. O aumento nas taxas de inflação, conseqüentemente, da taxa de juros, alta nos combustíveis, alimentos, insumos e matérias primas vem a afetar todos os setores.

Além disso, com as eleições presidenciais se aproximando, há uma tendência de redução no volume de investimentos externos, que fica atrasado, dada a incerteza sobre o futuro do país, com muita especulação envolvendo os candidatos a ocuparem a cadeira presidencial.

O cenário evidenciado aponta a tendência de um aumento inevitável no número de pedidos de recuperação judicial à medida que a crise econômica se acentua.

2 DIREITO FALIMENTAR: PANORAMA GERAL

A empresa é parte integrante da economia local, regional e nacional. Compreende centro de produção e ferramenta de trabalho, desempenhando papel relevante no seio da sociedade em que se insere.

Como organismo vivo, nasce, se desenvolve e, eventualmente, tem a continuidade de sua atividade impactada por desordens diversas (VENOSA, 2020, p. 319).

A crise empresarial, assim, possui três distintas naturezas, financeira, econômica e patrimonial.

A primeira, também conhecida como crise do capitalismo, consiste em fase do ciclo econômico associada ao decréscimo do PIB (PIGNATA; CARVALHO, 2015, p. 6), sendo desencadeada em razão da crise econômica-financeira do país.

A segunda, decorre do desperdício das fontes da empresa. Em razão da má administração, ou falta de gestão, a empresa deixa de honrar com as dívidas e passa a acumular inadimplência até o ponto em que o seu capital social se torna insuficiente à manutenção das atividades.

Por fim, a última, origina-se da confusão patrimonial entre as verbas e faturamento da empresa e o patrimônio do empresário.

As desordens mais graves podem levar ao fim da atividade empresarial e, com isso, da fruição pela sociedade dos benefícios que dela se originam.

Em uma analogia feita por Venosa (2020, p. 319), há uma grande semelhança entre a crise da empresa e os princípios dos vasos comunicantes, uma vez seus malefícios repercutirem em clientes e fornecedores que ficam em dificuldades. Assim, a sua sobrevivência é de interesse geral, com proteção de ordem pública, econômica e social.

Na mesma linha, Gladston Mamede (2022, p. 437), ao fazer alusão a grandes conglomerados internacionais, como Parmalat e Enron, que passaram por graves dificuldades:

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente; tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais, que não só prejudica o empresário ou sociedade empresária, prejudica todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado.

A Lei 11.101/2005, com alterações promovidas pela Lei 14.112/2020, promulgada em substituição ao Decreto-Lei n. 7.661/45, a antiga Lei de Falência e Concordata, regula a recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária.

O requerimento do pedido de falência da empresa, com presunção de insolvência do empresário, poderá se dar nas situações previstas no artigo 94 da Lei de 2015, dentre as quais, o não pagamento de título líquido e certo, sem relevante razão de direito, cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; a execução frustrada de quantia líquida; e a prática de determinados atos ensejadores do estado de falência descritos na legislação.

Além disso, o seu reconhecimento, diante das hipóteses descritas, dependerá de declaração judicial, sendo legitimados para obter a recuperação apenas o empresário e a sociedade empresária.

Ficam, portanto, excluídas da tutela a empresa pública e sociedade de economia mista (art. 2º, LRE). Do mesmo modo, as instituições financeiras, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, reguladora, de capitalização e outras legalmente equiparadas às anteriores.

A grande tônica da legislação de 2015 é a priorização da recuperação financeira da empresa, para além do adimplemento dos débitos sociais, ao reconhecer a sua importância social.

É o que dispõe o artigo 47 da lei:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a **manutenção da fonte produtora**, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a **preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica**.

Destacam Luiz Antonio Ramalho Zanoti e André Luiz Depes Zanoti (2007), a materialização do “[...] do princípio de preservação da empresa, que por sua vez contém em seu bojo a valorização do trabalho humano e do princípio da livre iniciativa”, enaltecendo interesses econômicos e sociais da comunidade.

O procedimento especial previsto na legislação para a recuperação da empresa é norma principiológica que valora, sobretudo, “a manutenção da fonte produtora e, na sequência, [...] do emprego dos trabalhadores e, em terceiro lugar, a preservação dos interesses dos credores” (MAMEDE, 2022, p.437)

Diante disto, destaca Venosa (2020, p. 320), a metamorfose promovida pela legislação de 2015, recaiu sobre os instrumentos disponíveis a serem utilizados de acordo com a gravidade e possibilidade de superação da crise, nestes termos:

- a) recuperação extrajudicial, quando o ente coletivo pode ser preventivamente recuperado, sem fazer uso de desgastante processo judicial; b) recuperação judicial, quando a empresa é passível de saneamento, por meio de procedimento judicial; e c) falência, quando a insolvência irremediável já se instalou.

Em substituição a Lei de Concordatas, a Lei de Falências volta-se, em um primeiro momento, a uma atuação preventiva, visando a composição amigável entre empresário e credores na resolução das intempéries. Repisa-se, o objetivo maior é impedir a insolvência.

Por sua vez, quando a crise já se instaurou, a recuperação judicial terá por intuito evitar a quebra da empresa por meio do saneamento econômico e financeiro em um procedimento inteiramente apreciado pelo judiciário.

Já, em uma fase avançada, inviabilizada a continuidade da atividade empresarial, o procedimento de falência permitirá aos credores que participem de forma proporcional, conforme a natureza do crédito respectivo, no concurso pelos ativos. Nesta hipótese, o patrimônio do devedor é liquidado para a satisfação dos interesses dos credores.

O caráter restrito, repressivo, da legislação antecedente, centrado apenas nos interesses privados de credores e empresários, foi substituído por um mais abrangente que tem por ângulo a função social da empresa, à luz dos interesses da sociedade de um modo geral.

O propósito do legislador é precisamente *quebrar a engrenagem do efeito cascata provocado pela empresa em crise*, destaca Venosa (2020, p. 319). Daí a legislação, com vistas à preservação da atividade empresarial, ter criado a recuperação, seja judicial, seja extrajudicial, de modo a não só prevenir a falência da empresa, e permitir a sua continuidade, mas alertar ao tratamento efetivo conferido as empresas em dificuldade.

Outra inovação, engendrada por meio da reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020, foi a previsão da conciliação e regulamentação amigável, seguindo a tendência internacional de países como Itália, França, Estados Unidos, e Portugal que passaram a priorizar a recuperação das empresas conferindo-lhes mecanismos para que se mantenha operante em um momento de crise.

Inclusive, no caso dos dois primeiros países, substituiu-se a nomenclatura “Lei de Falência” por “Lei das Empresas em Dificuldade”, ressaltando o foco na proteção e reestruturação da empresa.

Precisamente, a solução consensual no processo de recuperação judicial será objeto de análise deste estudo no capítulo que se segue.

3 A SOLUÇÃO AUTOSENSUAL COMO FERRAMENTA DE AUXÍLIO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA NOVA PERSPECTIVA DE RESOLUÇÃO – LEI Nº 14.112/2020

Em 2010, por meio da Resolução nº 125, o Conselho Nacional de Justiça instituiu política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses, visando assegurar a todos o direito uma solução adequada à natureza e peculiaridade da lide.

Desde então, o uso dos métodos adequados de solução de conflitos vem ganhando cada vez mais espaço na justiça brasileira nas mais diversas áreas do direito.

O Código de Processo Civil de 2015 deu importante passo, sedimentando de forma expressa a predileção pela tratativa adequada. Em harmonia com a resolução 125/2010 do CNJ e a Lei de Mediação, incumbiu ao Judiciário oferecer às partes, antes da solução adjudicada por meio da sentença, e a qualquer tempo, mecanismos outros para a solução da controvérsia, sobretudo, os consensuais, como a mediação e conciliação, atendendo e orientando a população.

Ainda, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, a mudança de paradigma consta da Resolução nº 271/2018, Recomendação nº 58/2019 e nº 71/2020. A segunda, recomenda aos “[...] magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação”. A última, por sua vez, cria os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, Cejusc Empresarial, e busca fomentar o uso dos métodos adequados nos conflitos empresariais.

No âmbito da insolvência, a mudança apenas se deu, em 2020, com a reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020 na Lei Recuperação de Empresas e Falência de 2005.

Repisa-se que o Decreto-Lei nº 7.661/1945 não tratava sobre o assunto. Utilizava-se do instituto da concordata e falência com preferência a solução judicial, sem atribuir relevância, ou incentivo, a consensualidade.

Igualmente, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência de 2005, Lei nº 11.101/2005, também, não fazia alusão aos métodos autocompositivos. Com

a reforma legislativa de 2020, a legislação avança no âmbito da insolvência, alinhando-se ao Código de Processo Civil e Lei de Mediação.

A empresa exerce relevante função econômico social no contexto em que se insere, é fonte produtora, gera empregos, estimula a atividade econômica.

Os processos de recuperação judicial, portanto, são dotados de complexidade inerente com coexistência de interesses e objetivos múltiplos, que extrapolam os interesses particulares dos credores, em última análise, visando, sobretudo, a superação da crise econômico-financeira da empresa, diante de sua relevância social. Grosso modo, relacionam-se, principalmente, com questões empresariais organizacionais e de cunho societário.

A solução consensual não apenas compatibiliza-se com a recuperação judicial, extrajudicial e a falência da empresa e sociedade empresaria, como soluciona adequada e eficazmente o conflito, adaptando-se ao perfil específico das demandas empresariais.

O entendimento é compartilhado no Enunciado 16 e 45 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida em agosto de 2006, que incumbe ao magistrado, a qualquer tempo, do processo judicial, o mister de convidar as partes à tentativa de composição, por intermédio da mediação extrajudicial, quando verifique a adequação da resolução por este caminho, concluindo pela compatibilidade da mediação e conciliação com a recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e sociedade empresária.

Também, o artigo 20, da Recomendação nº 58/2019, do Conselho Nacional de Justiça, que traz as hipóteses de uso da mediação, dentre as quais, a insolvência empresarial.

Sobretudo, o uso dos métodos adequados na resolução de conflitos desta natureza, envolvendo a pessoa jurídica em situação de crise econômico-financeira, representa ganhos não somente em termos financeiros e temporais, com redução de custos e tempo de resolução. A resolução consensual é muito mais célere e econômica, também, mais flexível. Há uma maior previsibilidade quanto aos custos e controle do procedimento.

Possibilita, ademais, a salvaguarda imagem da empresa, ativo tão valioso, frente ao mercado, uma vez guiarem-se pelo princípio da confidencialidade. Dado o caráter sigiloso das sessões, mediadores e conciliadores não poderão sequer ser testemunhas, ou atuar como advogados, em processos que envolvam qualquer das partes. Muito menos, levar aos magistrados dos feitos o conteúdo das sessões.

A manutenção da continuidade do relacionamento entre as partes envolvidas, com comunicação eficiente e análise global do conflito, é outro benefício

alcançado pelo uso das alternativas pacíficas de resolução e que se alinham ao fim último de soerguer a empresa para que continue desempenhando a sua função social. Isso, sem falar no caráter preventivo que tem, a mediação e conciliação, no surgimento de conflitos outros.

Além disso, a autonomia da vontade, enquanto pilar regente do procedimento, assegura um maior índice no cumprimento dos acordos entabulados.

Acerca da Mediação no âmbito da recuperação, Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos (2017), destacam:

[...] porque há interesses de diferentes atores e busca de soluções economicamente viáveis, e em processos falimentares, pode servir, por exemplo, para a negociação de acordos de “não pagamento” para evitar a falência; viabilizar recuperação de ativos; ajudar na elaboração do Plano; facilitar a negociação com as Fazendas, considerando o passivo fiscal da empresa – **uma vez que a Lei da Mediação estimula este comportamento, sobretudo para viabilizar o soerguimento. Cada processo exigirá de seus partícipes soluções criativas e diferentes, e a mediação auxilia exatamente nas questões negociais**, que podem envolver desde questões entre os sócios, como também aquelas relacionadas com credores privados e públicos. Essas novidades requerem experiências e projetos-piloto que parecem brotar da prática mais recente. **Tanto no Brasil como em outros países, as crises econômicas e o aumento do número de recuperação de empresas oferecem palco para mediações e programas de soluções consensuais.** Entre tantos, **um exemplo de uso dos meios adequados é o emblemático caso Lehman Brothers, com sucesso enorme de soluções para investidores prejudicados e também de recuperação de ativos.** O contexto dos processos de recuperação e falência dotará a mediação de algumas peculiaridades [...] **(grifo nosso).**

Com a reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020, a Lei de Falência e Recuperação de Empresas passa a contar com seção especial dedicada as conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, em uma verdadeira sistemática multiportas que possibilita a tratativa adequada dos conflitos considerando as suas particularidades.

Com a nova redação, adequada à lógica do Código de Processo Civil, a autocomposição deverá ser incentivada a qualquer tempo, mesmo em grau recursal, inclusive, nos tribunais superiores, sem que, contudo, como regra geral, se aplique a suspensão dos prazos, salvo consenso em contrário.

Além disso, a mediação poderá se dar em caráter antecedente, ou incidental, ao processo de recuperação judicial. Isto é, até mesmo antes do início da marcha processual.

No artigo 20-B, a Lei nº 14.112/2020 elenca as hipóteses em que o uso da mediação ou conciliação se fará possível, ressaltando, ao final da Seção II-A, a possibilidade da realização de sessões virtuais, conquanto o Cejusc do tribunal competente ou a câmara especializada disponham de meios, para tanto.

Em ambas as hipóteses, seja em caráter antecedente, ou incidental, o uso dos mecanismos autocompositivos será admitido nas disputas envolvendo sócios e acionistas de sociedade em dificuldade, ou em recuperação, e em qualquer litígio envolvendo credores não sujeito a recuperação, ou extraconcursais. Também, na vigência de estado de calamidade pública, a exemplo da COVID-19, existindo créditos extraconcursais contra empresas em recuperação.

A última hipótese, compreende a negociação de dívidas e formas de pagamento entre a empresa devedora e seus credores, em caráter antecedente.

Em se tratando de mediação antecedente, realizada antes do pedido de recuperação, há a atribuição de maior liberalidade às partes para que cheguem a melhor composição para adimplemento das obrigações. Em sentido inverso, na mediação ocorrida em caráter incidental ao processamento da recuperação, a legislação impõe a observância da *par conditio creditorum* (Enunciado 202, da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios).

Em razão disso, para o caso da mediação antecedente, passados 360 dias de sua realização, requerida a recuperação judicial, reestabelecer-se-á a ordem de credores, reconstituídos os direitos e garantias dos credores nas condições originalmente contratadas, com dedução de eventuais valores já pagos e atos validamente praticados, ficando sem efeito quaisquer acordos entabulados (art. 20-D, Lei nº 14.112/2020; Enunciado 202, da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios).

O uso da mediação nos procedimentos de recuperação judicial vinha se dando desde 2019 por aplicação da Recomendação nº 58/2019 do Conselho nacional de Justiça. A Lei nº 14.112/2020, no entanto, vem a regulamentar, na Lei Falimentar, a incidência da mediação, esclarecer o seu uso e desenvolvimento, trazendo aspectos relevantes ao que já vinha sendo, até então, aplicado.

Como dito, na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, ainda em 2016, já se entendia pela compatibilidade entre a mediação e conciliação e os procedimentos envolvendo a insolvência, conforme consta do enunciado nº 53.

Um grande exemplo da utilização frutífera da mediação no âmbito da insolvência, para além, do caso Lehman Brothers, citado por Salomão e Santos (2017), é justamente o processo de recuperação da empresa de telecomunicações OI S.A, em trâmite na 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro – a maior recuperação judicial em trâmite no Brasil.

Na oportunidade, a relatora, Desembargadora Monica Maria da Costa, entendeu pelos benefícios do uso da mediação que simplificou a dinâmica do procedimento, com a redução de 85% dos cerca de 79.000 credores. (TJRS, 2017).

Os procedimentos de recuperação da Livraria Saraiva e Siciliano, em trâmite na 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo, do grupo Isolux, em trâmite na 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial de São Paulo, e Sete Brasil, na 3ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, também, são exemplos do uso frutífero da mediação em processos de insolvência empresarial.

Inobstante, não serão mediáveis, com vedação expressa em lei, conciliações e mediações que envolvam a natureza jurídica e classificação dos créditos, bem como critérios de votação na assembleia-geral de credores.

Além disso, segundo o Enunciado nº 202, da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, não caberá ao mediador, seja na mediação antecedente, seja na incidental, julgar a existência, exigibilidade ou legalidade dos créditos. Ficará a encargo dos participantes, colaborativamente, atentar-se a ordem de preferência, bem como verificação da existência, exigibilidade e legalidade dos créditos.

CONCLUSÃO

É evidente a simbiose que há entre a atividade empresarial e o desenvolvimento do Estado de Direito e concretização de seus fins.

A empresa não está isolada no mundo, mas desempenha relevante função social, de modo que sua falência impacta a sociedade como um todo.

O cenário de crise acarretou um aumento exponencial no número de pedidos de recuperação judicial no país, tornando premente a discussão em torno da efetividade do procedimento de insolvência, à luz da concretização do princípio da preservação da empresa e função social, principalmente, em se considerando o novo paradigma instaurado pelo Código de Processo Civil que prima pela solução autoconsensual em face da adjudicada por sentença, muito mais adequada ao tipo de litígio e, portanto, satisfativa, célere e efetiva.

Na prática, já havia espaço ao uso da solução autoconsensual como ferramenta ao auxílio do processo de recuperação judicial, antes mesmo da

Lei 14.112/2020, mas a reforma legislativa implementada veio a regulamentar, no âmbito da Lei Falimentar, a incidência da mediação, esclarecer o seu uso e desenvolvimento, tratando de aspectos relevantes.

A mediação no âmbito da insolvência não é apenas compatível, conclui o estudo, mas é saída mais ajustada, que se faz premente a medida que a crise se acentua.

O momento é o da autocomposição, caminho que vem se sedimentando desde 2010, com a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça. Também, no âmbito da insolvência, os benefícios são vários e tem se verificado em casos práticos, de ampla repercussão, em âmbito nacional.

A Lei nº 14.112/2020, ao adotar o uso expresso dos métodos adequados, neste âmbito, representa salto importante, conferindo simplificação, celeridade, eficiência e, sobretudo, uma maior sintonia com o princípio da preservação e função social da empresa.

Conflitos complexos exigem soluções cada vez mais dinâmicas e criativas, construídas pelos próprios envolvidos em cooperação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 de jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.112**, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 58**, de 22 de outubro de 2019. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 71**, de 5 de agosto de 2020. Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/63>. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 112**, de 20 de outubro de 2021. Adequa as Recomendações CNJ nº 57/2019; nº 58/2019; Recomendação CNJ nº 63/2020; Recomendação CNJ nº 71/2020 à Lei nº 14.112/2020, alteradora das Leis nº 11.101/2005, nº 10.522/2002, e nº 8.929/1994. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4196>. Acesso em: 3 de agosto de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125**, de 31 de março de 2009. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 271**, de 11 de dezembro de 2018. Fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto no art. 169 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – e no art. 13 da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2780>. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <file:///C:/Users/081733~1/AppData/Local/Temp/Enunciados%20Aprovados%20I%20JPS-revisado.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <file:///C:/Users/081733~1/AppData/Local/Temp/Enunciados%20Justificativas%20aprovados-VF.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (22. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 019043-25.2017.8.19.0000/RJ**. Recuperação judicial. Mediação. Impossibilidade de controle prévio sobre as tratativas manifestadas no procedimento de mediação entre os credores e as recuperandas. Controle judicial que se verifica a posteriori, quando da análise da legalidade das decisões a serem verificadas no âmbito da AGC. Relator: Desembargadora Mônica Maria Costa, 29 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044E6B-F6F7FA2EEF53AF360E49B95C53EDC5065D543A34>. Acesso em: 3 ago. 2022.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito empresarial: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil**. n. 50. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.

DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 51, p. 387 - 412, 2018.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo**, v. 190, p. 54 - 60, 1992.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade — função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 253.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. 14. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

PIGNATA, Francine Aparecida; CARVALHO, Daltro Oliveira de. Efeitos da crise econômica no Brasil em 2015. **Revista Eletrônica “Diálogos Acadêmicos**. v. 9. n. 2. p. 4 - 18. Jul-dez, 2015.

RODRIGUES, Douglas; PINTO, Paula Silva; CHRISPIM, Denise. Pandemia causou recessão mais ampla que as Guerras Mundiais. **poder360.com.br**, 19 fev. 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/pandemia-causou-recessao-mais-ampla-que-as-guerras-mundiais/>. Acesso em: 4 jun. 2022.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores Econômicos**. Recuperações Judiciais Requeridas. serasaexperian.com.br, 7 abr. 2021. Disponível em: Indicadores Econômicos - Serasa Experian. Acesso em: 4 jul. 2022.

VENOZA, Sílvio de Salvo. **Direito empresarial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho Zanoti. **Empresa na ordem econômica: princípios e função social**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 181.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas. **Jus.com.br**, 15 mai. 2007, 3:00. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9874/a-preservacao-da-empresa-sob-o-enfoque-da-nova-lei-de-falencia-e-de-recuperacao-de-empresas>. Acesso em: 13 jun. 2022.

WORLD BANK GROUP. **Global Economic Prospects**. Washington, 2022. ISBN: 978-1-4648-1844-8.

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO DESENVOLVIMENTO SOB AS LENTES DO HUMANISMO INTEGRAL

Luciana de Aboim Machado²⁸⁷, Bruno Freire Moura²⁸⁸

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca por conexões entre o direito constitucional ao desenvolvimento (sob as perspectivas socioeconômica, universalista e sustentável) e a Teoria do Humanismo Integral, do filósofo francês Jacques Maritain, e a Doutrina Social da Igreja Católica. Para tanto, abordaremos as acepções de humanismo e sua formação histórica no Ocidente, desde a antiguidade clássica, até a contemporânea Doutrina Social. Valendo-nos, nesse último caso, de três encíclicas: *Populorum Progressio*, *Caritas in Veritate* e *Laudato Si*.

De plano, faz-se necessário esclarecer que humanismo não é um termo unívoco. A ele são atribuídos diversos significados, quer antropológicos, quer teológicos. Do mesmo modo, do ponto de vista cronológico, ele não pode ser tomado como um produto acabado e imutável. As suas diversas compreensões estão em contínua (re)construção, interligando-se umas às outras num complexo intercâmbio jurídico, cultural e social. Apesar das diferentes manifestações, o traço marcante da filosofia abordada no corrente trabalho é a valorização da vida humana e o respeito a sua dignidade.

Nessa perspectiva de centralidade da dignidade humana e de desenvolvimento do homem enquanto ser social, estão inseridas as perspectivas do Humanismo Integral e da Doutrina Social, as quais buscam lançar uma luz transcendental sobre esses temas, buscando afastá-los de um antropocentrismo exacerbado. Assim,

²⁸⁷ Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia e pela *Università Degli Studi G. d'Annunzio* (Itália). Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo-USP. Mestre em Direito do Trabalho e especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Associada III e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação “stricto sensu” em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Avaliadora de Instituição de Ensino Superior do INEP/MEC. Coordenadora da Rede de Pesquisa Direitos Humanos e Transnacionalidade. Consultora da *Ergon Associates (London)* em projetos da União Europeia. Vice-presidente da *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Guillermo Cabanellas*. Membro do Conselho de Direção do Mestrado em Direito Privado Europeu e do Pós-Doutorado da *Università Mediterranea de Reggio Calabria* (Itália) e do *Mediterranea International Centre for Human Rights Research – MIRCH*. E-mail: lucianags.adv@uol.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5724-6368>.

²⁸⁸ Mestrando em Direito na Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Única de Ipatinga (MG). Técnico judiciário (área judiciária) do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. E-mail: bfmoura16@hotmail.com.

com o presente trabalho analisaremos como a doutrina humanista de corte integral, notadamente a propagada pela Doutrina Social da Igreja Católica, pode contribuir com o direito constitucional ao desenvolvimento; de modo a conciliar a filosofia da Igreja com uma política laica de progresso e desenvolvimento humano.

Destarte, o presente artigo busca contribuir com a discussão acerca de temas relevantes, como crescimento econômico, erradicação da pobreza, proteção ambiental e inclusão social; tendo como norte uma visão humanista e fraternal, em oposição a um modelo de desenvolvimento materialista e excessivamente antropocêntrico. Metodologicamente, a pesquisa adotará o viés descritivo analítico, tendo por base a literatura específica sobre o Humanismo Integral; além da análise de documentos oficiais da Igreja Católica (encíclicas papais) e de decisões judiciais proferidas pelo Judiciário pátrio.

1 A FORMAÇÃO DO HUMANISMO NO OCIDENTE: DO HUMANISMO CLÁSSICO AO HUMANISMO INTEGRAL

Em sua obra “O Humanismo como Categoria Constitucional”, Britto (2012, p. 15) leciona que o vocábulo humanismo pode ser empregado em quatro acepções: ilustração mental (termo polissêmico, associado a um conhecimento aprofundado das línguas e literaturas antigas, ou ainda ao campo das ciências humanas e sociais); doutrina de exaltação ou culto à humanidade (apologia do homem como centro da criação; como animal político [Aristóteles]; e como agente do estado de sociedade [Rousseau], numa clara perspectiva antropocêntrica; expressão de vida coletiva civilizada (traduz uma vida em comum culturalmente avançada. Nesse modelo de sociedade, impera o respeito aos direitos sociais e transindividuais; como direitos ambientais, segurança social e integração comunitária); e transubstanciação da democracia política, econômica e fraternal (dimensão eminentemente cultural, a qual faz com que o humanismo seja confundido com a própria ideia de democracia, tornando o humanismo a ideia motriz da organização dos Estados nacionais).

Apesar da polissemia atribuída ao Humanismo, Wolkmer (2005, p. 01) aponta que sua correta compreensão deve se ater a um núcleo homogeneizador, o qual segundo ele é dependente da “assimilação e da reprodução de princípios morais voltados ao ente humano em geral, como dignidade humana, direitos à vida, à justiça, à liberdade, etc”. Assim, abstraindo da vertente humanista analisada, haverá sempre uma noção comum do ser humano como ponto central do Direito, variando apenas os seus níveis de intensidade e o seu fundamento.

Malgrado possa ocorrer que numa primeira resposta apressada se atribua o surgimento do humanismo no Ocidente ao término da Segunda Guerra Mun-

dial, especialmente com a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, a sua origem é bem mais remota, datando da Antiguidade Clássica. Nessa toada, Wolkmer (2005, p. 02) pontua que o surgimento do humanismo ocidental se deu na Grécia Antiga, todavia ressalva que os gregos não chegaram a teorizar e desenvolver uma concepção acurada sobre a dignidade e o valor da pessoa humana.

O humanismo antigo tem na tragédia de Sófocles, *Antígona*, o seu principal referencial. Ela suscita a discussão acerca da existência de direitos (naturais) contrapostos (em prevalência) às leis humanas. Devido a esse caráter de conflito, Wolkmer (2005, p. 4) o classifica como um humanismo de resistência. Nesta modalidade, ele tem uma certa carga de religiosidade, uma vez que a prevalência invocada por *Antígona* (personagem da tragédia de Sófocles) tem por fundamento uma regra divina²⁸⁹ (na obra, sepultar os mortos).

Llano (1999, p. 1) sustenta ainda que a Grécia Antiga foi palco de outro tipo de humanismo, o Cívico, tendo Aristóteles como seu principal expoente. Ele o define como sendo *“la actitud que fomenta la responsabilidad y la participación de las personas y comunidades ciudadanas en la orientación y desarrollo de la vida política”*. Outrossim, destaca o autor, que o Humanismo Cívico está umbilicalmente ligado à ideia de participação política na pólis, logo é um humanismo proativo e popular. Segundo o autor, a visão aristotélica de política está alicerçada na ideia de que a pólis é uma comunidade política, marcada pela associação de valores entre os cidadãos, sobretudo os econômicos. Ademais, o humanismo aristotélico prezava pelas virtudes, entendendo-as como elos fundamentais na associação entre os cidadãos, alegando que a sua ausência (ou o descaso por elas) implicaria numa fragilização dos laços sociais que mantinham a pólis unida, reduzindo o Estado a uma mera aliança militar.

Machado (2014, p. 50 - 51) chama atenção para o fato de o humanismo cívico aristotélico possuir um caráter excludente, visto que na sociedade grega clássica a participação política estava restrita aos cidadãos; que eram homens livres, nacionais e com posses; o que deixava de fora das decisões grande parte da sociedade, como as mulheres e os escravos. No modelo cívico, portanto, a noção de humanismo era muito limitada, aplicando-se apenas aos cidadãos, que eram uma pequena minoria na pólis. Machado destaca ainda que o pensamento grego clássico era notadamente antropocêntrico, e como pontuado, o padrão de homem adotado era o de cidadão, logo era uma noção de homem nitidamente aristocrática e excludente.

²⁸⁹ “[...] não foi o meu Zeus que a proclamou e nem a justiça dos deuses lá debaixo, que fixaram aos homens as perenes leis. Não pensei que teus decretos fossem tão fortes a ponto que um mortal pudesse transgredir as inescritas e indelévels leis divinas. Elas não são de hoje, nem de ontem, são eternas. E ninguém nunca soube de onde elas vieram”. – (SÓFOCLES, 2006, p. 49 - 50).

A visão antropocêntrica excludente foi suplantada pelo advento do Cristianismo, o qual, segundo Machado (2014, p. 53), “oferece à humanidade um novo modelo de vida e de visão do mundo, cujo bem maior não é mais o Estado do mundo grego, a cidade, a polis, mas o homem – todos os homens indistintamente, o gênero humano – em sociedade.” Outrossim, Wolkmer (2005, p. 16) destaca ainda que o humanismo cristão; que teve como principais expoentes Santo Agostinho e São Tomás de Aquino; era essencialmente teocêntrico, reconhecendo o homem como uma unidade de corpo e alma; e a humanidade como um todo formado por irmãos, filhos de um mesmo deus.

O humanismo de matriz teocêntrica, hegemônico na Idade Média, começou a perder espaço no Renascimento; o qual buscou uma reaproximação com o antropocentrismo clássico e com uma racionalidade livre de amarras transcendentais; além da superação da concepção de um Direito Natural de origem divina. A ruptura com o medievo se intensificou com o Iluminismo, o qual pregava um humanismo burguês individualista que, simultaneamente, se opunha ao humanismo estatista dos gregos e ao teocêntrico do Cristianismo (MACHADO, 2014, p. 54 - 56).

No século XX, o mundo foi dividido entre duas correntes contrapostas: Capitalismo e Socialismo. Ambas incapazes de contemplar um humanismo verdadeiro. Nesse cenário de polarização, Machado aponta que apenas o pensamento cristão da fraternidade universal “garantiu o genuíno humanismo, exatamente por ter pioneiramente assegurado — a cada pessoa o valor da vida e a dignidade, abrangendo todo o gênero humano” (MACHADO, 2014, p. 56).

Nesse contexto de esgarçamento das ideologias economicistas e de busca por valorização à condição humana, com base na tradição cristã, Jacques Maritain desenvolveu a sua doutrina do Humanismo Integral. O filósofo esclarece que sua obra aborda a parte da filosofia de Aristóteles e de São Tomás de Aquino identificada como Filosofia Prática, a qual se atem a toda filosofia do agir humano, adotando uma postura especulativa de conhecimento e se identificando como uma ciência da liberdade.²⁹⁰

Segundo Zabala (2016, p. 22 - 23), “no domínio das afirmativas práticas, especialmente na ação em direção a liberdade do homem, há o esforço coletivo de tornar os projetos aceitáveis a todos, independentemente das divergências relativas às perspectivas teóricas”, sendo tal assertiva uma diretriz da doutrina de Maritain, consoante aponta a autora. Assim, podemos inferir que o Humanismo

²⁹⁰ Para mais informações, *vide*: MARITAIN, Jacques. *Humanismo integral: uma visão nova da ordem cristã*. Tradução Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1941. p. 2.

Integral é uma doutrina essencialmente de vocação universalista e concreta, visando a promoção da dignidade humana a partir da *praxis*.

Todavia, atento aos perigos das doutrinas antropocêntricas exacerbadas; notadamente o humanismo individualista burguês e o materialismo marxista; Maritain rechaçou em sua doutrina a concepção apologética de idolatria ao ser humano como figura superior aos demais elementos da criação. Para ele, o humanismo deve ser inclusivo, de modo a não haver espaço para uma concepção de super-humano ou de aversão a toda forma de transcendência. Desse modo, ele resgata a ideia de fraternidade universal cristã; reconhecendo os homens como sendo todos irmãos livres e iguais (ZABALA, 2016, p. 22 - 23).

Maritain defende que o real humanismo busca tornar os homens mais verdadeiramente humanos, fazendo com que eles participem de tudo o que possa enriquecer a natureza e a história. De outro lado, ele pontua que o humanismo exige que o homem desenvolva as suas virtudes²⁹¹, suas forças criadoras e a razão, trabalhando para fazer das forças físicas do mundo um instrumento para liberdade. Desse modo, Maritain (1941, p. 2) conclui que “o humanismo é inseparável da civilização ou da cultura, tornando-se estas duas palavras como sinônimas”.

Ao explicar a necessária transição de um humanismo excludente para um integral inclusivo, Maritain se vale da alegoria da conversão cristã, na qual o homem velho dá lugar ao homem novo. Assim, como na conversão o passado de pecados é abandonado pelo estado de graça; com o humanismo integral, o humanismo individualista e excludente é sepultado, nascendo um novo, pautado na fraternidade, na inclusão e na responsabilidade social. Para tanto, exige-se o respeito às regras da natureza humana e ao primado dos valores transcendentais, associado à ideia de conexão do homem com Deus (MARITAIN, 1941, p. 90 - 91).

Como destacado, a filosofia de São Tomás de Aquino foi decisiva na obra de Maritain, especialmente suas lições sobre lei divina e lei natural. Nessa perspectiva, Lopes (2009) observa que, segundo a visão de Maritain, a lei natural opera da seguinte forma: sendo o homem um ser político, a ideia de sociedade política é fruto da vontade/necessidade que os homens têm de viver em comunidade, aliada à razão e às virtudes. Outrossim, em razão das exigências da vida em comunidade, há um chamado para o homem se portar de acordo com a sua natureza “pelo que a lei natural pode ser determinada e precisada

²⁹¹ Quando Maritain defende a importância do culto às virtudes no humanismo, ele se aproxima do pensamento de Aristóteles, que as toma como instrumentos indispensáveis de coesão e união sociais.

numa lei positiva que cada circunstância social ou determinada época histórica suscitam” (LOPES, 2009).

A distinção entre pessoa e indivíduo é outra marca decisiva na obra de Maritain. Para ele o homem é constituído tanto como pessoa quanto como indivíduo. Por indivíduo entende-se a matéria (corpo) e suas necessidades; já “a pessoa humana significa a liberdade, os direitos, pois não é parte de um todo, mas é o próprio todo, ou seja, um todo, uma alma que existe pela inteligência e a vontade” (SANTIAGO, 2013, p. 80 - 81). Assim, recorda Santiago, que ambos os conceitos compõem o ser humano, não podendo existir isolados. Ademais, é através desse reconhecimento de uma individualidade inclusiva que se é possível a convivência democrática; aceitando-se as diferenças (pluralidade social), ao mesmo tempo em que somos todos reconhecidos como iguais (irmãos, filhos de um mesmo deus). Na mesma esteira, Machado (2014, p. 67) leciona que o humanismo de Maritain toma o ser humano como um universo espiritual dotado de liberdade, inteligência e vontade, que consagra o homem em sua totalidade (corpo e alma); sendo, portando, um humanismo personalista, todavia não individualista.

A perspectiva cristã é resgatada no humanismo de Maritain, como recorda Machado (2014, p. 66). Após a aversão à transcendência cristã medieval iniciada com o Renascimento e com a Reforma, houve uma cisão entre religiosidade e humanismo. Todavia, Maritain condenou essa separação forçada, argumentando que o humanismo ocidental tem sim raízes cristãs, portando, transcendentais. Tal vínculo transcendental tem fontes para além do Cristianismo, segundo Machado, como as obras da antiguidade pagã de autores como Sófocles, Virgílio e Homero. Desse modo, apagar qualquer traço transcendental no humanismo implicaria na negação de suas origens e no aviltamento de suas bases filosóficas primárias.

A partir dessas lições, Haro [s.d.] esclarece que o Humanismo Integral reconhece o homem em sua integralidade, natural e sobrenatural, reabilitando-o com Deus. Nesse ponto, ele destaca que o humanismo de Maritain se difere do Humanismo Antropocêntrico (o qual adotava o modelo do herói renascentista e do homem honrado helênico), na medida em que se assume como um humanismo teocêntrico e de encarnação.²⁹² A partir dessas premissas, ele destaca que o Humanismo Integral possui quatro dimensões: individual (relação de reconhecimento consigo mesmo); social (relação de fraternidade solidária do homem com as demais pessoas); cósmica (relação de senhorio do homem

²⁹² Para mais informações, *vide*: HARO, Ricardo. *Reflexiones sobre el humanismo e la democracia en el pensamiento de Jacques Maritain*. Disponível em: http://www.jacquesmaritain.com/pdf/18_FH/12_FH_Rharo.pdf. Acesso em: 23 mai. 2021.

com o universo, entendido como criação divina) e transcendente (relação filio-paternal do homem redimido por Cristo - que pela graça, foi feito filho, amigo e herdeiro de Deus - com o Criador). A partir dessas quatro dimensões, Haro [s.d.] conclui que “*se encuentran implicados todos los derechos humanos, consigo mismo, con los hombres, con las cosas y el cosmos y con su Padre Dios, a fin de poder alcanzar el sagrado derecho de ser hombre y de ser santo.*”²⁹³

Apesar do seu inegável traço cristão, o Humanismo Integral não visa a formação de uma sociedade exclusivamente para cristãos. Pelo contrário, ele busca, a partir dos ensinamentos cristãos, a edificação de uma sociedade laica, plural e harmônica, animada pelo espírito da fraternidade universal. Nisso ela se distancia, simultaneamente, do ideário medieval de um reinado divino na Terra e do individualismo materialista do Humanismo Antropocêntrico. O Humanismo Integral não pretende atomizar os homens, ao revés, prega a convivência pacífica dos diferentes, respeitando suas particularidades sem, contudo, cair no abismo do individualismo personalista.

A concepção de humanismo (e de desenvolvimento) integral concebida por Maritain foi abraçada pela Igreja Católica, que a notabilizou e propagou pelo mundo, através da sua Doutrina Social. Nessa esteira, pode-se citar como exemplo as encíclicas papais *Populorum Progressio* de Paulo VI, *Caritas in Veritate* de Bento XVI e *Laudato Si* de Francisco. Bento XVI (2009), na *Caritas in Veritate*, afirma que o desenvolvimento é uma vocação, na medida em que nasce de um apelo transcendente. Ele defende ainda que o desenvolvimento integral pressupõe a liberdade responsável, do homem e da sociedade, na medida em que nenhuma força humana pode assegurar o desenvolvimento se ela estiver dissociada da responsabilidade e da verdade. Outrossim, esse desenvolvimento só será verídico se for inclusivo, voltado para o homem em sua totalidade (corpo e alma) e para a totalidade dos homens (ninguém pode ser excluído). Por fim, o sumo pontífice arremata que não pode haver desenvolvimento, se ele estiver cindido da caridade e da noção de que todos somos membros de uma mesma família. Desse modo, não podemos ser entes apartados uns dos outros, guiados pelo desenvolvimento próprio, em detrimento da miséria de nossos semelhantes. O desenvolvimento integral, assim, pressupõe a cooperação mútua e universal, independente de raça, sexo ou religião.

Já na encíclica *Populorum Progressio*, Paulo VI associa o desenvolvimento à conquista da paz, que não se reduz à ausência de guerra. Ela é conquistada pela promoção do bem comum da humanidade, através do combate à miséria e à injustiça. A essa luta todos somos chamados, uma vez que temos tanto um

²⁹³ Tradução livre: encontram-se envolvidos todos os direitos humanos, consigo mesmo, com os homens, com as coisas, com o cosmos e com seu Deus pai, a fim de poder alcançar o direito sagrado de ser homem e ser santo.

dever pessoal quanto um dever comunitário pela busca do desenvolvimento, na medida em que “cada homem é membro da sociedade: pertence à humanidade inteira. Não é apenas tal ou tal homem; são todos os homens, que são chamados a este pleno desenvolvimento” (PAULO VI, 1967).

O coração do desenvolvimento é a fraternidade, sendo ela incompatível com a avareza e o egoísmo. Nesse mote, Paulo VI (1967) rechaça a ideia de propriedade privada incondicional e absoluta, argumentando que “ninguém tem direito de reservar para seu uso exclusivo aquilo que é supérfluo, quando a outros falta o necessário”. Do mesmo modo, o pontífice condena o modelo estrutural economicista do Capitalismo, recordando que é a economia que deve estar a serviço do homem, e não o contrário. A fraternidade deve ainda ser exercida entre os Estados; através do auxílio dos países ricos aos pobres, da justiça social nas relações comerciais e na promoção da caridade universal.

Na Doutrina Social, como apresentado, o desenvolvimento está vinculado a uma série de imperativos éticos, como a inclusão, a erradicação da miséria e da marginalização e a dignidade econômica. Nessa toada, na *Laudato Si*, Francisco (2015) nos exorta à reflexão de mais um desses imperativos: o desenvolvimento sustentável. O pontífice parte do pressuposto de que a Terra não é um mero bem natural a ser explorado indiscriminadamente, mas sim que é a nossa casa comum. Ele chama também atenção para o fato de que o meio ambiente deve ser enxergado em harmonia com o ser humano, notadamente das pessoas que dependem dele para sobreviver; sendo essas, igualmente, as pessoas mais afetadas pela sua exploração desregrada, e pelos efeitos climáticos adversos dela decorrentes. Desse modo, a destruição ambiental, além dos malefícios ecológicos, produz também consequências antrópicas graves, como a crise migratória, o aumento da pobreza e a privação de bens primários (como a água). Ademais, Francisco (2015) recorda que “o ambiente humano e o ambiente natural degradam-se em conjunto; e não podemos enfrentar adequadamente a degradação ambiental, se não prestarmos atenção às causas que têm a ver com a degradação humana e social.”

A partir dos elementos das encíclicas papais apresentadas, fica nítida a influência de Maritain na Doutrina Social. Especialmente os postulados de um humanismo com raiz transcendental; com vocação inclusiva; sensível à miséria e à marginalização; além de comprometido com a preservação da Criação. Esses pontos específicos, destacados das três encíclicas abordadas, estão voltados à questão do desenvolvimento, o qual passaremos a analisar a seguir, tendo como ponto de partida a Constituição Federal.

2 A PERSPECTIVA INTEGRAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO, UNIVERSALIZANTE E SUSTENTÁVEL

Apesar de quase cem anos da sua criação, o Humanismo Integral de Jacques Maritain permanece bastante atual. Para Ribeiro Neto (2012), isso se deve as suas perspectivas sociopolíticas: o primado das pessoas sobre as coisas (em oposição ao materialismo do Capitalismo e do Marxismo); o ser humano entendido em sua totalidade (em oposição a visões reducionistas econômicas, culturais ou sociais); a construção do bem comum (o objetivo último da sociedade deve ser a plena realização de cada pessoa, em harmonia com a comunidade); a dimensão ética (entendida como manifestação da liberdade, devendo estar presente em todas as esferas da vida) e o protagonismo popular na construção do bem comum (em oposição à concepção que toma o Estado como protagonista da vida e do desenvolvimento social).

Os ensinamentos humanistas de Maritain não ficaram restritos ao campo filosófico. Como aponta Almeida (2018), o seu humanismo teve considerável influência em nosso Direito, especialmente na Constituição Federal de 1988. Tal influência está atrelada, sobretudo, a sua filosofia de direitos humanos; voltada ao desenvolvimento integral e sustentável do homem, da sociedade e do meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988 inovou o nosso ordenamento jurídico, na medida em que afastou nosso Direito, ao mesmo tempo, da visão individualista e privatista do Liberalismo, e da atomizada e estatista do Socialismo. Ela buscou um modelo de desenvolvimento para além da dicotomia Capitalismo/Socialismo, pautando-se no ideário dos Direitos Humanos, da Democracia e da fraternidade. Como aponta Zabala (2016, p. 72), o direito ao desenvolvimento é um valor determinante na nossa carta magna, previsto já em seu preâmbulo, cuja correta interpretação deve se dar em harmonia com a perspectiva humanista integral de Maritain. Assim, o desenvolvimento de que trata o constituinte não se confunde com um desenvolvimento meramente econômico e predatório. Ele é, antes de tudo, um desenvolvimento humano e conciliador, na medida em que pretende conjugar avanço social e econômico com o respeito ao meio ambiente e à cidadania. Assim, aplicando as lições de Maritain, podemos inferir que o desenvolvimento de que trata a nossa Constituição é um desenvolvimento de matriz integral.

Os indicativos dessa adesão à doutrina social integral podem ser extraídos do próprio texto constitucional. Exemplificadamente, os incisos III e IV do

art. 3º²⁹⁴ propagam um desenvolvimento pautado na erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades; além da promoção do bem geral, livre de toda forma de discriminação; e o art. 225²⁹⁵ consagra o desenvolvimento ecologicamente sustentável. Isso posto, passaremos a analisar as correlações entre os mencionados dispositivos constitucionais e a Doutrina Social, sob o enfoque do direito ao desenvolvimento socioeconômico, universal e sustentável.

Na encíclica *Populorum Progressio*, Paulo VI (1967) leciona que o desenvolvimento não se reduz a um simples crescimento econômico. Ele, para ser autêntico, deve estar atento aos problemas da miséria, da desigualdade e da injustiça social. Se compararmos o ensinamento do pontífice ao art. 3º, III, da CF/88, perceberemos que ele se encontra quase que integralmente transcrito. A razão para tanto é intuitiva: o constituinte abraçou uma visão humanista de desenvolvimento. Nesse paradigma, não há uma redução materialista do tema: ser desenvolvido não significa produzir riqueza, antes de tudo, significa erradicar a miséria e reduzir desigualdades.

A Constituição Federal adotou o modelo econômico capitalista, como se constata em seu art. 170, o qual prevê que nossa ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e em princípios, como propriedade privada e livre concorrência. Todavia, o constituinte não aderiu a um modelo capitalista arcaico (utilitarista, absenteísta e individualista), mas a um social e humanista; uma vez que o mesmo dispositivo constitucional explicita que o fim da ordem econômica é assegurar uma existência digna a todos, pautando-se na justiça social, na defesa do consumidor e do meio ambiente, e na função social da propriedade. Assim, nosso modelo capitalista está de acordo com o que prega Paulo VI (1967): é a economia que deve estar a serviço do homem, e não o contrário.

Nessa busca de superação do desenvolvimento materialista, Ricardo Sayeg e Wagner Balera desenvolveram sua teoria do “Capitalismo Humanista”, a qual rechaça tanto o Estado Liberal, pautado na supremacia da liberdade e da propriedade privada; quanto o Estado de bem-estar social, pautado numa utópica igualdade material e num dirigismo estatista. Segundo os autores, esse novo modelo econômico por eles proposto se destina a um Estado fraternal “construído sobre a ideia de que predomina a liberdade calibrada pela igualdade

²⁹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁹⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

estritamente naquilo que seja inadmissível à fraternidade tolerar, dentro de uma perspectiva de direitos humanos que concretize o mínimo vital do povo do Brasil” (SAYEG, s.d., p. 29).

Desse modo, a partir da leitura dos dispositivos constitucionais acerca da ordem econômica, somos levados a crer que nosso país aderiu a um modelo humanista de Capitalismo, o qual reconhece a liberdade econômica e a livre iniciativa, ao mesmo tempo que defende a dignidade humana, a promoção social e o meio ambiente. Esse processo de desenvolvimento implica necessariamente na implantação de um modelo econômico justo em todas as suas fases, atento às implicações éticas e morais decorrentes do processo produtivo (especialmente o trabalho humano); afinal, toda decisão econômica tem consequências de caráter moral.

Piovesan (2002) destaca que o direito ao desenvolvimento deve ser tomado como um direito humano inalienável, compreendido a partir do fundamento central do Direito contemporâneo: a dignidade humana. Para a sua efetivação, exige-se uma série de ações positivas do Estado, medidas essas que compõem direitos de segunda geração (direitos sociais e econômicos), os quais vinculam os três poderes constituídos, como lembram Peixinho e Ferraro [s.d.]. Outrossim, para concretização da função social econômica, o Estado Brasileiro consentiu com a sua intervenção na economia, tanto como participante, quanto como regulador. Dessa forma, ela atuará regulando a iniciativa privada, fiscalizando-a quanto ao cumprimento dos princípios sociais; ao mesmo tempo que prestará estímulos ao desenvolvimento da atividade econômica, através da concessão de benefícios.

A efetivação do direito ao desenvolvimento passa necessariamente pela concretização do art. 3º da nossa Constituição, o qual prevê os objetivos da República, todavia, como recorda Simini (2016), isso não se dará em um passe de mágica. Para sua efetivação, exige-se um Estado ativo e diligente. Nesses termos, “a concretização dos objetivos constitucionais só se dará por meio da criação e execução de políticas públicas, fazendo com que a administração pública tenha um papel ativo nestas circunstâncias” (SIMINI, 2016). Do mesmo modo, não podemos esquecer que os princípios fundamentais da Constituição possuem cogência e imperatividade, vinculando todo o Estado, por seus três poderes. Por isso, Silva (2006, p. 46) ressalta que o art. 3º da CF/88 prevê objetivos de Estado, e não de governo, de modo que, independentemente de quem ocupe os postos de mando da Administração, a busca pela erradicação da pobreza, marginalização e desigualdades será sempre um mandamento constitucional a ser perseguido.

Nessa toada, não podemos olvidar que o crescimento econômico deve estar a serviço da dignidade humana, da justiça social e da promoção do emprego

digno; devendo-se, portanto, coibir uma matriz econômica que gere aumento de desigualdades, como aponta Bento XVI (2009). Segundo ele, a desigualdade é um fator que mina a coesão social e põe em risco à Democracia, na medida em que corrompe as relações de confiança, de credibilidade e de respeito às leis. Uma resposta a esse problema, em sua visão, reside na distribuição equitativa de renda, a qual deve ser simultânea ao crescimento econômico. Com efeito, faz-se necessário atentar para a forma com que essa redistribuição ocorrerá, de modo que ela não se dê às custas de uma redistribuição (ou mesmo agravamento) da pobreza, atitude típica em medidas econômicas populistas e eleitoreiras. Do mesmo modo, o pontífice destaca que há um nexo entre problemas de desenvolvimento e desemprego, alegando que “em muitos casos, os pobres são o resultado da violação da dignidade do trabalho humano, seja porque as suas possibilidades são limitadas (desemprego, subemprego), seja porque são desvalorizados” (BENTO XVI, 2009).

Sob esse prisma, Machado (2012) defende o direito ao salário justo como categoria de direito humano indissociável da dignidade do trabalhador, devendo-se tomar como parâmetros para aferição da justiça salarial fatores como “possibilidades econômicas da empresa, conjuntura econômica do ramo empresarial, circunstâncias temporal-espaciais do trabalho, atividade laboral, qualificação profissional e experiência do empregado” (MACHADO, 2012). Nesse mote, a concretização do art. 3º, III, da CF/88 passa necessariamente pela promoção do emprego digno, garantindo às pessoas a sua independência financeira, e os meios razoáveis para um sustento digno, para si e sua família.

Com aponta Sen (2000), a pobreza é ainda um fator de privação de liberdade econômica, na medida que torna as pessoas indefesas e vulneráveis. Ademais, a violação da liberdade econômica é ainda promotora de outras privações, como a social, a política e a cultural. Desse modo, a correção da privação econômica é um fator de inserção com vocação integral, uma vez que, além do aspecto meramente financeiro, permite que a pessoa tenha acesso a uma ampla gama de outros direitos. Desse modo, a liberdade econômica é um direito meio, na medida que, por meio dele, outros são exercidos.

A concentração de renda e a desigualdade social são mazelas que assolam o nosso país, fruto do nosso passado colonial e de políticas econômicas equivocadas. Uma das alternativas adotadas pelo Estado Brasileiro para reverter essa situação foram os programas de redistribuição de renda, como o Bolsa Família e o Auxílio Emergencial. Esses programas governamentais, como leciona Alves, propiciam que as populações não se sujeitem a trabalhos degradantes (devido à segurança econômica, ainda que mínima); ao mesmo tempo que estimulam “a auto-ocupação e a busca por trabalhos de tempo parcial, aumentando, ainda, o

tempo livre para trabalhos domésticos. Com isso, seria incrementada a qualidade de vida da população” (ALVES, 2015, p. 40). Do mesmo modo, ela defende que programas de renda básica desenvolvem a economia, na medida em que viabilizam a criação de pequenos negócios, especialmente familiares, “pois o dinheiro tornar-se-ia capital para a compra de equipamentos, matéria-prima e produtos para revenda, ajudando, ainda, no sustento da pessoa enquanto o negócio não gerar lucro (ALVES, 2015, p. 41).”

O compromisso do Estado brasileiro com o combate à miséria foi positivado no art. 79 do ADCT da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional 31/2000, o qual instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com previsão de vigorar até 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal. Nesse ano, o mesmo artigo foi alterado pela Emenda Constitucional 67/2010, a qual prorrogou a vigência do referido fundo por prazo indeterminado. Desse modo, o Brasil assumiu a erradicação da miséria e da pobreza como compromisso perene do Estado, visando, desse modo, a construção de um desenvolvimento humanista solidário.

Sob a ótica internacional, o Brasil aderiu a Resolução 55/2002 da Assembleia Geral das Nações Unidas, introduzida em nosso ordenamento interno pelo Decreto Presidencial de 31 de outubro de 2003, o qual fixou metas de desenvolvimento humano para o milênio, com destaque para a erradicação da fome e da extrema pobreza. Dentre os objetivos estabelecidos pela referida normativa internacional, estão a redução pela metade do número de pessoas em situação de extrema pobreza em relação ao ano de 1990; resultado esse alcançado com louvor pelo Brasil, uma vez que em sua aferição em 2012 o número de pessoas submetidas à pobreza extrema em nosso país era apenas um sétimo do verificado em 1990 (ROMA, 2019).

Com efeito, Machado (2010) chama atenção para o fato de que numa sociedade fraternal a mera redistribuição econômica de renda não é o suficiente. Desse modo, fazem-se também necessárias ações voltadas à promoção da cultura, da educação e da integração social, ações essas de iniciativa tanto do Estado, quanto da comunidade. Assim, urge-se a formação de uma verdadeira integração comunitária, e não apenas de uma inclusão limitada ao plano dos gastos públicos assistenciais, na medida em que, como arremata Bento XVI (2009), “a solidariedade universal é para nós não só um fato e um benefício, mas também um dever”.

Se o inciso III do art. 3º da Constituição Federal consagra o objetivo fundamental de um desenvolvimento pautado na justiça social, o inciso do IV do mesmo artigo prevê que esse processo deve ser universalista, promovendo o bem de todos, sem preconceitos ou discriminação. Portanto, o desenvolvimento

proposto pelo constituinte tem inegável caráter inclusivo, observado tanto sob uma perspectiva de igualdade formal, quanto material. No primeiro caso, dá-se com o clássico brocardo: os iguais devem ser tratados igualmente; e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade. Já no segundo caso, opera-se com a correção de desigualdades e injustiças. Importante destacar que as duas faces da igualdade não são antagônicas, mas sim complementares.

Nesse mote, a promoção do fundamento constitucional do desenvolvimento universal se dá de modo inclusivo (não discriminatório), somando ao campo dos iguais aqueles involuntariamente excluídos e marginalizados. Para tanto, cabe ao Estado e a comunidade a implementação de agendas positivas de inclusão/integração, a exemplo do ensinamento humanista cristão de que somos todos parte de uma mesma família. Afinal, “Jesus lembrou-nos que temos Deus como nosso Pai comum e que isto nos torna irmãos” (FRANCISCO, 2015).

A aceitação e o respeito às diferenças são exigências éticas decorrentes da dignidade humana. Exigências essas que vinculam a todos, sejam entes públicos ou privados, afinal “uma sociedade fraterna é uma sociedade sem preconceitos e pluralista” (MACHADO, 2010). Desse modo, somos levados a concluir que ser desenvolvido implica também ser inclusivo, uma vez que “o tema do desenvolvimento coincide com o da inclusão relacional de todas as pessoas e de todos os povos na única comunidade da família humana, que se constrói na solidariedade tendo por base os valores fundamentais da justiça e da paz,” como leciona Bento XVI (2009). Desse modo, ainda que pareça contraditório, a concretização do direito à igualdade, pressupõe a aceitação e a afirmação do direito à diferença.

Sob o mesmo prisma, Bragato (2014) defende que a igualdade formal não consegue abarcar a dimensão da “igualdade” em sua totalidade, exigindo-se para tanto o reconhecimento do direito a não discriminação, política indispensável na promoção dos Direitos Humanos. A autora recorda que o princípio universal da dignidade humana não implica aderir a uma concepção homogênea de seres humanos, pelo contrário, traduz a adoção de uma visão concreta de pessoas diferentes entre si, todavia dotadas de igual dignidade. Até porque, como aponta Machado (2010), “a dignidade pessoal constitui o fundamento de igualdade de todos os homens entre si.”

Bragato defende ainda a ideia de que na concretização do direito a igualdade, faz-se necessária a adoção de medidas discriminatórias positivas, como as ações afirmativas, as quais visam “diminuir ou eliminar as condições que causam ou contribuem para perpetuar a discriminação, mesmo que isso resulte em perdas imediatas para os grupos dominantes historicamente favorecidos” (BRAGATO, 2014).

Paulo VI (1967) classifica discriminações baseadas em raça e nacionalidade, por exemplo, como “obstáculos à formação de um mundo mais justo e mais estruturado numa solidariedade universal”. Uma das medidas apontadas para contornar essa mazela, como mencionado acima, são as ações afirmativas. Um dos exemplos da implementação dessa política pública no Brasil é o sistema de cotas raciais e sociais nas instituições federais de ensino, introduzidas pela Lei Federal nº 12.711/2012.²⁹⁶ No julgamento da ADPF nº 186/DF,²⁹⁷ o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do sistema de cotas, alegando que o referido mecanismo está amparado no princípio fundamental da igualdade material que, dentre outras funções, vocaciona-se à correção de distorções históricas, étnico-raciais e sociais; atribuindo a determinados grupos vantagens especiais, por tempo determinado, a fim de permitir-lhes superar as desigualdades decorrentes das adversidades as quais foram injustamente submetidos.

Outrossim, para termos um desenvolvimento integral, ele deve também ser ecologicamente sustentável, entendimento esse defendido por Francisco na encíclica *Laudato Si* e consagrado no art. 225 da Constituição Federal. De outra banda, Zabala (2016, p. 102) afirma que “o planeta foi criado para abrigar e manter a vida da pessoa humana, o que lhe impõe obrigações a favor de sua boa manutenção, como também estabelece uma relação íntima entre os homens e a inteira criação, e ainda ao seu ambiente.”. Nessa perspectiva, a autora sustenta que a adoção da sustentabilidade ambiental é uma forma de expressão do humanismo integral, na medida em que exprime um laço de solidariedade entre homem e a criação.

Na mesma toada, Francisco (2015) pontua que “o progresso humano autêntico possui um carácter moral e pressupõe o pleno respeito pela pessoa humana, mas deve prestar atenção também ao mundo natural”. Desse modo, o pontífice reafirma a compreensão integral e humana de desenvolvimento, na medida em que atribui a esse uma feição moral de responsabilidade, superando a concepção arcaica de que a natureza é algo a ser explorado sem medida. Francisco

²⁹⁶ Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

²⁹⁷ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Relator(a): Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012, Tribunal Pleno).

(2015) afirma ainda que o meio ambiente é muito mais que simples recursos naturais; é a nossa casa comum. Desse modo, para um desenvolvimento humano autêntico, exige-se também um desenvolvimento sustentável.

O Relatório Brundtland - Nosso Futuro Comum - (1991, p. 46) produzido pela Comissão de Meio Ambiente da Organização das Nações Unidas, definiu desenvolvimento sustentável como sendo aquele que “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. O referido conceito está alicerçado em dois conceitos-chave: necessidades (especialmente da camada mais pobre da população) e limitações (especialmente as ecológicas). Desse modo, a definição de critérios para os desenvolvimentos econômico e social (necessidades) deve levar em conta a finitude dos recursos (limitações); só assim pode ser assegurado um desenvolvimento sustentável. Outrossim, a noção de sustentabilidade é também prospectiva, na medida em que exige que o cálculo sustentável leve em conta não só as gerações presentes, como também as futuras, de modo a firmar um pacto intergeracional.

Com efeito, faz-se necessário esclarecer que o desenvolvimento sustentável não é averso ao crescimento econômico, pelo contrário, ele o reconhece como grande aliado, notadamente nas regiões mais pobres. Outrossim, o referido desenvolvimento exige que as sociedades e governos estejam atentos às necessidades humanas, aumentando o potencial de produção e garantindo oportunidades paritárias. O alcance desse ideal passa pelo desenvolvimento tecnológico, de modo a abandonar práticas obsoletas e ineficientes (mais degradantes) em favor de novas tecnologias, especialmente as renováveis.²⁹⁸

Pelo exposto, percebemos que desenvolvimento sustentável é também desenvolvimento ambiental, embora não se reduza a ele. Sua abrangência é mais ampla, e seu centro está no ser humano (presente e futuro). Assim, a sustentabilidade é uma noção integral, na medida em que leva em conta o desenvolvimento humano, social, ecológico, tecnológico, e todo aquele vocacionado à promoção de uma vida digna e equilibrada.

Francisco (2015) destaca que nos ensinamentos cristãos não há lugar para um antropocentrismo despótico, desinteressado das demais criaturas. Assim, arremata que “ao mesmo tempo que podemos fazer um uso responsável das coisas, somos chamados a reconhecer que os outros seres vivos têm um valor próprio diante de Deus” (FRANCISCO, 2015). É precisamente por sua dignidade e inteligência únicas que o homem é convocado a resguardar a criação e suas leis, recorda o pontífice. Outrossim, ele reconhece que as demais criaturas têm valor

²⁹⁸ Para mais informações, *vide*: COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1991. p. 47.

próprio, não podendo ser tomadas numa perspectiva simplista de subordinação incondicional ao ser humano.

As relações ambientais devem ser encaradas numa perspectiva social. “Isto impede-nos de considerar a natureza como algo separado de nós ou como uma mera moldura da nossa vida. Estamos incluídos nela, somos parte dela e compenetramo-nos”, afirma Francisco (2015). Desse modo, os problemas de degradação ambiental devem ser encarados sob uma perspectiva integral, levando em conta também fatores econômicos e sociais. Assim, não há crises apartadas, mas uma única de matriz sócio-ambiental, na medida em que a degradação ambiental e a social se interpenetram. Sob essa perspectiva, a nível internacional, foram desenvolvidas os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)²⁹⁹ e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS),³⁰⁰ sob a coordenação da Organização das Nações Unidas, prevendo como metas a redução do desmatamento; a preservação da fauna e flora; a adoção de tecnologias renováveis e o auxílio aos países mais pobres para lidarem com problemas socioambientais.

Com efeito, a perspectiva de integração homem/natureza foi acolhida por nossa Constituição, a qual determina uma série de obrigações ao Poder Público, voltadas para a preservação ambiental, notadamente contra exploração econômica nociva e a conscientização civil (através da educação ambiental). A referida obrigação preservadora se estende a todos, independente de divergências ideológicas, como aponta Scruton (2017). Afinal, se a Terra é a nossa casa comum, tal qual defende Francisco; compartilhada é a responsabilidade de preservá-la para a atual geração e para as futuras.

CONCLUSÃO

A doutrina do Humanismo Integral visa a promoção da dignidade humana em todas as suas dimensões, corpo e alma, de forma harmônica e indissociável. A noção de humanidade não pode ser fatiada, ou encarada por pedaços. Ela é um todo congruente, devendo ser entendida e respeitada em sua plenitude. Essa noção integral de humanismo se pauta na superação da dicotomia extremista entre antropocentrismo e teocentrismo. Nela o homem é um ser dotado de dignidade, porém num contexto que não nega o transcendente. Desse modo, ela não pretende a instauração de um reinado divino na Terra, nem a apologia do ser humano como centro dominador do mundo.

A filosofia de Maritain influenciou profundamente a Igreja Católica, tendo servido como relevante suporte na construção e desenvolvimento da

²⁹⁹ Sobre as ODS, vide: <https://odsbrasil.gov.br/>.

³⁰⁰ Sobre as ODM, vide: <https://ods.cnm.org.br/agenda-2030>.

sua Doutrina Social. Essa, apesar de ser obviamente de matriz católica, não se limita aos católicos. Em outras palavras, a Doutrina Social possui inspirações teológicas cristãs, todavia não se volta para um culto propriamente dito, mas para contribuição com o mundo dos homens, independente do seu credo religioso. Portanto, é uma concepção humanista laica, pautada na promoção da dignidade humana, sem, contudo, rechaçar o divino.

A Doutrina Social visa empregar os ensinamentos cristãos aos problemas terrenos; como pobreza, fome, violência, mudanças climáticas e abusos sociais. Sua missão é refletir as mazelas humanas, e apontar possíveis alternativas; condenar erros e desacertos, apontando o caminho da retidão. Sua contribuição se destina a promoção do homem, enquanto ser integral, dotado de dignidade e de direitos inatos. Nesses termos, a Doutrina Social enxerga o ser humano como um fim, e não como meio para consecução de ideologias políticas, econômicas ou sociais.

Em contrapartida, a dignidade humana, segundo a doutrina integral, não pode se sobrepor à Criação com *status* de exclusividade e dominação. O homem é encarado como membro da Criação, não como seu explorador. Desse modo, a busca pelo desenvolvimento deve ocorrer de forma regrada, coesa e responsável.

O desenvolvimento humanista, portanto, não se confunde com um desenvolvimento egoísta e predatório. Essa interpretação integral de desenvolvimento foi abraçada pela nossa Constituição. Ela deixa claro, desde o seu preâmbulo, que o desenvolvimento é um direito de todos, ao mesmo tempo que a sua promoção é também responsabilidade e missão do Estado, da sociedade e dos indivíduos. O desenvolvimento perseguido pelo constituinte não se limita ao econômico. Dito de outro modo, ser desenvolvido não significa ser rico.

O desenvolvimento almejado pela Constituição se destina ao homem, não ao Capital. Como exorta Paulo VI, é a economia que deve servir ao homem, e não o contrário. Sob essa perspectiva, a economia e os bens materiais devem ser tidos como instrumentos para assegurar a dignidade, numa visão universalista. Desse modo, o desenvolvimento passa pela superação da pobreza, da miséria e da marginalização. O que revela o caráter social do direito constitucional ao desenvolvimento.

Outrossim, ele se destina a todos, independente de sexo, raça ou religião. É portando inclusivo e não-discriminatório. Aliás, o desenvolvimento constitucional não se limita a não discriminar, numa perspectiva passiva. Ele deve ser ativamente antidiscriminatório, inclusive com a adoção de medidas propositivas e concretas, como as ações afirmativas. O desenvolvimento integral reconhece e respeita as diferenças, não busca, assim, uma sociedade massificada ou uniforme. Pelo contrário, ele visa o desenvolvimento para todos os diferentes, ou como exorta Bento XVI: para todo homem e para o homem todo.

O desenvolvimento integral, portanto, passa pela redução das desigualdades humanas, sociais e econômicas. Todavia, ele não olvida da perspectiva ambiental. Assim, o homem é tido como parte da Criação, não como seu senhor. Sob esse prisma, ser desenvolvido pressupõe resguardar e proteger a natureza, com todo a sua fauna e flora. Mas não só. A proteção ambiental deve assumir uma perspectiva humanista, na qual o homem seja visto como integrante do meio ambiente, e não como um membro externo com obrigações negativas. Afinal, como ensina Francisco, a Terra é a nossa casa comum. Do mesmo modo, há também a preocupação com a utilização dos recursos naturais de forma sustentável, perspectiva que ao mesmo tempo concilia crescimento econômico-social com preservação ambiental. A sustentabilidade consiste também num pacto intergeracional, atribuindo as presentes gerações a responsabilidade pelas futuras. Assim, não basta que o equilíbrio na relação homem/natureza seja viável apenas no tempo corrente. O cálculo deve necessariamente incluir aqueles que nem ao menos nasceram ainda.

Destarte, conclui-se que o direito constitucional ao desenvolvimento consagrado na Carta de 1988 deve ser entendido em sintonia com os preceitos do Humanismo Integral e da Doutrina Social. Reconhecendo, ao mesmo tempo, a importância da livre iniciativa e do progresso econômico, todavia sem olvidar daquilo que anima o Estado brasileiro: o ser humano, enquanto ser dotado de direitos e dignidade. O desenvolvimento constitucional deve, portanto, ser um desenvolvimento humanista, o qual concilia economia com justiça social e responsabilidade ambiental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua. **A influência da filosofia dos direitos humanos de Jacques Maritain nas constituições brasileiras**. Disponível em: <http://maritain.org.br/influencia-da-filosofia-dos-direitos-humanos-de-jacques-maritain-nas-constituicoes-brasileiras/>. Acesso em: 24 mai. 2021.

ALVES, Poliana da Silva. **A renda básica da cidadania como instrumento de erradicação da pobreza**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Brasília. 2015.

BENTO XVI. **Caritas in veritate**: sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade. 2009. Disponível em: http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html. Acesso em: 24 mai. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados? **Revista de Informação Legislativa**, n. 204,

out./dez. 2014. p. 91 - 108. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509929>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.711**, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 186/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342750/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-186-df-stf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1991.

FRANCISCO. **Laudato si**: sobre o cuidado da casa comum. 2015. Disponível em: https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si.html. Acesso em: 25 mai. 2021.

HARO, Ricardo. **Reflexiones sobre el humanismo e la democracia en el pensamiento de Jacques Maritain**. Disponível em: http://www.jacquesmaritain.com/pdf/18_FH/12_FH_Rharo.pdf. Acesso em: 23 mai. 2021.

LLANO, Alejandro. *El humanismo cívico y sus raíces aristotélicas*. In: **Reuniões filosóficas**. Navarra, abr. 1999. Anuario Filosófico, n. 32, p. 443 - 468, 1999. Disponível em: <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/405/5/3.%20EL%20HUMANISMO%20C%3%8DVICO%20Y%20SUS%20RA%3%8DCES%20ARISTOT%3%89LICAS%2C%20ALEJANDRO%20LLANO.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

LOPES, Jorge Filipe Teixeira. A Filosofia jusnaturalista de São Tomás. **Presbiteros. arautos.org**, 27 set. 2013. Disponível em: <http://presbiteros.arautos.org/2013/09/a-filosofia-jusnaturalista-de-s-tomas/>. Acesso em: 23 mai. 2021.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria constitucional**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017

MACHADO, Luciana de Aboim. **Direito social do trabalhador ao salário justo**. II Simpósio Internacional do UNIFIEO, Osasco, 2012. p. 71 - 82. Disponível em: http://www.unifieo.br/pdfs/pdf/pdf/II_Simposio_Internacional.pdf#page=71. Acesso em: 26 mai. 2021.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**: uma visão nova da ordem cristã. Tradução Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1941.

PAULO VI. **Populorum Progressio**: sobre o desenvolvimento dos povos. 1967. Disponível em: http://www.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acesso em: 24 mai. 2021.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 26 mai. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo, Brasil, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_direito_ao_desenvolvimento.pdf. Acesso em: 25 mai. 2021.

RIBEIRO NETO, Francisco Borba. **Humanismo integral, pensamento católico e os desafios da sociedade brasileira**. 1º Seminário sobre Humanismo Integral e Desenvolvimento, 2012. PUC-SP. Disponível em: https://www.pucsp.br/fecultura/downloads/humanismo_integral.pdf. Acesso em: 23 mai. 2021.

ROMA, Júlio César. Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável. **Revista Ciência e Cultura**. v. 71, n.1, São Paulo, jan./mar. 2019. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252019000100011. Acesso em: 27. mai. 2021.

SANTIAGO, Bráulio Junqueira. **A filosofia do humanismo integral no direito**: a contribuição do pensamento de Augusto Comte e Jacques Maritain para o fundamento jusfilosófico dos direitos humanos. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista no Brasil**. KBR Editora, 2011. Disponível em: https://www.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/o_capitalismo_humanista_no_brasil.pdf. Acesso em: 26 mai. 2021.

SCRUTON, Roger. **Filosofia verde**: como pensar seriamente o planeta. São Paulo: É Realizações, 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMINI, Danilo Garnica. Constitucionalidade de políticas públicas em uma perspectiva alinhada ao dirigismo constitucional: a importância da superação do subdesenvolvimento e da erradicação da pobreza. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 3, p. 817 – 846, set./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n3p817-846>. Acesso em: 26 mai. 2021.

SÓFOCLES, **Antígona**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito como expressão da natureza cósmica. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (coord.). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. Barueri: Editora Manole, 2005.

ZABALA, Tereza Cristina. **Humanismo integral e desenvolvimento sustentável: somos mais que iguais, somos todos irmãos**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O CARÁTER RESTRITIVO DA LEI 13.467/17 E AS ALTERAÇÕES ECONÔMICAS PARA O ÂMBITO EMPRESARIAL

Maiara Prestes³⁰¹, José Laurindo de Souza Netto³⁰²

INTRODUÇÃO

Defronte sua origem e perspectiva histórica, a constituição recebeu efetivo destaque pós-revolução Francesa e Americana, qual seja, de maneira unânime, observada pelos doutrinadores ao pautar-se do estudo do advento da constituição para compreensão de sua origem histórica almejando alçar sua ascensão até o constitucionalismo moderno.

Porém, foi no cenário pós-segunda guerra mundial - 1939 a 1945 - que deixou marcado em sua sucessão uma quebra paradigmática do modelo político positivista, que conferia direitos e obrigações através da lei que era determinada, isoladamente, pelo poder legislativo, órgão possuidor de supremacia legal.

Tal ruptura paradigmática ofertou de maneira preponderante um novo modelo jurídico aos países que adotaram a instituição do constitucionalismo moderno em seus sistemas políticos, repelindo uma política concentrada nos moldes positivistas, que em sua origem pautava todo e qualquer direito e obrigação na lei expressa determinada pelo legislador posto que, pelo sistema político em questão, não era questionado em sua supremacia, pois o direito só existia na proporção que era contemplado pelo legislador.

Tal instauração constitucional deu-se pela objetividade em desviar a norma jurídica dos preceitos positivistas autoritários e, em sua essência, iniciou uma estrutura na garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

³⁰¹ Graduada em Direito pela Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba (2019), Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania - Atividade Empresarial e Constituição. É Coordenadora da área de Direito e Processo do Trabalho no escritório Roberlei Queiroz Consultoria Jurídica. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2880-9149>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4126853026887477>.

³⁰² Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1982), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Professor Titular no Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Autor de livros e diversos artigos jurídicos publicados em revista nacionais e internacionais. Parecerista de artigos acadêmicos, palestrante e conferencista no Brasil e no Exterior. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

O fim da segunda guerra homogeneizou o contexto político, ao passo que passou a vislumbrar na constituição o real objetivo para sua concepção. Para além da segurança jurídica despojada pelo direito, a constituição passou a lograr propósito de efetivar a realização da justiça, qual seja, a oferta da literal noção de dignidade da pessoa humana, fatos claramente idealizados pelas condições deixadas pela atrocidade da guerra.

Na explicação contemplada pelas palavras de Amélia Rossi e Danielle Pamplona:

Para além da segurança jurídica, o Direito estará comprometido com a pretensão de realização de justiça ou de correção material. A dignidade da pessoa humana passa a ser o norte que conduz a criação e instrumentalização das Constituições. As fronteiras entre a moral e o Direito se tornam mais imprecisas em função da abertura do sistema introduzida por meio dos princípios constitucionais, a ponto de se perceber, não apenas uma relação contingencial, mas uma conexão necessária entre a moral e o direito. (ROSSI; PAMPLONA, s.d.).

A constituição, também conhecida como magna carta, desde logo almejou criar uma distinção de suas leis, à todas as outras, pela sua supremacia e especialidade de objeto, ou seja, ela já foi instituída para calcar uma base especial em busca de angariar proteção eficaz ao mais eminente direito que já se visionava. Porém, de maneira gradativa deu-se notória crítica a sua evolução, pois sua matéria não possuía alcance efetivo, ou seja, ela não alçou condições de ditar seu próprio direito como objeto especial.

Tal desencontro de objetivo e de efetividade deu-se devido, conforme explica Gilmar Mendes, pela “supremacia incontrastável do Parlamento”, que formulava as leis e, em sua soberania, inadmitindo um real exercício de controle efetuado pelo judiciário.

Em uma linha quimérica do tempo, por fim, compreende-se o surgimento da constituição pós-revolução americana e revolução francesa, sua instituição não atingiu os patamares por ela almejada, de maneira que, visualizando sua ineficácia, deparou-se com a crítica da incontrastável supremacia do parlamento que a concebia.

Findada a segunda guerra mundial, muitos dos países membros do ocidente adotaram pela primazia de normas constitucionais para garantir a efetividade de resolver conflitos jurídicos e políticos. Foi então que, visando definir a atuação do Estado, destinou-se à Constituição a máxima tipificação para fundamentar a norma do sistema jurídico.

De todos os ganhos proporcionados pelo Estado Democrático de direito, o mais superno e substancial é o da Constituição que vem se amoldando às normas sociais, criando um ambiente coletivo seguro e de exequível convívio e demarcando as limitações de atuação do Estado enquanto figura arbitrária das regras políticas (ROSSI; PAMPLONA)

Porém, em linhas gerais, atuar conforme os ditames constitucionais tem sido um desafio para o mundo ocidental, que passou a conviver com este modelo político democrático após as revoluções sociais do século XVII, e fazer valer suas normas é, porventura, o maior dos duelos traçados entre os poderes, que por vezes travam batalhas de direito para repelir as normas de um Estado autoritário e para efetivar as normas constitucionais.

Um Estado Democrático de Direito tem como premissa de existência a atuação do direito e da política de maneira concomitante, não obstante os sistemas atuem se complementando, permanecem como institutos distintos e separados. Significativo ressaltar que os dois institutos além de distintos, não devem se confundir, pois, o direito claramente está inserido na política, porém, a ela não se atém. “Caso contrário, a questão da legitimidade do direito se resumiria à positivação das normas jurídicas” (CAMBI, 2016, p. 343). A diferenciação entre o direito e a política é um elemento essencial para a manutenção e administração do Estado Democrático de Direito, pois suas funções se complementam de modo a integrar o processo garantidor das normas constitucionais. “Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais (BARROSO, 2012, p. 15).

A distinção entre os sistemas se dá de maneira clara, a fim de perfazer a democracia de modo que a política se encontre conectada à soberania popular, a medida que o direito se conecta aos direitos fundamentais e a descentralização do poder, isto é, à sua limitação. A soberania popular circunscreve a si própria como a vontade social, isto é, é na política que se abrange a vontade, os interesses, os anseios sociais, ao passo que no direito, é a razão quem ganha espaço, a razão em reger as normas sociais.

No plano de sua criação, não há como o Direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. [...] Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político (CAMBI, 2016, p. 343).

A constituição determina que a atuação da política e do direito se dê de maneira apartada, ao passo que conserva ao judiciário independência e

autoridade para exercer suas funções de acordo com suas especificidades. Tal determinação constitucional existe sem promover a insegurança jurídica, pois, ainda que o judiciário possua uma legitimação especial, ou seja, aquela que é composta pelo concurso e não pelo exercício de escolha consciente do eleitor, o juiz deve obrigatoriamente seguir os moldes constitucionais. “Portanto, o juiz constitucional pode censurar o legislador ordinário na medida em que está vinculado à Constituição [...]” (CAMBI, 2016, p. 281).

Nada obstante, ainda que a constituição determine a conservação da distinção entre a política e o direito, é inevitável reconhecer que tal distinção não é facilmente identificável, a capacidade em definir a iminência em que deve atuar a política ou o direito não é exata, até mesmo porque “há funções recíprocas entre o direito e a política, cabendo-lhes institucionalizar o direito, por parte do Estado, e assegurar os meios de organização política” (CAMBI, 2016, p. 342).

Importante frisar que a democracia origina a política, e o direito é produto da política, desta maneira, a ela se subordina. No entanto, a política deve ser submissa ao direito uma vez que o governo é ligado às normas constitucionais que determinam o cumprimento dos direitos fundamentais e que, sem oscilação está submetido comando da lei.

Assim, todo ato legal, seja ele político ou normativo deve ser construído sob o manto do que constitui a essência do Estado Democrático de Direito, isto é, sua Constituição, deve respeitar a soberania de suas normas. No Brasil, contudo a Lei 13.467 promulgada em 11 de novembro de 2017, com suas novas perspectivas e características, tem apresentado um descomunal retrocesso às normas protetivas e inclusivas que amparavam a pessoa trabalhadora por meio do manto protetivo constitucional.

Há, porém, uma leitura, aprofundada, da referida Lei que se faz pela luz do neoconstitucionalismo, isto é, uma versão atualizada da Constituição que preza pela eficácia da proteção dos direitos fundamentais humanos, eficácia no desenvolvimento social e humanista de um Estado Democrático de Direito.

O prisma que o neoconstitucionalismo utiliza para definir as cláusulas específicas da lei da reforma trabalhista, apresentam uma visão de imensa assimetria entre os princípios constitucionais e suas características inclusivas.

Porém, imprescindível destacar que, ao passo que os direitos fundamentais trabalhistas foram alterados, vulnerabilizando ainda mais a parte mais frágil da relação trabalhista, isto é, o trabalhador, as empresas alcançaram vantagens em seus sistemas econômicos, uma vez que a alteração proporcionada pela lei, alterou consideravelmente direito e implicações jurídicas que trouxeram vantagens

econômicas, que, sem questionamentos, de algum modo retorna ao mercado econômico, suas consequências.

Impera destacar que, ainda hoje, após quatro anos e nove meses depois da promulgação da referida lei, ainda tramitam ações que pleiteiam o reconhecimento de inconstitucionalidade em seus termos, porém, há de se lembrar que, enquanto não houver julgamento que a defina em completo, ou em partes, inconstitucional, sua aplicabilidade continua sendo idônea apresentando, possivelmente, o pior cenário que o direito do trabalho vivenciou e vivencia desde a época da Primeira República.

Baseando-se em uma teoria de um Estado Democrático de Direito firmado em um sistema jurídico normativo baseado na proteção da pessoa humana como objeto da mais pura eficácia, e que em sua essência, por intenção, repele o direito positivista, há de se analisar que a referida reforma se distancia dos moldes constitucionais.

Essa contradição que existente entre Constituição e Lei trabalhista, exclusivamente, em detrimento da pessoa trabalhadora, torna o direito do trabalho atual uma área, dentre todo o direito, que se afasta dos benefícios democráticos, e os aproxima para uma estrutura de governo autoritária e restritiva.

Recorrer às leituras do neoconstitucionalismo para expor os inúmeros dispositivos da reforma que apresentam condição restritiva, cismática e desregulamentada é uma maneira de peneirar as ordens normativas trabalhistas como normas inconstitucionais de modo a bani-las do ordenamento jurídico.

A flexibilização e a desregulamentação do direito, termos amplamente utilizados pelos doutrinadores e operadores do direito, são provas inequívocas de que a lei da reforma trabalhista diverge do contexto geral de um Estado Democrático e precisa ser, novamente, realocada para o universo protetivo e humanista da Constituição Federal.

A problemática, porém, deste desencontro de regência normativa entre a Constituição Federal – agora em sua nova vertente interpretativa, isto é, o neoconstitucionalismo – e, a Lei da reforma trabalhista com seus ordenamentos contemporâneos jurídicos, deve ser considerada, dentre todos os dilemas, os mais graves a serem corrigidos. O prisma formado pelo neoconstitucionalismo que acusa o caráter restritivo da reforma nos permite questionar quais termos do direito do trabalho serão possíveis reconstruir e quais devem ser os tecidos de proteção social do universo da pessoa trabalhadora.

1 DESENVOLVIMENTO

O neoconstitucionalismo é uma evolução jurídica que propõe maior efetividade às normas constitucionais que abarcam os direitos fundamentais e sociais. É a utilização da norma já existente unida às práticas judiciais, isto é, utiliza-se das normas constitucionais que visionam a garantia aos direitos fundamentais, porém, atribui-se a essas normas, maior atenção através das alterações no comportamento decisivo do sistema judicial, pois o neoconstitucionalismo busca além de reafirmar o conteúdo determinado pela norma constitucional, dar efetividade ao seu cumprimento.

Essa atualização foi o resultado do advento da Constituição Federal de 1988. A constituição de 1988 abriu portas para, através de seus termos expressos, dar supremacia aos direitos fundamentais e sociais, porém, para que se efetive os termos constitucionais é necessária a obtenção de um Estado Democrático de Direito estável e seguro.

Em uma análise natural, a constituição de 88 já conferia um comprometimento social, fosse ele individual ou coletivo, porém, a incompatibilidade entre norma jurídica e condição estatal em efetivar a norma, entraram em conflito, e a sociedade e o direito passaram a conclamar pela sua efetividade.

Desta forma, Eduardo Cambi explana que há uma distinção entre direitos subjetivos e objetivos. De maneira a exemplificar, o Estado Liberal de Direito limitava os direitos fundamentais de maneira a atrelá-los aos direitos subjetivos do indivíduo, ou seja, os direitos de negativa de ação. Destaca Cambi: “O Estado Social de direito trouxe, porém, além da reafirmação dos interesses sociais subjetivos, os interesses objetivos, que englobam o aspecto protetivo do indivíduo” (CAMBI, 2016, p. 283).

Esse novo conceito em ofertar o direito efetivo, ambiciona fazer prevalecer a justiça em detrimento do direito positivado. O que preocupa a justiça é fazer justiça, de maneira que seja justa, em sua melhor condição, para todas as partes da sociedade.

A constituição moldada pelo tecido do neoconstitucionalismo busca em sua vertente atingir a máxima efetividade dos direitos e garantias sociais. É através desse processo que o conteúdo da lei deve ser moldado em prol dos interesses reais sociais a ponto de construir uma constituição real. Nesse âmbito, Eduardo Cambi descreve que “quando a constituição coloca direitos acima das decisões da maioria, faz do sistema de direitos fundamentais o critério último de validade de todo o ordenamento jurídico” (CAMBI, 2016, p. 25).

Esse contexto de empregar na constituição as normas e valores efetivos da sociedade é uma maneira de, além de controlar o poder estatal nos moldes do constitucionalismo originário, visiona também contestar os interesses de qualquer grupo político que esteja no poder como representante da massa social.

É nesse momento ápic que se coloca em Xeque, através de uma gama crítica realizada por Doutrinadores, operadores do direito, Juízes e demais autoridades que elucidam sobre as vertentes do direito do trabalho e as alterações executadas pela reforma trabalhista, isto é, a lei 13.467/17.

Em sentido contrário, porém, é que se verifica as vantagens obtidas pelo sistema econômico empresarial com as alterações impostas pela referida reforma.

Veja-se, por exemplo:

- Metade do aviso prévio – se indenizado;
- Metade da multa sobre o FGTS;
- Saque de até 80% do FGTS;
- Saldo de salário;
- Férias vencidas e proporcionais acrescidas de 1/3;
- 13º salário proporcional;
- Não gera o direito ao seguro-desemprego.

Muito embora a reforma, quando analisada através do prisma neoconstitucional seja uma reforma retrógrada no que tange a direitos constitucionais trabalhistas, as empresas usufruem de um ponto positivo, isto é, o empregador agora segue munido pela legalidade.

Ademais, Maiara Carvalho (2019) menciona:

De acordo com o artigo 611-A da CLT, o acordo ou a convenção coletiva podem dispor sobre salário, banco de horas anual, intervalo intrajornada (respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas), teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente, enquadramento do grau de insalubridade, prorrogação da jornada em ambientes insalubre, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, dentre outros.

Impera destacar que a estruturação dos direitos fundamentais no Brasil, foi marcado pelo propósito humanitário e social construído pelo advento da Constituição Federal em 1988, sendo a marca registrada para a consolidação de um Estado Democrático de Direito, que tardiamente se amoldava quando comparado aos demais países do Ocidente. Esse propósito deu margem, igual-

mente, ao reconhecimento da conveniência de uma institucionalização dos direitos de proteção à pessoa trabalhadora.

Unificado, portanto, à Constituição Federal, demais desenvolvimentos normativos tomaram vista para legitimar os intentos de proteção às classes trabalhadoras, como a conexão do Estado às Convenções Internacionais, ou a emenda constitucional 24/1988 que modificou dispositivos da Carta magna a fim de representar as classes trabalhadoras na Justiça do Trabalho, provocando consideráveis modificações no cenário do direito brasileiro trabalhista.

A força desta gama institucionalizada conferiu à pessoa trabalhadora a qualidade de indivíduo detentor de direitos e garantias fundamentais, uma vez que deslocou o capítulo dos direitos dos trabalhadores, que até então situava-se no capítulo da “Ordem Econômica e Social” – constituição de 1967 – para o capítulo reservado aos “Direitos Sociais”, sob o título de “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Não obstante a contínua marcha pela efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas e ao inequívoco desenvolvimento de um Estado Democrático humanista e social, o cenário de ascensão, de essência inclusiva e protetiva, foi alterado por uma direção que inflamou agressivo processo de desregulamentação e flexibilização trabalhista em decorrência a aprovação da Lei 13.467/17, promulgada com caráter restritivo com desagradável retenção ao acesso à justiça trabalhista.

Destaque que o direito trabalhista cruzou períodos de intensa fragilidade, iniciando sua história junto à Primeira República que se estendeu de 1889 até 1930, atingindo os anos de 1943 em que se aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, ainda ineficientes, encontrando a fase da República Democrático-Desenvolvimentista, em 1964, passando pelo regime civil militar que perdurou até 1985. Destaque que dentre estes, o período de, talvez, maior retrocesso e extrema decadência é o que se vivencia hoje, pela promulgação da Lei 13.467/17 – a Lei da Reforma Trabalhista.

Todo este retrocesso deflagrado pela Reforma trabalhista se desvincula com as proposições prestadas pelo neoconstitucionalismo, uma vez que para a visão neoconstitucional, as leis não devem ser o resultado do intento arbitrário formado pela visão política daqueles que detém o poder. Isto significa defender que uma lei deve ser promulgada, unicamente, se esta coincidir com os intentos sociais, limitando o poder do Estado.

Neste sentido, Cambi (2016, p. 25) menciona:

O Estado de Direito é uma categoria interdependente dos direitos fundamentais, porque somente são soberanas as leis que constituam manifestação externa das exigências

de racionalidade e de liberdade, não da vontade arbitrária daqueles que detêm o poder.

Tamanha alteração legislativa nos impulsiona a questionar a eficácia do Estado de Direito vivenciado nos dias atuais, uma vez que a lei da reforma trabalhista não constitui os interesses formados por um Estado de Direito que impõe a defesa dos direitos fundamentais, mas sim apresenta, através de teses ultraliberalistas de um Estado mínimo, os interesses arbitrários daqueles que detêm o poder.

Desta forma, os dispositivos que formam a nova lei, causaram, conforme cita o doutrinador Godinho, o “mais impactante período de refluxo desde 1930”. Isto significa dizer que, em uma análise, simplificada, o caráter retrógrado e restritivo da lei da Reforma trabalhista apresenta, hoje, dentre toda a esfera temporal político social do Brasil, a qualidade de ser o período de maior retrocesso e desvalorização da essência protetiva e social. (GODINHO; DELGADO, 2019, p. 572)

A profundidade desta desvalorização, suas implicações, a restrição por ela aplicada ao acesso à justiça, são análises essenciais para definir se tamanho retrocesso exhibe, além de suas restrições, uma estrutura inconstitucional. Nesta senda, necessário se faz compreender os prejuízos que a reforma tem apresentado como imperativo de um regime ultraliberalistas.

A compreensão de tamanho retrocesso deve ser protagonizada pelo prisma do neoconstitucionalismo, que tem por intento convergir para a ideia de como o direito trabalhista poderá ser reconstruído e retornar à sua base social, humanista e protetiva com valorização e enaltecimento a proteção da pessoa humana, ao caráter social e à condição humanista proporcionada por um Estado Democrático de Direito e que legitima a força normativa da Constituição.

Sua análise minuciosa perpassará pela idealização do direito constitucional mais elevado e focado na estruturação dos direitos fundamentais humanos. Sua proposta, como o novo direito constitucional apresenta ampla transformação ocorrida no Estado que visa, sempre, se aproximar de uma norma formada por princípios e um direito moralizado, repelindo o caráter material da Constituição pela sua forma mais efetiva de modo a se afastar da Constituição que apresenta como essência o seu positivismo. Sendo assim, a despeito de todo este novo cenário do direito voltado à pessoa trabalhadora, o neoconstitucionalismo, como uma nova perspectiva do direito constitucional, se apresentará como um leitor das alterações e restrições impostas pela nova lei, a fim de classificá-la e nortear sua aplicação.

O reconhecimento histórico da ascensão dos direitos trabalhistas, seja em sua era mais rudimentar ou em seu momento de maior valorização, é de imprescindível valor para delimitar o abalo jurídico-social ocasionado pela promulgação da Lei 13.467/17.

Sua promulgação e consequente aplicabilidade tem fragilizado inúmeras áreas de proteção à pessoa trabalhadora que, até então, não era considerado mais um objeto de problematização na vida do trabalhador.

Impera destacar que todo o domínio do direito trabalhista foi atingido pelo caráter limitante da reforma trabalhista, isto significa dizer que tanto o Direito Individual do Trabalho, como o Direito Coletivo do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho sofreram grandes perdas em suas disposições.

Cumprе ressaltar que, dentre os três ramos que abarcam o direito do trabalho, as perdas se acumulam em maior ou menor grau. Sendo assim, a título de exemplificação e tangibilidade ao processo de desregulamentação e flexibilização trabalhista, enfrentaremos uma comparação do período que antecede a Lei 13.467/17, para cada especialidade do direito do trabalho, e as alterações promovidas pela, então, reforma trabalhista, focada em tópicos que apresentarão, uma síntese da evolução conquistada pela Constituição Federal de 1988 e os aperfeiçoamentos democráticos realizados nos demais anos pós Constituição e os refluxos apresentados pelo caráter restritivo da nova lei.

Antes, porém, faz-se necessário compreender o que significa afirmar que a Lei 13.467/17 apresenta em sua essência uma flexibilização e desregulamentação *do* direito trabalhista. Conforme anteriormente mencionado, afirmar que a reforma trabalhista apresenta uma flexibilização em suas normas é, necessariamente, dizer que flexibilizar é uma maneira de amortecer a força normativa de composição do Direito do Trabalho, seja pela imposição legislativa estatal ou pela incidência da norma coletiva de trabalho, que recebeu amplo destaque de aplicação com a atualização da lei. Nas palavras de Godinho assim se traduz:

Por flexibilização trabalhista entendeu-se a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada (DELGADO, 2018, p. 71 – 72).

Semelhantemente a expressão que faz referência à desregulamentação do direito trabalhista, de igual modo possui uma estrutura que impulsiona o retrocesso, uma vez que apresenta como propósito o ato de dissolver da legislação em vigência o revestimento protetivo das relações socioeconômicas nos vínculos trabalhistas. Este ato, abre margem para que demais sistemas jurídicos que não apresentam o mesmo caráter humanista e protetivo incidam nas relações de trabalho. Neste sentido, Godinho explica:

A desregulamentação trabalhista consiste na retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa. [...] a desregulamentação trabalhista aponta no sentido de alargar espaços para fórmulas jurídicas novas de contratação do labor na vida econômica e social, naturalmente menos interventivas e protecionistas (DELGADO, 2018, p. 74).

Nessa medida, cumpre estabelecer que esta estrutura de flexibilização e desregulamentação das leis trabalhistas aprovam uma modulação de direitos que não seguem os preceitos constitucionais, o que repele às noções de leitura de um direito neoconstitucionalista que preserva o núcleo do direito que, em essência, busca através de uma transformação principiológica o sentido de dar efetividade ao manto protetivo e inclusivo da pessoa trabalhadora, sempre focando no projeto de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Consentir que a essência da lei 13.467 contradiz os preceitos neoconstitucionais, é uma maneira de despertar espaços para, ainda que previamente, culminar em uma conclusão de que a Reforma trabalhista, com sua feição às teses ultraliberalistas do Estado mínimo então, não respeitam o caráter inclusivo que prevê a Constituição Federal de 88, o que a torna, se não rival, minimamente ofensiva ao caráter humanista e protetivo da referida carta magna.

Concluído pois, tais explanações, segue-se para a ideia de materializar as transformações executadas pela reforma e como se dá a conjectura do neoconstitucionalismo às formas específicas do direito do trabalho.

a. Direito Individual do Trabalho

Impera destacar que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), fora aprovada em 1943. Esse momento foi regado de inovações jurídicas no campo trabalhista, uma vez que trouxe novos direitos com tendências protetivas e inclusivas, que, aos poucos, tomaram proporções consideráveis.

Muito embora a CLT tenha sido promulgada em 1943, o processo de desenvolvimento do direito individual do trabalho ocupou as décadas seguintes para se sedimentar. Sua estrutura protetiva, porém, conquistou eficácia com o advento da Constituição de 1988, conforme aqui já mencionado.

De modo específico, a Constituição da República solidificou a proteção ao direito do trabalho inserindo suas diretrizes junto ao artigo 7º, isso implica dizer que, a grande maioria das normas trabalhistas previstas na Constituição Federal estão inseridas neste artigo. Porém, não se resumem a ele. O direito individual do trabalho também encontra previsão em diversos princípios constitucionais, os chamados princípios constitucionais do trabalho que desenvolveram a estrutura protetiva e inclusiva para às pessoas trabalhadoras.

Dentre estes, há o princípio da proteção que direciona a formação do direito do trabalho visando, sempre, proteger a parte mais vulnerável da relação, isto é, o trabalhador. Princípio da primazia da realidade que objetiva proteger os direitos da pessoa trabalhadora dando foco a realidade por ela vivida na relação de trabalho. Há também o princípio da irrenunciabilidade que protege os direitos do trabalhador, ainda que este, voluntariamente, dispense as garantias a ele conferidas. O princípio da continuidade ambiciona preservar a relação de emprego de modo a favorecer o trabalhador. Há também o princípio da razoabilidade que pode se apresentar como freio às faculdades do empregador ou para aplicar a razoabilidade às questões pertinentes ao trabalhador. Por fim, temos o princípio da boa-fé que pressupõe que ambas as partes se comportem no padrão ético, moral e confiança.

Além das previsões principiológicas, a Constituição Federal traz expressamente a previsão de proteção da relação de emprego, seguro desemprego, garantia e proteção do salário, previsão do repouso semanal remunerado, dentre outras previsões. Impera destacar que estas previsões mencionadas estão diretamente destacadas no artigo 7º da carta magna.

Frente as tantas mencionadas regras normativas de proteção à pessoa trabalhadora, ao emprego e a relação de emprego, juntamente construídas com a adesão das Convenções Internacionais

Nesta linha, a título exemplificativo temos as normas da Reforma trabalhista que modificaram no Direito Individual do Trabalho, como enumera Godinho:

O conceito de “tempo à disposição”, no tocante a vários lapsos temporais em que o trabalhador já se encontra dentro dos limites físicos do estabelecimento empresarial [...], a eliminação das horas *in itinere* da CLT [...], a desregulamentação e/ou flexibilização das regras concernentes à jornada de trabalho, em sentido menos favorável do que o

anteriormente dominante [...], o incentivo legal à contratação autônoma, em contraponto à contratação empregatícia [...], a criação do “contrato de trabalho intermitente”, pelo qual se imagina a viabilidade formal e concreta da existência de um contrato empregatício até mesmo praticamente sem jornada e sem salário [...] (*Idem*, p. 157).

Diversas foram as alterações provocadas pelas leis. A referência é a nível exemplificativo, uma amostra do quão longe foram as modificações impostas pela Lei. Estas, porém, não foram exclusivas, de modo a invadir o espaço do Direito Coletivo do Trabalho.

b. Direito Coletivo do Trabalho

Um dos principais desenvolvimentos protegidos pelo Direito Coletivo do Trabalho e, concomitantemente, protegidos pela Constituição Federal, foram os direitos assegurados aos trabalhadores de, livremente constituir associação e organização sindical.

Impera destacar que a lei da reforma trabalhista, além de flexibilizar de modo unilateral a relação de trabalho, também enfraquece drasticamente as organizações sindicais. A título exemplificativo tomamos como referência a exclusão da compulsoriedade da contribuição sindical.

Um segundo exemplo que demonstra o caráter restritivo da reforma juntamente com sua posição flexibilizadora foi ascender, de modo parcial, outorgando hierarquia a regra do acordado sobre o legislado, isto implica argumentar que, a pessoa trabalhadora, por ser o lado vulnerável na relação de emprego, muitas vezes se condiciona a aceitar a pior proposta cabível em função da sua incapacidade de negociação, por justamente representar o lado mais frágil da relação. Neste molde o empregador sente liberdade imensurável em escolher os melhores termos, que não representam proteção e inclusão à figura da pessoa trabalhadora, na proposta de trabalho.

Godinho também elenca como pontos negativos o:

Enfraquecimento adicional das entidades sindicais no sistema trabalhista brasileiro, mediante a supressão[...]. O enfraquecimento do sindicalismo acontece também pelo fato de a regulação legal da contribuição assistencial (ou negocial), conhecida pelo epíteto e cota de solidariedade, não ter sido efetivada pela Lei da Reforma Trabalhista. Ao inverso, a nova legislação proíbe o desconto da contribuição negocial, ou similar, dos trabalhadores não associados, se não existir a anuência expressa e prévia destes [...]. (*Idem*, p. 159).

Claras são as alterações que, também, atingiram o Direito Coletivo do Trabalho.

Por fim, seguiremos às reformas que dizem respeito ao Processo do Trabalho.

c. Direito Processual do Trabalho

O Direito Processual do Trabalho, apresentou através da nova legislação uma limitação ao acesso da justiça trabalhista. A maior crítica apresentada no âmbito processual foi o ato de limitar o trabalhador, normalmente vulnerabilizado e hipossuficiente, à busca pelo judiciário trabalhista.

Citem-se, ilustrativamente, em rápido bosquejo, as restrições processuais inseridas na CLT pela Lei da Reforma Trabalhista: a) preceitos que limitam, drasticamente, o acesso à justiça por parte do trabalhador brasileiro[...], regras que diminuem e/ou descaracterizam, manifestamente, o instituto constitucional da justiça gratuita [...], preceitos que instigam o Magistrado do Trabalho a desempenhar papel severíssimo na condução do processo judicial [...], dispositivos que inserem a prescrição intercorrente na fase executória do processo judicial trabalhista. (*Idem*, p. 160).

Estas citações exemplificam o quanto a reforma forçou ao retrocesso. Muito embora não sejam todas as alterações, uma vez que poucos dispositivos apresentam de fato uma melhora para o desenvolvimento do Direito do Trabalho, a sua grande maioria opera de modo a diminuir os direitos da pessoa trabalhadora.

A perspectiva do neoconstitucionalismo é repelir os ideais da legislação que não coadunam com os intentos protetivos, inclusivos e humanistas da constituição e quanto mais longe da eficácia de proteção aos Direitos Humanos a Lei da Reforma Trabalhista estiver, mais inconstitucional será o seu teor.

CONCLUSÃO

O século XIX e XX foi marcado pela organização do constitucionalismo moderno, espaço em que se firmou a autoridade do direito constitucional no Ocidente, dando notoriedade a direitos fundamentais que objetivavam priorizar a limitação da concentração de poderes das mãos dos governantes.

O neoconstitucionalismo surge logo após a segunda guerra mundial – 1939 a 1945 – como um instituto de atualização do direito constitucional, ou seja, o neoconstitucionalismo não veio para revogar os direitos fundamentais já determinados pelo constitucionalismo moderno, tampouco afastar a conquista

de controlar o poder estatal, mas sim para quebrar paradigmas e estruturar, de maneira a alcançar maior eficácia em seu ordenamento jurídico.

É através do prisma neoconstitucionalista que a reforma trabalhista, nome dado à Lei 13.467 promulgada em 11 de novembro de 2017, será examinada, a fim de responder questionamentos que tramitam entre a flexibilização dos direitos trabalhistas, a desregulamentação das normas protetivas, a inconstitucionalidade de seus termos e a influência econômica na esfera do direito empresarial.

Diversos doutrinadores, operadores do Direito, autoridades que aludem sobre o Direito do Trabalho, apresentam, desde a promulgação da Lei 13.467/17 uma crítica profundada aos termos que modificaram todo o molde protetivo e inclusive proposto pela Constituição Federal à pessoa trabalhadora, oferecendo assim melhores condições de exercícios às empresas, porém, sacrificando o lado mais vulnerável da relação de trabalho.

Não obstante a lei tenha sido promulgada e segue conferindo aplicabilidade, alguns juízes tem apresentado interpretações que se assemelham às interpretações conforme a constituição. Uma maneira inequívoca de prestar solidariedade à figura da pessoa trabalhadora que, subitamente, assistiu seus direitos serem flexibilizados e desregulamentados e, conjuntamente, respeitar as intenções que a Constituição da República apresenta em seu âmago, isto é, proteger os direitos fundamentais da pessoa humana conferindo efetividade em sua aplicabilidade.

Impera destacar que a reforma trabalhista foi promulgada com extrema insatisfação da população que representa a pessoa trabalhadora. Ainda hoje, ano de 2020, tramitam junto ao Supremo Tribunal Federal, ações que pleiteiam pela condenação de diversos dispositivos da nova lei como ordenamentos inconstitucionais.

A visão neoconstitucionalista que, em sua essência, preza pela proteção dos direitos humanos, à proteção da pessoa trabalhadora em condições de igualdade e dignidade, que repele o positivismo como ordenamento a ser seguido, que aproxima a efetividade de direito das disposições que norteiam o Estado Democrático, é a visão que permite adotar a temática da reforma trabalhista a fim de discutir todos os seus termos, e sua análise é que determinará pela inconstitucionalidade, ou não, de seus ordenamentos.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. A condição humana. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. *In*: SILVA, Leonardo Passin ato. **Os muros da cidade**. Universidade de São Paulo. 2013.

Disponível em: file:///C:/Users/131142050/Downloads/OS_MUROS_DA_CIDADE_LEONARDO_PAS_SINATO_E_SILVA.pdf. Acesso em: 22 mai. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Editora Almedina, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6 ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Thesis, Rio de Janeiro, v. 5., n.1., 2012, p. 23 – 32. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 25 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. **Migalhas.com.br**, 5 fev. 2014, 14:48. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf> Acesso em: 27 mar.2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constituição do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 9 jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set.2013. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1794/2297>. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra. Almedina. 2003.

CARVALHO, Maiara. **As vantagens da reforma trabalhista para o Empregador**. Instituto de Direito Real, 7 ago. 2021, 00:12. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/reforma-trabalhista-empregador>. Acesso em: 25 out. 2022.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-moderno**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FARIA, Fernanda Nigri; VIANA, Maurício Túlio (org.). **Movimentos sociais versus retrocessos trabalhistas: poder e resistência do mundo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/169975?show=full>. Acesso em: 5 jun. 2020.

DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela. A proteção e a inclusão da pessoa humana trabalhador e do trabalho no brasil república: fluxos e refluxos. **Revista jurídica**, v. 4., n. 57. Curitiba, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3792/371372148>. Acesso em: 25 out. 2022.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A reforma trabalhista à luz dos direitos fundamentais: análise da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 7., n. 67., p. 105 -118.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2014

A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS ENVOLVENDO TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA PARA MANUTENÇÃO DA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Marcianita Lopata de Lima ³⁰³

INTRODUÇÃO

As relações empresariais são necessárias para manutenção da sociedade, e devido as características do mercado, nota-se uma intensa concorrência que potencializa a busca pela qualidade do trabalho e baixos custos de transação.

Para instrumentalizar essas relações, utiliza-se da via contratual, seja para a contratação de serviços e produções, compra de bens, ou qualquer meio de colocação no mercado.

Nesse mesmo cenário de alocação no mercado, muitas empresas possuem como objeto a tecnologia disruptiva, atuando como fornecedora de tecnologias, ou utilizando-a para otimizar suas operações, de todo modo, realizam contratos que versem sobre um objeto disruptivo, e muitas vezes, instável.

Essas relações contratuais possuem características próprias pela própria natureza, e não podem ser solucionadas com o mesmo fim que uma relação cível normal, ou adversa do ramo.

Muitos juristas possuem dificuldades em interpretar esses contratos, partindo de premissas como, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, revisões ou rescisões contratuais através da via judicial.

No entanto, sabe-se que, uma decisão judicial não é viável para o ecossistema empresarial, pois pode trazer ônus a apenas uma das partes, aumentando os custos de transação da empresa.

Sendo assim, o principal problema da pesquisa é compreender como a atual crise no direito contratual impacta no ecossistema empresarial, sobretudo, quando os contratos versam sobre tecnologias recentes.

Elencou-se como objetivos a investigação dos impactos econômicos nos contratos empresariais que possuem como objeto as tecnologias disruptivas, bem como, a análise dos fundamentos da interpretação contratual empresarial para a tutela da preservação do negócio.

³⁰³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4300-2968>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8387852275507836>. E-mail: marcia_lopata@hotmail.com.

Justifica-se a pesquisa pelo contexto atual de crise na interpretação dos contratos, no qual emerge a necessidade de análise específica em prejuízo da própria continuidade da sua execução. Além disso, a discussão é necessária considerando as controvérsias expostas pelos operadores do direito e decisões das Cortes de durante a solução de conflitos.

Para tanto, o artigo foi dividido em três segmentos: primeiramente apresenta-se a Teoria geral dos contratos, diferenciando-os dos contratos empresariais. Para isso, discutiu-se as características da empresa, e a função dos contratos que colaboram nessa atividade privada. Destaca-se os principais princípios que devem nortear sua funcionalidade, e conseqüentemente, sua rescisão.

Após, passa-se a expor sobre o cenário disruptivo inserido no contexto empresarial, considerando que muitas tecnologias surgiram com a Revolução Digital e passaram a ser adotadas pelas empresas.

Cita-se algumas tecnologias que foram aprimoradas com a fusão da tecnologia física, digital e biológica, como a *Blockchain*, inteligência artificial, robótica avançada e Internet das coisas (IoT).

Ao utilizar essas tecnologias cria-se modelos de negócios disruptivos, que podem ser incorporados como objeto da empresa, ou viabilizar as operações de gestão interna.

Desta forma, observa-se que, atualmente, muitos contratos empresariais possuirão como objeto cláusulas que versem sobre a tecnologia disruptiva, sem prever eventuais instabilidades, que, conseqüentemente, possuem potencial de alterar o cenário de contratação inicial.

Por fim, tendo aprofundadas as questões anteriores, procura-se trazer a interpretação atual dada para preservar as empresas, com uma análise da sua eficácia e possíveis soluções diversas.

Utilizou-se o método dedutivo bibliográfico, principalmente, com a análise de dados do Direito Empresarial e da Economia, com utilização de doutrinas clássicas e artigos científicos.

Não há intenção de se esgotar a problemática, pois se trata de uma temática extensa e que ainda pendura na sociedade. Contudo, mediante a revisão sistemática acerca do tema espera-se proporcionar parâmetros para uma eficaz interpretação dos contratos empresariais.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 ESTADO DA ARTE

Realizou-se um levantamento dos trabalhos já publicados sobre a temática de interesse na base de dados do “Google Acadêmico”, plataforma “EBSCO” e na Revista dos Tribunais, de junho de 2020 até agosto de 2022.

Os descritores utilizados foram: “interpretação, contratos empresariais, resoluções alternativas, relações empresariais, tecnologias disruptivas, revolução digital”.

O período considerado para este levantamento foi de 2020 até 2022, uma vez que a tecnologia disruptiva foi adotada pelas empresas recentemente, e tornou-se objeto de estudo nos últimos anos.

Destaca-se que o tema tem relação com a disciplina de Teoria Geral Das Obrigações Negociais Empresariais, cursada no Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA, enquadrando-se na ementa, que prevê a análise da Conveção de Arbitragem. Arbitragem e Empresas. Desjudicialização de conflitos empresariais. Globalização.

Ainda, é pertinente com a proposta do Mestrado, que visa constituir um diálogo entre os conteúdos do Direito Empresarial sob viés da cidadania.

1.2 APRESENTAÇÃO DOS DADOS

1.2.1 *Os contratos empresariais*

Para instrumentalizar a manutenção da sociedade, iniciou-se a prática de formalizar acordos para o futuro cumprimento de uma obrigação. Desta forma, nota-se que a modernidade é intensamente marcada pela massiva celebração de contratos.

Para o doutrinador Caio Mario da Silva Pereira o “contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (PEREIRA, p. 7).

Nesse mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 27), ressalta seu ponto histórico, destacando, sobretudo, a liberdade do indivíduo e sua autonomia de celebrar acordos.

Esse princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual.

Foi sacramentado no art. 1.134 do Código Civil francês, ao estabelecer que “as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram.

O Brasil adotou o mesmo posicionamento, reiterando que toda vontade deve ser “livre e desimpedida, proferida pelo próprio indivíduo sem qualquer coação externa” (WANDERLEY, 2014), desta forma, todo indivíduo possui a liberdade de contratar, ou se abster, optando pelas partes, limites e objeto.

Chiovenda (1933, p. 188) ensina que as partes não estipulam contratos pelo prazer de trocar declarações de vontade, mas tendo em vista certas finalidades que resultem, geralmente, em vantagens.

Por isso ele é o instrumento utilizado para viabilizar todas as relações jurídicas, sejam elas civis, consumeristas, trabalhistas e principalmente nos negócios mercantis³⁰⁴, afinal, para a concretização da atividade empresarial se faz necessário empregar instrumentos materiais e imateriais.

Nesse sentido, Marcia Carla Pereira Ribeiro (2008, p. 2880) alude que os contratos empresariais “são instrumentos indispensáveis à mobilização dos bens, num sistema econômico que reconhece a propriedade, a liberdade de iniciativa e a existência do mercado”.

Vislumbra-se que uma empresa pode celebrar diversos tipos de contratos, desde o contrato de trabalho firmado com o colaborador, os contratos de compra e venda de matéria prima e de colocação dos bens e serviços no mercado, e principalmente aqueles dos quais depende o ecossistema da atividade empresarial, como o contrato de sociedade e de franquia (RIBEIRO, 2018).

Utilizando está mesma lógica, colhe-se a lição de Paula Forgioni (2010, p. 22):

A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; a empresa é agente econômico. É preciso adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados etc.; tudo exige que se estabeleçam relações com terceiros. Essa ação recíproca (empresa outros agentes) interessa ao Direito na medida em que dá à luz a contratos e, consequentemente, a relações jurídicas. O mercado identifica-se com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos. Como se afirmou, “o mercado [...] é feito de contratos, os contratos nascem no e no mercado.

³⁰⁴ É pertinente destacar que os contratos oriundos da relação negocial são denominados de contratos empresariais, e seu principal diferencial está intrinsecamente relacionado com o lucro de todas as partes envolvidas, diferente dos demais tipos contratuais (FORGIONI, 2009).

Portanto, para manter a constituição dos negócios jurídicos relacionadas a prática empresarial, é necessário que o agente empreendedor celebre contratos, sendo pertinente para a presente pesquisa apresentar apenas os contratos interempresariais ³⁰⁵, cujo objeto relacione-se com a tecnologia disruptiva.

Ainda sobre os contratos empresariais, Paula Forgioni (2010) pontua que possuem características próprias, ressaltando que é preciso ter cuidado ao interpretar um contrato de negócios mercantis, pois eles

[...] merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores, é certo que os mesmos princípios não podem ser aplicados aos vínculos entre empresários, sob pena de introduzir no corpo do direito comercial um “consumerismo” fadado a rejeição.

Essencialmente, eles serão norteados pelo princípio da livre-iniciativa, ou seja, serão motivados pelo intuito de obter vantagens econômicas lícitas, partindo do investimento de esforços e capital para a obtenção de lucro, compreendido como seu elemento essencial.

Nesta esteira de entendimento a Lei da Liberdade Econômica reiterou esses elementos com a criação do artigo 421-A ³⁰⁶ no Código Civil Brasileiro, reforçando a autonomia de vontade e a excepcionalidade da revisão contratual, o que significa dizer que se deve buscar ao máximo as mesmas condições celebradas.

Dados os fatos expostos, entende-se que a gestão empresarial deve evitar um ambiente de incerteza ao investidor, o mercado deve ser seguro e governado por regras que garantem comportamentos previsíveis.

Apesar de ser nestas circunstâncias que os contratos deveriam ser firmados, ocorre que a tecnologia é instável, levando a um cenário que não foi previsto inicialmente, potencializando que esse cenário seja conduzido a um litígio, conforme será exposto no próximo capítulo.

1.2.2 O cenário disruptivo para o contexto empresarial

Para que a sociedade se desenvolva de maneira plena é necessário que possua mecanismos para diminuir os seus custos e, ao mesmo tempo, tornar mais fluídas as formas de trabalho/atividades.

³⁰⁵ São aqueles em que somente as empresas fazem parte da celebração.

³⁰⁶ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Aplica-se, portanto, o conhecimento coadunado com a técnica, que possibilita o desenvolvimento da tecnologia, que é compreendida como a combinação entre ‘*téchné*’, isto é, o mistério de uma habilidade, com ‘*logia*’, conhecimento organizado, sistemático, significativo (LEONARDECZ, 2017).

As Revoluções Industriais foram marcadas, justamente, pela mudança da tecnologia utilizada, do carvão passou-se ao vapor, da mecânica evoluiu-se para analógica.

Para Klaus Schwab (2016), as revoluções ocorrem com o surgimento de novas tecnologias que alteram as estruturas sociais e sistemas econômicos. Após a revolução agrícola, sucedeu-se mais três Revoluções Industriais, e atualmente, a sociedade se depara com a Quarta Revolução, que é caracterizada pela fusão das tecnologias físicas, digitais e biológicas.

Antes de adentrar especificamente na importância desta tecnologia, é necessário destacar suas principais categorias.

O mesmo autor destaca a categoria física que contempla os veículos autônomos, impressão em 3D, robótica avançada e novos materiais; a categoria digital, que aborda a Internet das coisas (Internet of things — IoT), a *blockchain*, sobretudo, a tecnologia compartilhada que possibilita a criação de plataformas que rompem barreiras sociais e geográficas; pôr fim a categoria biológica, em particular, a genética (SCHWAB, 2016, p. 26).

Ao utilizar dessas tecnologias, cria-se modelos de negócios que são baseados na disrupção³⁰⁷, trazendo uma quebra no paradigma social, e principalmente, afetando as empresas que começam a utilizá-las para sua otimização, bem como, oferta da tecnologia como produto e serviço.

Conforme exposto, ela pode ser incorporada à empresa em diversos ângulos, extrai-se este entendimento de José Ernesto Lima Gonçalves (1994, p. 65):

A visão mais próxima da que defendemos é a de que a tecnologia é muito mais que apenas equipamentos, máquinas e computadores. A organização funciona a partir da operação de dois sistemas que dependem um do outro de maneira variada. Existe um sistema técnico, formado pelas técnicas, ferramentas e métodos utilizados para realizar cada tarefa. Existe também um sistema social, com suas necessidades, expectativas e sentimentos sobre o trabalho. Os dois sistemas são simultaneamente otimizados quando os requisitos da tecnologia e as necessidades das pessoas são atendidos conjuntamente.

³⁰⁷ É o termo cunhado pelo Professor de Harvard Clayton Christensen e foi utilizado para descrever inovações que oferecem produtos ou serviços que criam um novo mercado (EDIPUCRS, 2022, portal eletrônico).

Ressalta-se que, ao buscar uma alocação no mercado, as corporações passam a ofertar essas tecnologias aos seus consumidores, bem como, utiliza-as para diminuir seus custos de transação e aumentar o potencial de crescimento, novamente:

Além das mudanças nos padrões de crescimento, nos mercados de trabalho e no futuro do trabalho, que naturalmente irão influenciar todas as organizações, há evidência de que as tecnologias que sustentam a quarta revolução industrial causam um grande impacto sobre como as empresas são lideradas, organizadas e administradas. Um sintoma particular deste fenômeno é a redução histórica da média da expectativa de vida de uma empresa listada no S&P 500 de cerca de 60 para aproximadamente. (GONÇALVEZ, 1994, p. 56).

Como exemplo, pontua-se que as próprias relações já estão sendo conduzidas por *smart contracts*, que são contratos transformados em linguagem computacional, e se auto executam a partir de *softwares* e *hardwares*.

Para atribuir maior segurança, esses contratos podem ser armazenados na *blockchain*, que por sua vez, é a tecnologia fundamental para a criação de criptomoedas.

As empresas também instrumentalizam suas operações por meio da Inteligência Artificial, que facilita a gestão de recursos e atividades rotineiras como o processamento de dados e otimização de suporte ao cliente.

Os pesquisadores Beatriz Rodrigues e António Andrade (2021, p. 401 e 402) coletaram dados acerca da eficiência da IA para as empresas, e concluíram que

[...] a IA veio proporcionar grandes aumentos de produtividade, não só porque possibilitou a automatização de trabalhos rotineiros e repetitivos que os trabalhadores tinham de desempenhar, deixando-lhes mais tempo para trabalhos criativos e estratégicos, onde estes podem adicionar maior valor, como também, através do suporte analítico e bases de dados que a IA possui, permitiu ajudar tanto na previsão e resolução de problemas, como no apoio ao processo de tomada de decisão.

Em geral, elas podem inovar através de técnicas, equipamentos e softwares, com a produção dos bens e serviços, posteriormente, comercializar essas tecnologias aos clientes.

Nesse cenário, destaca-se quando a tecnologia é inserta no próprio objeto da corporação, caracterizando uma Empresa de Base Tecnológica (EBT)³⁰⁸,

³⁰⁸ Cumpre ressaltar é aquela que possui como atividade produtiva o desenvolvimento de novos produtos/serviços ou processos, baseados na aplicação sistemática de conhecimento científico-tecnológico (ZOUAIN;

neste caso, por exemplo, praticamente todos os acordos celebrados versariam sobre tecnologia.

No entanto, existem alguns aspectos negativos dessa adoção, como a fonte de incerteza que advém dos saberes científicos em si mesmo, que se proliferam para a gerência dos contratos. Isto porque o processo de combinação da utilização da tecnologia, alicerçada com os contratos ocorre sob condições de alta incerteza, pois não é possível prever o cumprimento integral do contrato considerado os riscos inerentes ao processo.

Sobre o risco, destaca-se que é produto de dois fatores:

[...] as consequências esperadas de um evento e a probabilidade de que o evento possa ocorrer. Para ele, todos os projetos envolvem risco e sempre há algum nível de incerteza no resultado de um projeto, mas os riscos dos projetos modernos são particularmente maiores em razão da complexidade e altamente variáveis (LEONARDECZ, 2017, p. 37).

Portanto, a tecnologia é muito mais do que a utilização de equipamentos, ela é formada pela técnica, métodos de realização, bem como, pelo próprio objeto da empresa e, ao passo que é uma facilitadora de transações, também pode acarretar consequências como a instabilidade no cumprimento dos contratos.

1.2.3 A interpretação aplicada e a necessidade de utilizar outros meios de resoluções de conflito

Considerando a própria natureza empresarial observa-se a necessidade de aplicar uma interpretação diferenciada nos contratos empresariais, ou seja, o método de exegese deve ocorrer sob a ótica do mercado, considerando seus pressupostos como: custos de transação, necessidade de segurança e previsibilidade para o tráfico de dados, tutela do crédito, e principalmente, a função do negócio comercial.

Essa regra se potencializa quando os contratos envolvem inovações tecnológicas, os quais também devem ser interpretados de modo diferenciado, considerando que a tecnologia em si é um mecanismo instável.

Em um cenário de crise, é difícil manter ambos os lados equilibrados, havendo influência relativa à assimetria de informações ou de poder econômico que poderá interferir de forma significativa no equilíbrio do contrato, produzindo a prevalência injustificada de uma das partes em detrimento da outra.

Exemplo disso é quando a tecnologia nesses contratos se comporta de maneira diferenciada do previsto, acarretando *bugs*³⁰⁹ do sistema operacional causando prejuízo ao cumprimento do contrato.

Por certo que as medidas a serem adotadas para reequilibrar um contrato empresarial não deverão ser as mesmas escolhidas para o reequilíbrio dos contratos de trabalho ou de consumo, em razão das especificidades que cercam o contrato empresarial. Segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro:

Pensar em contrário pode produzir inúmeros prejuízos à economia, na medida em que o empresário será constantemente poupado do resultado de suas decisões equivocadas, com riscos de se distorcer a concorrência mediante indesejável intervenção na liberdade de concorrência própria do jogo competitivo do sistema capitalista, produzindo o risco de se afugentar os investidores que não terão um mínimo de previsibilidade com relação às suas opções de investimento e risco. (RIBEIRO, 2018).

O fato de os contratos empresariais não disporem de regras específicas de interpretação pode oportunizar que o poder judiciário tenha uma interferência mais ampla, principalmente no âmbito de aplicação de princípios gerais do Direito Contratual, com risco de prejudicar às particularidades destes contratos.

Para-se a dúvida se o Poder Judiciário teria capacidade de aplicar esses princípios, sem interferir no próprio ecossistema empresarial.

Fredie Didier Júnior e Daniela Santos Bonfim (2017, p. 317) respondem ao questionamento, afirmando que a intervenção do Poder Judiciário nos contratos empresariais é perigosa, pois há o risco de desestabilizar o complexo sistema das relações empreendidas no mercado.

Foi o que ocorreu com a crise causada pela pandemia do covid-19, momento de massiva revisão dos contratos empresariais em razão dos efeitos imprevisíveis e extraordinários em decorrência do desequilíbrio superveniente causado às partes.

Como exemplo, pode-se citar o Agravo de Instrumento nº 2061905-74.2020.8.26.0000, em que o Relator considerou a pandemia do coronavírus como “acontecimento extraordinário e imprevisível”, e adotou a teoria da imprevisão para parcelar a dívida oriunda de um contrato de cessão de quotas sociais. Ainda, destacou que: “Em tempo de guerra, que é, *mutatis mutandis*, aquele que vivemos em face da pandemia do coronavírus, assim deve realmente ser” (TJSP, 2020).

³⁰⁹ São falhas imprevisíveis que prejudicam o funcionamento correto ao executar algum software ou usar um hardware.

Esse é um exemplo que, se cada questão foi levada ao Poder Judiciário não haverá uma interpretação benéfica para ambas as partes, pois a intervenção de terceiros não respeita a simetria das relações interempresariais e a alocação dos riscos acordada pelas partes, assim, a melhor forma seria com as partes chegando em uma solução sem interferência do Poder Judiciário. Nesse sentido:

Os contratos civis e empresariais, que guardam uma função econômica essencial para o capitalismo de livre mercado, não devem servir como instrumento de justiça social através da utilização inadequada do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, ou da utilização universal de cláusulas gerais sem análise profunda dos seus efeitos, pois gera insegurança jurídica, falta de confiança da sociedade para gerar novos negócios e, conseqüentemente, inibe o desenvolvimento econômico. (GIBRAN *et al*, 2019, p. 33)

Brasilino (2015, p. 135) sustenta que o dirigismo contratual nos contratos empresariais não pode causar uma intervenção desregrada, mas que há a necessidade de se observar os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

O argumento da rescisão ou revisão com fundamento na onerosidade excessiva deve ser aplicada com cautela, preferindo que os contratantes utilizem meios alternativos de resolução, conforme será exposto a seguir.

1.2.2.4 Exemplos de meios alternativos de resolução

Ressalta-se que diante da complexidade dessas relações nesse cenário, as soluções alternativas apresentam soluções eficazes e definitivas, sob os princípios da autonomia das partes e da boa-fé contratual.

Mesmo nos contratos híbridos, em que se destaca a flexibilidade e da adaptabilidade, espera-se que os mecanismos de governança previstos pelas partes possam assegurar a adaptação do contrato a novos fatos, o que pode ocorrer por meio de diversas alternativas, que vão desde o dever de renegociar até mesmo à participação de um terceiro, como um expert, um mediador ou um árbitro (FRAZÃO, 2020).

A arbitragem é o principal meio relacionado como solução para a “crise do poder judiciário”, contribuindo para soluções mais eficazes do que os serviços do Estado. Nessa linha, exemplificativamente, veja-se

A Crise já está às portas do terceiro milênio, é preciso flexibilizar o monopólio da Justiça pelo Estado, e pôr fim à cultura brasileira do paternalismo estatal, do Estado abso-

luto, centralizador e distribuidor de vantagens e benefícios, e de que a ele também incumbe resolver toda e qualquer pendência legal. O acúmulo de processos, as dificuldades no acesso, na administração e na realização da Justiça e a própria desmitificação do Estado, levar-nos-á – cedo ou tarde – obrigatoriamente, a adotar um approach mais prático e informal dos aspectos que envolvem a administração da justiça, com tendência transparente e convergente para a utilização e aprimoramento dos instrumentos alternativos de solução de conflitos, onde despontam a conciliação e a arbitragem (MARTINS; LEMES; CARMONA, 1999, p. 11).

Rafael Bicca Machado (2007, p. 56) ainda defende que “uma das vantagens, que poderiam ser apontadas à arbitragem empresarial, é a de que, em média, há maior similitude de pensamento entre os árbitros e os empresários, do que entre os juízes e os empresários”.

Ela está consolidada no Brasil por meio da Lei nº 9307/96 e garante ampla liberdade de deliberação quanto aos critérios utilizados na resolução de conflitos ³¹⁰.

Ao proporcionar um espaço relativamente independente da justiça estatal ela garante a autonomia de vontade das partes, exemplo disso é na Inglaterra, em que não há um dever geral de negociar ou executar os contratos pela via judicial, ao contrário, eles entendem que cada negociação tem o direito de buscar seu próprio interesse.

Na esfera comercial, o direito inglês é relutante em alterar a alocação de risco, tudo isso, em nome da autonomia das partes contratantes. Nesse sentido, Carlyle Popp (2008) relaciona a liberdade negocial com a própria proteção da dignidade humana:

A atividade econômica tem como finalidade essencial garantir a todos uma existência digna. Esta garantia, aqui então como forma de utilização, está umbilicalmente ligada à liberdade negocial. O contrato se constitui em importante e essencial instrumento para o desenvolvimento econômico e se constitui, no vértice da pessoa humana, em meio de aprimoramento e desenvolvimento da personalidade. Não seria exagero dizer que a liberdade negocial contribui para o alcance da felicidade que possui proteção constitucional fruto da proteção à dignidade humana.

³¹⁰ Cumpre destacar, neste sentido o artigo 2º, §§ 1º e 2º do diploma normativo:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais.

Outro exemplo de proteção é ao celebrar um contrato que possua uma possibilidade, ainda que mínima, de que a circunstância seja alterada e venha afetar a relação contratual, precisa se precaver, por exemplo, por um *hedge*³¹¹.

Também se ressalta a Lei 13.243/2016, que deixa claro o intuito de flexibilizar os contratos, por exemplo, que versem sobre a cooperação tecnológica, permitindo que as ICTs e os agentes privados negociem de maneira mais livre (FERES *et al*, 2016).

Conjuntamente destaca-se a pesquisa de Vivian Amaro Czelusniak, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Dario Eduardo Amaral Dergin (2018, p. 656), que pontuam essencialmente sobre promover a cooperação sendo a medida mais eficiente para reduzir os conflitos nos contratos:

[...] como nos processos de inovação tecnológica normalmente se trabalha com tecnologias recentes, ainda não conhecidas no mercado, a tendência é que os contratos sejam mais complexos. Então, para que as transações sejam feitas com menores custos e sejam mais eficientes, as partes deverão prever salvaguardas ou contratos em uma estrutura hierárquica, dependendo da complexidade da tecnologia (2018, p. 656).

Assim, nota-se que a interferência judicial é uma medida extremamente excepcional, e que deve ser evitada.

Há outras opções alternativas que resultarão em maior segurança às partes, reduzindo os custos de transação da operação comercial, já que a margem de risco com que elas trabalharão será reduzida, com a consequente preservação da economia e da lógica de mercado.

CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa, demonstrou-se que a função, essencial, dos contratos é colaborar para que a atividade empresarial se desenvolva plenamente.

Para tanto, realizou-se uma diferenciação dos contratos empresariais para os demais, demonstrando porque sua interpretação deve ser diferenciada, principalmente, em um cenário de instabilidade.

Tal variabilidade pode decorrer da utilização da tecnologia, considerando que as organizações empresariais no ambiente produtivo necessitam de modelos

³¹¹ Hedge é uma proteção do mercado financeiro, é o mecanismo que serve para proteger operações financeiras que são expostas a uma alta taxa de volatilidade, isto é, estão em constante variação de preço. Essa proteção é feita a partir de uma estratégia de definição do preço futuro de uma ação ou outro ativo, tomando como base os preços e as cotações atuais do mercado (INFOMONEY, 2022, portal eletrônico).

de gestão de inovação cada vez mais versáteis, a utilizando na própria gestão ou na sua comercialização.

Fato é que, as corporações instrumentalizam contratos que possuem como objeto atividades tecnológicas, ou que estejam sendo executados através delas, como os *smarts contracts*, e por isso, esses contratos podem conter vulnerabilidades.

No entanto, mesmo nesse contexto de extrema fragilidade, os princípios inerentes à liberdade econômica devem ser preservados.

Esse desequilíbrio não pode ser corrigido pela via judicial, com uma análise superficial do caso, afinal, os conceitos que serão alocados no processo estão sujeitos a uma poluição pelo seu uso cotidiano, a argumentação recebe um significado diferente dependendo do lugar em que se está empregando, e essa interpretação pode interferir no sistema empresarial.

Só poderá existir um resultado legítimo e válido juridicamente se ele for racionalmente justificado, explica-se, se o juiz chegar na decisão utilizando a matéria das outras ciências o contexto final será prejudicado. E não há como garantir que todo o Poder Judiciário utilize os parâmetros corretos para análise dos contratos empresariais.

Assim, para se ter racionalidade da decisão, e visando os interesses econômicos de ambas as partes, não se mostra conduzir o litígio para uma resolução judicial. Deste modo, para que se estabeleça o equilíbrio novamente mostra-se necessário utilizar os meios alternativos de resolução de conflitos.

Para tanto, a pesquisa demonstrou a eficiência, sobretudo, da arbitragem, concluindo que ela é um instrumento que potencializa as chances de obter uma solução exitosa.

Isso porque, o conflito submetido a um terceiro imparcial, que possua experiência no âmbito empresarial, devidamente capacitado pode viabilizar soluções sustentáveis criadas pelos próprios contratantes, diminuirá os custos de transação e otimizará os processos internos da empresa, auxiliando em sua manutenção.

Espera-se, portanto, com o presente trabalho, contribuir para o desenvolvimento da interpretação dos contratos, cujo objeto versem sobre as tecnologias disruptivas, e assim, auxilie na própria manutenção da sociedade globalizada.

REFERENCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.874**, de 20 de setembro de 2019. Lei da Liberdade Econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.

MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem como opção de saída para a resolução de conflitos empresariais**. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: aspectos relevantes. **Revista Jurídica**, v. 21., n. 5., p. 45 - 72, jun./2008. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/115/90>. Acesso em: 15 jul. 2022.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Contratos empresariais**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/252/edicao-1/contratos-empresariais>. Acesso em: 20 de junho 2022

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Por uma nova dogmática para o direito privado: direito privado e a noção funcional dos contratos empresariais**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcia_carla_pereira_ribeiro.pdf. Acesso em: 20 de junho 2022

RODRIGUES, Beatriz; ANDRADE, António. O potencial da inteligência artificial para o desenvolvimento e competitividade das empresas: uma *scoping review*. **Gestão e Desenvolvimento**, n. 29., p. 381 - 422, 2021.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

WANDERLEY, Maira Cauhi. A autonomia da vontade. Uma análise sobre a autonomia da vontade das partes na celebração de um contrato, com foco nas teorias modernas e clássica. **Jus.com.br**, 28 nov. 2014, 17:09. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

ZOUAIN, Deborah Moraes; SILVEIRA, Aristeu Coelho da. **Aspectos estratégicos do modelo de gestão em incubadoras de empresas de base tecnológica**. Cadernos Ebape, v. 4., n. 3., p. 1 - 14, 2006.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

PUCRS. O que é inovação disruptiva?. **Editora.pucrs.br**. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/uol/lig/oportunidades-de-negocios/aula-3.html>. Acesso em: 10 jul. 2022.

FORGIONI, Paula Andrea. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

INFOMONEY. **Hedge**: Passo a passo para montar uma estratégia de proteção Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/hedge/>. Acesso em: 15 jul. 2022.

ZOUAIN, Deborah Moraes; SILVEIRA, Aristeu Coelho da. **Aspectos estratégicos do modelo de gestão em incubadoras de empresas de base tecnológica**. Cadernos Ebape, v. 4., n. 3., p. 1 - 14, 2006.

A AUTONOMIA PRIVADA E A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS CASOS DE CONFLITO FAMILIAR

Mariele Zanco Laismann³¹², Juliana Leticia Suttilli Carniel³¹³

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a demonstrar – de forma sintetizada e objetiva, a mediação extrajudicial como modalidade de resolução dos conflitos existentes na seara familiar, fundamentada, principalmente, na autonomia da vontade dos indivíduos.

O abarrotamento do judiciário, a precariedade estrutural dos serviços estatais e a ineficiência das decisões judiciais para as partes demonstram que o sistema judiciário brasileiro se encontra em crise, gerando uma perda de desempenho e de credibilidade das prestações jurisdicionais.

Referida situação, em grande parte, vem ocorrendo devido à cultura adversarial para a solução de litígios, a qual tem deixado explícito, que, no Brasil, existe uma cultura que fomenta o litígio, e conseqüentemente, a centralização do Poder Judiciário em solucionar todo e qualquer tipo de demanda.

Assim, o processo tradicional, no qual utiliza-se o método heterocompositivo de solução de conflitos – ou seja, um método adversarial, o qual resulta em um vencedor e um vencido, por meio do julgamento de um terceiro, neste caso, o Estado-juiz, tem sido visto pelos jurisdicionados como a única forma de efetivo acesso à justiça.

³¹² Mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná UFPR (2021-2023). Pós-graduada em Direito Aplicado (lato sensu) pela Escola de Magistratura do Paraná (2018), oportunidade que recebeu o Prêmio Ary Florêncio Guimarães, como melhor aluna da turma. Pós-graduada em Direito Ambiental pela UNINTER (2012). Graduada em Direito pelo Faculdade Campo Real (PR) 2009. Advogada licenciada na OAB/PR. Atualmente é Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, atuando junto a 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná como Coordenadora de Capacitações Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos- Nupemec/TJPR. Facilitadora em Justiça Restaurativa (Círculos de Paz) pelo Nupemec/TJPR (2017). Mediadora e Conciliadora Judicial em formação pelo Nupemec/TJPR. Instrutora em Justiça Restaurativa - Círculos de Paz, Círculos de Relacionamento e Sensibilização em formação pelo Nupemec/TJPR (2022). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1807-0114>.

³¹³ Mestranda em Direito pela UFPR. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto IMADEC. Graduada em Direito pela UFPR (2021). Estagiária de pós-graduação no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba, Paraná. E-mail: julianalscuttilli@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0073345726162394>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3258-1244>.

Referida premissa aplica-se nos conflitos de origem familiar, considerando que, de acordo com o Justiça em Números do ano de 2022, emitido pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ (CNJ, 2022, p. 279), os temas de família relativos a alimentos e relações de parentesco ocupam, respectivamente, o quarto e quinto lugar nos assuntos mais demandados em primeiro grau dentro da esfera da Justiça Estadual.

Diante deste cenário, tem-se observado a ineficiência das decisões judiciais nos conflitos familiares, considerando que o Judiciário apenas tem o condão de resolver as lides que lhe são apresentadas, sem, no entanto, dar fim aos conflitos em sua completude, já que as causas subjacentes do conflito acabam não sendo consideradas na análise do litígio. Com isso, os meios adequados de solução de conflitos – especificamente a conciliação e a mediação, têm ganhado destaque no cenário jurídico nacional e internacional.

A partir da leitura de livros e artigos científicos, sendo empregada a metodologia de análise dedutiva, este artigo apresentará a mediação extrajudicial com ênfase e fundamento na autonomia da vontade dos indivíduos como uma modalidade eficaz de resolução de conflitos familiares. Assim, pretende-se demonstrar que as técnicas extrajudiciais de solução de conflitos não são apenas métodos de prevenção e/ou solução de conflitos, ou tão somente meios de desafogar o judiciário.

A ideia aqui defendida consiste no fato de que, se a mediação for utilizada com base na autonomia da vontade das pessoas em conflitos familiares, ou seja, com ênfase na justiça participativa e preventiva, respeitando os anseios, ideais e desejos das partes, apresentando, conseqüentemente, a oportunidade de amadurecimento das relações, será uma modalidade eficaz de acesso à justiça.

Dessa forma, em um primeiro momento, dedicar-se-ão algumas laudas para a apresentação dos principais problemas do aparelho judicial hoje: o excesso de judicialização de demandas e a ineficiência destas decisões. Por conseguinte, em um segundo momento serão tratados os contornos da autonomia da vontade do indivíduo na mediação, momento em que se verá qual a forma correta e legalmente autorizada do livre exercício de escolha dos cidadãos que procuram um mediador para dirimir seus conflitos. Ademais, abordar-se-ão os conceitos e contornos do instituto da mediação no Brasil, com ênfase na mediação extrajudicial e na mediação familiar, apresentando-se, ao final, seus benefícios.

1 A CRISE DO APARELHO JUDICIAL: A HIPERJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS E INSUFICIÊNCIA DAS DECISÕES ESTATAIS

Um dos pilares da crise da administração judiciária do país é, indubitavelmente, a hiperjudicialização de demandas. A maior parte dos indivíduos tendem a associar os conflitos existentes com crise, batalha e dissensão, tornando-os algo prejudicial e indesejável, que necessariamente precisa ser enfrentado através da lógica vencedor-perdedor.

A ideia socialmente difundida de que somente o judiciário tem o condão para solucionar os conflitos existentes no meio da sociedade, além de falaciosa, tem criado nos jurisdicionados a falsa sensação de solução dos problemas mais profundos que permeiam suas relações sociais.

A proeminência do sistema judicial sobre os outros poderes, muito se deve ao fato de que o mesmo começou a desempenhar a função constitucional de efetivação do direito dos cidadãos, tornando-se, assim, um garantidor da efetividade dos direitos previstos em leis, mas não cumpridos – principalmente no que tange à atuação do próprio Estado, representados pelo legislativo e executivo.

Logo, “a prevalência do Poder Judiciário sobre os demais poderes, ao permitir a proteção de direitos e garantias fundamentais negligenciados e precarizados pelas outras esferas públicas, gera consequentemente uma explosão da litigiosidade” (FIGUEIREDO; MASCARENHAS, 2013, p. 188).

Tal preceito aplica-se sobremaneira às demandas de Direito de Família, haja vista que, conforme o ensinamento de Marília Pedrosa Xavier (2011, p. 70), “são a terceira causa que motiva os cidadãos brasileiros a buscarem o poder judiciário”.

No entanto, o método tradicional de acesso à justiça – diga-se, por meio de ação judicial na qual se pleiteia a decisão imposta por um terceiro, no caso, o juiz de direito, em grande parte das vezes, tem se mostrado ineficiente.

Referida premissa, aplica-se, sem dúvidas, aos conflitos existentes na seara familiar, aos quais a utilização do método tradicional acaba por apresentar desvantagens, considerando que despreza totalmente o lado sociológico e psicológico da demanda, motivo pelo qual o direito de família mínimo tem se destacado, de modo que “a tendência de evitar a judicialização das questões que envolvem a família é crescente” (XAVIER, 2011, p. 70).

Partindo-se desta premissa, defende-se, então, a ideia do sistema de Justiça Multiportas – *Multidoor Courthouse System*, de autoria do professor e reitor da faculdade de Direito de Harvard, Frank Ernest Arnold Sander, no ano de 1976.

De acordo com essa teoria, para o estabelecimento de um sistema multiportas de solução de conflitos devem ser consideradas quatro bases fundamentais, quais sejam:

(i) a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos; (ii) a escolha do método a partir de uma triagem feita por um expert; (iii) adequada formação dos profissionais que irão manejar o conflito a partir destes métodos, incluindo advogados e mediadores/conciliadores; (iv) existência de uma política pública de conscientização sobre os benefícios de se adotar os meios alternativos, além da adequação da destinação de recursos, e economia a ser gerada no sistema judiciário com o incentivo à utilização dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos – MASC. (SANDER, 2000, p. 3-5)

A ideia central da teoria apresentada por Sander, consiste, então, na busca da solução mais adequada e mais efetiva à cada caso concreto, partindo do pressuposto de que há vantagens e desvantagens em cada caso específico ao usar um ou outro processo de resolução de disputas, sendo que a existência de várias possibilidades para decisão do caso concreto se mostra mais razoável e ideal (BORGES; RAMIDOFF, 2020, p. 7). Assim,

é imperioso o estabelecimento pelo próprio Poder Judiciário de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estimulando e mesmo induzindo uma ampla utilização, em nível nacional, dos meios consensuais de solução de conflitos (WATANABE, 2011, p. 4).

Dessa forma, os meios adequados de solução de conflitos – neste caso, em específico, a mediação, torna-se uma forma de acesso à justiça diferente do método heterocompositivo para os que buscam solucionar seus embates, principalmente por proporcionar o reestabelecimento do contato, diálogo saudável e decisões que podem ser cumpridas – diga-se efetivas, para as partes.

Portanto, levando-se em conta que nos casos de conflitos familiares se está diante de grande instabilidade social e emocional, a mediação torna-se a forma mais eficiente de solucionar a animosidade existente nas relações familiares, desde que seja realizada com respeito à autonomia da vontade dos indivíduos, conforme se verificará no item a seguir.

2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A autonomia da vontade é uns dos preceitos mais importantes na resolução consensual de conflitos, e, no âmbito da mediação de conflitos, um dos elementos e princípio com maior destaque.

Os princípios irão nortear a atuação independente e imparcial do mediador para que, dentro de um procedimento mais informal e confidencial, pautado na oralidade e na igualdade de condições, se possibilite que as partes utilizem a autonomia da vontade como principal instrumento de restabelecimento da comunicação e na construção do consenso (SALES, 2007).

Assim, o reconhecimento da autonomia da vontade implica que “a deliberação expressa por uma pessoa plenamente capaz, com liberdade e observância dos cânones legais, deve ser tida como soberana” (TARTUCE, 2018, p. 202).

A autonomia da vontade encontra previsão em diversos diplomas legais, tais como: a) resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça; b) a Lei de Mediação – Lei n. 13.140/2015 e c) o Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 166, *caput*, e §4°.

Inicialmente, na Resolução n. 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, o princípio da autonomia é referido tanto para amparar a atuação e conduta dos mediadores³¹⁴, quanto para salvaguardar as opiniões das decisões dos envolvidos, os quais não podem, de maneira alguma, sofrer influência de um terceiro em suas decisões, que devem ser voluntárias e não coercitivas, sendo necessário o respeito ao que decidirem.

O artigo 2°, §2° do anexo III, da referida resolução, dispõe acerca das regras que regem a mediação e que devem ser observadas pelo mediador, dentre elas, a autonomia da vontade, a qual é conceituada pela resolução como:

Dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento (CNJ, 2010).

³¹⁴ O artigo 1°, §5°, do Anexo III da resolução n. 125 do CNJ, deixa claro que são princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores, entre outros, a independência e autonomia, conceituando como independência e autonomia da seguinte forma: Independência e autonomia: dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutível.

No que se refere à Lei n. 13.140 de 2015 – Lei de Mediação, esta igualmente faz previsão, em seu artigo 2º, inciso V, que a mediação será orientada, entre outros princípios, pelo princípio da autonomia da vontade das partes.

Assim, na mesma lei, o artigo 2º, §2º, com base no referido princípio, deixa explícito que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação, fato este que também é reforçado pelo princípio da voluntariedade, através do qual se demonstra que as conversações só podem acontecer se os participantes aderirem a sua ocorrência. Assim, para quem leva a autonomia a sério, a voluntariedade precisa ser objeto de considerável atenção, já que ela se conecta com a disposição das partes em engajar nas conversas (TAR-TUCE, 2016).

Dessa forma, a observação à vontade dos indivíduos em adotarem a mediação como força de solução aos seus conflitos, é garantida por lei e se estende até mesmo ao ato de deixarem a sessão de mediação a qualquer momento, se assim desejarem, sem, em hipótese alguma, serem prejudicados por tal decisão.

Almeida, Pantoja e Andrade, ao analisar a Lei de Mediação apontam que a autonomia da vontade deve ser vista em sentido lato, sintetizando os pontos abarcados por este princípio da seguinte forma:

(i) a aceitação livre e voluntária da mediação (e a possibilidade de interrompê-la a qualquer momento; (ii) a indicação do mediador (ou a possibilidade de oposição àquele que tenha sido eleito por distribuição, em caso de mediação judicial); (iii) a participação direta e espontânea no procedimento; e, finalmente, (iv) a autodeterminação para, ao final, celebrar ou não um acordo. Permite-se assim que haja verdadeiro engajamento dos envolvidos, o que reforça, inclusive, o seu comprometimento com eventual acordo obtido. (ALMEIDA; PANTOJA; ANDRADE, 2016, p. 61)

Por fim, quanto à alusão ao princípio da autonomia encontrado no artigo 166, *caput*, do Código de Processo Civil, este prevê que a mediação será informada pela autonomia da vontade, sendo reforçado pelo legislador no §4º do mesmo artigo, que a mediação será regida conforme a autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais³¹⁵.

A conceituação de autonomia da vontade está intimamente relacionada à autodeterminação. Neste sentido, Orlando Gomes ensina:

³¹⁵ Código de Processo Civil - 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. [...] §4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa que o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício deste poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim, pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades [...]. (GOMES, 1997, p. 22)

Logo, as partes envolvidas nos conflitos, na posição de protagonistas, utilizarão da autonomia da vontade que lhes é garantida por lei, para se manifestarem de forma livre, desimpedida, e, espontânea, a fim de externalizarem os interesses e os argumentos que lhes cabem, conduzindo, assim, o procedimento de mediação e direcionando o trabalho do mediador.

Assim, os mediadores escolhidos pelas partes têm o dever de serem imparciais em sua atuação, de modo a apenas facilitar a comunicação, para que pessoas que já mantêm relações resolvam questões por meio de composição, ou seja, solução satisfatória de controvérsias (LAISMANN; NETTO; PEREZ, 2020, p. 73)³¹⁶. Ainda, cabe ao mediador, ao longo de todo o procedimento, zelar pela manifestação de vontade livre e desembaraçada, assegurando que ela esteja sendo contaminada por quaisquer vícios, de modo que as partes estejam compreendendo a extensão e os efeitos do acordo (PINHO; MAZZOLA, 2019, p. 94).

Dessa forma, através da mediação, o indivíduo, no exercício da autonomia da vontade, poderá decidir os rumos da controvérsia e protagonizar uma saída consensual para o conflito. Nesse sentido, cabe destacar que o princípio da decisão informada também apresenta importante correlação com a autonomia da vontade, eis que para decidir livremente e com consciência é necessário que o mediando tenha informações suficientes para tomar uma decisão refletida e com genuíno consentimento (TARTUCE, 2018, p. 207-208).

Assim, ao incluir o sujeito como ator central na abordagem da crise, valoriza-se a sua percepção e considera-se seu senso de justiça, relacionando-se, assim, a autonomia da vontade ao exercício da dignidade e da liberdade do indivíduo (TARTUCE, 2018, p. 202).

O princípio da liberdade individual consubstancia a possibilidade de realizar, sem interferências de qualquer natureza, as próprias escolhas, de modo que, cada um deve poder concretizar seu projeto de vida como melhor lhe convier em uma perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada (MORAES, 2006, p. 5).

³¹⁶ Ressalta-se que a atuação do mediador deverá seguir as mesmas hipóteses de impedimento do juiz (art. 5º da Lei de Mediação).

O poder concedido pela autonomia da vontade confere aos cidadãos a possibilidade de regularem, sozinhos, as ações e suas consequências. Assim, a autonomia da vontade não é apenas um princípio que deverá ser observado no desenrolar do procedimento, é o elemento soberano da mediação, aquele que irá direcionar qual o trâmite a ser adotado, ditar as regras que devem prevalecer e, primordialmente, como o consenso será construído, os termos do acordo e os efeitos para as partes, e, até para terceiros (BRAGA NETO, 2010).

Portanto, no processo de mediação, não pode existir nenhuma imposição por parte do terceiro mediador, já que o procedimento deve se desenrolar com base na manifestação livre da vontade dos indivíduos.

3 MEDIAÇÃO NO BRASIL

A palavra mediação deriva do latim *mediare*, que significa estar no meio e exprime um conceito de imparcialidade. A mediação, além do processo, define-se como a técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado), que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre as pessoas, fortalecendo suas relações, preservando os laços de confiança e compromissos recíprocos que os vinculam (BACELLAR, 2012, p. 107).

Atualmente, em face da crise em que está inserido o sistema processual e a gestão de conflitos, há um movimento de redescoberta da mediação como meio consensual de resolução de conflitos (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 132).

Dessa forma, embora ainda recente, a mediação no Brasil tem apresentado um crescimento contínuo, vindo a assumir relevância no cenário nacional nas últimas décadas. Logo, o que tem se observado são ações que buscam disciplinar e popularizar a mediação.

No Brasil, a mediação percorreu – e, percorre até hoje, um longo caminho para sua consolidação como meio de solução adequada de conflitos, e, apesar de ter ganho, nos últimos anos, um imenso espaço no sistema jurídico brasileiro, ainda se encontra em um patamar pouco expressivo, se comparada com outros países que a adotam, tais como Inglaterra, França, Canadá e Argentina.

O primeiro projeto³¹⁷ a respeito do tema surgiu no ano de 1998, e previa 7 artigos acerca da sua execução no plano extrajudicial e judicial, porém, foi engavetado. Diante da lacuna legislativa acerca do tema, no ano de 2010, promul-

³¹⁷ Trata-se do projeto de lei n.º 4.827/98, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, o qual buscava institucionalizar e disciplinar a mediação como método de prevenção e solução de conflitos. A íntegra pode ser consultada no seguinte link: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1998.pdf#page=71>. Acesso em: 22 nov. 2022.

gou-se, no âmbito do Poder Judiciário, a Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça.

O objetivo da referida resolução é o oferecimento de mecanismos consensuais de solução de conflitos – tendo como mecanismos principais, no caso, a conciliação e a mediação. Assim, entre suas finalidades, pode-se destacar a de “oferecer instrumento de apoio aos Tribunais para a instalação de núcleos de conciliação e mediação, que poderão impactar a quantidade excessiva de processos apresentados ao Judiciário” (CNJ, 2010).

Dentre as políticas públicas previstas na Resolução n. 125 do CNJ, destacam-se os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), os quais tiveram suas inspirações em leis anteriores, tais como a Lei dos Juizados de Pequenas Causas – Lei n. 7.244/1984 e na Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95).

No ano de 2013, o Projeto de Lei n. 434 de 2013, o qual, juntamente com todos os anteriores – já que foram agrupados em um só, foram convertidos na Lei n. 13.140/2015 – que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, a mediação ganhou espaço, considerando que a referida lei valoriza de sobremaneira a adoção de meios consensuais de conflitos.

Cabe ressaltar que o conceito de mediação pode variar de um autor para o outro. Todavia, é evidente que para existir mediação, é imprescindível a voluntariedade dos que a buscam, um terceiro imparcial mediador – que não interfere no julgamento, mas facilita o diálogo entre as partes e as auxilia na busca de um denominador comum, estabelecido, através da (re)construção do diálogo.

De acordo com o artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Mediação, considera-se mediação a atividade exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, acolhido ou aceito entre as partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. No mesmo sentido, o Código de Processo Civil, conceitua, no artigo 165, §3º, a mediação como o procedimento utilizado quando houver vínculo anterior entre as partes, e se dará através da ação de um terceiro que as auxiliará.

Sobre a mediação e a missão do mediador, asseveram Moraes e Spengler (2012) ser um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou reconheceram livremente.

Ainda nesse sentido, Lisa Parkinson (2005, p. 22) destaca que *“los mediadores ayudan a los participantes a explorar las opciones disponibles y, en su caso, a tomar decisiones que satisfagan las necesidades de todos los interesados”*³¹⁸.

No âmbito específico da mediação familiar, adota-se, então, o conceito de Lisa Parkinson, a qual conceitua a mediação como um processo de resolução de conflitos, com

ênfase dada à família, com a finalidade de buscar acordos mutuamente aceitáveis, levando em consideração todos os membros da família, sejam eles crianças, adolescentes, avôs, avós, e, ainda, em alguns casos, padrastos e madrastas (PARKINSON, 2016, p. 230).

Com a regulamentação de mecanismos autocompositivos de resolução de conflitos, a mediação passou a ser estimulada, haja vista que a solução negocial é um importante instrumento de garantia de autonomia da vontade e cidadania dos indivíduos, os quais se tornam protagonistas na construção de uma solução amigável e eficaz aos seus conflitos.

Assim, com estímulo à utilização da mediação, o conflito deixa de ser visto apenas do ponto de vista do fenômeno jurídico, mas, também, social, psicológico e emocional. Dessa forma, coube ao Estado incentivar, regulamentar e desenvolver métodos para que a mediação pudesse ser materializada e utilizada pelos cidadãos. Com tal panorama em mente, cabe fazer uma breve explanação acerca das modalidades de mediação, que pode ser judicial ou extrajudicial.

A primeira modalidade de mediação a ser regulamentada no Brasil foi a extrajudicial, prevista inicialmente na Resolução n. 125 de 2010, do CNJ e reconhecida como um mecanismo privado de resolução de conflitos.

Após um determinado período, então, com o arcabouço legislativo trazido pela Lei n. 13.140 de 2015 e pelo Código de Processo Civil, é que a mediação deixou de ser apenas um mecanismo privado, e passou a ser utilizada pelo Estado para resolução de conflitos, ocorrendo dentro de um processo judicial. Neste trabalho, devido à ênfase na mediação na modalidade extrajudicial, a mediação judicial não será objeto de análise.

A mediação extrajudicial como forma de solução de conflitos é regida pela lei n. 13.140 de 2015, conhecida como a Lei de Mediação. Esta modalidade de mediação surge como uma forma de desmistificar a ideia de que os conflitos devem sempre ser resolvidos com base na adversariedade, através de um processo judicial.

³¹⁸ Em tradução livre: os mediadores ajudam os participantes a explorar as opções disponíveis e, em seu caso, tomar decisões que satisfaçam as necessidades de todos os interessados.

Assim, a mediação extrajudicial – defendida neste trabalho como uma excelente modalidade de resolução de conflitos na seara familiar, é um procedimento que ocorre fora dos tribunais. Ela pode ser conduzida por qualquer pessoa de confiança dos interessadas, podendo ser subdividida em mediação institucional, ou seja, aquela que ocorre em centros ou associações de mediação ou independente, conduzida por mediadores escolhidos pelas partes (BACELLAR, 2003, p. 210-211)³¹⁹.

A mediação privada oferece mais uma alternativa para reduzir tempo e custos na solução de conflitos e nada obsta que os litigantes em conflito busquem a mediação extrajudicial para dirimi-lo, mesmo havendo um processo judicial pendente, o qual pode ser suspenso enquanto as partes participam das sessões consensuais (TARTUCE, 2018).

Logo, estar-se-á diante da mediação extrajudicial quando ocorrer antes do ajuizamento de um processo ou paralelamente à ação judicial, o que deverá ser feito por livre escolha dos indivíduos. Tal procedimento precisa estar em conformidade com a regulamentação trazida na Subseção II, da Lei 13.140/2015, especificamente, nos artigos 21 a 23.

A importância da resolução de problemas e conflitos a partir do mecanismo extrajudicial da mediação é que, além de realçar a autonomia dos participantes, propõe a reconstrução crítica do conflito (GUSTIN, 2005, p. 204).

Assim, a mediação extrajudicial poderá ser utilizada nos casos de conflitos familiares como uma forma de alternativa de acesso à justiça, sendo, ainda, um incentivo ao retorno das relações entre as partes, as quais, na maioria das vezes, dotadas dos mais repletos sentimentos que permeiam o ser humano, acabam rompendo bruscamente os laços afetivos e de respeito.

4 A MEDIAÇÃO FAMILIAR E SUAS VANTAGENS

O marco inicial da sistematização dos estudos da Mediação Familiar no Brasil ocorreu no ano de 1995, através do extinto Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família – IBEIDF, que instituiu uma comissão temática para estudo de mediação familiar.

A mediação familiar extrajudicial foi a primeira a ser desenvolvida no país, por meio dos programas de extensão universitária, instituições e organizações não governamentais.

³¹⁹ Em explicação complementar acerca de tal diferenciação, Fernanda Tartuce aponta que a mediação extrajudicial será conduzida por (i) mediadores independentes, neste caso pode figurar qualquer pessoa que seja da confiança de todos os envolvidos, sendo necessária a aceitação expressa ou (ii) por instituições especializadas a desempenhar essa atividade (TARTUCE, 2018, p. 299).

A família é uma das instituições que mais se modificaram nas últimas décadas, alcançando, gradativamente, outros contornos, consequentes das influências econômicas, culturais e sociais que foram experimentadas pela sociedade e pelo Estado.

No Código Civil de 1916, identificavam-se os contornos familiares como matrimonial, patrimonial e patriarcal, de modo que, a sociedade conjugal só era formada através do casamento, que tinha como objetivo principal a preservação do matrimônio, ficando todas as outras formas de união afetiva, à margem da lei (LEITE, 2008).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma ruptura nos conceitos anteriormente estabelecidos pela lei – ou seja, a entidade familiar deixa de ser formada apenas com base no casamento, sendo aceitos tanto a família monoparental, como as formadas pelo pai e mãe, bem como a união estável entre o homem e a mulher.

Assim, “especificamente, a ruptura vem ocorrendo em virtude da sua reestruturação, na nova distribuição de papéis, na valorização da igualdade entre os cônjuges e nas novas forma de construir família” (SPENGLER, 2011, p. 164). Neste contexto, a família se transformou “em uma rede de relações afetivas, sentimentais e de solidariedade, na qual se aposta na construção de laços afetivos baseados nas identidades pessoais de cada um dos seus componentes e na interação entre seus membros” (SPENGLER, 2011, p. 167).

Tais modificações, trouxeram o surgimento de inúmeros e complexos conflitos, demonstrando a necessidade de se compreender que as diferenças podem ser legitimadas e incluídas, ampliando a reflexão, os questionamentos, os conhecimentos, os processos de aprendizagem, para a construção de novos entendimentos entre as pessoas (BERALDO; MANDELBAUM, 2016, p. 2). Ademais, é possível entender que a mudança na compreensão da família também impacta na forma como os conflitos surgidos em seu meio acabam por ser resolvidos. A resolução através da mediação, de forma dialogada e horizontal, se coaduna com a compreensão de família que valoriza a dignidade de seus indivíduos.

Os conflitos de família se diferenciam dos demais conflitos em razão de suas peculiaridades – considerando que as demandas ocorridas no seio familiar se caracterizam por uma grande carga de envolvimento emocional, no entanto, a jurisdição ainda decide os conflitos familiares com a utilização de velhas “molduras” (SPENGLER, 2011, p. 162), as quais são incapazes de resolver todos os aspectos atinentes ao conflito.

Nas palavras de Rodrigues e Alvarenga

Os conflitos familiares possuem dupla especificidade, pois, antes de serem confrontos ligados ao direito, são, primeiramente, desordens afetivas, psicológicas, conflitos de relacionamento, acompanhados pelo sofrimento; referem-se a casais que, mesmo diante da ruptura, necessitam imperativamente manter as relações de pais em seu próprio interesse e, fundamentalmente, em proveito dos filhos. (RODRIGUES; ALVARENGA, 2018, p. 554)

Justamente por isso que a mediação surge como espaço democrático de decisão, vez que trabalha com a figura do mediador, que, ao invés de se posicionar de forma superior às partes – como é o caso do Juiz, por exemplo, põe-se no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso.

A mediação, então, deixa de lado a busca pela verdade formal contida nos autos de um processo judicial e auxilia as partes do redimensionamento do conflito, já que incentiva às partes a administrarem seus conflitos. Esses modelos contemporâneos, que incluem a mediação, utilizam o diálogo e facilitam a construção do entendimento, pois contemplam todos os envolvidos no conflito, já que focam na relação e na qualidade de vida das pessoas (BERALDO; MANDELBAUM, 2016, p. 2). Assim, a mediação ganha relevo por buscar a colaboração nas situações subjetivas, considerando que, no judiciário se resolve a lide, e não o conflito (HAIDAR, 2021). Nesse mesmo sentido, Águida Arruda Barbosa (2015, p. 39) aponta que muitas vezes a raiz dos desentendimentos no âmbito familiar tem origem em uma comunicação deficitária e da dificuldade de identificar sentimentos, sendo que a mediação familiar possibilita o resgate desta comunicação através da intercompreensão entre os membros da família.

Isso porque, nos processos judiciais, sobretudo no direito de família, verifica-se sintomas de relações disfuncionais,

sobretudo atualmente, em que há grande questionamento quanto ao exercício das funções: O que é ser pai? O que é ser mãe? Quais são as obrigações de cada um? Tudo isso está sendo reconstruído. Hoje, temos muito mais liberdade, felizmente, mas tudo também está um tanto confuso (HAIDAR, 2021).

Para Juan Carlos Vezzulla, “uma família que decide seu futuro de uma forma cooperativa pela mediação produz efeitos, efeitos de harmonia. O sistema adversarial produz efeitos de competição e enfrentamento” (ARAUJO, 2022, p. 37). Nesse sentido, tem-se que “a sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas,

sentimentos de amor e ódio se confundem” (DIAS, 2012, n. p.). Neste esteio, habitualmente, as sentenças judiciais dão fim ao processo sobre Direito de Família, todavia, na maioria dos casos, não pacificam o litígio.

Dessa forma, fica evidente que a solução de conflitos através da mediação, mostra-se mais eficaz, indo além de reparações patrimoniais, de ordem econômica e social, tornando maior a probabilidade de cumprimento da decisão pelas partes da forma como fora acordada, já que superior à uma decisão imposta por sentença (ROBLES, 2009, p. 46).

Por isso, defende-se, neste trabalho, a ideia de que os conflitos familiares podem ser resolvidos na esfera privada, através da mediação extrajudicial, de modo que, apresenta-se como uma forma adequada de gestão do conflito familiar, pois encoraja a autonomia e comunicação entre os envolvidos. Cabe ressaltar que mesmo os casos que demandam a intervenção judicial, como aqueles com menores ou curatelados afetados pelo conflito, também são aptos a serem resolvidos através da mediação extrajudicial com a posterior homologação do acordo pelo juízo.

É perceptível que a mediação familiar apresenta diversas vantagens em relação ao processo formal litigioso, o qual tem por base a busca da verdade formal, deixando, assim, de lado, análise dos sentimentos dos que pleiteiam uma tutela jurisdicional. Assim, “a mediação é única, pois, além de outras qualificações, ela apresenta um método adequado para tratar situações complexas (emocionais, relação de vários vínculos)” (BACELLAR, 2012, p. 109).

A primeira vantagem a ser considerada advém do fato de que a mediação familiar é multidisciplinar, ou seja, “busca na psicologia, na sociologia, na filosofia, na matemática e na física quântica, os conhecimentos que possam fortalecer sua aplicação” (BACELLAR, 2012, p. 9).

Por isso, a mediação familiar – principalmente na modalidade extrajudicial, é menos dispendiosa e menos desgastante, principalmente emocionalmente, haja vista que, os conflitos familiares encerram peculiaridades que os distinguem daqueles provenientes de outros ramos do direito. A intensa carga sentimental, somada a outras características próprias, são alguns, dentre tantos outros, fatores de distinção. A possibilidade ofertada pela mediação de que estes sentimentos sejam tratados num ambiente de confidencialidade proporciona maior segurança às partes para abordar estes temas delicados com maior profundidade.

Ainda, “a manutenção das relações no direito de família também é referenciada como outra vantagem, pelo facto de se pretender, através da mediação, a obtenção de um acordo que seja vantajoso para ambas as partes” (QUEIROZ, 2014, p. 46). Ressalta-se que as relações familiares geralmente são mantidas por

toda uma vida, por isso, a mediação se revela benéfica ao contribuir para que tais relacionamentos sejam mantidos de forma saudável e harmônica.

Isso porque, são nos conflitos familiares onde permeiam sentimentos como, raiva, rancor, vingança, depressão, hostilidade que a mediação se faz necessária, visto que se não solucionado pelos litigantes, o conflito pode transformar-se em disputas intermináveis e perdurar por gerações. Nas palavras de Barbosa, trata-se “[d]a política a ser adotada para deixar de afogar o Judiciário - e não para desafogá-lo - é promover a ampla formação dos profissionais jurídicos para que aprendam a linguagem da mediação interdisciplinar” (BARBOSA, 2015, p. 38). Nesse sentido, é perceptível o caráter preventivo de litígios judiciais ao haver a utilização da mediação extrajudicial.

Por isso, a mediação familiar, é, de fato, benéfica, pois proporciona uma mudança de mentalidade e comportamento, buscando-se, assim, ao invés de culpados, interesses comuns entre as partes, o que se dá através do diálogo.

CONCLUSÃO

Percebeu-se no presente artigo, que a monopolização de tarefas ao Estado, no que diz respeito à solução de litígios, acabou gerando uma crise no aparelho judiciário, o qual encontra-se abarrotado e incapaz de apresentar aos cidadãos respostas em espaço de tempo razoável e eficazes em seu cumprimento.

Tal fato, consubstancia-se na cultura brasileira de litígio, a qual tem imperado na sociedade atual, bem como na ineficiência Estatal de garantir os direitos dos indivíduos, principalmente na atuação do legislativo e do executivo.

Assim, verificou-se que tal premissa aplica-se, sobremodo, aos conflitos existentes na seara familiar, os quais são dotados de grande carga emocional e de difícil solução, considerando que envolvem múltiplos sentimentos.

Logo, diante da falha estatal em garantir uma tutela jurisdicional efetiva, o Estado teve que pensar em novas formas de solução satisfatória de controvérsias, passando a estimular, então, os meios autocompositivos de resolução de conflitos, dentre os quais encontra-se a mediação.

Como ressaltado, para que a mediação proporcione empoderamento, formação de autorresponsabilidade e modifique a visão daqueles que estão inseridos no conflito, principalmente na seara familiar, é preciso que a autonomia dos cidadãos seja respeitada, pois, através do seu exercício, é que os indivíduos conseguem construir o diálogo e o consenso.

A autonomia da vontade é importante, na medida em que representa o elemento que proporcionará a utilização da mediação, a estipulação dos proce-

dimentos, fases e etapas que serão cumpridas e a resposta que será construída, possibilitando a formação da tão almejada autorresponsabilidade.

Assim, defendeu-se a solução satisfatória dos litígios familiares, pautando-se na autonomia da vontade e através do procedimento de mediação extrajudicial, o qual possui natureza jurídica privada e ocorre longe dos tribunais, respeitando as regras do direito privado – as quais, como visto, podem até ser convencionadas entre as partes.

Foi ressaltado ao longo do trabalho, que a mediação oferece inúmeros benefícios, dentre eles que seja lançado um novo olhar sobre o conflito, a fim de que, cada vez mais, modifique-se a percepção dos indivíduos de que somente na esfera judicial é que se tem solução para as desavenças enfrentadas.

Portanto, a mediação em especial a extrajudicial, por ser, um instrumento importante para a diminuição da animosidade entre as partes, capaz de reestabelecer relacionamentos, oferecer respostas satisfatórias e respeitar a vontade dos envolvidos, os quais participam diretamente e efetivamente na resolução de seus conflitos, se apresenta como método adequado para a solução dos conflitos familiares.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. *In*: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Orgs.) **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.
- ARAUJO, André Carias de. **Juan Carlos Vezzulla**: a arte da mediação - em depoimentos a André Carias de Araujo. Florianópolis: Emais, 2022.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: RT, 2003.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BACELLAR, Roberto Portugal; LAISMANN, Mariele Zanco; GARCEL, Adriane. Da sociedade hiperjudicializada às soluções autocompositivas. *In*: GARCEL, Adriane; NETTO, Laurindo de Souza; ZIMIANI, Laís Silva; GOTO, Lilian Cristina Pinheiro. **Mediação e conciliação**: Métodos adequados de solução de conflitos. Curitiba: Clássica Editora, 2021.
- BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.
- BERALDO, Anna de Moraes Salles; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *In*: PARKINSON, Lisa. **Mediação familiar**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016.

BORGES, Wilian Roque. RAMIDOFF, Mário Luiz. Teoria do Tribunal Multiportas: aplicação da mediação no direito brasileiro. **Gralha Azul**, Curitiba, 1. Ed., ago/set, 2020.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: princípios norteadores. *In: Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, n. 11, 2010. Disponível em: <https://seer.unitter.edu.br/index.php?journal=direito&page=article&op=view&path%5B%5D=459>. Acesso em: 20 de out. de 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**: ano base 2021. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 14 de nov. de 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125/2010**. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 05 de abr. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140 de 2015**. Lei da Mediação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 de jun. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 de jun. de 2021.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. **Mediação familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Ebook.

FACHIN, Luiz Edson. **A desinstitucionalização do modelo familiar**: possibilidades e paradoxos sob o neoliberalismo. *In: Mello, Celso de Albuquerque (Coord.)*. Anuário direito e globalização— a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Fabiana Alves. A jurisdição e a mediação: da autoridade à autonomia. *In: CONPEDI/UNICURITIBA (orgs.); MAILLART, Adriana Silva; SILVA, Fernanda Tartuce (coords.); Acesso à Justiça II*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc360b61d7eb072c>. Acesso em: 28 de out. de 2022.

GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar: um novo paradigma. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 8, n. 40, fev./mar. 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**, por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, nº 47, jul-dez, 2005.

Haidar, Rodrigo. **O Poder Judiciário resolve a lide, mas não acaba com o conflito, diz psicanalista**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-21/entrevista-gisele-groeninga-psicanalista-diretora-ibdfam>. Acesso em: 01 de jun. de 2022.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Tradução de Eni Assunção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artmed, 1996.

LAISMANN, Mariele Zanco; NETTO, José Laurindo de Souza; PEREZ, Jane Mary Dantas. A aparente (im)parcialidade dos mediadores quando escolhidos pelas partes. *In: Coletânea de artigos jurídicos* (livro eletrônico): em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto. 1.ed. Curitiba: Clássica Editora, 2020.

LEITE, Manoella Fernandes. **Direito de Família e Mediação: A Busca para Resolução Pacífica na Disputa de Guarda dos Filhos**. Ibdfam, 20/08/2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/436/IBDFAM+ACAD%C3%8AMICO++Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+Media%C3%A7%C3%A3o:+A+Busca+para+Resolu%C3%A7%C3%A3o+Pac%C3%ADfica+na+Disputa+de+Guarda+dos+Filhos>. Acesso em: 10 de jun. de 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. *In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do Direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PARKINSON, Lisa. **Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas**. Trad. Ana María Sánchez Durán. Barcelona: Gedisa, 2005.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

QUEIROZ, Cátia Helena Gonçalves. **Mediação familiar: obrigatoriedade ou voluntariedade?** Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de estudos em Direito, na área de especialização em Ciência Jurídico – Forenses. Coimbra, 2014.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2009.

RODRIGUES, Edwirges. E.; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A política pública de mediação como instrumento de busca do consenso parental e

seus reflexos na efetivação da guarda compartilhada. **Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da UFSM**, v. 13 n. 2. 2018.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SANDER, Frank. Future of ADR. **Journal of Dispute Resolution**, University of Missouri School of Law Scholarship Repositoryn, n. 1, article 5, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. Os Novos Meios de “Ser Família” no Brasil e a Mediação Familiar. **Re (pensando) Direito**. Editora Unijui. Ano 1, n.1, jan./jun. 2011.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial de família regida pelo Novo Código de Processo Civil. *In*: EHRHARDT JR., Marcos (Org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1. Disponível em: https://www.academia.edu/32991278/Media%C3%A7%C3%A3o_auto-nomia_e_audi%C3%Aancia_inicial_nas_a%C3%A7%C3%B5es_de_fam%C3%A-Dlia_regidas_pelo_Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_1. Acesso em: 28 de out. de 2022.

XAVIER, Marília Pedrosa. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *In*: PELUZO, Min. Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.) **Conciliação e Mediação**: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDIAÇÃO FAMILIAR: MUITO ALÉM DA SENTENÇA

Mariele Zanco Laismann ³²⁰, Ana Carla Karmatiuk Matos ³²¹

INTRODUÇÃO

A crise enfrentada pelo sistema jurídico brasileiro é perceptível tanto para aqueles que dele necessitam quanto para as pessoas que se dedicam mais especificamente ao seu estudo ou atuação. Entre as falhas do sistema de justiça, a baixa qualidade da prestação jurisdicional em razão de haver hiperjudicialização dos conflitos destaca-se no cenário brasileiro contemporâneo.

Isso porque, de forma geral, o ser humano tem dificuldade de solucionar problemas ou divergências por meio do diálogo, cuja exposição de ideias e sentimentos poderia encontrar soluções consensuais com maior rapidez do que judicializar a questão. Em função de grande parte da população brasileira recorrer ao Poder Judiciário para análise e julgamento de seus conflitos, independentemente de qual seja o contexto, é o principal motivo de a Justiça estar sobrecarregada.

Assim, o processo tradicional adversarial, que utiliza a heterocomposição de solução de conflitos, método segundo o qual há julgamento realizado por um terceiro – nesse caso o Estado-juiz –, resultando em um vencedor e um vencido, tem sido visto pelos jurisdicionados como a única forma de efetivo acesso à justiça.

No Brasil, ao lado de tantos outros países, existe uma mentalidade de que os conflitos só podem ser solucionados por meio de análise judicial, ou seja, a maioria da população tende a adotar a chamada “cultura da sentença”.

³²⁰ Mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná UFPR (2021-2023). Pós-graduada em Direito Aplicado (lato sensu) pela Escola de Magistratura do Paraná (2018), oportunidade que recebeu o Prêmio Ary Florêncio Guimarães, como melhor aluna da turma. Pós-graduada em Direito Ambiental pela UNINTER (2012). Graduada em Direito pelo Faculdade Campo Real (PR) 2009. Advogada licenciada na OAB/PR. Atualmente é Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, atuando junto a 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná como Coordenadora de Capacitações Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos- Nupemec/TJPR. Facilitadora em Justiça Restaurativa (Círculos de Paz) pelo Nupemec/TJPR (2017). Mediadora e Conciliadora Judicial em formação pelo Nupemec/TJPR. Instrutora em Justiça Restaurativa - Círculos de Paz, Círculos de Relacionamento e Sensibilização em formação pelo Nupemec/TJPR (2022). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1807-0114>.

³²¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná e mestre em Derecho Humano pela Universidad Internacional de Andalucía. Tutora in Diritto na Universidade di Pisa-Italia. Professora na graduação, mestrado e doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do IBDCivil. Diretora Regional-Sul do IBDFAM. Advogada militante em Curitiba. Conselheira Estadual da OAB-PR.

A referida premissa pode ser verificada nos conflitos de origem familiar, considerando-se o relatório emitido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), *Justiça em Números*, de 2020 – referente ao ano de 2019 –, que revelou haver 62,9 milhões de ações judiciais pendentes no país, 79,4% deles somente na Justiça Estadual, representando demandas de família nas varas de competência única, totalizando 59% dos processos ativos.

Entretanto, tem-se observado, muitas vezes, a ineficácia das decisões judiciais nos conflitos familiares, uma vez que o Judiciário apenas tem o condão de resolver as lides que lhe são apresentadas, sem possibilidade de dar fim aos conflitos.

Nesse cenário, os meios adequados de solução de conflitos, especificamente a conciliação e a mediação, têm ganhado destaque como meios consensuais de resolução de demandas jurídicas nos âmbitos nacional e internacional. Este artigo enfatiza, ainda que de forma não exauriente, a mediação.

Pretende-se, portanto, destacar a mediação familiar como forma não apenas de acesso à justiça, mas também de meio de tratamento de conflito que proporciona às partes a pacificação dos próprios conflitos, sem imposição da decisão de um terceiro, apenas o auxílio de um mediador. Nesse sentido, demonstrará como o diálogo é capaz de transformar uma situação conflituosa.

Abordar-se-á, inicialmente, uma concepção mais ampla de acesso à justiça, pautada, principalmente, nos ensinamentos de Cappelletti e Garth. Por conseguinte, serão abordados alguns aspectos fundamentais da sociedade pós-moderna, com base nos ensinamentos de Zygmunt Bauman.

Logo após, proceder-se-á a análise da hiperjudicialização dos conflitos e a solução para esse problema pela teoria multiportas, criada por Frank Ernest Arnold Sande. Por fim, abordar-se-á a mediação, apresentando conceitos e modalidades com ênfase em sua aplicação em demandas familiares.

1 O ACESSO À JUSTIÇA DE FORMA EFICAZ

Historicamente, o Estado assumiu o monopólio jurisdicional, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário a competência de compor os conflitos e, assim, estabelecer a paz social.

O acesso à justiça está expressamente consagrado como direito fundamental do cidadão, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ressalte-se a inserção do método de solução consensual no Código de Processo Civil de 2015, cujo art. 3º determina que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida

a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”

Segundo Roberto Portugal Bacellar (2016, p. 18) “na promoção do acesso à justiça cabe ao Poder Judiciário a coordenação dos interesses privados em busca da pacificação social”. Com base nessa premissa, originou-se a crença tradicional de que levar a demanda para ser apreciada pelas instituições jurídicas consiste na única forma de solução de conflitos a ser considerada pelos cidadãos, mesmo sabendo que essa maneira de resolução de litígios em tribunais é muito dispendiosa para a maior parte da sociedade moderna.

Conforme o ensinamento de Mauro Cappelletti (2002, p. 5), “o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental reconhecido, [mas também], necessariamente, o ponto central da moderna processualística”. Tal acesso deve transpor a mera resolução de litígios através de um processo tradicional, ou seja, ir além dos direitos de ser ouvido em Juízo e de obter resposta de um órgão jurisdicional, devendo ser visto de forma ampla e complexa, compreendendo uma tutela efetiva e justa (THEODORO JUNIOR, 2019, p. 74).

Para que o acesso à justiça se concretize de forma justa diversos obstáculos devem ser superados, iniciando-se por sua identificação.

A teoria de Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1978), segundo a qual há diversas formas para a concretização dos processos de heterocomposição, entre elas a mediação, apresenta três soluções práticas para o problema de acesso à justiça na sociedade moderna denominadas “três ondas renovatórias”: i) assistência judiciária gratuita; ii) representação jurídica para interesses difusos e coletivos; iii) enfoque do acesso à justiça.

A primeira onda (assistência judiciária gratuita) destina-se a pessoas em situação de maior vulnerabilidade socioeconômica, as quais não possuem condições de arcar com advogados e custas processuais, obrigando o Estado a proporcionar a tramitação da demanda jurisdicional de forma gratuita.

No Brasil, a primeira onda renovatória do acesso à justiça ganhou consistência jurídica com a entrada em vigor da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Passados mais de quarenta anos, por meio da Lei Complementar 80/1994, foi criada a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios.

A segunda onda (representação jurídica de interesses difusos e coletivos), visa a contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça, ou seja, está relacionada ao fato de os direitos transindividuais serem reivindicados no processo civil, em um caso concreto, para que as pessoas envolvidas possam ser representadas e alcancem a justiça por intermédio do Ministério Público, uma vez que é função desse órgão (art. 129, CF/88). Em suma, trata-se de mudança

na condução do processo civil, passando de uma visão individualista passa a uma concepção social, coletiva, de modo a assegurar proteção dos direitos da coletividade, assim como assegurar direitos e garantias fundamentais, marcados pela pluralidade de titulares, indetermináveis ou não, que exigem atuação ativa do Estado.

Os conflitos de massa da sociedade contemporânea desenvolvem um nível cada vez mais elevado de complexidade em suas relações em razão de serem direitos transindividuais, por isso é de suma importância a adoção de mecanismos por parte do *Parquet* para tutelá-los quando forem lesados.

No cenário brasileiro podemos citar alguns mecanismos aptos a proteger interesses coletivos, tais como a ação popular e o mandado de segurança coletivo. Ademais, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando à preservação do meio ambiente, assim com o para atuar em defesa dos direitos e interesses das populações indígenas e exercer o controle externo da atividade policial. Também o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) têm suas ideias basilares amparadas na segunda onda.

A terceira onda (ênfase do acesso à justiça) detém a concepção mais ampla de não haver restrição à população para o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado. A instituição de técnicas processuais adequadas e melhor preparação de estudantes e aplicadores do Direito, especialmente propondo que os conflitos sejam resolvidos por métodos adequados a efetivarem direitos e propiciar a solução dos litígios, é proposta por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1978) ao demonstrarem que os métodos autocompositivos, como a mediação e a conciliação, podem ser uma alternativa eficaz para o acesso à justiça.

Podemos citar o Juizado das Pequenas Causas, criados pela Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, posteriormente transformados nos vigentes Juizados Especiais Cíveis e Criminais, disciplinados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, assim como o procedimento da arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Neste trabalho o destaque será dado à terceira onda de acesso apresentada por Cappelletti e Garth, relevante para a eficácia das decisões em litígios e incentivadora da mediação como forma de acesso à justiça.

2 A HIPERJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS, A INSUFICIÊNCIA DA JUSTIÇA ESTATAL E A JUSTIÇA MULTIPORTAS

O conflito parece ser inerente ao ser humano. Contudo, a maior parte dos indivíduos tende a associá-los a crises, batalhas e brigas, de modo que um

conflito passa a ser visto como prejudicial e indesejável, necessariamente tendo de ser revolido através da lógica vencedor-perdedor.

A ideia socialmente difundida de que somente o Judiciário tem capacidade de solucionar os conflitos existentes na sociedade, além de ser falaciosa tem criado nos jurisdicionados a falsa sensação de meio de resolução de problemas que normalmente ocorrem em suas relações sociais.

Segundo observações de Schnitman e Littlejohn (1999, p. 17):

Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona como uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitou as opções possíveis. A discussão e o litígio como métodos para resolver diferenças dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termine “ganhadora”, e outra, perdedora. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis; dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.

Essa “lógica determinista binária” explicada por Schnitman e Littlejohn, geralmente observada nas disputas em que uma parte ganha e outra perde, aplica-se sobremaneira às demandas familiares, haja vista que, conforme aponta Marília Pedroso Xavier (2011, p. 70), são a terceira causa de brasileiras e brasileiros buscarem a tutela do Poder Judiciário para resolverem seus conflitos.

No entanto, o método tradicional de acesso à justiça, isto é, a proposição de ação judicial pleiteando a resolução de uma demanda em que uma obrigação de fazer seja imposta por um terceiro, no caso, o juiz de Direito, em grande parte das vezes tem se mostrado insuficiente para pôr fim a conflitos da seara familiar, considerando que esse tipo de resolução despreza totalmente os aspectos sociológicos e psicológicos desse tipo de demanda (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Logo, verifica-se que a hiperjudicialização de demandas, agravada por uma cultura de promoção da conflituosidade, gera a ineficácia de muitas decisões judiciais. Xavier (2011, p. 60) defende que o Direito de Família seja minimalista, tece críticas à hiperjudicialização de demandas nessa seara, destacando que “a tendência de evitar a judicialização das questões que envolvem a família é crescente.”

2.1 JUSTIÇA MULTIORTAS

A ideia do sistema de Justiça multiportas – *multidoor courthouse system* –, foi cunhada pelo professor e reitor da faculdade de Direito de Harvard, Frank

Ernest Arnold Sander, conforme explicam Lilia Maia de Moraes Sales e Mariana Almeida de Sousa (2011), em “uma conferência (Pound Conference), realizada em 1976, que discutiu a insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas com justiça”, na qual esse autor propôs que formas alternativas de resolução de disputas (*alternative dispute resolution* – ADR) fossem usadas para reduzir a dependência de litígios convencionais pela via judicial (centrada na figura do órgão julgador). Assim, após a mencionada conferência, realizada em Minnesota, nos Estados Unidos, essa forma alternativa para a resolução de conflitos tem sido bastante utilizada.

De acordo com Mário Luiz Ramidoff e Wilian Roque Borges (2020), ao produzirem artigo que utilizou estudo do referido professor Sander, em tradução livre explicam que:

[...] o estabelecimento de um sistema multiportas de solução de conflitos deve considerar quatro bases fundamentais: i) a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos; (ii) a escolha do método a partir de uma triagem feita por um expert; (iii) adequada formação dos profissionais que irão manejar o conflito a partir destes métodos, incluindo advogados e mediadores/conciliadores; (iv) existência de uma política pública de conscientização sobre os benefícios de se adotar os meios alternativos, além da adequação da destinação de recursos, e economia a ser gerada no sistema judiciário com o incentivo à utilização dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos – MASC (SANDER, 2000, p. 3-5).

A ideia central da teoria apresentada por Sander consiste na busca da solução mais adequada, mais efetiva a cada caso concreto, baseando-se na premissa de que há vantagens e desvantagens em cada caso específico na utilização de um ou outro processo de resolução de disputas, uma vez que a existência de várias possibilidades para decisão do caso concreto se mostra mais razoável (BORGES; RAMIDOFF, 2020, p. 7).

O meio alternativo de solução de conflitos conhecido por mediação é uma forma de acesso à justiça diferente do método heterocompositivo para os que buscam solucionar seus embates, principalmente por proporcionar o restabelecimento do diálogo saudável para chegar a decisões que podem ser cumpridas – diga-se, efetivas para as partes.

Conforme destaca Kazuo Watanabe (2011, p. 4): “é imperioso o estabelecimento pelo próprio Poder Judiciário de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estimulando e mesmo induzindo uma ampla utilização, em nível nacional, dos meios consensuais de solução de conflitos.”

Assim, levando-se em conta que as relações entre membros da mesma família geram grande instabilidade socioemocional, a mediação torna-se a forma mais eficaz de solucionar a animosidade entre familiares.

3 A ESTRUTURA SOCIOCULTURAL NA CONTEMPORANEIDADE

As causas do congestionamento do Poder Judiciário são diversas. Porém, a cultura da sentença baseada na noção bilateral entre direitos e deveres, a qual está impregnada na estrutura sociocultural na contemporaneidade como única forma de solução de conflitos, demonstra-se falha e não satisfativa para resolver os diferentes problemas que ocorrem nas relações entre indivíduos.

Dessa forma, para avançar na necessária compreensão desses fenômenos a fim de encontrar soluções mais adequadas para um convívio harmonioso é imprescindível a análise da sociedade, de sua natureza social e as características fundamentais da contemporaneidade, cuja evolução do comportamento também trouxe um sentimento de insatisfação e decepção em razão de ter ocorrido a substituição do pensamento coletivo pelo sentimento de individualismo.

Inserida na aludida contemporaneidade está a teoria da “modernidade líquida”, elaborada pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, essencial para a identificação dos diversos problemas oriundos do comportamento humano.

Segundo esse autor, a noção de liquidez é uma metáfora utilizada para “descrever as transformações sociais e políticas entre e o fim do século XX, representadas pela desintegração ou liquefação das instituições da modernidade” (BAUMAN, 2010, p. 14-15).

Bauman (2010, p. 15) destaca que as instituições estão “cada vez mais precárias e fugazes, dando lugar a identidades líquidas”, afirmando ainda que

A “vida líquida” é uma forma de vida que tende a ser levada à frente numa sociedade líquido-moderna. “Líquido-moderna” é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. A liquidez da vida e da sociedade se alimentam e se revigoram mutuamente. A vida líquida, assim como a sociedade líquido-moderna, não pode manter a forma ou permanecer em seu curso por muito tempo.

Seguindo tais preceitos, o sociólogo polonês demonstra que o comportamento das pessoas prevalecente em determinados momentos históricos, com a falta de limites na demanda de direitos, deve ser considerada uma fratura no tecido social (BACELLAR; LAISMANN; GARCEL, 2021, p. 169).

Logo, diante da liquidez social, Bauman (1999, p. 28) analisa o comportamento humano destacando que

[...] tendem a ser inflexíveis quando defendem seus direitos aos serviços prometidos, mas em geral querem seguir seu caminho e ficariam irritados se isso não lhes fosse permitido. Ocasionalmente pode reivindicar melhores serviços; se foram bastante incisivos, vociferantes e resolutos, podem até obtê-los. Se se sentirem prejudicados, podem reclamar e cobrar o que lhes é devido – mas nunca lhes ocorreria questionar e negociar a filosofia administrativa do lugar, e muito menos assumir a responsabilidade pelo gerenciamento do mesmo. Podem, no máximo, anotar mentalmente que não devem nunca mais usar o lugar novamente e nem recomendá-lo ao seus amigos.

Atualmente, verifica-se que os indivíduos adotaram a postura de exigir tudo, mas a não negociar nada. Quando as pessoas se encontram em situações que as deixem insatisfeitas tendem a demandar do Estado soluções que as satisfaçam. Porém, raramente demonstram o desejo de resolver seus problemas por meio da negociação com seus adversários em conflitos.

4 A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA CONFLITOS CONTEMPORÂNEOS

4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS-LEGAIS DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Assim como o Direito, a mediação surgiu no Brasil e no mundo como forma de encontrar soluções para os conflitos contemporâneos e, assim, achar o equilíbrio que traga paz social.

Para o historiador Ricardo Marcelo Fonseca (2012, p. 18), a história – e, em particular, a história do Direito – é capaz de “explicar e problematizar criticamente (e não somente enunciar dados sepultados, como numa curiosidade necrófila tanto inútil quando nociva), fazendo-o de um modo tal que esse saber sirva (de um modo crítico, que complexifique e problematize), ao nosso presente.”

Fonseca (2012, p. 35) ensina que foi “no século XIX que a história do Direito [procurou] ganhar um estudo bastante específico e científico enquanto área do saber”. Obviamente, não são isolados os fatos históricos que aconteciam dos que acontecem na sociedade contemporânea.

Esse autor destaca que foi a partir do século XIX que houve a afirmação de uma nova ordem sociopolítica, decorrente das revoluções liberais, na Europa, ou

ainda dos movimentos de independência, na América Latina. Fonseca (2012b, p. 17) explica que não ocorreu no Brasil porque “nosso processo de independência do século XIX não decorreu de uma grande ruptura institucional, de modo que, apesar de um antilusitanismo marcante naquele contexto, não se pode classificar esta época como sendo um verdadeiro ‘divisor de águas’.”

A história do Direito no Brasil, no período que envolve a proclamação da República e o fim no Império (1889), ficou sem função. Além disso, outro fator importante para esse deserto histórico no Direito nacional diz respeito à centralidade desempenhada pelo Direito romano, segundo a qual, nas palavras de Fonseca (2012b, p. 20), “era visto como o tecido doutrinário e científico a ser trabalhado pela dogmática jurídica (sobretudo de direito privado) [...] aquilo que se podia esperar como abordagem histórica foi reduzido e fortemente enquadrado naquilo que se poderia estudar na cadeira de Direito romano”.

Com o renascimento do estudo da História do Direito no Brasil passou-se a ter uma abordagem acadêmica em que qualquer análise deve ser precedida de uma abordagem histórica. Nas palavras de Fonseca (2012b, p.24):

É mais do que comum, por isso, ao se olhar um manual de disciplina jurídica, vislumbrar-se o capítulo introdutório no qual é apresentada a “linha do tempo” do comércio, da propriedade, da família, do trabalho, ou então da arbitragem, do *franchising* etc. Geralmente o ponto de partida é um passado muito remoto (os fenícios, os egípcios ou os babilônicos), com uma parada obrigatória na época da Roma clássica (quando, como sempre, é dada uma “elaboração” jurídica – sempre recitada em latim – para qualquer instituto que seja), seguida de um salto muito rápido sobre o período da Idade Média (que, embora longo, sempre tem pouco a dizer sobre os institutos jurídicos que serão abordados no manual), para na sequência haver uma “retomada” na época moderna do “caminho normal” dos institutos, que costumam ser acelerados ou lapidados pela gloriosa época em que ocorreram as declarações de direitos e as codificações. Tudo isso é seguido, em regra, por abordagens que privilegiam a partir dali os diplomas legislativos (os códigos nacionais, as Constituições, os decretos eventualmente pertinentes) para enfim culminar o processo desta abordagem histórica com o seu ponto mais alto, o seu ápice – a normatização atual (e vigente) sobre o instituto (ou disciplina) que está sendo estudado. O último advento legislativo (a Constituição, o código, a lei pertinente) é apresentada como um monumento. É a última etapa de um processo milenar de lapidação e aperfeiçoamento. Depois de tantas idas e

vindas pelos séculos, e após ser batizada com a água benta da racionalidade moderna, os institutos jurídicos atualmente vigentes são apresentados como ponto de chegada inevitável, incontornável.

Contudo, como esse autor afirma, é impossível apresentar dados históricos incontornáveis, esgotáveis e imutáveis, haja vista que a abordagem histórica do Direito contempla um grande pluralismo de métodos e de abordagens.

No que diz respeito à abordagem da história da mediação, especificamente, o que se pretende neste artigo é a apresentação histórica condensada desse instituto, haja vista que uma abordagem mais ampla necessitaria de demasiadas páginas para ser escrita e contemplada com êxito.

De acordo com Angela Hara Buonomo Mendonça (2004, p. 142), pode-se identificar a utilização da mediação desde tempos antigos e em diversas civilizações, entre elas judaica, cristã, islâmica, hinduísta, budista, confucionista e indígena. Há registros de mediação na Grécia antiga, conforme expõe Cachapuz (2003, p. 24), ao mencionar que a existência da mediação “remonta os idos de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia.”

Por isso, o uso da mediação pode ser historicamente encontrado na resolução de conflitos humanos em diferentes nações que se valeram dessa abordagem em disputas por meio de intermediários neutros, uma forma consensual válida em todas as culturas, tanto no Oriente quanto no Ocidente (KOVACH, 2004, p. 29).

De acordo com os ensinamentos de Kovach (2004, p. 28), “na China a mediação decorria diretamente da visão de Confúcio sobre a harmonia natural e solução de problemas pela moral em vez da coerção”. Dessa maneira, ainda segundo a mesma autora, “a sociedade chinesa focava então a abordagem conciliatória do conflito, o que persistiu ao longo dos séculos e se enraizou na cultura.”

Segundo Kovach (2004, p. 29), no Japão “a conciliação foi, historicamente, o meio primário de resolução de conflitos entre os aldeãos, que também atuavam como mediadores. O estilo Japonês ainda se preocupa com a manutenção do relacionamento e é normalmente visto como um estilo puramente conciliatório”. Essa autora destaca que o uso da mediação pode ser historicamente encontrado na resolução de disputas entre as nações, tão comum quanto a própria ocorrência do conflito no cenário internacional.

Nota-se que a resolução de disputas por meios intermediários possui uma rica história em todas as culturas. O desenvolvimento de solução de disputas por meio consensual, cujo objetivo é propiciar satisfação mútua, desenvolveu-se com maior intensidade nos Estados Unidos.

Dessa forma, tem-se que “a história do uso atual da mediação nos EUA tem duas raízes distintas dissociadas do sistema formal legal: o desenvolvimento da justiça comunitária e a resolução de conflitos trabalhistas (KOVACH, 2004, p. 29).

Sobre o tema, Diego Faleck e Flávia Piovesan, ao citarem Kovach (2004), descrevem que

Como mencionado, a mediação foi historicamente usada na seara trabalhista: no começo da industrialização norte-americana, quando as disputas ocorriam internamente nos negócios, uma solução rápida era imperativa – sobretudo quando verificadas entre trabalhador e gerente e com perfil tal que, se não resolvidas, poderiam levar a golpes e até ao fechamento do negócio. Com a coletivização dos conflitos, o Congresso americano criou em 1931 o Departamento de Trabalho e instituiu a realização de mediação pela Secretaria de Trabalho, o que possibilitaria a prevenção da paralisação da produção. Para a população em geral, as cortes se tornaram o principal *locus* da solução de disputas, substituindo a comunidade e a igreja, mesmo que o descontentamento com a via judicial fosse expresso (pelos custos elevados de dinheiro e tempo); como a imposição externa de uma decisão também não contribuiu para a satisfação das partes, a insatisfação catalisou o atual movimento das ADRs.

Não há como negar, porém, que o desenvolvimento sistematizado da mediação apenas viria com a Pound Conference, ocasião em que o professor Frank Sander iniciou uma grande revolução no campo de resolução de disputas com seu famoso discurso, conforme os estudos de Faleck e Piovesan (2014, p. 177)

As ideias de Sander receberam amplo apoio da Suprema Corte norte-americana e de movimentos sociais que defendiam a ideia de empoderamento político. Suas ideias germinaram e culminaram na concretização de uma série de iniciativas no setor público, o que acarretou também o subsequente desenvolvimento da resolução de disputas no setor privado. O movimento da mediação comunitária floresceu alimentado pelo apoio público, assim como cresceu a utilização da mediação em questões de direito de família (com maior envolvimento também de psicólogos). A mediação familiar passou a ser obrigatória em alguns estados americanos e gerou também um movimento chamado de “collaborative law” (advocacia colaborativa).

Após a mediação e os métodos alternativos de resolução de disputas terem alcançado notável avanço nos Estados Unidos, na América Latina, o

desenvolvimento de meios alternativos de solução de conflitos ganhou força na década de 1990.

Tal fato, segundo Faleck e Piovesan (2014, p. 179), ocorreu com a publicação de um documento técnico do Banco Mundial, em 1996, em que, segundo os autores, foi enaltecida “a descentralização na administração da Justiça com a adoção de políticas de mediação e justiça restaurativa (recomendação igualmente preconizada pelo Conselho Econômico e Social Nações Unidas, na Resolução n. 1.999/96, para que os Estados contemplassem procedimentos alternativos ao sistema judicial tradicional).”

Porém, antes da referida resolução alguns países da América Latina já davam passos para implementar a forma alternativa de resolução de conflitos. De acordo com Elena I. Highton e Gladys S. Álvarez (2004, p. 154), na Colômbia a Lei 23/1991 criou uma série de mecanismos para descongestionar o Poder Judiciário, prevendo a criação de centros de mediação sob controle do Ministério da Justiça. Essas autoras destacam a evolução do instituto na Argentina, país em que, em 1991, o Ministério da Justiça começou a capitanear a elaboração do Plano Nacional de Mediação a fim de implementar programas consensuais em diversos setores da sociedade (HIGHTON, 2004, p. 176).

No Brasil a mediação percorreu – e ainda percorre – um longo caminho para sua consolidação como meio de solução alternativa de conflitos. Apesar nos últimos anos ter conquistado um imenso espaço no sistema jurídico, ainda se encontra em um patamar inexpressivo se comparada a outros países que a adotam, tais como Inglaterra, França, Canadá e Argentina.

A primeira tentativa de implementação do instituto da mediação surgiu com o Projeto de Lei 4.827/98, de autoria da deputada Zulaiê Cobra, que previa sete artigos para sua execução nos planos extrajudicial e judicial, porém foi engavetado. Em 2010, diante da lacuna legislativa acerca do tema, o Conselho Nacional de Justiça promulgou, no âmbito do Poder Judiciário, a Resolução 125, cujo objetivo foi oferecer mecanismos consensuais de solução de conflitos, tendo como os principais a conciliação e a mediação. Assim, entre as finalidades da referida resolução destacam-se

- i) criar entre os profissionais de Direito o entendimento de que é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer a um Judiciário cada vez mais assoberbado, ou de perpetuar nele desavenças entre as partes que podem multiplicar-se, podendo frustrar expectativas legítimas; e ii) oferecer instrumento de apoio aos Tribunais para a instalação de núcleos de conciliação

e mediação, que poderão impactar a quantidade excessiva de processos apresentados ao Judiciário.

Entre as políticas públicas previstas na Resolução CNJ 125, destacam-se os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), os quais tiveram suas inspirações em leis anteriores, tais como a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei 7.244/84) e a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95).

Acerca da legislação sobre o tema, o Senado ouviu juristas renomados a fim de iniciar a elaboração do novo Código de Processo Civil, ocasião em que especialistas em mediação e conciliação solicitaram a inclusão dessas matérias no Projeto de Lei 8.046/10.

Em 2011, tramitou o Projeto de Lei 517, versando sobre a mediação nos âmbitos judicial e extrajudicial. Em 2013, tramitou no Senado o Projeto de Lei 405, cuja finalidade era reformar a Lei de Arbitragem vigente e criar uma Lei da Mediação no país. No ano de 2013, o Projeto de Lei 434, juntamente a todos os anteriores – já que foram convertidos em um só na Lei 13.140/15 – dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Já em 2015, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), a mediação ganhou espaço, considerando que o código vigente valoriza sobremaneira a adoção de meios consensuais de conflitos.

O conceito de mediação pode variar de um autor para outro. Todavia, é imprescindível para existir mediação a voluntariedade dos que a buscam, de modo que um terceiro mediador, que não interfere no julgamento, possa estabelecer a reconstrução do diálogo, facilitando a busca de um denominador comum.

De acordo com o art. 1º da Lei de Mediação (Lei 13.140/15), essa atividade deve ser exercida por um terceiro imparcial, sem poder decisório, acolhido ou aceito entre as partes para as auxiliar e também as estimular na identificação e posterior desenvolvimento de soluções consensuais para uma determinada controvérsia.

No mesmo sentido, o art. 165, §3º, do Código de Processo Civil conceitua a mediação como o procedimento que deve ser utilizado quando houver vínculo anterior entre as partes, através da ação de um terceiro neutro, que as auxiliará a compreender e a chegar a uma conclusão satisfatória.

Uma definição bastante elucidadora é a de Tânia Almeida (*apud* BREITMAN; PORTO, 2001, p. 45)

A mediação é um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as a reflexão e ampliando as alternativas. É um processo não adversarial dirigido à desconstrução de impasses que imobilizam a negociação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um processo confidencial e voluntário no qual um terceiro imparcial facilita a negociação entre duas ou mais partes onde um acordo mutuamente aceitável pode ser um dos desfechos possíveis.

Sobre a mediação e a missão do mediador, Morais e Spengler (2008, p. 133) afirmam ser um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder senão a autoridade que as partes que o escolheram reconhecem livremente.

Ainda nesse sentido, Lisa Parkinson (2005, p. 22) destaca que:

Los mediadores ayudan a los participantes a explorar las opciones disponibles y, en su caso, a tomar decisiones que satisfagan las necesidades de todos los interesados [...] las decisiones, por tanto, las adoptan las partes, de forma voluntaria y sobre la base de la información recibida, libres de amenazas o presiones recíprocas y sin, que el mediador les dirija.

No âmbito específico da mediação familiar adota-se o conceito de Lisa Parkinson (2016, p. 230) segundo o qual esse instituto é hábil na resolução de conflitos, com ênfase dada à família, com a finalidade de buscar acordos mutuamente aceitáveis, levando em consideração todos os membros, quer sejam crianças, adolescentes, avôs, avós, quer sejam, em alguns casos, padrastos e madrastas.

4.3 AS DIFERENTES MODALIDADES DE MEDIAÇÃO

Na análise do instituto da mediação percebe-se a existência de grandes variações em conceito, abordagem, modelo teórico e suas técnicas. De acordo com Parkinson (2016, p. 64), há três modelos diferentes de mediação: i) estruturada; ii) transformadora; iii) narrativa.

Para Bacellar (2012, p. 110), a mediação estruturada, desenvolvida pelo Projeto de Negociação de Harvard, é um modelo “estruturado linearmente em fases bem definidas e tem o propósito de reestabelecer a comunicação entre as partes para identificar os interesses encobertos pelas posições e alcançar um acordo.”

Nessa modalidade de mediação o foco é o interesse da parte, a fim de materializar um acordo. Segundo Parkinson (2016, p. 65)

Uma das principais características da mediação orientada para o acordo é o seu foco em interesses e não em posições. Uma posição nada mais é do que a declaração de uma determinada solução. Na maioria dos conflitos, as partes tendem a se focar nas posições para chegar ao resultado desejado. No entanto, posições geralmente envolvem elementos estratégicos não negociáveis como acusações, xingamentos e insistência sobre os direitos de um e negação dos direitos do outro. Por outro lado, interesses são necessidades ou objetivos subjacentes que podem ser cumpridos e que são, portanto, negociáveis. Exigir uma soma fixa de pensão alimentícia é exemplo de uma posição, enquanto pedir uma quantia que seja suficiente para fornecer uma moradia adequada é exemplo de um interesse. Por exemplo, um casal pode estar discutindo sobre a quantidade de dinheiro que cada um deles tem direito a receber. Como pais, eles podem ter um interesse mútuo: dar estabilidade aos seus filhos e evitar uma mudança de escola, se possível.

Percebe-se que esse modelo de mediação dá ênfase ao resultado final que pode produzir, uma vez que “o objetivo da mediação estruturada é alcançar resultados concretos e soluções práticas no mínimo de tempo possível, enquanto melhorar as relações entre os participantes não é visto, necessariamente, como algo importante” (PARKINSON, 2016, p. 67).

Já na mediação transformadora “o ponto central da abordagem é o crescimento humano em duas dimensões específicas: o conhecimento de si e a relação com o outro” (BUSH; FOLGER, 1994, p. 230).

Conhecida como modelo de Bush e Folger, essa modalidade de mediação tem por finalidade transformar a postura adversarial das relações conflituosas pela identificação das necessidades das pessoas e suas capacidades de decisão e escolha, podendo, ou não, resultar em um acordo (BACELLAR, 2012, p. 111).

Para Parkinson (2016, p. 68), “a mediação transformadora busca por meio do diálogo e da escuta obter novas visões sobre o problema em questão.”

Assim, esse modelo se diferencia da mediação estruturada exatamente por ter objetivo distinto, haja vista que busca, primordialmente, a reconstrução do relacionamento entre as partes.

Por fim, tem-se o modelo da mediação narrativa, também conhecida como modelo de Sara Coob. Essa linha apresenta conceitos tanto da mediação estruturada quanto da mediação transformadora, haja vista que “a visão deve ser sistêmica com foco tanto nas pessoas: suas histórias, relações sociais, quanto no conflito, em que tudo se interrelaciona reciprocamente e não pode ser visto de maneira isolada” (BARCELLAR, 2012, p. 111).

Parkinson (2016, p. 72) nos acrescenta que “a mediação narrativa pode ser conceituada como um processo de contar histórias na qual as partes são convidadas a contar histórias com um duplo propósito: implicá-las no processo e ajudá-las a se compreender mutuamente.”

É imprescindível destacar que não há modelo certo ou errado de mediação. Todas as modalidades são úteis e trazem resultado satisfatório se aplicadas devidamente a cada caso concreto. O que importa na utilização do instituto da mediação é que a resolução não seja imposta, mas sim formulada pelas partes envolvidas, como bem destacam Gabriela Sufiati Turra e Ricardo Goretti (2021, p. 81), ao afirmarem que o acesso à justiça pode ser garantido com a: “[...] utilização de vias efetivas, tempestivas e adequadas, o que demonstra que a mediação [constitui] método alternativo de resolução de conflitos com grande potencial de atingir a pacificação [já que por meio desse instituto] constata-se o efetivo acesso à justiça.”

5 NOÇÕES SOBRE A SISTEMATIZAÇÃO DOS ESTUDOS DA MEDIÇÃO FAMILIAR

O marco inicial da sistematização dos estudos da mediação familiar no Brasil data de 1995, com a iniciativa do extinto Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família (IBEIDF) de instituir uma comissão temática para estudar a mediação familiar.

A família, é, sem dúvidas, uma das instituições que sofreu mais modificações tanto no sentido estrutural quanto no substancial nas últimas décadas, alcançando, gradativamente, outros contornos em consequência das influências econômicas, culturais e sociais que foram experimentadas pela sociedade e pelo Estado.

No Código Civil de 1916, os contornos familiares eram identificados como matrimonial, patrimonial e patriarcal, de modo que, segundo destaca Manoella Fernandes Leite (2008), a sociedade conjugal só era formada pelo casamento, que tinha como objetivo principal a preservação do matrimônio, ficando todas as outras formas de união afetiva à margem da lei.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma ruptura nos conceitos anteriormente estabelecidos pela lei, uma vez que a entidade familiar deixou de ser formada apenas com base no casamento, uma vez que passaram a ser aceitas famílias monoparentais e também as formadas por um pai e uma mãe, a união estável entre o homem e a mulher.

A família tornou-se tão importante na produção de normas de regulamentação social que hoje já se fala em uma política legislativa da família.

Com relação à modificação da família brasileira, a ruptura vem ocorrendo em virtude da sua reestruturação, na nova distribuição de papéis, na valorização da igualdade entre os cônjuges e nas novas forma de construir família (SPENGLER, 2011, p. 6).

Nesse contexto, Luiz Edson Fachin (1999, p. 207) ressalta a existência de uma certa liberdade de escolha e a valorização do sentimento de eleição afetiva, destacando a ruptura do modelo clássico. Para Fachin (1999, p. 208)

A família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha. O casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudeumonista de família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento.

Anna de Moares Salles Beraldo e Helena Gurfinkel Mandelbaum (2016, p. 2) mencionam os vários modelos de família ao afirmarem que

[...] houve um acentuado aumento das novas formas de organização da família brasileira. Entre elas, podem-se citar: i) família monoparental, chefiada por apenas um dos pais; ii) família recomposta ou reconstituída, em que o pai e/ou a mãe se casam novamente; iii) família homoafetiva, sendo os genitores do mesmo sexo; iv) família ampliada, na qual outros parentes e/ou amigos vivem com a família nuclear, formada de pais e filhos; v) família com filhos naturais, com filhos adotados, com filhos de reprodução assistida; vi) Família com casais sem filhos ou com filhos agregados; vii) família de dupla carreira, assim denominada nos casos em que pai e mãe exercem suas respectivas atividades profissionais etc.

Maria Berenice Dias (2021, p. 74) também tece considerações em relação ao tema, preceituando que não há como negar que a afetividade é o fator determinante na formação dos núcleos familiares. Para essa autora

O termo *affectio societatis*, muito utilizado no âmbito empresarial, foi contrabandeado para as relações familiares. Põe em evidência que a afeição entre as pessoas é o elemento estruturante de uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família, mas também um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

Várias mudanças fizeram que a família se tornasse uma rede de relações afetivas e sentimentais baseada no afeto, nas identidades pessoais e na interação de seus membros, alterando a concepção tradicional de família.

Mas surgiram inúmeros e complexos conflitos, demonstrando a necessidade de compreender que as diferenças podem ser legitimadas e incluídas, ampliando a reflexão, os questionamentos, os conhecimentos, os processos de aprendizagem, para a construção de novos entendimentos entre as pessoas (BERALDO; MANDELBAUM, 2016, p. 2).

Os conflitos de família se diferenciam dos demais conflitos em razão de suas peculiaridades, considerando que as demandas ocorridas no seio familiar se caracterizam por uma grande carga de envolvimento emocional.

Verifica-se que a família mudou e essa é uma realidade absoluta, no entanto a jurisdição ainda decide os conflitos familiares com a utilização de velhas “molduras” (SPENGLER, 2011, p. 162).

Justamente por isso, a mediação surge como instituto democrático de decisão, pois trabalha com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar de forma superior às partes – como é o caso do juiz – põe-se no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso.

Esses modelos contemporâneos que incluem a mediação utilizam o diálogo, facilitando a construção do entendimento, pois contemplam todos os envolvidos no conflito, já que focam na relação e na qualidade de vida das pessoas (BERALDO; MANDELBAUM, 2016, p. 2).

Segundo os ensinamentos da psicanalista Giselle Groeninga (2021) a mediação ganha relevo por buscar a colaboração nas situações subjetivas, considerando que no Judiciário se resolve a lide, mas não o conflito.

Essa especialista afirma que processos judiciais, sobretudo nas demandas familiares, são sintomas de relações disfuncionais, destacando que

Quando há disfuncionalidade naquele sistema, ou seja, as funções não são exercidas de forma harmônica, essa disfuncionalidade muitas vezes busca socorro no Judiciário. Sobretudo atualmente, em que há grande questionamento quanto ao exercício das funções: O que é ser pai? O que é ser mãe? Quais são as obrigações de cada um? Tudo isso está sendo reconstruído. Hoje, temos muito mais liberdade, felizmente, mas tudo também está um tanto confuso. Isso se transforma em ações judiciais, que são sintomas de relações disfuncionais. Estes sintomas precisam ser compreendidos nos seus aspectos determinantes para verificarmos o que se pode efetivamente fazer em termos jurídicos (GROENINGA, 2021).

Já para Maria Berenice Dias (2021, p. 96):

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimentos de amor e ódio se confundem. A resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar além dos limites jurídicos.

Robles (2009, p. 44) explica que, habitualmente, as sentenças judiciais são infringidas, porquanto apenas dão fim ao processo em que direitos de famílias estão envolvidos. Todavia, na maioria dos casos não pacificam o litígio.

A mediação, por conseguinte, apresenta-se como um mecanismo de grande importância no julgamento das causas familiares, pois aproxima o Direito da realidade da vida. O processo judicial exaspera o conflito, ao passo que a mediação transforma (ROBLES, 2009, p. 45).

Fica evidente que a solução de conflitos através da mediação mostra-se mais eficaz, indo além de reparações patrimoniais, de ordens econômica e social, tornando maior a probabilidade de cumprimento da decisão pelas partes da forma como tiver sido acordada, já que é superior à uma decisão imposta por sentença (ROBLES, 2009, p. 46).

Segundo leciona Flávio Goldberg (2018, p. 62), citado por Gabriela Sufiati Turra e Ricardo Goretti (2021, p. 88)

Uma sentença dificilmente consegue pacificar as partes nos conflitos familiares. A resposta judicial tradicional não está apta para moldar-se às causas em que estão envolvidos tantos vínculos afetivos. Há queixas, mágoas e sentimentos confusos de amor e ódio, e temores que os anseios daqueles que buscam justiça para as vezes quererem resgatar danos emocionais, do que propriamente regular reordenações econômicas.

Nesse diapasão, passa-se a uma breve abordagem de algumas situações, na seara do Direito das Famílias, em que a mediação é mais utilizada e eficaz, apresentando-se como uma das formas de solução para relações conflituosas.

5.1 NORMATIVA APLICÁVEL À MEDIAÇÃO FAMILIAR

O primeiro passo para um procedimento que utiliza a mediação ter êxito é o respeito estrito ao cumprimento dos princípios que o permeiam, quais sejam:

extrajudicialidade; voluntariedade das partes; privacidade e consensualidade; não adversariedade; presença de terceiro interventor; imparcialidade; autodeterminação das partes; informalidade e flexibilidade do processo e, por fim, confidencialidade (ROBLES, 2009, p. 48-51).

É imprescindível destacar o princípio da voluntariedade entre as partes, que deve ser entendida como a “impossibilidade de obrigar a participação em processos desta natureza, [uma] vez que iria retirar a verdadeira essência de construção dedicada pelas partes” (QUEIROZ, 2014, p. 28).

As partes são livres tanto para darem início quanto para colocarem fim ao processo de mediação, haja vista que a vontade das partes e a intenção delas de realizarem um acordo para solucionar um conflito qualquer de forma natural devem ser levadas em consideração, sendo vedado forçá-las ou pressioná-las.

Roberto Portugal Bacelar destaca que a autonomia da vontade das partes deve ser observada quando se fala de mediação (2012, p. 116)

A mediação foi pensada de modo a empoderar os interessados, devolvendo a eles o protagonismo sobre suas vidas e proporcionando-lhes plena autonomia na resolução de seus conflitos. Distancia-se do modelo paternalista em que um terceiro, com maior conhecimento ou poder, encarrega-se de solucionar as desavenças entre aqueles (partes) que não conseguirem fazê-lo por conta própria e procura restaurar a capacidade de autoria das partes na solução de seus conflitos.

Também nesse sentido são as considerações de Cátia Helena Gonçalves de Queiroz (2014, p. 29), quando afirma que

A voluntariedade pode ser demonstrada em três momentos, iniciando-se com a vontade de recorrer à mediação, à qual se segue a manutenção desta ao longo de todo o processo e, em última instância, a aferição no acordo que as partes são livres de firmar e adequar o seu conteúdo ao mais apropriado para a resolução do conflito. Também se pode considerar a voluntariedade como extensível ao mediador que, por questões éticas, poderá colocar em qualquer altura um ponto final na sua intervenção.

A autonomia privada das partes deve ser observada, a fim de evitar que a mediação seja imposta às partes, porque, caso seja, em nada se diferenciaria da decisão judicial, que é colocada às partes apenas para cumprimento, não deixando abertura para escolhas.

Além disso, é necessária a voluntariedade das partes para o uso da mediação como forma de solução de conflitos para que haja eficácia real no cumprimento do que tiver sido acordado.

Isso porque a obrigatoriedade de uma decisão imposta, por vezes, não é bem recebida pelas partes, o que irá dificultar o cumprimento da decisão, e, conseqüentemente, a tornará ineficaz.

Em razão de a voluntariedade na mediação facilitar o diálogo, influenciar na tomada de decisão, modificar os conceitos pré-existentes pelas partes acerca do conflito e as deixar delimitar os contornos dos atos posteriores a probabilidade de cumprimento dos acordos é bastante ampliada, já que são propostos e firmados somente pelos envolvidos na demanda em que houver uso de mediação, sem interferência do mediador, porque sua função é apenas facilitar o diálogo.

Assim, nas palavras de Queiroz, (2014, p. 36) “o sucesso da mediação terá, como tributo fundamental a colaboração entre as partes.”

A mediação familiar pode ser utilizada como método autocompositivo nos mais diversos casos de Direito de Família. O mediador familiar, ao contrário do Estado-juiz – que se coloca em posição superior –, põe-se no meio das partes partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso. Dessa forma, a mediação pode ser empregada no âmbito processual ou fora dele, classificada como procedimento tanto de autocomposição judicial quanto extrajudicial. A mediação pode ser aplicadas aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação, sendo excluído pelo código as ações de alimentos e as que versarem sobre interesse de criança e adolescente (art. 693, CPC/15).

Nas ações de família, reguladas no Capítulo X – Das Ações de Família – do livro dos procedimentos especiais, artigos 693 a 699 do Código Processo Civil, todos os esforços devem ser empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e a conciliação (art. 694, CPC).

No segundo rito desse procedimento especial descrito no CPC para as ações de família, após recebida a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação, podendo, inclusive, suspender o processo enquanto os litigantes se submeterem à mediação extrajudicial (art. 693, CPC).

A lei prevê que todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, e a mediação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito (art. 696,

CPC). Somente se não houver acordo entre as partes é que passarão a incidir as normas do procedimento comum (art. 697, CPC).

5.2 MEDIAÇÃO FAMILIAR NO DIVÓRCIO

A mudança de padrões e paradigmas na seara familiar tornou frequente e comum a separação conjugal e o divórcio na vida ocidental, modificando o conceito de família e, assim, gerando profundas mudanças nos papéis do homem e da mulher e, como consequência, na atuação de cada um nos relacionamentos como casal, tornando as uniões cada vez mais rápidas e cada vez mais numerosas as separações conjugais.

Ao citarem o estudo realizado por Heavey, Shenk e Christensen (1994), as pesquisadoras Ana Carolina Villares Barral Villas Boas, Maria Auxiliadora Dessen e Lígia Ebner Melchiori (2010) destacam que “poucos casais conseguem encontrar soluções satisfatórias para lidar com situações conflituosas e os conflitos mal resolvidos geram frustração e raiva, criando um ciclo em que a discórdia se torna cada vez mais frequente e hostil.”

Ressalte-se que alguns casais, no processo de ruptura, lidam de forma linear. No entanto, a maioria dos casais que passam pelo processo de divórcio, por causa da animosidade de suas condutas, demonstram sentir-se envolvidos em um processo extremamente complexo, doloroso e de instabilidade emocional.

Nos conflitos relacionados à separação conjugal ou divórcio questiona-se se a mediação é, de fato, uma opção, considerado que na maioria dos casos a separação é iniciada de forma unilateral e após um longo período de reflexão (PARKINSON, 2016, p. 103).

Portanto, adotou-se neste texto a mediação no divórcio conforme os ensinamentos de Haynes e Marodin (1996, p. 32), sobre quando um casal ou exauriu todas as possibilidades conhecidas de realizar um acordo ou está desprovido de opções para resolver os problemas que causaram a deterioração da relação. Isso porque, a mediação do divórcio requer o ajuste de questões emocionais complexas, bem como de tópicos práticos do cotidiano.

Cada pessoa deve ser capaz de deixar as emoções e relações passadas longe o suficiente para ajustar o montante da pensão, dividir os bens de maneira justa e, estando separados, ser ainda pais cooperativos (HAYNES; MARODIN, 1996, p. 32).

Portanto, defende-se a aplicação da mediação no processo de separação conjugal e de divórcio por se mostrar benéfica para todos os envolvidos, inclusive os filhos.

5.3 MEDIAÇÃO FAMILIAR APLICÁVEL À GUARDA

Com a instauração do divórcio, a relação de pais e filhos é totalmente modificada, visto que a opinião de ambos deve ser considerada no tocante à criação da prole.

A maioria das crianças passa por um período de infelicidade e insegurança quando seus pais se divorciam, mas se receberem apoio e carinho suficientes serão capazes de se adaptar e estabelecer um padrão normal de desenvolvimento.

Muitos estudos têm mostrado que os pais separados são capazes de cooperar uns com os outros, o que chamamos de contínua coparentalidade, em que os ajustes das crianças são facilitados (PARKINSON, 2016, p. 224).

De modo geral, os pais conhecem muito pouco sobre esse processo legal. Em razão da reduzida capacidade de se comunicarem um com o outro, assim como de tomar boas decisões durante a separação, quando estão sob estresse os adultos podem usar as crianças como veículo de sentimentos não resolvidos sobre o fim dos próprios relacionamentos (PARKINSON, 2016, p. 239).

Nesse contexto, surge a disputa, em grande parte das vezes judicial, para discutir a guarda e as visitas aos filhos.

Nos termos da Constituição Federal, os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos devem ser tratados de modo isonômico (art. 226, §5º).

Segundo o preceito constitucional, ainda que o Código Civil disponha que a guarda pode ser unilateral ou compartilhada – a primeira aquela atribuída a um só dos genitores, e a segunda, aquela em que a responsabilização é conjunta –, o exercício de direitos e deveres dos pais concernentes ao poder familiar são os mesmos (art. 1.583, CC).

Essas modalidades pressupõem o convívio com os filhos de forma equilibrada, fixando residência no local em que melhor atender aos interesses dos filhos, algumas vezes guardadas determinadas condições, estabelecendo a residência alternada entre os genitores.

O preceito aqui estabelecido, ao disciplinar a guarda de crianças e adolescentes, é assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social seguro e completo dos infantes, e não dos genitores.

Por esse motivo, a mediação é um fórum no qual os pais podem discutir as necessidades de seus filhos de forma construtiva e definir regras, que podem ser gerais ou detalhadas (PARKINSON, 2016, p. 2040).

Acerca da ação de guarda, salienta Maria Berenice Dias (2021, p. 397) que

Não conseguindo os genitores, de comum acordo, definir a guarda dos filhos, é chamada a justiça para tomar essa difícil decisão. Ora, se nem os genitores, que são os maiores interessados no bem-estar da prole e no seu desenvolvimento sadio, conseguem entrar em acordo, muito mais dificuldade terá um estranho para julgar de forma a atender à determinação legal de, ao não conceder a guarda compartilhada, atribuí-la ao genitor que objetivamente tenha mais aptidão para assegurar afeto, saúde, segurança e educação ao filho.

Através do auxílio de um mediador familiar os pais podem decidir regras de convívio – elaboração de planos de parentalidade que prevejam um padrão normal e saudável de desenvolvimento de seus filhos.

Sobre o tema, Robles (2009, p. 74) acrescenta que

[...] restaurando a comunicação entre os cônjuges e educandos para que estes tenham consciência da necessidade da preservação de seus papéis de pais, a mediação possibilita que seja adotado o modelo de guarda mais apropriado, qual seja, o da guarda compartilhada, efetivando-se duas garantias constitucionais: aos filhos, a convivência familiar de maneira saudável e, aos pais, a igualdade no exercício de direitos e deveres.

Parkinson (2016, p. 241) elenca algumas medidas que o mediador pode sugerir para constar no plano elaborado pelos genitores, tais como

[...] agir de maneira positiva; se concentrar em cada criança individualmente; aumentar a cooperação e reduzir o conflito sobre as crianças; incentivar a aceitar que ambos continuarão tendo um papel na vida dos filhos; ajudá-los a dividir a responsabilidade parental e confiar um no outro; ajudar os pais definirem mecanismos que livram as crianças dos conflitos de lealdade ou pressão; ajudar os pais a trabalharem fora e assumir compromissos para apoiar financeiramente os filhos.

Dessa forma, a mediação poderá ser eficaz quando aplicada a conflitos de guarda, podendo auxiliar os pais na separação entre a dor e a raiva causadas pelo fim da própria relação como casal, passando a dar enfoque nas relações com os filhos.

5.4 MEDIAÇÃO FAMILIAR NA ALIENAÇÃO PARENTAL

Assim como nos conflitos relacionados ao divórcio e aos consequentes conflitos de guarda, a mediação também tem se mostrado eficaz na resolução de conflitos decorrentes da prática de alienação parental.

A alienação parental ingressou no cenário jurídico brasileiro recentemente, no ano de 2010, com a promulgação da Lei 12.318, sendo definida como

O ato de interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A prática dos atos de alienação parental tende a ter como marco inicial a ruptura da vida conjugal dos genitores da criança ou do adolescente, principalmente nos casos em que a convivência dos filhos passa a ocorrer de forma mais assertiva com apenas um dos genitores, desencadeando, assim, uma série de problemas emocionais.

Com posicionamento nesse sentido, Caroline de Cassia Francisco Buosi (2012, p. 49) destaca que

O inconformismo do cônjuge com a separação, a depressão, a insatisfação das condições econômicas advindas pelo fim do relacionamento, a necessidade de posse exclusiva sobre os filhos, a solidão a que se vê no presente ou o fato do ex-cônjuge manter a relação com o parceiro da relação extramatrimonial que adveio a separação são causas determinantes para que um dos cônjuges (geralmente o detentor da guarda) utilize-se da única “arma” que lhe resta para atingir e vingar-se de outro: os filhos do ex-casal.

Sobre o tema, Silvio de Salvo Venosa (2018, p. 369) discorre que

O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo a sua personalidade sob as mais variadas formas. Nisso o alienador utiliza todo o tipo de estratégias. Trata-se de abuso emocional de consequências graves sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor.

Resta claro que o ato de alienação parental surge através de um conflito familiar pré-existente, envolvimento de ressentimentos, ódio e desgosto entre os responsáveis pelos filhos.

É nesse contexto que a mediação surge como forma de pacificação social, ou seja, concedendo aos indivíduos oportunidade de tomarem decisões com a finalidade de solucionarem seus conflitos

Embora não tenha previsão expressa na Lei 12.318/10, a mediação familiar é um mecanismo que pode ser utilizado na resolução dos conflitos advindos de atos de alienação parental, conforme destaca Elizio Perez (2011), responsável pela consolidação do anteprojeto que deu origem à referida lei

A mediação pode trazer importantes contribuições, em muitos casos. Lamentavelmente, o artigo do projeto de lei da alienação parental que tratava da mediação e tinha por objetivo intensificar sua aplicação foi vetado. Isso, no entanto, não impede que a mediação continue sendo aplicada. As soluções eventualmente decorrentes de processos de mediação são claramente mais consistentes, pois há maior espaço para comunicação e análise das questões efetivamente envolvidas no dissenso; há possibilidade de construção de saídas conjuntas e com o atributo de compreenderem contribuição pessoal dos envolvidos. É necessário, no entanto, observar que, em algumas situações, principalmente em processos de alienação parental em grau mais grave, a mediação pode se mostrar ineficaz pelo uso do diálogo formal como forma mascarada de transgressão e aprofundamento do processo de alienação parental (por exemplo: retardar a tramitação do processo judicial, burlar acordos prévios ou minar a resistência do genitor alvo do processo).

Maria Berenice Dias (2021, p. 453-454) tece críticas à falta de previsão legal sobre a possibilidade de mediação familiar na Lei de Alienação Parental, destacando que essa legislação perdeu a chance de se tornar muito mais vanguardista ao deixar de incorporar prática que vem se revelando como a mais adequada para resolver conflitos familiares.

Contudo, mesmo diante dessa lacuna legislativa acerca da previsão legal da mediação como forma de resolução de conflitos advindos da alienação parental, o referido método tem sido utilizado e se mostrado bastante eficaz.

5.5 BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

É perceptível que a mediação familiar apresenta diversas vantagens em relação à jurisdição civil – diga-se, processo litigioso e demasiadamente utilizado.

De acordo com Bacellar (2012, p. 109), “a mediação é única, pois, além de outras qualificações, ela apresenta um método adequado para tratar situações complexas (emocionais, relação de vários vínculos) e consiste em processo, que como tal tem de ser desenvolvido.”

A primeira vantagem a ser considerada advém do fato de que a mediação familiar é multidisciplinar, ou seja, “busca na psicologia, na sociologia, na filosofia, na matemática e na física quântica, os conhecimentos que possam fortalecer sua aplicação” (BACELLAR, 2012, p. 9). Por isso, a mediação familiar é menos dispendiosa e menos desgastante, principalmente emocionalmente, haja vista que os conflitos familiares encerram peculiaridades que os distinguem daqueles provenientes de outros ramos do Direito. A intensa carga sentimental, somada a outras características próprias, são alguns, dentre tantos outros, fatores de distinção.

Para Queiroz (2014, p. 46), “a manutenção das relações no Direito de Família também é referenciada como outra vantagem, pelo facto de se pretender, através a mediação, a obtenção de um acordo que seja vantajoso para ambas as partes.”

São nos conflitos familiares que surgem sentimentos como, raiva, rancor, vingança, depressão, hostilidades que necessitam de mediação, visto que se não forem solucionadas pelos litigantes podem resultar em disputas intermináveis e perdurar por gerações.

Por isso, ela é, de fato, benéfica, pois proporciona uma mudança de mentalidade e comportamento, buscando, ao invés de culpados, interesses comuns entre as partes, o que se dá através do diálogo.

A mediação vem se destacando como uma eficiente técnica que valoriza a coparticipação e a coautoria. Outro benefício é ser um procedimento voluntário e sigiloso, que traz tranquilidade às partes – especialmente nas disputas que determinam privacidade –, além de ser um processo menos burocrático se comparado a um processo judicial, menos oneroso e que evita o bloqueio de bens e perdas financeiras.

Sua utilização também proporciona benefícios às Varas de Família, uma vez que há redução no número de processos em espera. O consenso entre as partes na resolução do conflito é mais rápido e mais eficaz, já que o Judiciário necessita de tempo bem maior para a análise integral do processo.

Logo, a mediação realiza a gestão de conflitos de forma democrática, podendo trazer, ao final, uma solução efetiva e satisfatória aos litigantes ou futuros litigantes, que podem vir a retomar seus relacionamentos de forma saudável nas áreas emocional e social.

CONCLUSÃO

Verificou-se no presente artigo que existe no Brasil uma grande tendência de que os conflitos sejam dirimidos apenas através da tutela do Poder Judiciário, utilizando-se o método adversarial.

Nesse contexto, percebe-se que a hiperjudicialização de demandas, com histórico congestionamento do Judiciário, tem tornado vagarosa, onerosa, burocrática e, na maioria das vezes, ineficaz a prestação de tutela jurisdicional.

Conflitos ocorrem nas relações humanas, porém muitas portas podem auxiliar sua resolução, principalmente aqueles gerados no âmbito familiar, acompanhados de sobrecargas emocionais.

A pós-modernidade, como destaca Bauman, é composta por instituições e indivíduos que vivem em estado de “liquidez”, muitas vezes considerando-se meros titulares de direitos, mas pouco preocupados com seus deveres, de modo que fazem do Judiciário um meio de satisfação de seus interesses, indispostos a resolverem seus conflitos por meio de negociações.

Observou-se que a crise no sistema judiciário brasileiro necessita de soluções plurais, mas ao mesmo tempo eficazes e céleres, considerando que o modelo clássico de administração da justiça tem falhado de forma considerável.

Nesse caminho, surgem os meios alternativos de resolução de conflitos como forma de incentivar a busca pacífica de soluções para a sociedade contemporânea.

O presente artigo demonstrou a importância do instituto da mediação como forma de autocomposição, com especial ênfase aos litígios atinentes às questões familiares. A mediação familiar insere-se em uma orientação de sociedade que encoraja a autopromoção, a comunicação e a responsabilidade. Dessa forma, age como um mecanismo de pacificação social – o que muitas vezes tem deixado de ocorrer na via judicial –, levando os envolvidos ao diálogo, autorreflexão e mudança de pensamento.

A Resolução CNJ 125/10 instituiu meios consensuais de conflitos através da Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses, corroborando, assim, para a adoção do entendimento de que acesso à justiça não se resume na busca da intervenção estatal (heterocompositiva), ideais que foram recepcionados pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

Logo, diversamente da solução imposta pelo Estado, em razão de suas características a mediação propicia multidisciplinariedade, voluntariedade, é menos dispendiosa e menos desgastante, promove o diálogo e amplia a probabilidade de os acordos firmados entre as partes deixarem de ser cumpridos.

Por tais motivos, a mediação vem se mostrando como instrumento imprescindível de resolução de conflitos, posto que, pela sua dimensão, abrangência e forma de ser aplicada tende a produzir um resultado mais satisfatório às partes, uma vez que elas têm a oportunidade de recuperar sua autonomia e buscar a

resolução das próprias questões, em vez de entregar ao Judiciário a responsabilidade por questões tão delicadas e relevantes.

Conclui-se que existe a possibilidade de aprimorar o acesso à justiça, afirmando-se recomendável e adequada a maior participação dos indivíduos nesta forma de resolução consensual de lides que tem se destacado mundialmente: a mediação.

REFERÊNCIAS

- ACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BACELLAR, Roberto Portugal; LAISMANN, Mariele Zanco; GARCEL, Adriane. Da sociedade hiperjudicializada às soluções autocompositivas. *In*: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Laurindo; ZIMIANI, Laís Silva; GOTO, Lilian Cristina Pinheiro (coord.). **Mediação e conciliação: métodos adequados de solução de conflitos**. Curitiba: Clássica Editora, 2021.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BERALDO, Anna de Moraes Salles; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. Mediação no Brasil. *In*: PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. Tradução de Erica de Paula Salgado. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- BOAS, Ana Carolina Villares Barral Villas; DESSEN, Maria Auxiliadora; MELCHIORI, Lígia Ebner. Conflitos conjugais e seus efeitos sobre o comportamento de crianças: uma revisão teórica. **Arq. bras. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 2, p. 91-102, 2010.
- BORGES, Willian Roque; RAMIDOFF, Mário Luiz. Teoria do Tribunal Multiportas: aplicação da mediação no direito brasileiro. **Gralha Azul – Periódico Científico da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, v. 1, n. 1, p. 5-12, ago./set., 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020: ano base 2019**. Brasília: CNJ, 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos

no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre alienação parental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. **Mediação familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Lei da alienação parental**: o contexto sociojurídico da sua promulgação e uma análise dos seus efeitos. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Luiz Edson Fachin. Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre os direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – a General Report*. *Access to Justice: A World Survey*. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FACHIN, Luiz Edson. A desinstitucionalização do modelo familiar: possibilidades e paradoxos sob o neoliberalismo. In: MELLO, Celso de Albuquerque (coord.). **Anuário direito e globalização** – a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O deserto e o vulcão. Reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil. **Forum Historiae Iuris**, Frankfurt-am-Main, v.1, p. 1-16, 2012b. Disponível em: <http://www.forhistiur.de/2012-06-fonseca/?l=pt>. Acesso em: 20 abr. 2022.

GOENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar: um novo paradigma. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 8, n. 40, fev./mar. 2007.

GOLDBERG, Flávio. **Mediação em direito de família**: aspectos jurídicos e psicológicos. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2018.

Haidar, Rodrigo. O Poder Judiciário resolve a lide, mas não acaba com o conflito, diz psicanalista. **Conjur**, 21 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-21/entrevista-gisele-groeninga-psicanalista-diretora-ibdfam>. Acesso em: 01 jun. 2021.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Tradução de Eni Assunção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artmed, 1996.

HEAVEY, C. L.; SHENK, J. L.; CHRISTENSEN, A. *Marital conflict and divorce: A developmental family psychology perspective*. In: WEINER, I. B.; L'ABATE, L. (org.). **Handbook of developmental family psychology and psychopathology**. New York: Wiley, 1994.

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

LEITE, Manoella Fernandes. Direito de Família e Mediação: A Busca para Resolução Pacífica na Disputa de Guarda dos Filhos. **IBDFAM**, 28 ago. 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/436/IBDFAM+ACAD%C3%8AMICO++Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+Media%C3%A7%C3%A3o:+A+Busca+para+Resolu%C3%A7%C3%A3o+Pac%C3%ADfica+na+Disputa+de+Guarda+dos+Filhos>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, RT, n. 3, ano 1, set./dez. 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KOVACH, Kimberlee K. **Mediation: Principles and Practice**. 3. ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

PARKINSON, Lisa, **Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas**. Tradução de Ana María Sánchez Durán. Barcelona: Gedisa, 2005.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. Tradução de Erica de Paula Salgado. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PEREZ, Elizio. **Sobre a lei da alienação parental**. [Entrevista concedida à] Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/22563>. Acesso em: 25 jun. 2021.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. **Pré-mediação e transformação do conflito**: uma relação à luz do acesso à justiça. 157 f. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Roberto Baptista Dias da Silva. Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018.

QUEIROZ, Cátia Helena Gonçalves. **Mediação familiar**: obrigatoriedade ou voluntariedade? Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Maria Olinda Silva Nunes

Garcia. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2009.

SALES, Lília Maia de Moraes; SOUZA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 5, n. 16, p. 204-220, jul./set., 2011.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Tradução de Marcos A. G. Domingos e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: ArtMed, 1999.

SPENGLER, Fabiana Marion. Os Novos Meios de “Ser Família” no Brasil e a Mediação Familiar. **Re(pensando) Direito**. Editora Unijui. Ano 1, n.1, p. 159-184, jan./jun. 2011.

TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego. Introdução histórica e modelos de mediação. *In*: Prado de Toledo, Armando Sérgio; Tosta, Jorge; Alves, José Carlos Ferreira. (org.). **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, v. 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral de Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TURRA, Gabriela Sufiati; GORETTI, Ricardo. A gestão adequada dos conflitos familiares a partir da mediação familiar e seus pressupostos. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 7, n. 1, p. 72-92, jan./jul., 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**: modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. Dissertação. (Mestrado em Direito). Orientador: Paulo Roberto Ribeiro Nalin, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *In*: PELUZO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.) **Conciliação e Mediação**: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA DISCUSSÃO EM RELAÇÃO AS DOENÇAS RARAS E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Michelle Aparecida Ganho Almeida³²²

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o dever fundamental dos entes federativos de oferecer saúde de modo universal, igualitário e gratuito, garantindo aos cidadãos ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a redução dos riscos de doença e outros agravos.

Ainda que previsto constitucionalmente, o direito à saúde sofre diversas restrições, inclusive no que pertine ao fornecimento de medicamentos, em razão da limitação orçamentária e da existência de outras políticas públicas que também precisam ser efetivadas.

A situação, é certo, leva a uma discussão em torno do mínimo existencial e da reserva do possível, que apresentam respaldo nas teorias alemãs e norte americana, tendo o Brasil se utilizado das duas na tentativa de resolver o impasse.

No Brasil, o fornecimento de medicamentos pelo SUS observa as regras contidas especialmente na Lei n.º 8080/1990, Lei n.º 9.782/1999 e Decreto n.º 7.582/1999 e, diante da limitação orçamentária, associada a existência de outras políticas públicas a serem implementadas e garantidas, acaba por deixar de ser realizado, o que, para aqueles que não possuem renda suficiente para aquisição particular, pode gerar danos irreparáveis.

Em casos de doenças raras, somado a limitação orçamentária e existência de outras políticas públicas, o entendimento que vem sendo adotado pelo Poder Judiciário, é pela concessão de medicamentos apenas quando existente registro na Anvisa ou, em casos excepcionais, quando comprovado o pedido de registro, mas a demora decorre dos trâmites administrativos.

³²² Advogada, formada em Direito pela Universidade Positivo (2005), com Pós-graduação em Direito Empresarial, conforme certificado conferido pela Universidade Positivo, no ano de 2006, LL.M-Legal Law Master - MBA em Direito Empresarial na Estação Business School-IBMEC (Março de 2008 à Agosto de 2009) e Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela UNICURITIBA - CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA. Curitiba/PR, Brasil, Rua Hermenegildo Lucca, 101, casa 90, São Braz, CEP 82.310-110.

Em muitos casos, contudo, especialmente de doenças raras, inexistente o registro na Anvisa e diante da inércia de Políticas Públicas, o Poder Judiciário tem decidido pela concessão, atendidos determinados requisitos.

É o caso, por exemplo, dos portadores de doenças do ciclo da ureia, que para o tratamento precisam da concessão do medicamento Ravicti (fenilbutirato de glicerol), quando a doença não pode ser tratada apenas através de alterações na dieta. Referido medicamento, no mercado brasileiro, no ano de 2022, tem o custo aproximado de US\$ 793.000, o que não há dúvidas, nem todos podem adquirir com recursos próprios.

Ao não se conceder o medicamento por inexistir registro na Anvisa, a questão que se coloca é se estaria restringindo o direito a saúde e como tal a vida digna ou se estaria apenas resguardando o portador de doença rara dos riscos por ausência de comprovação científica do medicamento no país.

O presente artigo, então, buscando responder à questão acima, no primeiro capítulo, analisará a tutela do direito fundamental à saúde pela ordem jurídico-constitucional, de modo a delimitar seu conteúdo, competência e sujeições, os limites, as possibilidades e as dificuldades na concretização desse direito pelos poderes públicos dos entes federativos.

No segundo capítulo apresentará as teorias alemã e norte americana sobre a reserva do possível.

No capítulo terceiro abordará o atual procedimento de fornecimento de medicamentos pelo SUS, avaliando, em relação aos medicamentos necessários para o tratamento de doenças raras, como o de portadores de doença do ciclo da ureia, o posicionamento do Poder Público em relação ao seu oferecimento.

No quarto e último capítulo será abordado, em relação aos portadores de doenças raras, como os portadores de doença do ciclo da ureia, a importância do medicamento para fins de se garantir um mínimo existencial e o impasse em relação a ausência de registro na Anvisa como fundamento apto a justificar o não fornecimento, mesmo a despeito do dever Estatal de garantir o direito à saúde e a vida digna.

Para tanto será utilizado, neste trabalho, da metodologia dedutiva e hipotética-dedutiva, com pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial.

1 SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL

A saúde, segundo a Organização Mundial da Saúde (1946) define na sua constituição, é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.

Esse conceito, segundo Dallari, foi objeto de muita crítica por parte dos pesquisadores, pois afirmavam que o estado de completo bem-estar não existia, sendo que a saúde deveria ser entendida apenas como a busca constante de um equilíbrio funcional, físico e psíquico do indivíduo integrado dinamicamente no seu ambiente natural e social³²³.

A Constituição Brasileira de 1988, primeira que legitimou expressamente a saúde como um direito fundamental, alinhou-se à concepção do direito à saúde da Organização Mundial de Saúde, buscando assegurar proteção, promoção e recuperação da saúde, como um objetivo a ser perseguido pelo Estado, mediante a garantia de acesso aos meios que possam trazer a cura da doença ou sensível qualidade de vida (SCLIAR, 1998, p. 32-33).

Está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como sendo um direito social e no artigo 196 como sendo uma norma de ordem pública, com a característica de imperatividade e inviolabilidade, na medida em que a saúde seria direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem redução do risco da doença e de outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Ou seja, o direito social a saúde deve favorecer a todos e a sua realização é obrigatória por parte do Estado brasileiro, através da implementação de políticas sociais e econômicas, o que demanda a intervenção do legislador ordinário e dos diversos setores do Poder Executivo.

Diante do caráter substancial do direito à saúde, foi instituído pela Constituição Federal de 1988 (artigo 198, I a III e 200) o Sistema Único de Saúde-SUS, mais tarde regulamentado através da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual definiu as políticas de saúde pública que devem ser seguidas pelos entes estatais, através da promoção do acesso a consultas, exames, tratamentos e medicamentos.

³²³ Conforme explica Dallari, o conceito de saúde acordado em 1946 não teve fácil aceitação. Diz-se que corresponde à definição de felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar-se e que, além disso, não é operacional. Vários pesquisadores procuraram, então, enunciar de modo diferente o conceito de saúde. Assim, apenas como exemplo, para Alessandro Seppilli saúde é “a condição harmoniosa de equilíbrio funcional, físico e psíquico do indivíduo integrado dinamicamente no seu ambiente natural e social”, para John Last saúde é um estado de equilíbrio entre o ser humano e seu ambiente, permitindo o completo funcionamento da pessoa e para Claude Dejours, convencido de que não existe o estado de completo bem-estar, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado.

Exercendo o papel de normas gerais de saúde, apesar de repetir algumas diretrizes constitucionais, a lei que regula o SUS consagra o direito à saúde como direito fundamental e impõe ao Estado o dever de realizá-lo (art. 2º caput), por meio da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, inclusive com o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 2º, §1º).

Ao tratar do atendimento integral, define a lei 8.080/1990, em seu art. 6º, que o SUS engloba I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

No entanto, em seu texto original, nada tratou do fornecimento de medicamentos ou da assistência farmacêutica. Com o advento da Lei n. 12.401/2011 foi incluído o Capítulo VII no Título II na Lei n. 8.080/1991, que passou a conter disposições quanto à assistência terapêutica e à incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Assim é que se previu (Art. 19-M) que a assistência terapêutica integral consiste em: I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Em relação aos medicamentos, o art. 19-O estabeleceu que os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão os estabelecer nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha; ressaltando, inclusive, que todos os medicamentos ou produtos deverão ser previamente avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Outras leis federais de caráter geral foram editadas pelo legislativo da União na esfera da saúde, regulamentando importantes questões, como por exemplo, a Lei 8.142/90 que dispõe acerca da participação da sociedade na gestão do SUS, com participação no planejamento e na execução das políticas públicas de saúde, através da representação dos usuários do referido sistema na

composição da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde. A lei 9.656/98, que apesar de dispor acerca dos planos e seguros privados de saúde, traz importante dispositivo normativo de aplicação favorável à saúde pública, quando em seu artigo 32 determina o ressarcimento financeiro por parte das empresas particulares de planos de saúde dos custos despendidos pelo SUS no tratamento de pacientes acobertados por tais contratos de saúde provados. Destaca-se também a lei 9.782/99 que criou e regulamenta a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia federal de controle sanitário, a qual é atribuída a função de autorizar a fabricação, distribuição, comercialização e importação de medicamentos no Brasil por meio de normas administrativas, além de controlar toda a atividade e insumos que tragam qualquer risco à saúde.

Verifica-se, portanto, que o legislador brasileiro não foi omissivo na criação de leis gerais regulamentadoras do direito social à saúde. O problema em saúde pública está na omissão, ineficácia e desperdício de verbas públicas pela Administração Pública, bem como na construção das políticas públicas de saúde.

Para Paulo Bonavides, “a principal questão a ser resolvida pelo constitucionalismo brasileiro envolve um problema político-jurídico, com a necessidade de concretizar o texto constitucional e introduzi-lo na realidade nacional” (BONAVIDES, 2011, p. 381).

Segundo Paulo Otero não é suficiente a previsão constitucional de acesso universal a direitos sociais como saúde, dependendo a sua concretização da regulamentação administrativa e da aplicação de verbas orçamentárias, “o que demanda uma decisão político-administrativa por parte da Administração Pública, sem a qual os direitos sociais implementadores de uma comunidade de bem-estar nunca passarão de meras proclamações de papel”. Segundo o autor, a prestação pública por meio de decisões administrativa-financeiras é essencial para a concretização do bem-estar-social, passando o Poder Executivo a ser o principal autor na implementação dos direitos fundamentais sociais (OTERO, 2007, P. 345)

Estando o direito à saúde previsto constitucionalmente, goza de exequibilidade plena (BARROSO, 2006, p. 248; 274), permitindo sejam os bens e interesses que tutelam exigíveis perante o Estado, e, portanto, “cabendo aos poderes públicos oferecer as prestações necessárias à fruição desses direitos pelos seus titulares, cabendo aos entes públicos a formulação, execução e controle de políticas públicas de acesso universal, igualitário e gratuito aos cidadãos a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a redução dos riscos de doença e outros agravos” (BUCCI, 2002, p. 241-244).

Tanto é verdade que a competência administrativa de tutela da saúde e assistência pública é comum para todos os entes federativos (BRASIL, 1988,

art. 23, II), em especial, dos municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados (BRASIL, 1988, art. 30, VII).

2 AS TEORIAS ALEMÃS E NORTE AMERICANA SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível tem origem nas teorias alemã e norte americana e se destacam por serem aquelas que inspiraram a teoria constitucional brasileira.

O Estado alemão não apresenta previsão expressa dos direitos sociais em sua lei fundamental, o que não significa, contudo, que não trabalhe com esse conceito, já que é um Estado Social. A própria teoria dos direitos fundamentais e a proteção do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana nas obras de Konrad Hesse, Peter Haberle e Bockenford, dentre outros, demonstram a preocupação com a prática dos direitos sociais por estarem atrelados a dignidade humana, onde todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e a proteger (BITTENCOURT, 2018, p. 85). Esses são os dizeres de Haberle sobre o contexto alemão:

As Constituições Estaduais Alemãs, após 1945 e 1989 foram generosas em matéria de dignidade humana. Cláusulas a respeito da dignidade humana encontram-se, em parte nos seus preâmbulos, mas também em seus catálogos de direitos fundamentais, aqui não apenas no tradicional contexto dos clássicos direitos de liberdade, mas também em sua conexão com a ordem econômica ou mesmo em contexto de modo algum evidente. Preâmbulos, como essência de uma Constituição, conferem um significado singular a dignidade da pessoa humana como ponto de partida. O mesmo ocorre com a disciplina da dignidade no art. 1º ou então no início de uma Constituição com objetivo pedagógico primário. A semelhança de conteúdo entre os preâmbulos, artigos inaugurais de Constituições e objetivos pedagógicos expressos remetem a uma profunda e substancial conexão (SARLET, 2005, p. 92-93).

A primeira referência a “reserva do possível” na Alemanha aparece com a decisão n.º 33 do Tribunal Constitucional Federal Alemão, cuja ação tratava do acesso a vagas de ensino superior – (vestibular para Medicina Humana nas universidades de Hamburgo da Bavaria nos anos de 1969 e 1970, tendo em vista o disposto no § 17 da Lei Universitária de Hamburgo de 25 de abril de 1969 que admitia que o ingresso para alguns cursos poderia ser restringida quando fosse necessário em vista da capacidade de absorção da sociedade), partindo-se

da análise do artigo 12, §1º da Lei Fundamental, que garante aos alemães o direito de eleger sua profissão, o lugar de trabalho e sua formação.

O argumento central da ação era o direito à igualdade de acesso e os valores do Estado Social Alemão. O Tribunal reconheceu a dimensão subjetiva desses direitos, inclusive numa perspectiva social com relação ao acesso ao ensino superior, o que não significava que toda e qualquer pessoa que quisesse cursar teria sua vaga garantida pelo Estado, mas que caberia ao legislador fazer essa reserva em conformidade com as exigências da harmonização econômica geral e com outros direitos importantes, sem discriminação, devendo atender, não realizações individuais, mas necessidades sociais, vinculando à capacidade de formação e à estrutura física da universidade.

Concluiu o tribunal, então, que o acesso é permitido a todos, mas restrito ao número de vagas, fazendo referência a expressão reserva do possível, naquilo que a sociedade pode exigir do Estado, ou seja, do que é proporcional e razoável que a sociedade exija do Estado Social alemão, não sob o enfoque do financeiro, orçamentário, da disposição ou não de recursos para prover o ensino superior, mas do comprometimento do Estado com as pretensões dos sujeitos, em termos de limites possíveis.

Antes dessa decisão, Haberle já havia traçado os primeiros contornos da reserva do possível, questionando se os direitos fundamentais deveriam ser satisfeitos na medida da capacidade econômica prestacional do Estado ou se o prestacional deveria existir na medida dos direitos fundamentais, concluindo que apesar do interesse dos direitos fundamentais ser importante, não se poderia exigir do Estado (prestacional) o impossível (KELBERT, 2011, p. 70).

Para Scaff esse julgado deveria ser interpretado sob as seguintes perspectivas: a primeira do próprio legislador em sua responsabilidade e a segunda que o Poder Público também deve atender, na administração do seu orçamento, outras prioridades (SCAFF in SARLET e TIMM, 2008)

Essa interpretação, contudo, traz uma conotação orçamentária e a reserva do possível no Estado alemão assume conotação de proporcionalidade, passando a problemática financeira e orçamentária que também devem ser consideradas. E o questionamento seria o seguinte: ainda que o Estado Alemão dispusesse de recursos orçamentários disponíveis para a abertura de mais vagas nos cursos de medicina e odontologia, que atendessem à demanda de todos aqueles que desejam realizar esses cursos, sem prejudicar outros interesses da coletividade, ainda assim, seria viável, proporcional e razoável o cumprimento dessa exigência? Haveria interesse coletivo que inúmeros jovens cursassem Medicina enquanto outros cursos e outras vagas profissionais não fossem preenchidos? Se a resposta fosse positiva, a questão orçamentária seria salutar; mas se negativa a

dimensão ultrapassaria a esfera orçamentária e se falaria somente em um dever de proporcionalidade (BITENCOURT, 2018, p.88).

Já no modelo norte-americano, o Estado prima pela liberdade e intitula-se liberal e não social, o que não significa que não tenha programas de direito coletivo. Nele não se garante como princípio fundamental o da dignidade humana, nem mesmo prevê os direitos sociais como um dever do Estado, como se tem na Constituição Brasileira.

A Constituição Americana, chamada Carta da Liberdade, permite que Estados adotem as medidas que entenderem necessárias às garantias individuais de seus cidadãos e das condições mínimas para que exerçam plenamente suas liberdades. A doutrina local dos custos do direito entende muitas vezes que os direitos sociais acabam por representar uma política de inclusão sentimental, no sentido de ser utilizada como atenuante de disparidades entre seus indivíduos (BITENCOURT, 2018, p.89).

A teoria dos custos do direito norte-americano (*The Cost of rights – HOLMES E SUNSTEIN, 2000*), advém de um Estado Liberal e não social como o Brasil. Nele para saber se farão o investimento dois pressupostos são necessários: a) saber se dispõe de valores orçamentários para financiar esses benefícios; b) o retorno que trará em longo prazo financiar esses direitos sociais, para então decidir se estarão ou não dispostos a pagar a conta. Nesse modelo, os direitos sociais não constituem um fim em si mesmo, mas um meio de manutenção dos benefícios do Estado Liberal, pois a sociedade deve analisar o custo-benefício de garanti-los, uma vez que não é uma obrigação constitucional normativamente imposta.

No Brasil ocorreu a influência tanto da teoria alemã quanto a norte americana, contudo, não há dúvidas, considerando a diferença do modelo econômico, houve um desvirtuamento da concepção da reserva do possível, que acabou sendo utilizada como forma de frear a aplicação dos direitos fundamentais, controlando as políticas sociais por parte dos tribunais, sob o pressuposto de que só pode ser exigido do Estado aquilo que está dentro do orçamento ou que seja proporcional e razoável.

Olsen afirma que a reserva do possível surge como um “excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais à prestação positiva, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse vontade política, face à escassez de recursos” (OLSEN, p. 222).

Sarlet (2017), por sua vez, expressa que de acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Tratando-se, contudo, o direito à saúde de um direito fundamental e absoluto, a invocação da reserva do possível encontra óbice, pois se está frente a um direito público subjetivo, que independe de interposição legislativa, fazendo-se necessário a formulação de políticas públicas e econômicas que racionalizem a alocação dos limitados recursos orçamentários.

Por isso mesmo, em se tratando de casos pela busca da preservação da saúde e como tal da vida, inclusive da dignidade humana, não se tem espaço para a alegação da reserva do possível.

3 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO SUS

Tendo em vista a preocupação com a saúde pública, a Lei nº 6.360/1976 proíbe a industrialização, exposição à venda e entrega ao consumo de qualquer medicamento antes de registrado no Ministério da Saúde (art. 12 c/c art. 1º), bem como prevê requisitos específicos para a obtenção do registro, tais como o reconhecimento, por meio de comprovação científica e de análise, de que o produto seja seguro e eficaz para o uso a que se propõe e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias (art. 16, II).

A Constituição Federal atribuiu ao Sistema Único de Saúde – SUS, entre outras, as competências para (i) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, e (ii) executar as ações de vigilância sanitária (art. 200, I e II, CF/1988). Na sequência, a Lei nº 8.080/1990 (a Lei do SUS) definiu vigilância sanitária como um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários (art. 6º, §1º), reiterando que a execução dessas ações está incluída no SUS.

Referida legislação, no artigo 5º, estabelece que o SUS é constituído pela conjugação das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde executados pelos entes federativos, de forma direta ou indireta, mediante a participação complementar da iniciativa privada, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada.

Considerando a garantia do usuário de acesso universal e igualitário à assistência terapêutica integral (art. 19-M), o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011 estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), com uma seleção e padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças pelo SUS (artigo 25), onde para o acesso universal e igualitário deverá cumulativamente I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS (artigo 28).

Nos termos do artigo 29, a RENAME e a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos somente poderá conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

A Lei nº 9.782/1999 instituiu o sistema nacional de vigilância sanitária e atribuiu à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, a competência para exercer a vigilância sanitária de medicamentos (art. 8º, § 1º, I). Para que um novo medicamento possa ser registrado e oferecido ao mercado, deve cumprir um complexo procedimento, de modo a garantir que o fármaco utilizado pelo paciente seja seguro, isto é, que não seja tóxico ou prejudicial para o organismo humano, que tenha capacidade de atuar positivamente sobre a doença e seja de qualidade, isto é, seja fabricado de acordo com uma série de exigências e práticas estabelecidas (art. 16, Lei nº 6.360/1976), permitindo-se, com o registro, a regulação econômica e o monitoramento dos preços dos fármacos.

Segundo informações da Anvisa, o procedimento costuma compreender as análises farmacotécnica e de eficácia e segurança. A análise farmacotécnica inclui a verificação de todas as etapas da fabricação do medicamento, incluindo a aquisição dos materiais, produção, controle de qualidade, liberação, estocagem, por exemplo. Já a análise de eficácia e segurança, é realizada por meio de estudos (i) pré-clínicos ou não clínicos (com simulações computacionais, células, isolamentos de órgãos ou animais) e (ii) clínicos (em seres humanos). A condução de pesquisas clínicas com novos medicamentos exige aprovação regulatória (ética e sanitária) e se subdivide em fases, as quais objetivam determinar a eficácia e a segurança da substância nos pacientes que fizerem parte da pesquisa, selecionando as doses adequadas e o intervalo de uso, inclusive conhecendo os efeitos colaterais adversos e as interações com outras substâncias.

Somente após as pesquisas pré-clínicas e clínicas, é possível formular o pedido de registro junto à Anvisa. Além dos dados referentes às análises farmacotécnicas, de segurança e eficácia, para obtenção do registro, é necessário apresentar algumas informações econômicas (como o valor de aquisição da substância ativa do produto e o preço que pretende cobrar), de modo a permitir que a Agência realize a regulação econômica (controle de preço) desses medicamentos (Lei nº 9.782/99, art. 7º; Lei nº 6.360/76, art. 16, VII), monitorando a evolução dos preços e evitando abusos.

O direcionamento no Brasil, nesse sentido, é dado pela Medicina Baseada em Evidências (BEM), cujo objetivo é oferecer a melhor informação disponível

sobre saúde, sendo promovida, desde 1996, pelo Centro Cochrane do Brasil, uma ONG sem finalidades lucrativas e não financiada por entidades internacionais (ROTHER, 2014), cujo trabalho poderá servir de fundamento para a incorporação dos modernos medicamentos, produtos e procedimentos de responsabilidade do SUS pela Comissão Nacional de Incorporação de tecnologia no SUS (CONITEC).

Somado as pesquisas científicas e comprovação da eficácia, a lei 8.080/90 exige uma avaliação financeira comparativa dos benefícios e custos contrapondo-os às tecnologias já adotadas (art. 19-Q e 19-T).

A distribuição de medicamentos na rede pública, como se vê, apresenta um processo cauteloso e com exigências científicas, como realização de testes e experimentos prévios, que analisam a magnitude e os riscos que determinado medicamento pode trazer, bem como o custo de sua incorporação e os impactos no orçamento.

Ou seja, para que o medicamento entre em circulação através do SUS é necessária a observância da segurança, eficácia e qualidade, controle este realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, de acordo com as regras da Política Nacional de Medicamentos (PNM).

Não há problemas quando o medicamento é aprovado pela ANVISA e está na lista do SUS. A questão que surge é para os medicamentos utilizados em doenças raras, que diante da peculiaridade e excepcionalidade do caso não estão ainda aprovados pela ANVISA e, portanto, não incluídos na lista do SUS.

No mês de maio do ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo em casos excepcionais (RE 657718/MG, com repercussão geral).

A tese firmada pelo Plenário, por maioria dos votos, para efeito de repercussão geral, foi no seguinte sentido: 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; 3) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União; e 4) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na lei 13.411/16), quando preenchidos três requisitos: I - a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II - a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III - a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

A decisão, importante ressaltar, foi dada em observância a Lei nº 8.080/1990, alterada em 2011 para enunciar, de forma ainda mais explícita, que são vedados, em todas as esferas de gestão do SUS, “[...] a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa” (art. 19-T, caput e II).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial de nº1657.156- RJ, na mesma linha do Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a concessão do medicamento, desde que observados, cumulativamente, três requisitos, a saber: comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade do paciente de arcar com o medicamento prescrito; existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A decisão levou a formulação da Tese106 do STJ³²⁴.

Como se vê, a concessão de medicamento pelo SUS observa aqueles fármacos já registrados na Anvisa e previsto na Lista do SUS, tendo o entendimento jurisprudencial se inclinado, em situações excepcionais, para o deferimento do pedido de concessão de fármacos não previstos na lista e não registrados na Anvisa, apenas nos casos de doenças raras e ultrarraras e se o pedido já tenha sido apresentado na Anvisa, mas referido órgão esteja em mora na apreciação do pedido.

No que pertine as doenças raras e ultrarraras têm-se que são caracterizadas por uma ampla diversidade de sinais e sintomas e variam não só de doença para doença, mas também de pessoa para pessoa e podem ser degenerativas ou proliferativas.

Geralmente, as doenças raras são crônicas, progressivas e incapacitantes, podendo ser degenerativas e também levar à morte, afetando a qualidade de vida das pessoas e de suas famílias. Além disso, muitas delas não possuem cura, de modo que o tratamento consiste em acompanhamento clínico, fisioterápico, fonoaudiológico, psicoterápico, entre outros, com o objetivo de aliviar os sintomas ou retardar seu aparecimento. Considera-se doença rara aquela que afeta até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada 2.000 indivíduos (art. 3º da Portaria nº 199, de 1914)³²⁵.

³²⁴ A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018

³²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Doenças Raras**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/d/doencas-raras#:~:text=de%20doen%C3%A7as%20raras%3F-,A%20Pol%C3%ADtica%20>

Nesses casos, via de regra, não há registro de pedido na Anvisa, considerando a eventualidade da doença; e o fato de que, comercialmente, o laboratório de determinada empresa, diante do valor envolvido, não tem interesse em fornecer o fármaco.

Nesse cenário a dificuldade daqueles que desses medicamentos necessitam: inexistindo pedido de registro do fármaco na Anvisa e até mesmo vários casos que justifiquem a preocupação e os gastos com experimentos e estudos, a Anvisa acaba deixando de lado a investigação da eficácia e os portadores de doenças raras e ultrarraras ficam à mercê de decisões judiciais que acabam por indeferir a concessão pela ausência de registro na Anvisa.

É o caso do medicamento Ravicti (fenilbutirato de glicerol), para portadores de doenças do ciclo da ureia, quando a doença não pode ser tratada apenas através de alterações na dieta.

4 A MÍNIMO EXISTÊNCIAL EM SAÚDE PÚBLICA DOS PORTADORES DE DOENÇAS RARAS COM MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA E NÃO INCLUÍDOS NA LISTA DO SUS

Assim como a reserva do possível, o mínimo existencial tem raízes na Alemanha³²⁶, encontrando o seu ápice na década de 90.

Foi apresentado ao Brasil por Ricardo Lobo Torres no final da década de 1980, pouco tempo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 (TORRES, 1989, p. 29-49).

Diferentemente do princípio da reserva do possível, cuja alegação compete ao Estado, o mínimo existencial é utilizado pelo particular para suprimento de direito fundamental social e, independentemente de sua qualificação como valor, regra ou princípio, a depender do doutrinador, o fato é que se trata de um mínimo social (direito social), que incluirá sempre, no campo da saúde, um atendimento básico e eficiente. (KRELL, 2002, p. 63)

Constitui-se num direito público subjetivo do cidadão, que tem validade erga omnes, dotando-se de historicidade e variando de acordo com o contexto

Nacional%20de%20Aten%C3%A7%C3%A3o%20Integral%20%C3%A0s%20Pessoas%20com%20Doen%C3%A7as,das%20pessoas%20com%20doen%C3%A7as%20raras. Acesso em: 10 nov. 2022.

³²⁶ Com efeito, foi na cultura alemã que se idealizou o termo em meados do século XX. A Alemanha se via totalmente desprovida de direitos sociais de cunho prestacional, pois, a constituição de Bonn de 1949, não abarcava qualquer previsão sobre esses direitos. Foi aí que surgiram as primeiras teses doutrinárias que falavam sobre o mínimo existencial. Nada obstante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 também já fazia menção ao Princípio do Mínimo Existencial, ao expressar que, toda pessoa faz jus a um nível de vida mínimo que lhe garanta condições básicas para uma vida digna (art. 25).

social. É oponível à Administração Pública e gera para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento. (TORRES, 1989, p. 46).

Ou seja, caracteriza-se como um mínimo de direitos e garantias necessários para a sobrevivência e a básica qualidade de vida, proporcionando que o indivíduo exerça a sua liberdade na esfera individual e social, com garantias asseguradas.

O direito à saúde é o direito que mais perto está do direito fundamental individual à vida, do artigo 5º, caput da Constituição Federal, afirmando o artigo 196 ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A garantia dessa saúde, contudo, resta abalada quando medicamentos não são fornecidos porque não foram ainda aprovados pela Anvisa e, portanto, ainda não estão incluídos na lista do SUS. É o caso de medicamentos para doenças raras, como o medicamento Ravicti (fenilbutirato de glicerol), recomendado para portadores de doenças do ciclo da ureia, quando a doença não pode ser tratada apenas através de alterações na dieta.

As Doenças do Ciclo da Ureia (DCU) são um conjunto de doenças hereditárias do metabolismo que interferem com o processo de degradação das proteínas e dos aminoácidos.

O tratamento da doença é através de mudanças na dieta e quando não suficiente, por intermédio do medicamento Ravicti, desenvolvido pela Hyperion Therapeutics, para ser administrado de forma oral ou por meio de um tubo que liga o nariz ao estômago ou da barriga ao estômago.

Referido medicamento, embora não tenha sido aprovado no Brasil pela Anvisa e, portanto, não estando na lista do SUS, recebeu aprovação da *Food and Drug Administration* (FDA) e da *European Medicines Agency* (EMA), agências reguladoras de medicamentos comercializados nos Estados Unidos e na União Europeia, respectivamente que, através de testes, demonstrou agir suprimindo a falta de uma ou mais enzimas como, carbamoil fosfato sintase-I, ornitina carbamoiltransferase, argininosuccinato sintetase, argininosuccinato liase, arginase I e ornitina translocase.

Nos casos de doenças raras e ultrarraras, segundo o Supremo Tribunal Federal, passa a ser uma das condições da ação que o paciente prove que a doença é rara conforme os critérios da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Anvisa n.º 205/2017 e não há protocolo clínico específico do Ministério

Público da Saúde para o tratamento da doença (RE 657718). No julgamento do RE 566471, ainda não transitado em julgado, aliás, as seguintes condições foram propostas:

Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que fixava a seguinte tese (tema 6 da repercussão geral): “O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil”; do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que fixava tese no seguinte sentido: “Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT’s), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento”; e do voto do Ministro Roberto Barroso, que fixava a seguinte tese: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou

de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a proposição da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020.

Tratando-se de casos excepcionais, é certo que a Anvisa e nem as empresas de laboratório tem interesse no aprofundamento de estudos que justifiquem todo o processo administrativo de regulação.

O fato é que mesmo a despeito da ausência de registro outros pontos devem ser analisados, dentro das peculiaridades das doenças raras que justifiquem ou não a utilização do medicamento não incluído na lista do SUS.

O primeiro deles diz respeito a especificidade quando se fala em doenças raras. Tratando-se de doenças raras, a Portaria n.º 199/2014, que institui a Política Nacional de atenção às pessoas com doenças raras, apresenta como um dos objetivos previstos no seu artigo 5º I – garantir a universalidade, a integridade e a equidade das ações e serviços de saúde em relação às pessoas com doenças raras, com conseqüente redução da morbidade e mortalidade, bem como V-garantir às pessoas com doenças raras, em tempo oportuno, acesso aos meios diagnósticos e terapêuticos disponíveis conforme suas necessidades; e ainda IV – garantia de acesso e de qualidade dos serviços, ofertando cuidado integral e atenção multiprofissional, além da (VI) incorporação e uso de tecnologias [...] que devem ser resultados das recomendações formuladas [...] a partir do processo de avaliação e aprovação pela Comissão Nacional de Incorporação de tecnologias no SUS (Conitec).

Não há dúvidas, pois, que o Estado assumiu a responsabilidade pelo integral, universal e equânime atendimento na seara das doenças raras buscando garantir serviços de qualidade e atenção multiprofissional, levando em consideração os parâmetros ditados pela Conitec.

O artigo 8º da Lei n.º 9.782/1999, determina, inclusive, que incumbe a Anvisa, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os

produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, tais como medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias.

Por sua vez, a Conitec, como órgão da estrutura do Ministério da Saúde, criado pela Lei 12.401/2011 e regulamentado pelo Decreto n.º 7.646/2011, no artigo 2º do Decreto assevera que o referido órgão tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, além da propositura de atualização da Relação de Medicamentos essenciais – Rename (art. 4º).

Dada a sua importância na estrutura organizacional do SUS, o seu caráter de independência deve ser reforçado, cogitando-se da sua categoria a Agência Reguladora, quando então teria natureza jurídica de autarquia, pessoa jurídica de direito público, com personalidade própria, de modo a gozar de autonomia técnica e orçamentária. Dessa forma, suas decisões em relação a incorporação ou não de determinada tecnologia teriam maior autonomia, independentemente de pressões por parte do poder público ou de particulares. E nesse ponto, importante destacar a necessidade de uma representatividade popular na Comissão, incluindo, por exemplo, especialistas e a associação de pessoas portadoras de doenças raras, como forma de contribuir nas deliberações.

Nessa linha, a Conitec poderia ser um órgão de auxílio, inclusive de decisões judiciais quanto ao pedido de fornecimento de determinados medicamentos para tratamento de doenças raras, retirando do particular, acometido pela doença, a obrigação exclusiva e excessiva do ônus da comprovação da importância do medicamento no tratamento da sua saúde.

O segundo ponto relevante e não menos importante, diz respeito ao ônus de prova excessivo ao autor da demanda, somado ao tempo despendido para o preenchimento dos requisitos, quando se tem como do Estado o dever constitucional de assegurar o direito à saúde e acima de tudo uma vida digna a todos de forma igualitária.

O prontuário médico com o diagnóstico da doença e os tratamentos médicos já realizados é documento suficiente a comprovar a existência da doença e a necessidade de fornecimento do medicamento indicado, independentemente de laudo médico fundamentado e circunstanciado ou da prova reversa de que o remédio seria imprescindível ou que outro, previsto na lista, não supriria a necessidade.

Ora, trata-se de obrigação Estatal, que independe de análise da situação financeira do indivíduo, ou mesmo que atribua ao paciente ônus probatório demasiado, a ponto de impedir a concessão.

Não se pode olvidar que o acompanhamento e a solicitação do medicamento são feitos por médico, profissional com registro no Conselho Regional de Medicina, quem estudou e tem qualificação técnica para tanto.

Por isso mesmo, parece que negar a concessão do medicamento para tratamento de doença rara, simplesmente pela não comprovação de hipossuficiência econômica ou mesmo pela ausência de laudo específico ou comprovação de que aquele medicamento seria o único e eficaz para o tratamento não é o meio mais adequado considerando o direito fundamental à saúde e a vida.

Tratando de situação que visa a proteção do direito à saúde e como tal a vida, com o objetivo ainda que sublime de inclusão social do portador da doença rara dentro de uma sociedade com um mínimo de dignidade humana, cabe ao Estado e somente a ele, dentro de um prazo razoável, a realização de todo e qualquer procedimento que comprove e afaste o diagnóstico e tratamento médico indicado por profissional da área médica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de pesquisa abordou e discutiu a temática do direito à saúde, do princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, tendo como objeto central de discussão o fornecimento de medicamentos pelo SUS-Sistema Único de Saúde, especialmente aqueles prescritos para doenças raras, não aprovados pela Anvisa e não inscritos na lista do SUS.

Da análise, pode-se contatar que a distribuição de medicamentos na rede pública apresenta um processo cauteloso e com exigências científicas, como realização de testes e experimentos prévios, que analisam a magnitude e os riscos que determinado medicamento pode trazer, bem como o custo de sua incorporação e os impactos no orçamento.

Ou seja, para que o medicamento entre em circulação através do SUS é necessária a observância da segurança, eficácia e qualidade, controle este realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, de acordo com as regras da Política Nacional de Medicamentos (PNM).

Não há problemas quando o medicamento é aprovado pela ANVISA e está na lista do SUS. A questão que gera controvérsias é para os medicamentos utilizados em doenças raras que, diante da peculiaridade e excepcionalidade do caso, não estão ainda aprovados pela ANVISA e, portanto, não incluídos na lista do SUS.

Nesses casos, o que ocorre é uma atuação mais ativa do Poder Judiciário que tem se inclinado pela concessão do medicamento, em termos excepcionais, quando preenchidos certos requisitos, como por exemplo, comprovação da

incapacidade econômica do paciente; apresentação de laudo comprobatório da doença; comprovação da imprescindibilidade clínica do tratamento e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais do SUS.

No que pertine as doenças raras, que afeta até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada 2.000 indivíduos (art. 3º da Portaria nº 199, de 1914), o fato é que dada a especificidade e singularidade do caso, somado ao preço envolvido nos estudos e fabricação, nem a Anvisa e nem as empresas de laboratório tem interesse no aprofundamento de estudos que justifiquem todo o processo administrativo de regulação.

A situação, pois, para essa minoria, coloca em debate a efetividade da prestação do Estado e do direito à saúde e da vida digna.

Diante da inércia de Políticas Públicas nesse sentido, muitas situações acabam envolvendo o Poder Judiciário, a quem acaba recaindo a obrigação da decisão pela concessão ou não do medicamento.

Analisando os polos da demanda, não há dúvidas da superioridade do Estado, enquanto prestacional de saúde pública, inclusive em aspectos técnicos, dada a existência de órgãos específicos e reguladores. Portanto, cabe a ele a comprovação da ineficácia do medicamento prescrito, ou mesmo da possibilidade de substituição por outro previsto na lista do SUS, sem que haja comprometimento para a qualidade de vida do paciente.

Quando a alegação do ente estatal é da reserva do possível, o entendimento jurisprudencial já se inclina pela necessidade de comprovação da insuficiência de recursos, nessa mesma lógica, ao justificar a não concessão pela ausência de registro na Anvisa, cabe ao Estado o ônus da comprovação do não preenchimentos dos requisitos para a concessão.

REFERÊNCIA

ANVISA. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Assunto+de+Interesse/Medicamentos+novos/Como+a+Anvisa+avalia+o+registro+de+medicamentos+novos+no+Brasil>. Acesso em: 21 out. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar; 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens Epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social**. 1. Ed., Essere nel Mondo, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Brasília, DF: 1990. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei 8.142 de 28 de dezembro de 1990**. Brasília, DF: 1990. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei 9.656 de 03 de outubro de 1998**. Brasília, DF: 1998. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei 9.782 de 26 de janeiro de 1999**. Brasília, DF: 1999. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976**. Brasília, DF: 1976. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011**. Brasília, DF: 2011. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 7.646 de 21 de dezembro de 2011**. Brasília, DF: 2011. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657718/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09/11/2020. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014. BVSMS.SAUDE.GOV.BR, 2022. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0199_30_01_2014.html. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. **Como se tratam as DCUS?**, 2022. Disponível em: https://portal-chsj.min-saude.pt/uploads/writer_file/document/1158/Folheto_DCU.pdf. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Distúrbios do Ciclo da Uréia**. Disponível em: <https://www.dle.com.br/artigos/disturbios-do-ciclo-da-ureia/>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Indicado para Doenças do Ciclo da Ureia, Ravicti é aprovado pelas principais agências reguladoras de medicamentos**. Disponível em: <https://www.pharmadoor.com.br/blog/489-indicado-para-doencas-do-ciclo-da-ureia,-ravicti-e-aprovado-pelas-principais-agencias-reguladoras-de-medicamentos.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Viva bem**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2022/07/05/remedios-de-milhoes-quais-sao-os-medicamentos-mais-caros-do-mundo.htm?>. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Doenças Raras**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/d/doencas-raras#:~:text=de%20doen%C3%A7as%20raras%3F-,A%20Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de%20Aten%C3%A7%C3%A3o%20Integral%20C3%A0s%20Pessoas%20com%20Doen%C3%A7as,das%20pessoas%20com%20doen%C3%A7as%20raras>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLARI DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário**. UFSC. In: www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/26843/public/26843-26845-1-PB.pdf. Acesso em: 08 nov. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HOLMES, S. SUSTEIN, C.R. *The cost of rights*. New York: Norton, 2000. ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. (1948). Brasília: 1998.

KELBERT, F. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editó, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**. USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizac3o3Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 17 out. 2022.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROTHER, Edna Therezinha. **Estratégias de busca em bases de dados para revisões sistemáticas**. In.: DRUMOMMOND, José Paulo (Org). Fundamentos da medicina baseada em evidências: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. RERE. n° 11: Salvador, 2017.

SCAFF, F.F.; AMARAL, G.MELLO, D. **Há direitos acima do orçamento?** In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (org). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. *In*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, n. 177, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNESCO. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423> . Acesso em: 13 out. 2022.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO REMÉDIO PARA A GLOBALIZAÇÃO EXCLUDENTE

Pâmela Adrielle Pertile dos Passos³²⁷, Klaus Almeida Struecker³²⁸,
Luiz Eduardo Gunther³²⁹

INTRODUÇÃO

A globalização trouxe a errônea sensação do término da criação de desigualdades. Além de estar associada à ideia de modernização, o fenômeno da globalização trajou a perspectiva de um mundo rumo a igualdade cultural, onde as diversidades seriam minimizadas. O hipotético mundo da cultura em escala global teve sua ascensão após o fim da Segunda Guerra Mundial e, principalmente, após a Guerra Fria, em que o fenômeno da derrubada do Muro de Berlim difundiu um ideal de mundo “sem fronteiras”.

Em contrapartida ao imaginário mundo novo, verificou-se que a globalização resultou em elevado aumento da desigualdade, produzindo conflitos de classes e centralização dos recursos para uma pequena fração populacional.

Irreversível e incidida em toda a população, a globalização atual age demasiadamente na vida do cidadão, trazendo consigo desde o desenvolvimento tecnológico até o abismo que separa economicamente os países periféricos dos países centrais.

³²⁷ Bacharel em Direito pela Faculdade Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho (2016) pelo CESUL. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário (2018), pelo CESUL. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania na Unicuritiba. Integrante do grupo de pesquisa “Impacto do regramento da proteção de dados nas relações de trabalho” do PPGD da UNICURITIBA. Advogada.

³²⁸ Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET-SP). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania na Unicuritiba. Advogado.

³²⁹ Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1977). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Tem experiência em: Direito Internacional do Trabalho. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial. Crise da Jurisdição: Efetividade e Plenitude Institucional. Autor de diversas obras na área do Direito do Trabalho. Poeta nas horas vagas, com diversos livros publicados. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, do Conselho Editorial do Instituto Memória - Centro de Estudos da Contemporaneidade, do Centro de Letras do Paraná e do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná. Orientador do Grupo de Pesquisa que edita a Revista Eletrônica do TRT9 (<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>).

Indubitável a ideia de que o mundo é muito desigual, e sempre foi desigual, levando em conta todas as diferenças seja por cor, gênero, expectativa de vida, educação nacional, classe, entre tantas outras disparidades. Todavia, a globalização alterou o foco desta questão, dando maior ênfase sobre a desigualdade em escala global. A atenção pública voltada para a desigualdade entre as nações surgiu com o pós-Segunda Guerra Mundial. Melhor dizendo, a globalização trouxe a visibilidade que até então estava oculta, mas também criou desigualdades ao comparar povos e nações.

Neste diapasão, torna-se importante salientar que a preocupação não só da pobreza, mas também das desigualdades existentes e cada vez mais perceptíveis, é a busca pela solução de como a sociedade deve ser estruturada e não apenas com o seu pior aspecto: a pobreza de forma isolada.

1 GLOBALIZAÇÃO E DESIGUALDADE SOCIAL: ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

Nascido no final da Guerra Fria e inserido com a hegemonia do capitalismo, o termo Globalização é comumente usado para explicar os “fenômenos do capitalismo contemporâneo, para justificar medidas econômicas de governos nacionais e até políticas urbanas de governos locais”, em paralelo a conotação de “rolo compressor da modernidade” (DEAK, 2000).

Neste diapasão, afirma-se que a globalização pode ser entendida como “uma nova condição e possibilidade de reprodução do capital surgida principalmente após a Segunda Guerra Mundial, quando começaram a predominar os movimentos e as formas de reprodução do capital em escalas internacionais” (IANNI *apud* ALVES, 2011). Suas características gerais compreendem

O crescimento do comércio internacional de bens, produtos e serviços; a transnacionalização de grandes empresas; a livre circulação de capitais com a privatização da economia e diminuição do papel do governo e dos Estados-nação; a queda de barreiras comerciais protecionista e regulação dos comércios internacionais, conforme as regras da Organização Mundial do Comércio; a facilidade do trânsito de pessoas e bens entre os diversos países e a expansão da possibilidade de comunicação com o surgimento da facilidade de contato entre pessoas, devido ao aparecimento de muitos instrumentos e ferramentas como a internet e inovações tecnológicas (ALMEIDA, 2015, p. 157).

A globalização, como já mencionado, foi implantada com o domínio capitalista, tornando-se indispensável o estudo desta forma de economia, pois o capitalismo

Nasce, desenvolve-se e generaliza-se, atravessando as crises, realizando-se por ciclos de curta, média e longa durações, e transformando-se continuamente. É um todo complexo, desigual, contraditório e dinâmico, uma totalidade aberta ou propriamente histórica. Está sempre em movimento, no sentido de que transforma e expande, entra em crise e retoma sua expansão, de maneira errática mas progressiva, com frequência inexorável (IANNI apud ALVES, 2011).

No capitalismo, as forças sociais, ou seja, as forças produtivas, estão em constante debate e dinamismo. “O capital, a tecnologia, a força de trabalho, a divisão do trabalho social, o mercado e o planejamento, [...] desenvolvendo-se de *forma intensiva e extensiva*” extrapolando fronteiras, regimes políticos, culturas ou civilizações (ALVES, 2011).

Neste sentido, adentrando ao enfoque econômico, a globalização é compreendida como uma técnica em que normas semelhantes são aplicadas aos países, devendo estes se adaptarem para continuarem na direção das políticas internacionais. Aqui não são levadas em consideração as diferenças econômicas, políticas, sociais e culturais, pois “o que importa é simplesmente o resultado financeiro, o lucro, como é próprio do sistema capitalista, que visa apenas a resultados financeiros” (GOMES, 2004, p. 21).

Eis uma cultura globalizada, isto é, uma relação com o real que transmite a visão do mundo como unidade, algo comum, uniformidade – o mundo plano, diante do olhar, do passo do caminhante, da volúpia do turista! O que se sucede? Um distanciamento multiplicado do real, que faz com que cada qual viva o aqui e o agora, em condições climáticas, geográficas, históricas, sociais, políticas etc., determinadas e particulares. Não são tão numerosos os que têm como segunda residência todos os Hiltons da Terras, e que podem de fato acreditar que a Terra é plana – com a condição de não ouvir o canto do muezim, de ignorar a favela incrustada na montanha, o muro que isola as colônias, ou de não abrir o jornal do lugar onde mora! Qual é esse nexos com o real do que a cultura do Ocidente universalizado constitui a chave e que talvez possa ser algo diverso de uma cultura de ruptura com o real, de abstração crescente da vida, da conjuração da história e da geografia? No fundo, a expressão do estado de não percepção social, que é para onde a sedução do virtual conduz uma juventude ébria de ascensão social a qualquer custo, despreocupada em relação às condições em que isso se opera (JUVIN; LIPOVETSKY, 2012, p. 73).

Por sua vez, abordando o tema da desigualdade social, esta pode ser considerada o sistema no qual descendem eventos de diferenciação social, relacionadas principalmente aos assuntos econômicos e que se voltam a atenuação da condição humana.

Weber (1991) pautava-se nas desigualdades sociais como sendo uma manifestação de três diferentes dimensões de estratificação social, cada qual apoiada em uma configuração de poder específica. A hierarquia econômica, que define “classe” e baseia-se no poder econômico; a hierarquia social, que forma os “grupos de status” e funda-se no poder social; e a hierarquia política, que origina os “partidos” e baseia-se no poder político (ALMEIDA, 2015, p. 153).

Para se viver de forma plena, são necessárias coisas tão básicas como estar vivo, alimentado e saudável, até chegar a necessidades mais complexas como possuir direitos e o respeito entre os cidadãos. As capacidades humanas centrais, em busca da ética igualitária e responsáveis por garantir o mínimo de dignidade humana são brevemente elencadas pela filósofa Martha Nussbaum (apud THERBORN, 2011), como sendo

Vida, com duração normal

Saúde física

Integridade física, com relação à agressão e às discriminações sexual ou reprodutiva

Sentidos, imaginação e pensamento, ou seja, ser capaz de utilizá-los de “uma forma verdadeiramente humana”

Emoções, a capacidade de ter vínculos, a liberdade do medo e trauma opressivos

A razão prática, ou seja, ser capaz de estabelecer concepções sobre o bem

Vínculos, incluindo as bases sociais do respeito próprio e da não-humilhação

Outras espécies, ser capaz de viver com preocupações com relação à natureza

O lúdico, ser capaz de rir, brincar e recriar-se

O controle sobre seu próprio ambiente, político e material.

Todas as pessoas são titulares de direitos pelo simples fato de existirem. A pessoa natural, nas palavras de Beltrão (2005, p.19), “em sua realidade e experiência, representa um valor a tutelar em suas inúmeras formas de expressão, em seu interesse moral e material e no desenvolvimento de sua personalidade”.

A grande evolução histórico-cultural vem almejando, cada vez mais, formas de priorizar a dignidade da pessoa humana. Essa afirmação aos direitos do homem, vagarosamente alcançada,

deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da idade moderna (BOBBIO apud MENDES, 2014, p. 136).

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, Ascensão *apud* Beltrão (2005, p. 49-50), define que esta

implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem.

Menos complexo do que aparenta, as desigualdades são resultado de recursos e ambientes, relacionados à habilidade de alcançar feitos e conquistas às quais desfrute estímulos de reconhecimento. Todavia, ao passo que os recursos são distribuídos individualmente, os ambientes apontam “a ausência ou presença de contextos de acesso e de possibilidades de escolha” (THERBORN, 2001), tornando-se, desta forma, mais inacessíveis a determinadas frações.

2 O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO E SUAS MAZELAS

Com o neoliberalismo e a globalização, o papel do Estado-nação e as práticas interestatais passaram a existir com o objetivo de remediar as dificuldades advindas do crescimento e da singularização de estruturas, preservando a economia e incentivando a competição e as privatizações.

Por vezes, o interesse de grandes organizações entra em conflito com o interesse público, criando uma disputa na qual o mais forte prevalece. Com visão econômica, a globalização surge com o objetivo de provar novas possibilidades, porém existem barreiras aos pequenos empresários e pequenos produtores, que não são capazes de competir com organizações internacionais, resultando na manutenção desigual dos recursos e interações e propiciando o aumento das desigualdades.

As práticas das empresas multinacionais baseiam-se na redução dos custos salariais, respaldadas na liberalização do mercado de trabalho e redução dos direitos dos trabalhadores. Nesse cenário, a maioria das empresas possuem [sic] pouca influência em amplas negociações, o que tente a fazer com que as vitoriosas da globalização sejam as companhias multinacionais, cujo capital, direito a propriedade, patentes e preparo tecnológico, juntamente com o protecionismo, fizeram delas donas da riqueza que se produz no mundo (ALMEIDA, 2015, p. 160).

Como explana BEAUD (2013, p. 379), o termo globalização ou mundialização tende a apresentar uma falsa aparência, tentando esconder as desigualdades sociais tão profundas na sociedade.

Pues – el termino <<mundialización>> tiende a enmascararlo, a hacer que se olvide – las desigualdades mundiales son profundas: desde hace algunas décadas, em relación con el desarrollo del capitalismo en un contexto liberal y con la ampliación de las áreas en las que predominan las relaciones monetarias y mercantiles, las desigualdades se han acentuado en la práctica totalidad de los países, así como entre unos países y otros. El resultado es el aumento de las desigualdades entre las clases acomodadas y las capas ricas y muy ricas del mundo, por una parte, y las poblaciones pobres y muy pobres: a escala planetaria, la quinta parte más pobre (el 20% de la población) disponía del 2,3% de los recursos mundiales em 1969, y sólo del 1,1% en 1994; la quinta parte más rica (también el 20% de la población) contaba con el 69% de los recursos em mundiales em 1969, y con el 86% em 1994. Um suízo gana em un día lo que un etíope em un año. Ciertas familias muy ricas disponen, para sus gastos anuales, de lo que permitiría vivir durante ese mismo año a centenas de miles de familias desposeídas.

Trata-se de uma grande contradição, conforme elucidada Marx, onde há máquinas para substituir trabalhadores, que provocam a fome e esgotamento destes; as fontes de riquezas recém descobertas tornam-se privações. E continua

Os triunfos da arte parecem adquirir ao preço de qualidades morais. O domínio do homem sobre a natureza é cada vez maior; mas, ao mesmo tempo, o homem se transforma em escravo de outros homens ou da sua própria infâmia. Até a pura luz da ciência parece só poder brilhar sobre o fundo tenebroso da ignorância. Todos os nossos inventos e progressos parecem dotar de vida intelectual as forças materiais, enquanto reduzem a vida humana ao nível de uma força bruta. Esse antagonismo entre a indústria moderna

e a ciência, de um lado, e a miséria e a decadência, de outro, este antagonismo entre as forças produtivas e as relações sociais da nossa época é um fato palpável, esmagador e incontrovertível (MARX *apud* ALVES, 2011).

A partir de aspectos sociais e políticos, a globalização está fortemente emplacada no debate onde, por um lado, é vista como “uma grande vitória da racionalidade, da inovação e da liberdade”, apontando o contínuo desenvolvimento, e por outro lado, a globalização deve ser abominada, por promover e agravar a situação da desigualdade a nível mundial, intensificando a extrema pobreza, “enquanto uma pequena parcela de privilegiados têm [sic] acesso ao progresso e a fartura” (ALMEIDA, 2015, p. 155).

Aponta Rosemiro Pereira Leal, em 1999 (*apud* GOMES, p. 31)

Por todos os aspectos, a cada dia se torna para os países periféricos mais tormentosa a questão do chamado Direito da Integração na Comunidade Mundial. É que os países do Centro concentram o seu interesse em garantir a mecânica de um mercado de concorrência, ao passo que, na América Latina, nas lapidares palavras do professor Washington Peluso Albino de Souza, não se dispõe do aparato industrial sofisticado e de tecnologia de ponta comparáveis aos daqueles para que se estabeleça uma concorrência equipotente.

Torna-se perceptível, que a principal característica do capitalismo continua sendo a forma-mercadoria, desde sua transição de feudalismo para capitalismo.

Enquanto no feudalismo a mesma era restrita ao *excedente*, produzido pelo servo, apropriado pelo senhor – na forma de *renda* – e levado ao mercado nas cidades, sendo os meios de reprodução da força de trabalho promovidos mediante produção para a subsistência diretamente como valores de uso, no capitalismo ambos, excedente e meios de subsistência, tornam-se mercadorias (assim como a própria força de trabalho). Isso é chamado de “generalização da forma-mercadoria”. Valores de uso são produzidos enquanto mercadorias, vale dizer, enquanto valores de troca, e a primazia do valor de troca sobre o valor de uso tende a estender-se a toda a produção. Os trabalhadores, desprovidos de seus meios de produção e assim, de subsistência, são obrigados a vender sua força de trabalho, ela própria agora *mercadoria*, pelo salário, para com esse salário comprar no mercado seus próprios meios de reprodução (DEAK, 2000).

Adrede a representar que também existem aspectos positivos das relações externas na economia brasileira, mas as dificuldades do processo globalizante

se sobressaem a esses. Não é caráter negativista, mas inadequado seria esquecer que o Brasil, como a maioria dos países emergentes, peca no setor tecnológico

A dependência brasileira em relação ao capital externo torna o mercado interno suscetível ao que ocorre no mercado internacional e obriga o país a exportar mais do que importa. Ocorre que a indústria brasileira, como a maioria dos países pobres, é deficiente no setor tecnológico, o que invariavelmente nos leva a exportar produtos manufaturados sem qualquer valor agregado (*commodities*), o que significa renunciar a vantagens como expansão da indústria nacional, aumento dos postos de trabalho, desenvolvimento científico e tecnológico, entre outras (GOMES, 2004, p. 73).

O Brasil é extremamente forte como exportador de produtos primários, e para inverter essa atual situação de dependência, deveria fazer valer seus interesses. Todavia, a forma para que isso ocorra é com o investimento interno em educação e tecnologia, buscando melhor qualidade de seus produtos e inserindo-se de forma competitiva no comércio externo. Neste sentido leciona GOMES (2004, p. 77)

A questão passa pelo investimento em educação e tecnologia, pelo combate à fome e erradicação da pobreza, passos iniciais para que o país tenha condições de reduzir as brutais diferenças econômico-sociais existentes, promover a qualificação da mão-de-obra e agregar valor aos bens produzidos para o mercado internacional.

Nas palavras de Nelson Mandela, “a educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo”. A educação possui um conceito amplo, pois contribui para o desenvolvimento da personalidade do ser humano. Trata-se de uma ação exercida pelas gerações anteriores sobre as gerações atuais, que não se encontram ainda amoldadas para a vida social. Quem possui o conhecimento, possui o poder; o conhecimento é fonte de poder, independente da capacidade de convencimento.

Levados a cotejo, percebe-se que a globalização da forma atual nunca poderá converter-se em mecanismo de modernização e integração mundial, pois sempre haverá frações menos privilegiadas, enquanto a riqueza se concentra e beneficia uma pequena parte da população, além de resultar em consequências variadas para toda a humanidade, a nível local e mundial, pelo meio ambiente, pela pobreza, pela disseminação de culturas de ódio, etc.

Así, en la medida en que corresponda a algo, el término <<mundialización>> abarcará un conjunto de procesos que se dan de una

manera radicalmente desigual y asimétrica. Y mucho más aún dado que son indisolubles de otras mutaciones, como son el creciente movimiento de extensión del campo de las relaciones mercantiles y dinerarias, la acentuación de las desigualdades suscitada por la creación de nuevas pobrezas, el recurso cada vez más sistemático de las empresas a la tecno-ciencia, la puesta en peligro – a nivel local y mundial – de la diversidad biológica y de los equilibrios fundamentales de la tierra (BEAUD, 2013, p. 380).

A globalização, usada no modelo atual, passa a ser um “pretexto para privatização do patrimônio público, abandono dos controles endógenos e soberanos da economia e do mercado interno, sub-investimento em infraestrutura...”, e ainda,

arma na defesa da manutenção dos entraves ao desenvolvimento que resultam na atrofia geral da produção, acefalia da economia mediante entreguismo nos setores-chave, ausência de sistema financeiro e demais características da econômica neo-liberal. Tudo que sempre até recentemente se fez em nome da “vocação agrícola” do Brasil, se faz agora em nome da globalização. Em uma palavra, a globalização torna-se um instrumento de manutenção do *status quo* da sociedade de elite (DEAK, 2000).

Uma das principais características da globalização é o “processo de construção e de desconstrução das identidades de indivíduos e grupos. Os limites dos sistemas de crenças aos quais os sujeitos se vinculam são constantemente enfraquecidos e atravessados nesses contextos” (CARVALHO, 2013, p. 47).

A globalização e o projeto neoliberal são tendências do capitalismo, impondo “aos países periféricos a economia de mercado global sem restrições, a competição ilimitada e a minimização do Estado na área econômica e social” (ALMEIDA, 2015, p. 158).

Para integrar-se competitivamente na economia global, o sistema empresarial brasileiro precisaria reforçar sua posição no mercado interno racionalizando plantas (fechando filiais localizadas nas regiões periféricas), buscando obter ganhos de escala e de aglomeração que só o mercado da região mais desenvolvida poderia fornecer (MONTEIRO NETO, 2006).

Posta assim a questão, é de se dizer que “a globalização da economia, da tecnologia e da comunicação intensifica as interferências e os conflitos entre grupos sociais de diferentes culturas” (CARVALHO, 2013, p. 181), em especial ao cenário internacional atual, que exaltam o sistema bélico, e a aplicação de formas de terrorismo por certas organizações.

3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO REMÉDIO PARA A GLOBALIZAÇÃO EXCLUDENTE

O termo Estado passou do significado genérico para um “significado específico de condição de posse permanente e exclusiva de um território e de comando sobre os seus respectivos habitantes” (BOBBIO, 2017, p. 87).

Muitos doutrinadores se referem a Teoria do Status de Jellenik, sendo esta um paradigma de posições totais abstratas. Status é relação com o Estado que qualifica o indivíduo, é uma relação de indivíduo com o Estado. Neste sentido, Jellenik define quatro *status* na sua teoria: a) o *status* passivo que revela uma situação de subordinação do indivíduo aos poderes do Estado, sendo meramente detentor de deveres e não de direitos, significando que o estado possui a competência de vincular o cidadão, juridicamente, por meio de mandamentos e proibições; b) já o *status* negativo consiste em uma esfera individual de liberdade, imune ao direito de império do Estado; o *status* positivo completa o *status* negativo, uma vez que ao indivíduo é assegurada, juridicamente a possibilidade de poder fazer uso das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas; já o *status* activo revela-se como o *status* da cidadania ativa, surgindo ao cidadão a possibilidade de participar ativamente da vontade estatal.

O *status* passivo é o mandado de proibição que afeta o indivíduo, o *status* negativo é a liberação, o *status* positivo é o direito a algo e o *status* activo é a cidadania ativa. A teoria do *status* de Jellenik tem o propósito como o de Haberle, de retirar o autor do absolutismo tardio e colocá-lo na democracia e de constituir *status* competitivos ou complementares.

Como alhures esposado, o neoliberalismo defendia a intervenção mínima do Estado, o qual deveria reverter à iniciativa privada todas as atividades desenvolvidas, com o intuito de intensificar os lucros e reduzir os prejuízos estatais. Foi neste diapasão, que na década de 90, também adotado nos países latino-americanos, o neoliberalismo fomentou em fortes ondas de privatizações “e no aumento da dependência das economias desses países para com organismos internacionais” (GOMES, 2004, p. 20).

De acordo com Canclini (2007), a interculturalidade globalizada pôs em interação os modos clássicos com que cada nação acomodava suas diferenças, tornando, em alguns casos, o conflito inevitável. Temos por um lado, os movimentos globalizadores, que trazem a secularização e o relativismo intelectual que ampliam a nossa capacidade de entender e aceitar o diferente. Noutro sentido, quando tais fluxos consistem numa convivência próxima de muitos modos de vida, sem artefatos intelectuais e políticos que viabilizem

a sua coexistência, somos levados ao fundamentalismo, à exclusão, à intensificação do racismo, multiplicando-se os riscos de limpezas étnicas ou nacionais.

Além disso, como constata Maria Beatriz Rodrigues (2007), as dificuldades de convivência não se restringem às tradições e costumes, mas com grande frequência implicam mudanças legislativas e institucionais. Sendo assim, a interculturalidade não é apenas uma questão de solidariedade, mas implica também a revisão de princípios de vida coletiva que são bastante difíceis de equacionar. As reivindicações das minorias colocam em jogo a capacidade estrutural dos Estados nacionais para acolher, ao mesmo em tempo [sic] que desafiam a vontade de mudar estilos de vida. Esse campo de conflito fomenta a reafirmação de identidades, as delimitações de espaços, e também as demonstrações de força na convivência intercultural (CARVALHO, 2013, p. 190).

Um dos fundamentos básicos do Estado é seu poder soberano, ou seja, “a faculdade que tem de, em nível interno, criar o ordenamento jurídico positivo que regulará a sociedade e, no plano externo, firmar tratados e relacionar-se com outros Estados e com organizações internacionais” (GOMES, 2004, p. 24).

No Brasil, observa-se a existência de duas fases que contribuíram com a desmontagem da capacidade de intervenção estatal na economia

A primeira fase, que corresponde ao “longo período de vinte anos que nos separa do início das negociações com o FMI durante a crise da dívida dos anos 1980, foi responsável pela substituição da concepção do papel jogado pelo Estado na economia brasileira. Segundo essa concepção, era crucial que o alcance da intervenção estatal devesse ser minimizado. A partir de 1982, uma sucessão de medidas de política, inspiradas pela abordagem de ajuste do FMI, passou a enfatizar a necessidade absoluta de reduzir o déficit público, privatizar empresas estatais, abandonar as políticas de direcionamento de crédito, reduzir incentivos fiscais e cortar subsídios” [...]; a segunda fase, mais recente, “[...] foi vivida nos anos noventa e teve como principal evento o processo de privatização que transferiu do setor produtivo estatal ao setor privado o comando sobre setores com amplo potencial irradiador sobre a dinâmica econômica” (BIA-SOTO JR. apud MONTEIRO NETO, 2006).

A intervenção do Estado foi fundamental para o crescimento, implantação e consolidação da economia brasileira. Durante as décadas de 1970 e 1980, a

participação do Estado no investimento total da economia foi fundamental, mas teve um decréscimo a partir de 1990.

A contribuição do setor público para o investimento agregado [...] caiu substancialmente: a partir de uma participação média de 36,3% no período 1970-75, observa-se um aumento para 50% no período que corresponde ao II PND (1976-79), e um declínio, a partir daí, como reflexo direto da crise fiscal, para 30,8%, em média, no período 1980-86, e para 25,5%, entre 1987 e 1995. Em 1995, o investimento público teria representado apenas 19,4% do investimento total (IPEA, 1997, p. 49) (MONTEIRO NETO, 2006).

Ainda no Brasil, é perceptível a política de fontes de crédito para impulsionar o investimento privado.

Historicamente, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) tem sido o veículo mais importante, com sua atuação desde o início da década de 1950. Também, os recursos orientados para a política regional, relacionados com as instituições regionais de desenvolvimento (Sudene e Sudam), apresentam papel importante para o deslocamento de capitais produtivos das regiões desenvolvidas para as regiões periféricas no Brasil. Ademais, os recursos orientados para o crédito rural e para o habitacional são fontes relevantes do crédito para o estímulo à atividade empresarial privada nas regiões brasileiras. (MONTEIRO NETO, 2006).

O intervencionismo pode ser entendido como um método moderno para a garantia do interesse público dentro de um sistema econômico predominantemente capitalista. “Por um lado, incumbe-se de garantir certas condições mínimas de vida aos socialmente fracos [...]. De outro lado, tenta corrigir o ‘funcionamento cego das forças de mercado’ pela imposição de metas políticas à economia” (REICH, 2011, p. 745).

O Estado deve possuir prerrogativas para que possa se organizar de forma interna e externa, pois, o que pode singularizar o Estado é ele ser independente a poderes e ordens jurídicas superiores, constituindo, assim, o elemento da soberania. Todavia, levando em consideração as relações internas, principalmente no aspecto econômico, é limitado o poder soberano do Estado, quando “resolvem livre e espontaneamente aderir aos termos de um tratado internacional e, conseqüentemente, às normas emanadas de órgãos desses blocos ou de organizações multilaterais” (GOMES, 2004, p. 25).

Não se pode perder de vista que o investimento do Estado em educação e tecnologia é primordial para avançar a independência do país, pois, investindo em tecnologia e educação, conforme já mencionado, pilares para o desenvolvimento de qualquer nação, será possível ter um país menos desigual e com políticas voltadas ao empoderamento de massas e suas diversidades.” Ou seja: a política externa deve caminhar juntamente com a política interna, para que o país se firme no cenário internacional de forma progressiva e independente” (GOMES, 2004, p. 110).

O mecanismo de desigualdade não precisa, de forma alguma, ser global, embora possamos ler seus efeitos como um resultado global, como um padrão mundial de desigualdade. Ele pode estar relacionado com mecanismos e dotações, sua utilização em desenvolvimento, com as instituições, com relações de poder, estratégias e decisões, todos em nível nacional (THERBORN, 2001).

A dignidade humana é tema que envolve essencialmente uma ética de responsabilidade social. Diante de problemas cotidianos da sociedade atual, como a discriminação, o preconceito e a violência generalizada, é fácil aceitar que se trata de questão prioritária por excelência, pois esses problemas não são causas, mas consequências de situações mais complexas que precisam sua devida atenção, envolvendo todo o campo social e sua natureza jurídica.

Na esfera do público, que diz respeito ao mundo que compartilhamos com os outros e que, portanto, não é propriedade privada de indivíduos e/ou do poder estatal, deve prevalecer, para se alcançar a democracia, o princípio da igualdade. Este não é um dado, pois as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas. A igualdade resulta da organização humana. Ela é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições (ARENDDT apud SOUZA, 2010, p. 187).

Todo ser humano, por ser livre, racional e viver em sociedade, pode decidir e propor mudanças. Em virtude disso, essa capacidade de decidir, planejar e escolher mostra que o homem não é apenas um observador do mundo, sendo um transformador da própria realidade em que vive, e é através da educação que existe essa possibilidade de mudança, abrangendo toda a sociedade.

A dignidade humana, pode ser representada pela auto-determinação e consciência para agir em sintonia com algumas leis que o próprio ser humano faz, traduzindo a aceção de que o homem não é um meio, mas um fim em si mesmo. É vista desta forma, é extensível e comum

a todo ser humano, contudo, no plano concreto, por vezes, torna-se difícil divisar condutas ofensivas, ou não, a ela, em razão dos fatores culturais em que estão imergidos os indivíduos em vivência nas suas comunidades (GHISI, 2014, p. 185).

Em consonância com o acatado, indubitável é relembrar os ensinamentos de BOBBIO (2007, p. 153), em que o Estado existe para o indivíduo, e não o indivíduo para o Estado. “As partes vêm antes do todo e não o todo antes das partes [...]. O pressuposto ético da representação dos indivíduos considerados singularmente, e não por grupos de interesse, é o reconhecimento da igualdade natural dos homens” e seu pressuposto ético.

CONCLUSÃO

No intuito de investir na ideia de uma metodologia que viabilize a inclusão de comunidades dispare, a globalização vem promovendo o progresso dos países, através de viagens, comércio, migração, alastramento de influências culturais, propagação do conhecimento, livre circulação de pessoas e bens, dentre outros.

Com a globalização, a tendência é que a atuação capitalista minimize as capacidades decisórias de forma nacional, originando, assim, a disputa desigual em confronto com o mercado nacional competitivo e de qualidade.

Tenha-se presente que é preciso inquirir de que forma as transformações contribuem para o desenvolvimento humano, qualidade de vida, distribuição de riquezas e dignidade mínima de todos os países envolvidos, visto que muitos países usufruem de benefícios em detrimento de malefícios alheios. Verdade seja, a intervenção do Estado surge como remédio para desmistificar a mundialização como preceito de unificação e promover os limites necessários para que a globalização não permeie desigualdades irreversíveis.

Diversos processos históricos justificam a desigualdade existente, mas o conhecimento pode avançar para uma direção mais equalizadora. É através da educação investida pelo Estado que o país poderá se transformar em uma nação humana e desenvolvida, absorvendo os impactos, com o combate à pobreza, incentivando a economia, promovendo a saúde, diminuindo a violência, fortalecendo a cidadania e a democracia, protegendo o meio ambiente e garantindo o acesso aos direitos fundamentais de cada ser humano.

A desigualdade é fator inerente ao ser humano e nunca deixou de existir, pois todas as pessoas possuem suas características próprias. São as diferenças que tornam todos iguais, pois são as diferenças que unem a nação em busca de um mundo melhor e ideal para todos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Clausimar Cardoso Alves; TERRA, Vanessa Pereira; DIAS, Manuela de Camargo; ALEXANDRE, Diego Henrique; SANTOS, Larissa Araújo dos. Globalização e Desigualdade Social nos Aspectos Econômicos, Políticos, Sociais e Culturais. *In: Revista Pesquisa & Debate*. São Paulo. v. 26. Número 2. Set. 2015. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/rpe/article/view/23052>. Acesso em: 20 fev.2020.

ALVES, Giovanni. **As Dimensões da Globalização: Marx e a Globalização Como Lógica do Capital**. Disponível em: https://www.ufjf.br/pur/files/2011/04/Marx_e_a_Globalizacao.pdf. 2011. Acesso em: 20 fev.2020.

BEAUD, Michel. **Historia del capitalismo: de 1500 a nuestros dias. 1ª edición en esta presentación: mayo de 2013**. Ariel Economía. Editorial Planeta, S. A.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. 20.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CARVALHO, Ana Paula Comin de. *et al.* **Globalização, Cultura e Identidade**. Curitiba: InterSaberes, 2013.

DEAK, Csaba. **Globalização ou crise global?** FAUUSP, 2000. Apresentado no Seminário Internacional GLOBALIZAÇÃO E ESTRUTURA URBANA, FAUUSP, 9-10 setembro de 1997, São Paulo, FAUUSP e em forma revisada e com o acréscimo da seção 7, no Encontro Nacional da ANPUR, 2001, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.worldbank.org/data/wdi2000/pdfs/tab1_5.pdf. Acesso em: 20 fev.2020.

GOMES, Eduardo Biacchi. **A Globalização Econômica e a Integração no Continente Americano: desafios para o Estado brasileiro**. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2004.

JUVIN, Hervé; LIPOVETSKY, Gilles. **A globalização ocidental: controvérsia sobre a cultura planetária**. Barueri, SP: Manole, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO NETO, Aristides. **Intervenção Estatal e Desigualdades Regionais no Brasil: contribuições ao debate contemporâneo**. IPEA: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: 2006. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1735>. Acesso em: 20 fev.2020.

REICH, Norbert. **Intervenção do Estado na Economia: reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica**. Edições Especiais Revista dos Tribunais: 100 anos. Organizadores: Clemerson Merlin Cleve e Luís Roberto Barroso. Direito constitucional: Constituição Financeira, Econômica e Social. v.VI. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Josimar dos Praseres Souza e. **A construção da cidadania e a dignidade da pessoa humana**. In: ALVES, Roseli Teresinha Michaloski; MIRÓ, Marcelo Bientinez. Novas perspectivas na defesa da dignidade humana: aspectos éticos, jurídicos e filosóficos. Francisco Beltrão: Grafisul, 2010.

THERBORN, Goran. **Globalização e desigualdade**: questões de conceituação e esclarecimento. In: Sociologias n.6 Porto Alegre jul./dez. 2001.

A CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA NO BRASIL E SUA HIERARQUIA NORMATIVA NUMA PERSPECTIVA DE JUSTIÇA ECOLÓGICA

Patrícia Précoma Pellanda³³⁰

INTRODUÇÃO

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) é um tratado internacional fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, também conhecida como Rio/92 ou Eco/92, que foi realizada neste mesmo ano na cidade do Rio de Janeiro, no Brasil. Trata-se de um dos mais importantes tratados internacionais sobre meio ambiente e o primeiro sobre o tema específico da diversidade biológica, também chamada de biodiversidade.

A CDB, apesar da assinatura e adesão pelo Brasil no mesmo ano em que estabelecida a Convenção (em 1992), passou a integrar o ordenamento jurídico nacional apenas em 1998, com a promulgação do Decreto Federal nº 2.519, de 16 de março daquele ano. Neste contexto, o presente trabalho, por meio do procedimento metodológico próprio da pesquisa jurídica, que se traduz especialmente na análise, leitura e interpretação, nas vertentes teórica e documental, tem por objetivo fazer uma breve abordagem doutrinária e técnica-jurídica, a fim de estabelecer qual seria o *status* normativo da CDB no ordenamento jurídico brasileiro para sua aplicação prática em território nacional.

Inicialmente, faz-se uma síntese quanto ao procedimento de internalização dos tratados internacionais no Brasil, a fim de esclarecer o termo inicial de vigência da CDB em território nacional. Na sequência, com fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) são traçados fundamentos jurídicos que poderão servir de subsídio à aplicação prática

³³⁰ Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na linha de pesquisa Direito Ecológico e Direitos Humanos. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Público pela UniBrasil/ESMAFE-PR. Advogada. Conselheira Estadual da OAB/PR (gestão 2022/2024). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA/UFSC). Foi Presidente da Comissão Estadual de Direito Ambiental da OAB/PR (gestão 2019-2021). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9429658344203607>.

da CDB, tendo esta autora já se posicionado, em oportunidade anterior³³¹, no sentido de que a CDB teria força de norma supralegal.

No entanto, traz-se neste trabalho uma inovadora reflexão e conclusão de que a CDB possui *status* de norma constitucional, tendo como principal fundamento o direito fundamental ao meio ambiente e a doutrina da Justiça Ecológica.

1 INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL E SEU *STATUS* NORMATIVO A LUZ DA CRFB/88

Os tratados internacionais são acordos firmados em âmbito internacional e que regulam as relações entre Estados e organizações internacionais. Em que pese os tratados internacionais, quando aderidos e assinados pelo ente estatal, já gerarem obrigações em âmbito interno do respectivo Estado, a sua “internalização” contribui a execução das normas internacionais dentro do Estado, pois incorporadas ao Direito interno e aplicados como se norma interna fossem.

A internalização é o processo pelo qual os tratados passam a fazer parte do ordenamento jurídico nacional dos entes estatais, adquirindo *status* semelhante ao das demais espécies da ordem estatal, podendo ser invocados por qualquer pessoa natural ou jurídica dentro do território de um ente estatal (PORTELA, 2011, p. 130/131).

O processo de internalização dos tratados internacionais ao Direito Interno de um Estado, depende da legislação interna de cada ente estatal. O Brasil adota o modelo de internalização tradicional dos tratados e convenções internacionais, em detrimento do modelo de introdução automática ou aplicabilidade imediata, ou seja, os tratados tornam-se obrigatórios em caráter nacional apenas com a sua promulgação e publicação no âmbito interno do Estado. Ressalte-se que, o Estado não pode ser submetido a duas ordens jurídicas que se chocam, pois o Estado (como sujeito de Direito Interno) e o Estado (como sujeito de Direito Internacional) são a mesma pessoa. Na sua essência o Direito é um só (MELLO, 2004, p.135/224).

Cumpridas as formalidades de internalização, é preciso verificar qual o *status* normativo do tratado internacional no Direito Interno, isto é, qual sua posição hierárquica dentro do ordenamento jurídico nacional. Em princípio o tratado internacional tem *status* de lei ordinária, sendo possível ter caráter de emenda à Constituição ou, ainda, de norma supralegal. Nesse sentido, afirma a doutrina que:

³³¹ PELLANDA, Patrícia Prêcoma. In: GADDA, Tatiana Maria Cecy et al. (Org.). **Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos na agenda ambiental urbana**. Curitiba: EDUTFPR, 2021, p. 102-123.

O tratado promulgado incorpora-se ao ordenamento jurídico brasileiro e, dessa forma, reveste-se de caráter vinculante, conferindo direitos e estabelecendo obrigações, podendo ser invocado pelo Estado e por particulares para fundamentar pretensões junto aos órgãos jurisdicionais e, por fim, pautando a conduta de todos os membros da sociedade. Como parte da ordem interna, o descumprimento das normas do tratado enseja a possibilidade de sanções previstas no próprio Direito brasileiro (PORTELA, 2011, p. 134).

Antes da Emenda à Constituição (EC) 45, de 2004, conhecida como “Reforma do Poder Judiciário”, todos os tratados internacionais, ratificados pelo Brasil e integrados ao ordenamento jurídico nacional pelo processo de internalização dos tratados, eram equivalentes às leis ordinárias federais. Após a reforma de 2004, a Constituição Federal de 1988 garantiu tratamento diferenciado aos tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados por quórum qualificado, em seu processo de internalização, nos termos do artigo 5º, §3º, que assim determina:

Artigo 5º. §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Em síntese, tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados com o quórum qualificado do §3º do artigo 5º da CRFB/88 passaram a ter força/status de Emenda à Constituição e todos os demais tratados permaneceram com *status* de lei ordinária. Entretanto, permaneceu uma lacuna quanto ao *status* normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004, bem como aqueles aprovados após a reforma, porém, com quórum simples.

Nesse sentido, é que o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu uma nova categoria normativa, denominada de norma supralegal, isto é, normas que possuem força normativa acima das leis infraconstitucionais, porém, abaixo da Constituição da República. A decisão da Corte Suprema se deu a partir da análise do *status* normativo do Pacto de San Jose da Costa Rica, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro antes da EC 45/2004, nos termos da ementa de julgamento do Recurso Extraordinário n. 349.703, que segue abaixo:

EMENTA: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO

ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. **POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.** Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7)**, ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois **o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.** O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (STF, RE 349703 / RS - RIO GRANDE DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 03/12/2008, Publicação 05/06/2009) (grifo nosso).**

A partir de tais fundamentos, é possível concluir que a CDB pode ser aplicada em território nacional como norma supralegal, estando abaixo da CRFB/88, porém, acima das normas infraconstitucionais. Sendo assim, toda norma infraconstitucional deve obrigatoriamente observar o texto contido na CDB. Apesar disso, diante do atual cenário global, em que convivemos com o aumento de catástrofes ambientais, bem como de pandemias jamais imaginadas pelo homem traz-se neste trabalho uma nova reflexão quanto a possibilidade de aplicação da CDB como norma constitucional, conforme se irá discorrer no próximo capítulo.

2 INTERNALIZAÇÃO DA CDB NO BRASIL E SEU *STATUS* NORMATIVO A LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA JUSTIÇA ECOLÓGICA

A CDB seguiu todas as etapas do modelo tradicional de internalização dos tratados internacionais no Brasil, passando a ser observada como se norma interna fosse a partir de 17 de março de 1998, conforme histórico sintetizado na tabela abaixo:

DATA	ETAPAS	EFEITOS
05/06/1992	ASSINATURA	Brasil assina a CDB, durante a Rio92, encaminhando o texto para aprovação interna.
29/12/1993	VIGOR INTERNACIONAL	A CDB entre em vigor em âmbito internacional.
03/02/1994	ACEITAÇÃO/APROVAÇÃO DO ACORDO	Decreto Legislativo nº 2: o Congresso brasileiro aprova o texto da CDB, passando a mesma a vigorar em 29/05/1994, nos termos do artigo 36 da CDB. Mero instrumento de encaminhamento do tratado ao Presidente.
16/03/1998	PROMULGAÇÃO INTERNALIZAÇÃO DA CDB	Decreto nº 2.519: promulgação da CDB pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.
17/03/1998	PUBLICAÇÃO DO DECRETO FEDERAL NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO	Data em que o Decreto nº 2.519 entrou em vigor no Brasil.

A CRFB/88 garante a observância da matéria constitucional e do conteúdo de tratados internacionais ratificados pelo país, ao prever que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, § 2º).

A CDB é o mais importante acordo internacional sobre biodiversidade (diversidade biológica), ratificado pelo Brasil em 5 de junho de 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. A CDB tem por objetivos: a) a conservação da diversidade biológica; b) a utilização sustentável de seus componentes; c) a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes.

A CDB conceitua o termo diversidade biológica, também conhecida por biodiversidade, nos seguintes termos:

“Diversidade biológica” significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

A proteção da biodiversidade está prevista no artigo 225 da CRFB/88, tendo o Brasil, ainda, instituído a Política Nacional da Biodiversidade, por meio do Decreto Federal n. 4.339, de 22 de agosto de 2002 e promulgado a Lei Federal n. 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Por fim, ressalte-se que, em 28 de julho de 2022, a Assembleia Geral da ONU aprovou resolução que declara que todas as pessoas no planeta têm direito a um meio ambiente saudável. Deste modo, a ONU consolida o entendimento de que o meio ambiente é um direito fundamental e é um direito humano.

A CDB foi pioneira ao tratar das questões da preservação dos recursos naturais e do acesso à biodiversidade. Entretanto, há dificuldades de instrumentalização dos princípios nela contidos, em razão da sua natureza de *soft law*, constituindo mero compromisso de respeito pelos signatários, em face, inclusive, das próprias limitações do Direito Internacional, no sentido de apreciação e aplicação de sanções ao Estado (BASTOS JÚNIOR, 2001, p. 210). Diante disso, é notória a importância de se estabelecer qual seria a força normativa

de aplicação da CDB no Brasil, a fim de que o tratado internacional tenha a efetividade almejada.

Há doutrinadores que afirmam que os tratados internacionais de proteção ao meio ambiente detêm um *status* diferenciado dentro do nosso sistema jurídico, integrando-se ao ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de normas constitucionais. É o caso de Mazzuoli, que fundamenta seu posicionamento no próprio texto constitucional que considera o meio ambiente um direito de natureza difusa, transcendendo os limites territoriais da soberania dos Estados, ultrapassando as suas fronteiras físicas, passando a ser matéria afeta à proteção do Direito Internacional e objeto de sua regulamentação; e também consagra o princípio segundo o qual o meio ambiente é um direito fundamental, na medida em que visa proteger o direito à vida com todos os seus desdobramentos, incluindo a sadia qualidade de seu gozo. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos da Constituição, seria um *prius* lógico do direito à vida, sem o qual esta não se desenvolve sadiamente em nenhum dos seus desdobramentos. O meio ambiente, portanto, é um direito fundamental na medida em que, sem ele, a pessoa humana não se realiza plenamente (MAZZUOLI, 2007, p. 182 e 188-190).

O caráter constitucional dos tratados internacionais de proteção ao meio ambiente tem por fundamento ainda, o atual paradigma da justiça ecológica, que quebra a lógica da ideia liberal de justiça, baseada na separação do homem dos demais seres da natureza no mundo. Há uma relação implícita entre nós, seres humanos, e o restante do mundo natural, especialmente quanto aos nossos próprios impactos sobre as habilidades de desenvolvimento e funções dos demais animais e ecossistemas. Trata-se, portanto, de uma relação de justiça, que pode ser baseada nas capacidades dos seres vivos, humanos e não humanos (SCHLOSBERG, 2014, p. 75-89).

Neste contexto, a doutrina conceitua o que vem a ser a Justiça Ecológica e suas implicações na vida hodierna, inclusive, quando a aplicação do Direito e abrangência da interpretação das normas. Vejamos:

A ideia de uma Justiça Ecológica requer a compreensão de que as relações ecológicas que formam a “teia da vida” terrestre são estabelecidas (entretecidas) por seres humanos e seres não humanos da natureza, um pensamento que tem origem na complexidade da realidade e numa visão não dualista a respeito do mundo. A Justiça Ecológica assume uma ética não antropocêntrica (não centrada no ser humano), de modo a reconhecer o valor intrínseco dos seres humanos e não humanos da natureza. Esse conceito revela a preocupação de que todos os seres humanos e não

humanos da natureza sejam tratados com Justiça – que as relações que entretecem a teia da vida contribuam para o equilíbrio ecossistêmico e para a preservação da vida de todos os seres que habitam a nossa “casa comum”, o planeta (DUTRA, 2020, p. 84).

Nesse mesmo sentido, a doutrina evoluiu, ainda, por conceituar a justiça climática, aplicando-se os fundamentos da Justiça Ecológica na análise do sistema climática, conforme segue:

O impacto das ações humanas sobre as capacidades dos sistemas ecológicos é uma questão de justiça, que requer considerar em que medida comprometem projetos de vida de outros seres. A influência das ações humanas sobre o sistema climático, comprometendo sua função de manutenção do equilíbrio do Sistema Terra, é uma questão de justiça climática (CAVEDON-CAPDEVILLE, 2020, p. 249).

Em 1990, o ilustre professor Rene Ariel Dotti, em interessante artigo que promove à reflexão da quanto a penalização das ações contra o meio ambiente, bem como da tipificação dos crimes ambientais, como capítulo do Código Penal ou legislação especial, já afirmava que da leitura das normas constitucionais era possível compreender que há um interesse em reconhecer o meio ambiente como um bem jurídico de acesso coletivo e que há um dever comunitário de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para ele, “o meio ambiente é definido como o complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos, as quais influem na vida e no comportamento de tais seres” (DOTTI, 1990, p. 130).

Aplicando a doutrina acima à realidade brasileira, é possível afirmar que a biodiversidade não pode ser considerada apenas como recurso natural, bem de fruição para a subsistência humana, mas também deve ser preservada e considerada em si mesma, pois possui valores intrínsecos e relevante função relevante para o equilíbrio ecológico como um todo. Assim, com fundamento na doutrina da justiça ecológica e no artigo 225, *caput*, §1º, incisos I, II e VII da CRFB/88³³² entendo que a CDB possui *status* de norma constitucional no Direito Interno brasileiro.

³³² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

CONCLUSÃO

De forma inovadora, em 1990, René Ariel Dotti publicou trabalho na área ambiental, em que traz a reflexão a penalização das ações prejudiciais ao meio ambiente. Considerando que após a publicação de seu texto, houve a promulgação da Lei Federal n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que tipifica os crimes ambientais e está em vigor até os dias de hoje, não fora considerada para o presente trabalho a abordagem específica da área penal produzida pelo autor na época. O fato é que René Ariel Dotti já detinha uma interpretação constitucional da temática ambiental que permanece atual, especialmente no que se refere à complexidade das relações entre o mundo natural e os seres vivos.

No presente trabalho, ainda que de forma sintética, faz-se uma abordagem da complexidade pela qual as questões ambientais se voltam, bem como das previsões constitucionais sobre o tema. Nesse contexto, a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), em que pese ser considerada *soft law* por se tratar de acordo internacional não vinculante, possui relevante aplicação jurídica em território nacional. Ao ser internalizada no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto Federal n. 2.519, de 16 de março de 1998, passou a ser norma de observância obrigatória e aplicação prática no Brasil.

O presente artigo, a partir da doutrina da Justiça Ecológica de David Schlosberg e do artigo 225, *caput*, §1º e incisos I, II e VII da CRFB/88, conclui que a aplicação prática da CDB em território nacional possui força normativa constitucional. Deste modo, a observância obrigatória da CDB e sua aplicação como se norma constitucional fosse garante uma maior efetividade à preservação da biodiversidade brasileira e, conseqüentemente, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. A Convenção sobre Diversidade Biológica e os instrumentos de controle das atividades ilegais de bioprospecção. **Revista de Direito Ambiental**. ano 6, n. 23, jul-set 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 17 mar. 1998.

BRASIL. **Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002.** Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 23 ago. 2002.

BRASIL. **Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015.** Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 14 mai. 2015.

CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda Salles. Da dimensão ambiental à ecologização dos Direitos Humanos: aportes jurisprudenciais (capítulo 6). *In: LEITE, José Rubens Morato (coord). A Ecologização do Direito Ambiental Vigente: Rupturas Necessárias*, 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020.

DOTTI, René Ariel. Meio Ambiente e Proteção Penal. *In: Revista de informação legislativa*. v. 27, n. 108, out./dez., 1990. Disponível em: 108 LIMPO.max (senado.leg.br). Acesso em: 18 nov. 2022.

DUTRA, Tônia Andrea Horbatiuk. Complexidade e Justiça Ecológica: reflexões sobre o caos pandêmico e a normalidade. *In: MELO, Melissa Ely; LEITE, José Rubens Morato. Delineamentos do Direito Ecológico*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**. Cuiabá, ano 1, n. 1, jan.-jun 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed., v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador/BA: Jus Podium, 2011.

SCHLOSBERG, David. *Ecological Justice for the Anthropocene*. *In: WISENBURG, Marcel; SCHLOSBERG, David. Political Animals and Animal Politics*. Londres, Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2014.

A GÊNESE DE UMA CONSTITUIÇÃO NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O CASO CHILENO

Paulo Cesar de Lara ³³³

INTRODUÇÃO

A tese a ser desenvolvida consiste na análise da gênese da Constituição chilena, inclusive do momento que a antecede, com todos os seus influxos de ordem cultural, política, econômica, jurídica, social e histórica, com sua tentativa de construção de um projeto constitucional em processo de formação com a instauração da nova Assembléia Nacional constituinte, a partir das configurações do novo constitucionalismo latino-americano, tendo como contraponto, a análise da desconstrução do projeto constitucional brasileiro de 1988, em processo de intensa e acelerada erosão dos direitos fundamentais, pela adoção dos postulados ultra neoliberais em governos recentes.

Caso o processo constituinte do texto chileno rume para longe da opção de um modelo neoliberal no qual tem vivido desde a ditadura do Regime Pinochet, se alinhe ao lado das constituições da Venezuela (1999) Equador (2008) e Bolívia (2009), haverá um significativo fortalecimento da genuína proposta constitucionalista latino-americana, nascida dos anseios mais profundos do clamor pluralista, incluyente e democrático do povo (MÜLLER, 2003) das Américas no sentido mais profundo do termo.

Os textos constitucionais supra citados, considerados por significativa parcela da doutrina constitucional, como integrantes de uma corrente de pensamento denominada “novo constitucionalismo latino-americano” (SOUZA FILHO, 2021, p. 17), alteraram profundamente os paradigmas em que comumente estão delimitados os modelos constitucionais se comparadas com os textos que as antecederam e sem notícias de que tal fenômeno tenha se dado com demais constituições do mundo.

³³³ Doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Pós-graduação da UNIBRASIL, Paraná. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa e em Direito Constitucional pela Associação de Ensino Superior da Amazônia. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4318308708981749>.

O estudo se faz em contraste com a Constituição brasileira a qual sofre uma erosão constitucional acelerada nos últimos anos, justamente para que se possa identificar com mais vagar o que exatamente significam a alterações no universo constitucional brasileiro para se perceber num só olhar o quanto custa para se erigirem direitos humanos e fundamentais, após o quase banimento do paradigma do Estado Social, inclusive com rebeliões e violência em um país e a tragédia política da demolição deste mesmo Estado Social em outro país sob a passividade quase total da sociedade.

O itinerário da reflexão em curso se inicia pela apresentação de conceitos clássicos essenciais como um ponto de partida. A partir de um apanhado da idéia clássica de Constituição tomada do conceito da Teoria da Constituição, Karl Lowenstein, perpassando pelos conceitos de constitucionalismo e constitucionalismo latino-americano sem olvidar a alegoria da “casa das máquinas” de Roberto Gargarella, analisando em pontos essenciais, as virtudes e inconsistências das Constituições Latinas.

Com a sedimentação histórica e conceitual é possível avançar para a contextualização das Constituições na América-Latina em seus aspectos inovadores. Por fim chega-se a análise pontual dos principais aspectos das propostas da nova Constituição chilena, enquanto testemunha da história, estudo este em contraste com a Constituição brasileira e as alterações constitucionais nos últimos anos. Busca-se ao longo deste trajeto demonstrar que há algo substancialmente novo em algumas das Constituições latinas

Sem dúvida o frescor anunciado consiste na introdução de um modo de produção da vida a partir não da lógica do capital, mas de subjetividades múltiplas e cooperativas, plurinacionalidades atentando-se para novos paradigmas de convivialidade do homem, do meio ambiente e dos animais, considerando o passado comum na América nas lutas e conquistas históricas, considerando os pontos de conexão a partir do modo como se articulam elementos de interculturalidade, Estado plurinacional e bem-viver (*sumak kawsay/suma qamaña*), incluindo a natureza como sujeito de direito de modo a permitir paradigma socioambiental.

Por fim finaliza-se o trabalho extraindo-se as principais conclusões para se situar o projeto constituinte chileno no quadro do surgimento do novo constitucionalismo latino-americano e em que estágio constitucional o Brasil se situa indagando-se sobre o atual quadro brasileiro (avanço ou retrocesso), em contraste com os demais projetos constitucionais das Nações irmãs, buscando-se demonstrar a partir dos elementos colhidos na pesquisa, que a Constituição chilena, a prevalecer os rompantes cívicos na etapa preparatória á sua construção, romperá com o modelo neoliberal instaurado no regime ditatorial de Pinochet,

rechaçando um tipo bárbaro de capitalismo, para se filiar às outras Constituições integrantes do conjunto latino de Constituições edificadas, sob um novo paradigma sócio ambiental do bem viver e de uma concepção plurinacional, categorias que expressam uma nova expressão da Democracia.

O tema como aqui tratado é novo, relevante e abre diversas possibilidades para se refletir sobre transformações profundas nas sociedades latinas inclusive acenando duplamente para o Brasil, seja no sentido de se observar com mais atenção e senso crítico os desmontes de políticas públicas e supressão de direitos, danos mais evidentes, como também para servir de fonte inspiradora para se pensar uma futura constituição que se alinhe ao constitucionalismo latino-americano de forma mais radical e célere.

É por isso que se contrasta o processo constituinte chileno com um delineamento inicial no contexto de um Estado neo-constitucionalista latino-americano com a situação do Brasil numa dialética pulsante e viva diante da gênese de um processo constituinte em cuja essência se pode perceber, uma insurgência de um novo sujeito constitucional, ameríndio, sócio ambiental, incluyente, plurinacional, com a ressignificação do homem e do meio ambiente num contexto de ampla valorização do feminino, da pluralidade e de uma nova concepção do “viver” e mais do que isto, do “bem viver”.

Enfim, é a eclosão de um novo sujeito gestado na dominação e opressão em comum e deste processo de esmagamento da natureza, do ser humano, do feminino, do empobrecido, dos indígenas, das comunidades diversas, dos negros, das populações de rua, das distantes populações das periferias urbanas e rurais, de um continente enfermeado de uma exploração de mais de cinco séculos de cujos povos quae tudo se tirou, a tal ponto de talvez nem conseguirem perceber o que de fato lhes era importante e próprio e é a partir daí dos excluídos, que se manifesta na história uma nova forma de se conceber o mundo e a vida.

O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, comparativista e crítico-dialético e as técnicas de pesquisa bibliográfica. Para ilustrar as investigações, toma-se como estudo de caso o processo constituinte instaurado no Chile com preparativos a partir de 2020, partindo-se da construção de um texto constitucional dialeticamente contrastado com o projeto constitucional brasileiro consignado na Constituição de 1988, em processo de erosão democrática da acentuada nos últimos anos, num estudo comparativo e crítico. Devido ao desmonte das Políticas Públicas na área das relações de trabalho, saúde, educação, meio ambiente, assistência e previdência social bem como pelas estratégias privatizantes e a constante, açodada e acelerada minimização do Estado com o aceno ao capitalismo predatório, especulativo e bárbaro levando além do limite postulatos liberais que talvez nem mesmo os seus próprios teóricos sequer imaginaram.

1 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

O tema objeto deste escrito é o processo de formação de uma Constituição no novo constitucionalismo latino-americano. Exsurge portanto, duas categorias importantes a serem analisadas e aclaradas, qual seja, o que se entende por Constituição e o que se entende por constitucionalismo para efeito de compreensão desta temática enfrentada, portanto, o primeiro passo na direção do intento almejado é partir da noção de Constituição e constitucionalismo. Começa-se pela compreensão do que seja Constituição, fazendo-se uso para tanto da teorias pluralista que Mauricio Fioravante desenvolve, em paralelo, observa-se o mesmo aspecto sob o enfoque da teoria sistêmica de Niklas Luhmann e por fim toma-se uma nota conceitual de Karl Loewenstein. Após o esclarecimento conceitual de Constituição, passa-se a análise do que se entende por constitucionalismo, utilizando-se como marco teórico Maurizio Fioravanti.

Estes autores são representativos porque em primeiro lugar são capazes de dar uma resposta teórica com a dimensão de complexidade e sofisticação necessárias para enfrentar certas temáticas do mundo contemporâneo, porque os estudiosos que se tem apresentado como intérpretes dos “tempos modernos”, o fazem, contudo despidos de um pensamento incompatível com os paradoxos e obscuridades que tem marcado estes tempos pelos quais a humanidade atravessa. Com estas considerações em mente analisa-se o fenômeno do surgimento das constituições considerando sua evolução histórica, seu mecanismo de formação como resultante de diversos fatores econômicos, sociais, políticos, jurídicos e como o sistema jurídico opera com todos os outros sistemas numa dinâmica que de certa forma se repete sempre que se instaura um processo constituinte. É como se em um dado momento constitucional se revivesse e cristalizasse uma síntese intensa de um passado constitucional e mais que passado, os caminhos indicados para o futuro, eis aí, a riqueza deste tipo de estudo. De onde vieram as Constituições? Como se formaram? São um produto acabado ou fruto de uma evolução?

Qual sua natureza? Se de um lado contempla-se no mundo atual, nas primeiras décadas do Século XXI em torno de 200 Estados nacionais regidos por textos constituintes e inclusive grupo de países com textos e comum como no caso da União Europeia, estudadas pelo Direito constitucional, de outro surgem as naturais indagações dotadas de cientificidade no sentido de saber como as Constituições surgiram, como são formadas, quais os processos que envolve sua existência e como se relacionam no plano regional e da globalidade? Como se ve, são muitas indagações, contudo poucas e por vezes insuficientes respostas. Para fins de introdução desta parte do tema e considerando a

finalidade específica deste escrito é suficiente mencionar que o Direito constitucional se interessa pelo estudo sistemático dos textos, sua comparação e teor, a Teoria da Constituição se ocupará de uma reflexão científica sobre as Constituições indagando sua origem, pressupostos, elementos constitutivos, correlação sistêmica, a relação do Direito Constitucional com outras esferas atuantes na sociedade, como por exemplo, a economia, a política, a religião, a moral, fazendo uso de métodos históricos, comparativos e identificando os paradigmas nos quais cada momento constitucional se assentava para daí extrair o sentido e a compreensão das Constituições e como estas tem a natureza e o poder de vincular para o futuro.

Assim sendo, opta-se por uma análise histórica seguindo tanto quanto possível uma sequência cronológica ao longo do estudo. Ao observador do Século XXI é natural que contemple a estrutura básica de uma Constituição, que apesar de variarem em um ou outro tema dedicam-se a certos temas unânimes, versam invariavelmente sobre os Poderes do Estado, suas instituições, direitos essenciais dos cidadãos, em uma ou outra medida delinham ideologicamente o perfil de regramento jurídico utilizado, e demais aspectos fundantes de um Estado Moderno, tudo um espectro bem amplo naturalmente.

Contudo, é certo que tais textos nem sempre foram assim, foram sendo construídos ao longo da história e de acordo com a experiência de cada cultura, do que dependeu o desenvolvimento de uma sensibilidade maior ou menor sobre os comandos e a existência de uma Constituição, chegando-se a desenvolver o que de Pablo Lucas Verdú (1958), denomina de “sentimento constitucional (2004)”.

2 A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Para Karl Loewenstein³³⁴ toda Constituição escrita, como toda obra humana é incompleta e uma constituição seria “apenas um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam de sua gênese” e “alterando-se a situação de equilíbrio é necessário mudar também a Constituição”. Loewenstein alerta que em relação a Constituição norte-americana há algo irracional, rodeada por um certo misticismo, tal constituição seria um “mito”³³⁵.

³³⁴ *Las reformas constitucionales son absolutamente imprescindibles como adaptaciones de la dinámica constitucional e a las condiciones sociales em constante cambio; pero cada una de ellas es una intervención, una operación, en una operación, em un organismo viviente, y deber solamente efectuada con grand cuidado e extremada reserva.* (LOEWENSTEIN, 1982, p. 199).

³³⁵ *Aunque la magia de la creación constitucional que existió en el siglo XIII, haya desaparecido considerablemente, y aunque la mitología que reade a la Constitución americana sea um fenómeno único que no se puede alcanzar racionalmente, toda Constitución debe, por lo menos, tener para su pueblo una validez superior a la del producto diario en sus ruedas legislativas.* (LOEWENSTEIN, 1982, p. 199).

Lowenstein³³⁶ adverte que reformas constitucionais empreendidas por razões oportunistas para facilitar a gestão política desvalorizam o sentimento constitucional, tendo como “sentimento constitucional” como um dos fenômenos psicológicos sociais e sociológicos do existencialismo político mais difícil de captar, podendo descrever como a “consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões existentes político partidárias, econômico sociais, religiosos ou de outro tipo”, afirma o autor que estes detentores do poder e destinatários num marco de uma ordem comunitária obrigatória, justamente a Constituição, submetendo o processo político aos interesses da comunidade”.

Loewenstein (1982, p. 200) afirma sobre o sentimento constitucional que este fenômeno pertence aos imponderáveis da existência nacional e não pode ser produzido racionalmente, ainda que fomentado nos jovens pela educação política ou com a promoção dos símbolos nacionais, porque depende da vivência e da história de um povo, “não se mensura pela longevidade”, ainda que a Constituição de dois séculos dos Estados Unidos tenha se mantido com a contribuição de sua “força simbólica quase mística³³⁷” o qual não se confunde com a “consciência nacional”³³⁸, cita exemplos disso, ao afirmar que os suíços tem um sentimiento democrático nacional muito forte, mas que não corresponde à valorização sentimental de sua Constituição. Observa ainda, o aludido autor, que a maioria parlamentar “adapta a Constituição aos seus interesses políticos e ao homem comum³³⁹”, e que a Constituição nada tem a dizer sobre o que mais lhe interessa, “o pão cotidiano, o trabalho, a família, o descanso, sua situação de afirmação de um indivíduo numa sociedade crescentemente complexa”, não passando a Constituição de um “mero aparato em torno do qual forças diversas e partidos lutam pelo poder e o cidadão é um simples expectador”³⁴⁰.

³³⁶ *Reformas constitucionales emprendidas por razones oportunistas para facilitar la gestión política desvalorizan en el sentimiento constitucional. Con la expresión sentimiento constitucional se toca uno de los fenómenos psicológicos sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes políticopartidistas, economicosociales, religiosos o de otro tipo, ntegra a detentadores y destinatários del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio obligatorio, justamente la Constitución sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad (LOEWENSTEIN, 1982, p. 200).*

³³⁷ *La Constitución de la Unión Americana sin modificar durante cerca de dos siglos ha contribuido a su fuerza simbólica casi mística. (LOEWENSTEIN, 1982, p. 200).*

³³⁸ *Los suizos no dudan en reformar su documento constitucional no pudo ser les totalmente indiferente cuando se vieron obligados a ocuparse de él en 85 años más cien veces por médio del referéndum constitucional. (LOEWENSTEIN, 1982, p. 200).*

³³⁹ *El observador el observador ejecutado en el derecho Comparado no puede evitar tener la impresión de que el Gobierno Federal en los cuerpos legislativos dominan dominados por el partido mayoritario adaptó la constitución en sus intereses políticos en lugar de dejar que éstos sean refrenados por la constitución. (LOEWENSTEIN, 1982, p. 200).*

³⁴⁰ *La Constitución no dije nada sobre lo que más le interesa el hombre de la calle el pan diario el trabajo la familia el descanso la situación que la afirmación de la existencia del individuo en una sociedad cada vez más complicada para la masa de los ciudadanos la Constitución no nada es más que un aparato con el cual se efectúa la*

A agudeza da observação do autor alemão assinala que mesmo com voto e “alguma participação do povo” não se vai além de se aceitar a nova Constituição, ³⁴¹ pois, no fundo o povo “não sabe em quem confiar”, sendo preferível no pior das hipóteses uma Constituição “falha” do que “dominada pelos partidos majoritários” destacando que a participação na reforma da Constituição seja qual for sua modalidade técnica é uma contribuição viva a educação política e um “elemento de integração política”, pois, uma Nação é tão democraticamente quando lhe permitam comportar-se “democraticamente”.

Lowenstein (LOEWENSTEIN, 1982, p. 207) aponta para a perversão da Constituição através da autocracia moderna assinalando que mesmo as Constituições escritas que “antes continham abusos estão cedendo a violações” e que “a técnica da Constituição escrita é usada conscientemente para camuflar regimes autoritários e totalitários”, em também explica que em muitos casos, a Constituição escrita não é mais do que um “cômodo disfarce para a instalação de uma concentração de poder nas mãos de um detentor único”.

Para assegurar isso os detentores do poder sempre fazem questão de usar o rótulo de “democráticas” em suas Constituições. Indaga Lowenstein por que se esforçam estes regimes autocráticos em demonstrar sua “legitimidade democrática” e porque necessitam “Constituições, eleições e todo o aparato da Democracia constitucional”, por que querem “enganar o mundo, ao seu próprio povo ou a si mesmos”? Um autocrata moderno acredita que através da Constituição pode adquirir maior respeitabilidade democrática? Ou com o tempo acaba se convertendo na vítima do seu próprio jogo acabando por acreditar em sua própria mentira? Exemplifica com os regimes de Napoleão I, Perón e outros. (LOEWENSTEIN, 1982, p. 207).

O autor alemão se refere expressamente ao caso de Getúlio Vargas na tradução de Alfredo Gallego. Compulsando a Teoria da Constituição e buscando a obra de que Loewenstein trata do tema se encontra uma obra esplendida sobre Getúlio Vargas (LOEWENSTEIN, 1942 verdadeiramente desconhecida ou pouquíssimo divulgada no Brasil. São reflexões como estas que justificam plenamente a escolha de pensadores clássicos cuja compreensão sobre as realidades políticas são tão antigas e tão novas quanto os fenômenos a que se referem e que apesar do tempo e do contexto histórico, expõe certas verdades imorredouras, atemporais e até profeticamente assustadoras, pois, no fundo é sempre o espírito humano e o seu dilema da liberdade diante da sempiterna tentação de dominar!

lucha por el poder entre partido esfuerzos pluralistas siendo ellos un solo los espectadores passivos. (LOEWENSTEIN, 1982, p. 205).

³⁴¹ *La participación del pueblo en el pouvoir constituant se limita cada vez más a la aceptación de una nueva constitución donde juega el papel del se lo que otorgan mayor grado de legitimidad* (LOEWENSTEIN, 1982, p. 205).

3 CONSTITUIÇÃO ENQUANTO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA

Menelick Neto (2000, p. 76) sintetiza o pensamento de Fioravanti e Lhumann sobre a Constituição enquanto uma aquisição evolutiva que acopla a legitimidade da política e a sanção do direito. Explica que o Estado organizado só pode ser um Estado de direito somente se autorizado pela lei, sendo assim justificado pelo Direito e só através do Direito, através do instrumento que é a Constituição formal, mas este Estado justificado pelo direito precisa ser legitimado pela política, pois, assim como a força sem a legitimidade não pode operar a função de um comando legal permanente, a legitimidade sem a força de nada adianta, pois esta legitimidade precisa ser dotada da força da coerção para fazer valer seus comandos.

Daí falar-se em acoplamento estrutural de duas esferas que necessariamente se diferenciam como condição de poderem ser acopláveis, o direito e a política, as quais se diferenciam como condição funcional para que possam se acoplar, sem perder a identidade e natureza próprias, prestando serviços recíprocos na medida em que a Constituição, por intermédio dos códigos específicos de cada um (código político e código jurídico), os articula.

Esclarece o autor tedesco que tanto o direito quanto a política operam autonomamente e são sistemas fechados em si mesmos. Com este sistema auto referencial, a compreensão da lógica do direito afasta-se da idéia rústica de um Direito simplesmente natural aproximando-se da idéia de um fechamento operacional dos sistemas do Direito e da política. Haveria, a partir de então, a possibilidade do relacionamento, em termos modernos finais, do Direito e da política, enquanto característica da modernidade.

Karl Loewenstein³⁴² menciona que é preferível a imprecisa e as vezes falha da voz do povo, reconhecendo que ela não é infalível do que a interpretação autêntica da vontade divina por um todo poderoso chefe do governo caciques de seu partido expondo a sua experiência de vida, para dar corpo a idéia que aventou. É curioso verificar que nos limites da teorização de Loewenstein que desenvolveu suas idéias há décadas tem um exato ponto de contato com as teorias mais modernas que procuram explicitar seus postulados em face a modernidade e pós-modernidade, pois, parece mesmo que o que se escreveu no passado era o prenúncio do primeiro problema a ser enfrentado na modernidade ou pós-modernidade, pois o autor não se adentra a discussão sobre a denominação dos tempos atuais e recentes, se modernos ou pós-modernos, tão somente o fato de que se está a referir a um tempo histórico atual e recente.

³⁴² De cualquier manera al autor, que ha vivido en una democracia durante más de un cuarto de siglo, le es más simpática a vox populi reconociendo que en absoluto es infalible que la interpretación autêntica de la voluntad divina por un todopoderoso jefe del gobierno de los caciques de su partido" (LOEWENSTEIN, 1982, p. 205).

Loewenstein já havia atentado para a complexidade do texto constitucional chegando inclusive a assentar que seria bem melhor uma Constituição que, mesmo perante “oscilações” na estrutura social “não altera o funcionamento do processo político”, como a “Constituição dos Estados Unidos da América³⁴³”. Se para o pensador clássico que assentou os pilares de uma “Teoria da Constituição” estas “oscilações” poderiam comprometer a existência de uma Constituição, autores mais contemporâneos entendem que este risco pode ser descartado mediante às Teorias de Lhumann.

Sendo óbvio indagar qual a importância que a Teoria sistêmica tem para se analisar o constitucionalismo latino-americano? Ora, um processo constituinte reúne todos os subsistemas da sociedade e cada um agindo segundo a própria lógica? O problema é que para que funcione toda a estrutura constitucional estes sistemas não se podem chocar uns nos outros, sendo necessário um processo de organização social e sistêmica no âmbito da Constituição.

Observando-se, o processo principal de funcionamento da engenharia constitucional, pois, se não houver este acoplamento política e direito pode ocorrer de haver uma esfera política de poder que não se coaduna com a lógica jurídica do sistema, é possível estabelecer uma comparação entre uma hipotética situação de separação entre a política e direito no âmbito da teoria autopoietica com a alegoria que Roberto Gargarella faz a respeito da Constituição dicotomizada entre “direitos teoricamente assegurados” e a “não compartilhização do poder” gerando uma constante contradição no texto constitucional.

Gargarella fa uso de uma alegoria, a “casa das máquinas da Constituição”, pois seria uma constante nos textos constitucionais latino-americanos não ir ao “cerne da questão”, não teria ainda adentrado “a sala de máquinas” figura esta que pode auxiliar na continuidade da análise do presente estudo, apenas para não perder de vista este aspecto que será tratado na sequencia deste estudo. Feita a ponte entre a noção de Constituição clássica e pós-moderna e demonstrada a importância dos pensamentos de Loewenstein, Luhmann cujo complexo pensamento foi bem aclarado por Menelick Neto, cabe analisar a questão do constitucionalismo como técnicas de proteção da liberdade, para depois se analisar o constitucionalismo latino-americano.

4 O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Para Maurizio Fioravanti (2007, p. 85), o constitucionalismo é concebido como um conjunto de doutrinas que, a partir da segunda metade do século

³⁴³ Aquí yace el secreto de la estabilidad de La Constitución americana, de las constituciones monárquicas. (LOEWENSTEIN, 1982, p. 205).

XVII, dedicaram-se a “recuperar no horizonte da constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia”. Fioravanti assenta que a principal diferença entre estes limites e garantias consiste no fato dos revolucionários franceses terem confiado no poder legislativo como o principal poder limitando as atuações do executivo e do judiciário e os norte-americanos desconfiados da força do parlamento, principalmente olhando para o parlamento inglês, não confiam no legislador confiando direitos e liberdades à Constituição, “limitando o exercício do poder político a esta norma superior ³⁴⁴”. Afirma o autor que a Revolução francesa confiou à virtude do legislador os direitos e liberdades, na suposição de que este representasse o povo, além das fações e dos mesquinhos interesses ao passo que a Revolução americana desconfia supostas virtudes de todo legislador, inclusive do que democraticamente é eleito confiando à Constituição os direitos e liberdades e na possibilidade desta limitar o legislador por ser uma norma de ordem superior.³⁴⁵

Ainda sobre a questão da Constituição e sua formação ao longo do tempo, afirma Fioravanti ³⁴⁶ que reis, príncipes e senhores leigos e eclesiásticos, que derivam seus poderes de forma mais ou menos segura e linear, dos poderes orientados em sentido universalista, havendo diversos centros de poder reivindicando poder, exercendo seus atos de poder em seus territórios (2007, p. 34).

Explicla Fioravanti (2007, p. 85) que diante desta pluralidade a unificação deste mesmo poder foi viabilizando uma estabilidade política. Por outro lado, as concessões mútuas entre os grupos e os reis também foram se fazendo sentir, especialmente em torno do cristianismo foi havendo uma amalgamento de poderes e faculdades, que aos poucos foi unificando e solidificando os centros de poder cada vez mais próximos até se chegar a polarização do poder entre Rei e Papa com reflexos nas figuras que os rodeavam e nas Instituições que se autonomizavam.

Tudo isto foi encaminhando a sociedade europeia para um ponto cada vez mais denso politicamente de tal maneira que a evolução do sistema jurídico alcançou eco no sistema político e vice versa, abrindo caminho para a interação até surgir o instrumento divisor de águas historicamente falando, a figura da Constituição com ideia de separação de funções e competências e direitos e

³⁴⁴ *En pocas palabras, se puede afirmar que la revolución francesa confía los derechos y libertades a la obra de un legislador virtuoso, que es tal porque es altamente representativo del pueblo o nación, más allá de las facciones o de los intereses particulares; mientras que la revolución americana desconfía de las virtudes de todo legislador – también del elegido democráticamente* (FIORAVANTI, 2007, p. 34).

³⁴⁵ *Así, confía los derechos y libertades a la constitución, es decir, a la posibilidad de limitar al legislador con una norma de orden superior.* (FIORAVANTI, 2007, p. 34).

³⁴⁶ *Existen Rey, príncipes y señores laicos y eclesiásticos, que derivan sus poderes de manera más o menos segura y lineal de los poderes orientados en sentido universalista.* (FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 34).

deveres assegurados na interação entre direito e política exposta nas Teorias de Lhumman e Fioravanti.

5 QUANDO MUDAM AS FORÇAS DE EQUILÍBRIO

Karl Loewenstein (1982, p. 199) ao escrever que “toda obra humana é incompleta” e uma Constituição seria apenas um “compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas” que participam de sua gênese” de tal forma que “alterando-se a situação de equilíbrio é necessário mudar também a Constituição”, por certo não se referia apenas aos textos forjados numa atmosfera democrática, portanto num contexto participativo, pois, não excluía as Constituições impostas pelos regimes autoritários, sendo este precisamente o caso da Constituição Chilena de 1980, imposta pelo regime de Augusto Pinochet (1973-1990).

Conforme noticiado (BRAZILIENSE, 2021) um “novo capítulo da história democrática do Chile” começou a ser escrito “quando 155 constituintes eleitos pelo povo iniciarão a redação da primeira Carta Magna desde a ditadura de Augusto Pinochet (1973-1990).” Em verdade, o processo constituinte na acepção mais fidedigna, enquanto pura manifestação popular começou em 2019, com manifestações de rua, violência e repressão policial como que a preparar o terreno para um “nada jurídico”, a partir do qual algo originar surgiria. Observe-se também que um texto constitucional tem muito de simbólico, de litúrgico, tanto para o bem quanto para o mal (NEVES, 1994).

A pressão popular de fato acabou conduzindo a comunidade chilena a um plebiscito constitucional em outubro de 2020 em que 75% dos chilenos escolheram fazer uma nova Constituição para substituir o texto imposto na ditadura militar através de diversas alterações que possibilitou a configuração de um Estado mínimo, senão de todo ausente, dito subsidiário do setor privado, tendo como pano de fundo uma economia ultraliberal e promotora de crescentes desigualdades. As novidades na constituição desta Assembléia constituinte ou “Convenção Constitucional” são inúmeras, há representantes de indígenas, representações de diversos setores e regiões, profissões e etnias e com um forte teor ecocentrista ou sócio ecológico.

Ana Maria Isar dos Santos Gomes Giovani Clark (2021, p. 233) afirmam que o neoliberalismo de austeridade, tem imposto na pós-modernidade não só como um “modelo econômico”, mas, sociopolítico. Explicam que por trás do discurso de que a “austeridade fiscal” é a “nica solução para a superação da crise econômica global de 2008”, as nações tem “sacrificado direitos sociais e trabalhistas e o próprio princípio democrático”, e tem conseguido “eliminar o dissenso” e legitimar-se politicamente.

Mikhail Antonov (2021, p. 238 – 257) afirma que “as predições dos partidários da retórica globalista/pluralista trazem ao pensamento as profecias de Karl Marx, em ambos os casos o prognóstico de “atrofiamento” do direito” (ao menos, o direito tal como concebido na tradição jurídica ocidental) são baseados em certas tendências econômicas genéricas. Afirma ainda Antonov (2021, p. 253) que o pluralismo é inerente à realidade social do direito, e é por isso que o pluralismo jurídico parece estar acima de qualquer suspeita para muitos pesquisadores.

Loiane Prado Verbicaro e Saulo Marinho Mota (2020, p.148) afirmam que em regra, a dinâmica capitalista propugna a “não intervenção estatal na esfera privada dos indivíduos e das empresas”, obscurecendo e fragilizando “as estruturas da democracia procedimental”. Afirmando que no caso brasileiro, os problemas centrais eram “a crise econômica e o elevado desemprego”, foi apresentado um projeto político no qual as pessoas acreditaram (ao reeleger Dilma e Temer), este não contemplava “a reforma trabalhista” como medida para enfrentar crise econômica e desemprego. Contudo, por oportunismo político advinda do derivada do impeachment, foi incluída na agenda do governo de Temer a Reforma a qual foi levada ao final rapidamente. Todo este processo ilegítimo e extremamente célere acabou por “fragilizar a liberdade positiva e a Democracia Brasileira.”

Fernando Barotti dos Santos Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2020, p. 201) asseveram que o constitucionalismo contemporâneo é afetado pela globalização a qual estruturou-se e dissolveu fronteiras econômicas, compartilhou informações de forma célere, uma “nova ordenação no espaço social, político, econômico e sobretudo ao Direito”. Situações que tinham um impacto localizado rapidamente tem influências em outros lugares do mundo, “os acontecimentos, decisões e atividades em uma parte do mundo podem vir a ter consequências significativas para indivíduos e coletividade em lugares distantes do globo”. Afirmando Fernando Barotti dos Santos Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2020, p. 202).

A velocidade com que a sociedade evolui com a manifestação da globalização causa ao Direito externalidades positivas e negativas. “A parte positiva da globalização para o Direito são as possibilidades de interconexão com os demais ordenamentos jurídicos”, e uma “reciprocidade entre as Constituições” o que possibilita uma “atualização no espaço legal” para se atuar em várias áreas dentre eles “os ambientais” e pela via “constitucional” há uma abertura intergovernamental. Neste caso, aponta-se a proteção do complexo florestal amazônico, “dividido artificialmente” entre as fronteiras dos países, é prova desse fenômeno constitucional globalizado.

6 ALGUNS TEMAS CENTRAIS A SEREM ENFRENTADOS NA NOVA CONSTITUIÇÃO CHILENA

À teor de contextualizar a situação constitucional em que se encontra o Chile no momento da elaboração de sua nova Constituição, citam-se alguns pontos essenciais a serem discutidos. Mandujano (2021) explica que a nova Constituição será escrita sobre uma “página em branco” no sentido de que a Assembleia deverá redigir um texto constitucional inteiramente novo, “diferente de uma emenda à Constituição atual”. Este novo texto procura adaptar-se, sem restrições do passado, às necessidades do país no século 21.

Adverte Mandujano (2021) que fazer esta nova Constituição não seria um processo tranquilo porque há diversas forças a quem interessa certamente nada mudar, como aliás, tem sido a marca em toda experiência agremiativa de natureza política, a questão dos privilégios e a própria “complexidade da tarefa de refundação” revelará contradições e limitações estruturais. A composição dos constituintes para um novo texto por certo acena para um horizonte de esperanças, além do que pode indicar a muitas sociedades uma nova maneira de formular modelos de convivência na própria América Latina às voltas com descontentamentos de toda ordem.

Dannemman (2019) elenca alguns artigos da atual Constituição Chilena, como o art. 19 que trata sobre o Estado subsidiário que estabelece o princípio da subsidiariedade, pois, ao ver do autor, “o Estado se retira do fornecimento de serviços sociais como saúde, educação ou pensões, deixando-os em mãos privadas, para só intervir se “necessário”, pois, o “papel do Estado é residual” e tal concepção teria impossibilitado muitas políticas públicas que “incorporam a solidariedade, por exemplo na saúde e aposentadorias”.

Além disso elenca o artigo 19, parágrafo 16 que veda o direito a greve dos servidores. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, prevê o direito de greve em seu art. 37, VII, determinando que o exercício no caso dos servidores dependeria de lei, mas, lei não veio. Assim sendo o Supremo Tribunal Federal determinou nos Mandados de Injunção 670 (STF, 2018a), 708 (STF, 2018b) e 712 (STF, 2008c), que se deveria aplicar os dispositivos da Lei de Greve (Lei nº 7.783/1989). Afirma Dannemman (2019) que os funcionários do Estado e das municipalidades não podem se declarar em greve e que tal proibição “não há em nenhuma democracia contemporânea”. Referindo-se a certos tipos de matérias constitucionais de extrema importância para a comunidade política, Daannemann (2019) cita o artigo 127, 128, 129 da Constituição chilena que estabelece que as reformas constitucionais exigem “quóruns tão altos” (dois terços ou cinco quintos dos senadores e deputados em exercício, segundo o tema) que

são muito difíceis de alcançar ou somente poderia ser mudada a Constituição via Assembleia Constituinte, mas, se for proposta pela oposição, seria ilegal e teria primeiro de mudar a Constituição para permitir que a oposição tenha a autorização constitucional para propor mudança para só então poder fazê-lo.

Ou seja, a Constituição de Pinochet é quase que intocável formalmente porque sempre é preciso se contar com a força política do governo e todas as “vantagens” que podem ser negociadas. Nesta lista de impropriedades constitucionais a autora (DANNEMANN, 2019) menciona ainda as lacunas quanto aos direitos das mulheres, menores e direitos dos povos nativos, exemplificando que “O Chile é o único país da América Latina com povos indígenas, em cuja Constituição eles não têm reconhecimento expresso” nem “o direito à liberdade pessoal, como livre desenvolvimento da personalidade”, só se fala na “liberdade de se mobilizar”, devendo ainda serem incorporados expressamente direitos contemporâneos, como a igualdade, também a salarial, entre homens e mulheres, direitos dos menores de idade, e tantos outros direitos que simplesmente não constam.

Ou seja, greve negação ao servidor, dificuldades para incrementar alterações democráticas na Constituição e negação evidente aos direitos dos indígenas, tudo num texto defendido por quem porta certos privilégios e evidentemente não se interessam nem em mudar algo substancialmente nem que se deseje mudar. Acrescente-se aqui o contra ponto do rol de direitos como consta no texto brasileiro que incorpora direitos e depois os explicita através dos Estatutos como da igualdade racial, do idoso, da criança e do adolescente, do Índio, dos deficientes e tantos outros direitos ditos “novos direitos”.

Contudo, um certo discurso feito de um misto de negacionismo e desestruturação grassa na sociedade brasileira com a finalidade de legitimar supressão de direitos atribuídos a certos grupos em virtude da implementação de políticas de discriminação inversa, vem afetando direitos de uma maneira fulminante a tal ponto de no Brasil em pleno Século XXI, se negar o fato histórico da escravidão dos negros no País (MENDONÇA, 2019). Em verdade se fere de forma reiterada o acesso a direitos diversos, direitos á minorias, direito à diferença, no fundo se fere o próprio direito humano fundamental à Democracia.

Segundo Stephan Kirste (KIRSTE, 2016, p. 6) desde muito cedo, desde as grandes revoluções do Século XVIII, a reivindicação sobre esta ou daquela liberdade, sujeitas a determinados deveres, mas também autonomamente estes devem ser determinados, sua reivindicação se manifestou ao longo dos Séculos XIX e XX e recentemente na revolução árabe. Assim tem havido o reconhecimento nas Constituições Nacionais a liberdade de expressão, reunião, associação, o direito ao voto livre, igual, direto e universal, o direito a uma decisão justa e

à boa administração. Igualmente estão protegidos no plano supranacional por Tratados, Pactos e Declarações diversas (KIRSTE, 2016, p. 6).

O autor faz referência aos direitos reconhecidos pela União Europeia (Art. 11, 12, 39 da Carta de Direitos Fundamentais, Art. 20 II b do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia), autodeterminação dos povos (Art. 1 II da Carta das Nações Unidas), a proteção do direito ao voto (Art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos) e de comunicação (Art. 19 da Declaração Universal) e liberdade associativa (Art. 20 da Declaração Universal) o Direito Internacional do Século XX reconheceu essas demandas também como direitos universais.

Vitória Dannemann (DANNEMANN, 2019) menciona que na Constituição chilena de 1980 não se faz menção direta à democracia ao longo de todo o texto surge no artigo 4º ao mencionar que o “Chile é uma república democrática”. Já os termos “participação” é repetida dez vezes, mas nenhuma associada a palavra “povo” ou a “popular”, a existência certos membros do *stablishment*, como os agentes políticos vitalícios que poderiam exercer mandatos biônicos, como os “senadores biônicos” previstos no art. 45 da Constituição.

Por fim, o artigo 8º era explícito sobre os limites da liberdade ao pôr na ilegalidade qualquer ato de pessoa ou grupo que visasse a propagação de “doutrinas que ameaçam a família”, advogassem a “violência ou uma concepção de sociedade, de Estado ou de ordem jurídica, de natureza totalitária ou fundada na luta classe”, sendo contrárias “à ordem institucional de a República”.³⁴⁷ Como visto, há como que uma “balança histórica” entre o que se está começando a fazer no Chile e o que se está fazendo no Brasil contemporaneamente e não há tema mais importante do que este sem sombra de dúvidas. No Brasil são direitos que se perdem ou que se permitem sejam perdidos?

7 UMA REFLEXÃO SOBRE O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO A PARTIR DA ALEGORIA DA CASA DAS MÁQUINAS DE GARGARELA

Nos tópicos anteriores a preocupação foi a de esclarecer o que se entende por Constituição e por constitucionalismo para efeito das idéias aqui desenvolvidas, sendo a Constituição como se conhece atualmente o fruto de uma aquisição evolutiva devido ao acoplamento estrutural entre a política e o direito como

³⁴⁷ *Artículo 8º— Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República. Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.* (DANNEMANN, 2019).

explica Lhumann em que a política legitimou o direito e o direito concedeu a política a sua força coercitiva.

Tudo isso foi possível a partir da centralização e unificação do Poder soberano dos diversos centros de poder como o Papado, e ainda os demais poderes religiosos desmembrados do catolicismo, os Senhores Feudais, os Reis e Príncipes pois haviam diversas “pequenas soberanias”, se assim se pode dizer, todos exercendo jurisdição e fazendo leis e decidindo e tendo exércitos para garantir suas decisões e leis, como demonstrado por Fioravanti. Os centros de poder foram ao longo do tempo se unificando e as esferas da política e do direito foram interagindo e desta forma surgiu a Constituição como fruto de uma aquisição evolutiva a qual foi incorporando as duas instâncias.

Roberto Gargarella (2015, p. 96 – 97) ao observar aspectos em comum nas Constituições da América Latina aponta uma falha essencial, de cuja correção necessitam os textos constitucionais para a sua plena efetividade, falha esta que se começa a configurar justamente nos processos constituintes, pois, a instância que mais detém poder não é reorganizado, mantendo sua estrutura alterada ao longo da tradição constitucional Latino-Americana, resultando num defeito congênito que se faz sentir, ao que o autor designou como um defeito ou um não acesso à “Casa das máquinas da Constituição.”

Em suma nesta obra Gargarella expõe suas críticas a estrutura das Constituições da América Latina a partir da contextualização de alguns paradigmas que identificou nas formas do viés de um Estado liberal, conservador. Enfatiza que o caráter liberal-conservador em meados do século XIX, vinculado à organização do poder, manteve uma organização estruturada na divisão de poderes fundamentalmente tripartite, inclinada para o Poder Executivo em detrimento dos demais poderes, a não incorporação, deixou de incorporar a questão social pelas lideranças do pacto liberal conservador (GARGARELLA, 2015, p. 97 – 98) e mudanças relevantes foram introduzidas nas declarações de direitos do século XIX, com direitos liberais clássicos, acrescidos com compromissos com os direitos sociais, econômicos e culturais.

Explica o autor argentino que (GARGARELLA, 2015, p. 97 – 98) que apesar dos compromissos, permaneceram as estruturas de poder antiquadas, que consagram um poder incapacitado para maiores reformas políticas, afirma (GARGARELLA, 2015, p. 98 – 100) que as Constituições latino-americanas se sobrepõem a modelos de democracia opostos, que correlacionam aspirações econômicas, ideais políticos, compromissos jurídicos e modelos constitucionais em tensão entre si. Essa ideia de “misturar” reivindicações opostas, sobrepostas, já está bem estabelecida na tradição constitucional latino-americana. Essa foi, em última análise, a principal forma de consolidação do acordo liberal-conservador.

Gargarella (2015, p. 100) aponta para uma certa confusão de tal forma que muitas das novas constituições (Colômbia ou do Peru), afirmam postulados com formulações econômicas “neoliberais” parecendo indicar sua vocação para diferentes formas econômicas, mas também reconhece o costume das “novas” constituições comprometidas com os direitos indígenas, afirmando simultaneamente o valor da propriedade privada e o valor da propriedade comunitária (ou outras semelhantes); ou que o valor da economia privada, mista e pública seja afirmado ao mesmo tempo.

O autor (2015, p. 100) expõe a situação dos chamados “Direitos da natureza” (no âmbito do *sumak kawsay* ou “bem viver” e “viver bem”, previstos nas Constituições como as do Equador ou da Bolívia, se assentam em uma névoa confusa pois, os direitos ancestrais das comunidades indígenas não são claros quanto à possibilidade das “comunidades indígenas consideram a natureza como sujeito de direitos, nem é claro que faça sentido falar de “direitos da natureza”, mesmo diante da prática interpretativa dos princípios, assentando também (GARGARELLA, 2015, p. 103) que há uma “contradição” entre “antigos” e “novos” direitos na Constituição na ligação entre as “velhas” estruturas de poder e as “novas” instituições que são incorporadas.

Afirma que (GARGARELLA, 2015, p. 104) não se considerando isto organicamente o que não foi alterado continua comandando, pois, o que está em jogo é o núcleo básico da organização dos poderes, ou seja, a casa de máquinas da Constituição. Para Gargarella (2015, p. 107) o estudo da história latino-americana demonstra a forma recorrente como o poder político concentrado tendeu a se entrelaçar com o poder econômico concentrado, ou a favorecer sua concentração. Como visto, para Gargarella, há uma disfunção nos processos de organização das Constituições que acarretam a imutabilidade histórica porque não se mexe no cérebro do sistema constitucional.

A crítica de Gargarella é muito importante por tres aspectos bastante relevantes, primeiro, se for procedente, a nova Constituição Chilena talvez nasça enfermada dos mesmos defeitos congênitos dos demais textos latino-americanos, segundo, toda forma de crítica é de essencial importância se consideradas as crises nas quais estão mergulhados diversos países sul-americanos, terceiro, não há nada mais terrível a um povo do que perder a sua esperança e se um texto nasce fadado ao insucesso se está apenas adiando sérios problemas constitucionais cujas consequências a história é pródiga de exemplos.

Para Francisco Zúñiga Urbina (2021, p. 192), em estudo coordenado pelo Senado chileno, analisou as reformas constitucionais correntes e futuras propostas pelo segundo gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018) sobre a descentralização e desconcentração do Estado regional e os novos órgãos como

a figura do Governador regional, delegação presidencial regional, previstas na Lei de Reforma constitucional nº 20.990 bem como como será tratada esta temática na nova Constituição da Convenção Constitucional eleita em 11 de abril de 2021.

Partindo da idéia de uma nova repartição de poder de um território de um Estado regional com o sistema de direitos, repartição esta a que fazia alusão Gargarella em seu texto sobre a “casa das máquinas”, afirmando Urbina que a diminuição da participação política do povo nos processos políticos foi uma amarga experiência para a Democracia e que com a nova reestruturação política administrativa tem o condão de uma maior participação do povo³⁴⁸, com órgãos estatais que devem de respeitar, promover e assegurar em todos os níveis o pleno exercício dos direitos humanos promovendo sua progressividade, expansividade e otimização destes direitos que juntos com a descentralização administrativa permitirá maior igualdade e melhores oportunidades para todas as regiões³⁴⁹ de forma mais equânime.

Urbina assinala ainda um rol de direitos a serem considerados num Estado que deverá ser democrático, assegurando direitos políticos como sufrágio, associação, proteção aos nacionais, o direito a uma boa administração, acesso a informações e documentos, direito de petição, reunião e manifestação e direito de inclusão de grupos excluídos historicamente dos espaços de decisões políticas³⁵⁰.

Por ultimo assinala que tanto faz se o Estado é considerado Social ou Democrático, pois, isso não implica necessariamente na efetividade dos direitos a oportunidades de igual participação na vida política e econômica se tudo isso irá depender verdadeiramente da localização geográfica do cidadão, o que de fato determinará sua posição e rol de direitos na sociedade, razão pela qual assinala que a nova Constituição precisa atentar precisamente para este ponto assegurando oportunidades igualitárias de participação nas decisões locais, regionais

³⁴⁸ *La amarga lección para el sistema democrático, como es la decreciente participación política del pueblo en los procesos electorales es demostrativo de ello. La suerte de “fatiga o desinterés electoral” que hoy nos aqueja se corrige (más allá del debate acerca de la obligatoriedad del derecho de sufragio) abriendo las instituciones a la participación del pueblo y restableciendo el sufragio universal obligatorio; expresión cabal de la “sala de máquinas” (Gargarella) del Estado De esta manera, conecta el nuevo reparto del poder político en el territorio de un Estado regional con el sistema de derechos.*(URBINA, 2021, p. 192).

³⁴⁹ *Se materializa el deber o mandato dirigido a los órganos del Estado en orden a respetar, promover y asegurar, en todos sus niveles de protección, el pleno ejercicio de los derechos humanos, propendiendo a su progresividad, expansividad y óptima realización posible, lo que unido a la descentralización permitirá mayor igualdad y mejores oportunidades para las regiones.* (URBINA, 2021, p. 192).

³⁵⁰ *Asimismo, un Estado “democrático” debe asegurar también los derechos políticos: sufragio universal, asociación política, protección del Estado a los nacionales, nacionalidad, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de petición a la autoridad y el derecho de reunión y manifestación; el derecho a la participación política y social, como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos de los espacios de toma de decisiones públicas.* (URBINA, 2021, p. 192).

e nacionais e também a oportunidade de desenvolver-se economicamente ³⁵¹. Esta geopolítica de participação da cidadania é justamente a resposta ao vazio de esperanças que inundaram a sociedade chilena conduzindo-a a processos revoltosos e violentos a partir de 2019.

Por fim, observe-se que o motivo de se estudar como um caso constitucional a nova Constituição chilena em formação, possibilita reviver um processo tão rico como foi no Brasil, precedendo a Constituição cidadã de que falava Ulysses Guimarães ³⁵². No tocante ao Processo brasileiro é importante considerar a observação de Ana Cláudia Santano (2020, p. 209) para quem “o projeto constitucional de 1988 foi muito desejado” devido a grande mobilização popular antecedido pelo movimento das “Diretas Já”, reivindicando uma “nova ordem constitucional que rompesse definitivamente as amarras do regime ditatorial”. O projeto constitucional brasileiro teve o seu ápice na Constituição de 1988. Esta experiência é útil ao analisar a teoria de Roberto Gargarella, para quem há um defeito congênito nas Constituições latino-americanas, a questão do poder, a construção central do cérebro do mecanismo jurídico político, a organização da “Casa das máquinas”, ou seja, da participação do poder e sobre a parcela de poder sobre a qual se pode decidir.

CONCLUSÃO

Ante todo o analisado, constata-se de grande relevância e urgência observar e compreender a construção do projeto constitucional chileno em seu genuíno processo de formação com a instauração da nova constituinte, a partir das configurações do novo constitucionalismo latino-americano. Buscou-se contrastar este processo tanto em seus antecedentes ao texto constitucional, posto que instaurada a Assembléia constitucional em 2020 com a desconstrução do projeto constitucional brasileiro nas configurações do ultra neoliberalismo em processo de intensa e acelerada erosão de direitos fundamentais em governos recentes.

A intenção é justamente demonstrar as dificuldades históricas para se alcançar direitos que foram inseridos no caso do texto brasileiro de 1988, com

³⁵¹ *Ahora bien, una y otra definición (que el Estado sea tanto social como democrático) no significan mucho si la vigencia efectiva de los derechos y las oportunidades para participar tanto de la vida política como económica de la nación están determinadas por el lugar en que una persona nazca o resida. Por eso, la nueva Constitución debe reconocer el derecho de todos los habitantes de la República a tener oportunidades equivalentes de participar en las decisiones democráticas locales, regionales y nacionales y, a la vez, de beneficiarse del desarrollo económico.* (URBINA, 2021, p. 192).

³⁵² A primeira versão da Constituição de 1988 impressa trazia um “Prefácio” de Ulysses Guimarães, ferindo a personalidade, art. 37 do texto constitucional, uma curiosidade histórica. As demais impressões do texto não trazem este prefácio, fazendo assim o texto brasileiro num certo sentido a única a conter um “Prefácio”. Podia ser pior, uma dedicatória, por exemplo! Mas, foi uma dedicatória de amor a Nação brasileira e por isso Ulysses estaria perdoado perante a história!

grande sacrifício de um geração que lutou décadas para recuperar o que a ditadura militar excluiu e violou, em que pesem as críticas a Constituição de 1988 no sentido de sua relativa extensão e de ser um texto antídoto, cuja extensão e detalhamento não seria mais útil após 30 anos de vigência da Constituição, distanciada portanto das violações históricas que a geraram.

Contudo, quis a história demonstrar mais uma vez a sabedoria do dizer segundo o qual, o preço da liberdade é a sua eterna vigilância, pois, com os últimos governos no Brasil, mais do que nunca, cada palavra dita ou presumida do texto constitucional vem demonstrando sua sabedoria, utilidade e a necessidade de se custodiar as liberdades que não vieram de forma gratuita, mas, que de forma gratuita bem podem se perder.

A título de conclusão se busca demonstrar a partir dos elementos colhidos na pesquisa, que a Constituição chilena romperá com o modelo neoliberal nela instaurada no regime ditatorial de Pinochet, rechaçando o capitalismo ali instaurado, para se filiar às outras Constituições ditas integrantes do sistema latino de Constituições edificadas, sob um novo paradigma sócio ambiental do bem viver e de uma concepção plurinacional, categorias que expressam uma nova expressão da Democracia.

Daí a tese defendida no sentido de captar um momento rico da genese de uma nova Constituição para se perceber como que numa “viagem ao passado” o valor das garantias ali insculpidas com sangue, suor e muito sofrimento, num movimento cívico nunca antes visto na história política brasileira, conquanto alguns queiram por em dúvida a própria legitimidade do processo e do texto constitucional produzido em 1988.

Como visto, em todas estas reformas nos últimos tempos no Brasil desde a trabalhista no governo Temer, até a Previdenciária no governo Bolsonaro e ainda uma série de medida destruidoras do Estado Democrático de Direito, que foram levadas em frente e se converteram em leis no Brasil e até mesmo pervertendo Políticas Públicas, quase que integralmente demonstra a face cruel de um Estado mínimo e a barbárie capitalista implementada em modelos ultraliberais, como no Brasil.

Acresça-se a esta funesta lista, o avanço sobre as terras indígenas, as propostas de se fazer garimpo legal nas terras dos nativos, o descaso com sua cultura e valores, afrouxo das leis ambientais, descaso com os direitos humanos, privatizações e todo o restante do receituário neoliberal aplicado no Chile de forma original na América Latina, pois, se no Chile se implementou o neoliberalismo enquanto laboratório dos altos interesses financeiros que prostram povos e nações.

Por isso, a idéia adotada de se apresentar o contraste entre um Estado em que se dá a gênese de uma nova Constituição revigorada com todas as demandas sociais, elaborada por constituintes que dividem o protagonismo entre homens e mulheres, fio condutor de todas as demandas sociais, direitos sociais, Estado forte e previdente, fortalecimento da assistência social e previdência, da saúde, da educação, do meio ambiente, inclusive numa linha já adotada em outros países num modelo ecosocial, ou seja, tudo ao contrário do que está acontecendo no Brasil com o desmonte do Estado Social elaborado e a erosão de direitos por constantes e açodadas reformas nos mais diversos âmbitos estatais.

Foi demonstrado através de um estudo comparativo alguns aspectos de essencial relevância dos dois projetos constitucionais, as propostas, que delineiam a futura Constituição do Chile, em pleno processo de criação, e de outro lado, a forma como muitos destes direitos foram aniquilados por Reformas nas mais diversas áreas, violando a identidade do sujeito constitucional constitutivo da Constituição do Brasil (1988), num processo de uma acelerada erosão de direitos.

As duas concepções de Estado, uma por ser criada, a chilena e outra, possuidora de uma Constituição dita “cidadã” a brasileira, dá sinais de que o texto chileno se filiara à tradição do novo constitucionalismo latino-americano rompendo de todo com uma configuração neoliberal. Ao que tudo indica o texto chileno rumará em definitivo para muito longe da opção neoliberal na qual a sociedade chilena se consome, harmonizando-se com as Constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), robustecendo o constitucionalismo latino-americano e consolidando um paradigma nascida dos anseios mais profundos das camadas populares e fragilizadas das Américas, homens, animais, matas e campos e rios e montanhas e charcos e tantos outros rincões da América.

Foi analisado o rechaço das constituições latinas analisadas à barbárie do capitalismo, vislumbra-se uma esperança de que o sistema brasileiro se aproxime cada vez mais das Constituições irmãs, integrantes do “sistema latino de constitucionalidade” pluralista, pois, há algo substancialmente novo quanto a algumas das Constituições latinas, pois, estas introduzem um modo de produção da vida não mais a partir da lógica do capital, mas, de subjetividades múltiplas e cooperativas, plurinacionalidades, atentando-se para novos paradigmas de convivialidade do homem, do meio ambiente e dos animais, considerando o passado comum na América nas lutas e conquistas históricas, considerando os pontos de conexão a partir do modo como se articulam elementos de interculturalidade, Estado plurinacional e bem-viver (*sumak kawsay/suma qamaña*), incluindo a natureza como sujeito de direito de modo a permitir paradigma socioambiental.

O novo paradigma sócio ambiental do bem viver e de uma concepção plurinacional, expressa uma nova expressão da Democracia que vivamente contrasta o processo constituinte chileno com um delineamento inicial no contexto de um Estado neo-constitucionalista latino-americano com a situação do Brasil numa dialética pulsante e viva diante da gênese de um processo constituinte em cuja essência se pode perceber, uma insurgência de um novo sujeito constitucional, ameríndio, sócio ambiental, incluyente, plurinacional, com a ressignificação do homem e do meio ambiente num contexto de ampla valorização do feminino, da pluralidade e de uma nova concepção do “viver” e mais do que isto, do “bem viver”.

Enfim, é a eclosão de um novo sujeito gestado na dominação e opressão em comum e deste processo de esmagamento da natureza, do ser humano, do feminino, do empobrecido, dos indígenas, das comunidades diversas, dos negros, manifesta-se na história uma nova forma de se conceber o mundo e a vida. A tese apresentada busca demonstrar que todo o esforço para se criar um Estado Social no Brasil, instaurando-se um Estado Democrático de Direito constitucionalmente adequado aos fundamentos da constituição deste estado, como a dignidade humana, bem como pelos seus objetivos e finalidades, a construção de Políticas Públicas inclusivas, plurais, que acolhem a diversidade, a riqueza cultural.

Mais ainda, o Processo chileno e os pontos em comum com as demais Constituições latino-americanas, apesar de todas as crises pelas quais estão passando ainda oferecem não uma forma de sobreviver, mas sim uma nova forma de viver, de celebrar a vida, de compreender que animais e natureza, homens e mulheres de diversas culturas, compreensões e história política podem construir algo que vá além do capitalismo predatório, a Economia que minimiza o Estado e endeusa o lucro, que harmoniza as economias nacionais às expectativas do consumo dos mercados.

A vocação da América é para viver e um “bem viver”, rompendo com amarras de sistemas e modelos que não são a expressão cultural e espiritual do povo latino, que finalmente começa a se aceitar nos giros do mundo como um povo livre, diferente, capaz de se fazer e refazer e de criar uma civilização que acolha, celebre e saiba realmente ser feliz!

REFERÊNCIAS

ANTONOV, Mikhail. Em busca do Pluralismo Jurídico global. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238 - 257, jan./abr. 2021, p. 244-245. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2184/688>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Constituição Federal. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Compilado até a Emenda Constitucional nº 109/2021. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021.

BRASIL. **Lei Federal Nº 7.783**, de 21 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção nº 670/E. Relator: Gilmar Mendes. Dje: 31/10/2018a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 24 de out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708-0/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dje: 31/10/2008b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752292899>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712/PA**. Relator: Ministro Eros Graus. Dje: 31/10/2008c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/PDF/mi712.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRAZILIENSE, Correio. **Comissão começa a redigir nova Constituição no Chile**. 04.07.2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/mundo/2021/07/4935399-comissao-comeca-a-redigir-nova-constituicao-no-chile-primeira-desde-a-ditadura.html>. Acesso em: 20 jul 2021.

CARVALHO NETO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista TST**, Brasília, v. 68., n. 2., abr./jun 2000.

CLARK, Giovani. GOMES, Ana Maria Isar dos Santos. Neoliberalismo de austeridade performance e dissenso. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26., n. 1., p. 211 - 237, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1604/687>. Acesso em: 27 jul. 2021.

DANNEMANN, Victoria. Os pontos polêmicos da Constituição chilena. **dw.com**, 4 out. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/os-pontos-pol%C3%AAsicos-da-constitu%C3%A7%C3%A3o-chilena/a-51255171>. Acesso em: 24 jul. 2022.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas: Entre lo viejo y lo nuevo**. *Nueva Sociedad*. n. 257., jul./ago, 2015.

KIRSTE, Stephan. O Direito Humano Fundamental à Democracia. Tradução de Marcos Augusto Maliska. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 20.,

n. 20, p. 5 - 38, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/932/463>. Acesso em: 20 jul 2021.

LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. The Macmillan Company: New York, 1942.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1982, p. 205.

LUHMANN, Niklas. *La Costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (orgs.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

MANDUJANO, Luis Sandoval. **A Assembléia Constituinte do Chile: oportunidade histórica para o povo**. Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/pt/assembleia-constituente-chile-oportunidade-para-povo/> Acesso em: 19 jul. 2021.

MENDONÇA, Ana Carolina. Novo presidente da Fundação Palmares nega a existência de racismo no Brasil e manda artistas “de volta para África”. **Estado de Minas**, 27 nov. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/11/27/interna_politica,1104183/novo-presidente-da-fundacao-palmares-nega-a-existencia-de-racismo-no-b.shtml. Acesso em: 30 jul. 2021.

MOTA, Saulo Marinho. VERBICARO Loiane Prado. A Reforma Trabalhista como sintoma de fragilização da Democracia brasileira. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25., p. 126 - 150, mai./ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1513/657> Acesso em: 27 jul. 2021.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Editora Acadêmica. São Paulo. 1994.

SANTANO, Ana Cláudia. Um balanço dos 30 anos da constituição federal de 1988: Direitos Humanos na jurisprudência em juízes. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 25., jan./abr. 2020. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/585>. Acesso em: 28 jul. 2021.

SANTANO, Ana Cláudia. Uma Abordagem sobre os Direitos Políticos dos Indígenas no marco das normativas internacional e brasileira. **Resenha Eleitoral**. Florianópolis, v. 23., n. 2., jan./abr. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/44983958/Uma_Abordagem_sobre_os_Direitos_Pol%C3%ADticos_dos_Ind%C3%ADgenas_no_Marco_da_Normatividade_Internacional_e_Brasileira. Acesso em: 28 jul. 2021.

SANTOS, Fernando Barotti dos. RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. O neoconstitucionalismo e a absorção cultural dos povos. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25., n. 2., p.195 - 227, mai./ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1581/660>. Acesso em: 27 jul. 2021.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 25., n. 1., p. 16 - 47, 2021, jan./mar. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/mRj655CJ8KJTLdMkKcPPRtt/?format=pdf&clang=pt>. Acesso em: 30 jul. 2020. Acesso em: 27 jul. 2021.

URBINA, Francisco Zúñiga. *Acerca del Estado Regional y la Nueva Constitución. Presente y por-venir. Reflexiones constitucionales: Aportes para la nueva Constitución*. Valparaíso: Ediciones Senado de la República. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2021.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Introducción al Derecho Político: Las transformaciones sociales del Derecho Político actual*. Barcelona: J.M^a Bosch Editor, 1958.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. Forense, 2004.

AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Pedro Triches Neto³⁵³, Felipe Cazuo Azuma³⁵⁴

INTRODUÇÃO

A liberdade de locomoção esteve presente desde os primórdios da humanidade, tendo em vista que as primeiras sociedades eram inicialmente nômades e, portanto, exerciam com vigor a efetivação do referido direito fundamental.

Posteriormente essas sociedades iniciaram a estabilidade em territórios certos, contudo, por volta do século VIII a.c., na Idade Antiga, houve a criação do “cárcere”, que era um regulamento social, mantendo determinadas pessoas privadas de sua liberdade, tendo em vista um interesse maior estatal, por conta de descumprimento de regras de conduta ou cometimento de crimes que infringiam a sociedade da época.

Esse dilema da existência, caracteristicamente humana, sempre fora uma questão discutida socialmente, visto que há um jusnaturalismo notório relativo a liberdade dos seres humanos, contudo, diante do crescimento das sociedades fixadas em territórios predeterminados, se evidencia a necessidade de segregação de algumas pessoas que faziam parte do corpo social, contudo, não preservavam suas regras e, por isso, não faziam jus a permanecerem livres no seu clã.

Após longos anos, houve a positivação do direito à liberdade de locomoção e sua garantia mais notória nas legislações pelo mundo, o “habeas corpus”, uma ação específica para o pedido de liberdade do sujeito que está sendo ilegalmente custodiado pelo estado ou mesmo por particulares.

Portanto, o presente estudo busca trazer à baila a historicidade do direito à liberdade de locomoção, das gerações de direitos fundamentais, bem como o

³⁵³ Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIPAR. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (2017). Atualmente é advogado - Advocacia Pedro Rocha. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8481108912649168>

³⁵⁴ Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela Unipar. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (2000). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC - Instituto de Criminologia e Política Criminal e UFPR - Universidade Federal do Paraná. Atualmente é professor do Centro Universitário da Grande Dourados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Presidente da 4ª Subseção da OAB-MS - Dourados, Gestão 2013-2015. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2027761233637159>

“habeas corpus”, garantia trazida constitucionalmente para efetivar o direito à liberdade do sujeito.

A necessidade da realização do presente artigo faz-se na medida em que a luta política pela relativização da prisão mesmo sem processos judiciais transitados em julgado, ou seja, a prisão em segunda instância que outrora havia sido autorizada por precedente pelo Supremo Tribunal Federal e, após alguns anos, houve a desistência da realização do cárcere sem a decisão transitada em julgado, contudo, há recentes pautas sobre a relativização do direito de liberdade de locomoção e, por isso, há a necessidade de trazer a importância do direito histórico e constitucional sobre a importância do direito fundamental a liberdade de locomoção do sujeito de direitos.

1 A ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO

Ao tratarmos inicialmente de constituição e sua origem, cumpre colacionar ao presente trabalho o escólio de um dos mais importantes professores do direito ao resumir constituição e constitucionalismo, nesse esteio, Bonavides (2008, p.25) conceitua constituição como sendo “o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”

Pontes de Miranda (1932, p.26), ainda em 1932 conceituava constituição dessa forma “Constituição é acto do poder estatal, do poder constituinte, que tem que ser obedecido, enquanto continuo o jacto da ordem jurídica.”

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 47) reconhece constitucionalismo como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.” Segundo o autor, não há somente um tipo de constitucionalismo, mas vários, sendo o movimento constitucional separado em diversos espaços históricos, geográficos e culturais diferenciados.

Tradicionalmente, o nascimento do constitucionalismo está vinculado ao direito norte americano, datado de 1787, após a independência das 13 colônias. Nesse diapasão, houve a constituição francesa de 1791, que teve como preâmbulo a declaração universal dos direitos do homem e do cidadão, datada de 1789, nesse sentido, ao explicar o termo constitucionalismo, o professor Barroso (2015, p.29) narra “data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano”.

Nesse mesmo sentido, a professora Aline Terra (2016) remete a revolução francesa uma síntese do sentimento popular a ser codificada “a revolução francesa

conduz a classe burguesa ao poder estatal e o processo de codificação se revela especialmente idôneo a consolidar juridicamente aquele conjunto de valores”.

Contudo, logo após esta relata “Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da Polis grega, por volta do século V a.C.”.

Nessa toada, segue o escólio do professor Nery Junior (2019) sobre o início do constitucionalismo

Todo estudo de direito constitucional precisa situar o aspecto histórico do constitucionalismo. O direito constitucional não surgiu no século XX, apesar de ter se consolidado nele. Ele deita suas raízes na própria Idade Média, quando pensamos no constitucionalismo inglês, por exemplo.

Ressalta, ainda, o professor que a carta de João Sem Terra, datada de 1215 foi uma tentativa de fazer com que o Rei parasse de abusar do seu poder e fazer com que os ingleses sofressem com isso, através de normas constitucionais, por isso, remetem o início do constitucionalismo na visão do autor.

Portanto, torna-se cristalino que os direitos fundamentais tiveram seu nascimento na mais antiga antiguidade, contudo, ainda muito embrionário, sendo positivados, através dos documentos mais importantes em um âmbito global no que se refere a garantir os direitos humanos através de uma codificação eficaz.

Importante salientar que, se analisarmos a corrente jusnaturalista, elencada por Norberto Bobbio (1992)

O Jusnaturalismo é uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo).

Portanto, não há legislação que tenha garantido ou dado origem aos direitos essenciais aos seres humanos, mas estes decorrem da própria existência de coletividade.

Por outra vertente, os jus positivistas defendem as regras como a única e primária fonte do direito em que a justiça se inscreve em leis específicas elaboradas pelo Estado, desta vez seu ordenamento jurídico torna-se completo e autossuficiente, tendo, portanto, origem nas primeiras constituições que tivemos na humanidade, citadas acima, de origem anglo-saxã e gaulesa.

Importante salientar que foram vários séculos desde o que conhecemos hoje como direitos fundamentais, ou seja, foi uma evolução, criada em 1979 por Karel Vasak, a divisão, com pouco intuito científico, mas mais histórico, como

sendo as três gerações ou dimensões dos direitos fundamentais e vem sendo expandida pela doutrina de maneira eficaz.

2 AS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

De início, impende ressaltar que o professor Ingo Sarlet (2011, p. 45) defende que deveria ser usado o termo “dimensões” de direitos humanos, visto que o a palavra “geração” pode sugerir que uma impressão de substituição de uma por outra, o que seria errôneo, ideia muito adotada pelos atuais constitucionalistas, visto que na maioria dos livros estudados para a produção científica, esta tratava como dimensões.

A primeira geração de direitos humanos teve como marco histórico a Declaração dos Direitos do homem e da Cidadania, em um contexto de final do século XVIII, mais precisamente, na independência norte-americana e a elaboração da Constituição de 1787, bem como a Revolução Francesa de 1789.

Nesse sentido, a professora Tathiana Chicarino (2016) ressalta a importância desse documento histórico que

Para defender a dignidade humana será essencial, então, assegurar os direitos civil e políticos, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais que foram reconhecidos pela primeira vez e em nível internacional, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ainda, sobre a declaração a professora Tiemi relata (2020, p. 7)

É possível afirmar que essa declaração inovou ao proclamar diretrizes gerais que orbitam em torno da dignidade da pessoa humana, bem como universalizar a proteção aos direitos humanos que devem ser reconhecidos a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza.

Importante ressaltar o momento histórico da época, uma sociedade que era extremamente massacrada pelos oligarcas que tornavam suas vontades imperiosas contra a população que não tinha o direito de se expressar ou sequer o direito à liberdade de locomoção, pois o governante era a boca da lei, o indivíduo não tinha liberdade, nem segurança jurídica e, como o relata o professor Beccaria Cesare (2015, p. 22), a lei deve fundar sobre “sentimentos indelévels do coração do homem.

Portanto, os direitos de primeira geração vieram para proteger a integridade física, psíquica e moral da população, trazendo à baila direitos como presunção de inocência, liberdade de expressão, devido processo legal, liberdade

de expressão, e o direito ao sufrágio, que representa o direito ao voto, de ser votado e ocupar funções e cargos públicos.

Nesse sentido, Piovesan (2018, p.108) leciona sobre liberdade

Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais.

Dessa forma, inspirados pelo início do constitucionalismo global, a primeira geração ou dimensão dos direitos humanos foi batizada de “liberdade”, que será completada pelas próximas gerações formando a famosa frase francesa *Liberté, Egalité, Fraternité* (Liberdade, igualdade, fraternidade).

Contudo, conforme o professor Cambi (2011, p. 67), relata, havia necessidade de mais, de uma atuação maior do Estado para a garantia dos direitos humanos

A instituição da organização das nações unidas, em 1945, a declaração dos direitos humanos, em 1948, e as sucessivas convenções internacionais produzidas marcam a falência da soberania absoluta dos estados, baseadas na paz de Westfália, que deu origem à tragédia das duas guerras mundiais.

Como dito no parágrafo anterior, a segunda geração dos direitos humanos surge após a primeira guerra mundial, ora, mais uma vez há de se falar no contexto histórico, muitas guerras também atraem a pobreza e os cidadãos estavam passando fome e, embora tinham liberdade, não lhes era garantido por meio da constituição direitos como saúde, habitação, lazer, trabalho, etc.

Conforme a professora Isabela Garbin (2021, p. 43) relata em seu livro *Direitos humanos e Relações Internacionais*, os principais documentos históricos que evidenciam essa segunda dimensão são: “Esses direitos econômicos e sociais foram expressos originalmente na constituição mexicana de 1917, na constituição de Weimar, de 1919, e no tratado de Versalhes, de 1919”

Nesse contexto o professor Fonseca (p. 12) relatou em seu escólio

Os efeitos da Segunda Guerra demonstraram que as violações de direitos humanos ocorridas nos Estados eram de interesse de toda a humanidade, e não apenas questão interna e doméstica dos países.

Portanto, diante de um contexto crítico global, houve a explosão de um conjunto de direitos fundamentais que foram denominados “direitos de igualdade” ou “direitos sociais”, que se materializaram nas constituições no intuito de garantir ao cidadão que o Estado deveria cumprir determinadas prestações

que irão garantir a população uma mínima igualdade de desenvolvimento e de direitos básicos para sua sobrevivência com dignidade.

Além disso, tendo em vista que foram direitos garantidos após a Segunda Guerra Mundial, onde existiu o holocausto, tortura que levou a morte milhares de judeus, houve um reforço a primeira dimensão dos direitos humanos, que, conforme a professora Viana (2020, p. 07) retrata, foi relevante para a fortificação dos direitos humanos em âmbito global “um momento relevante ocorreu após o fim da segunda guerra mundial, quando ficou definido um esforço entre as nações no sentido de garantir os direitos do homem.”

Nesse mesmo sentido, o professor Sarmiento (2004, p. 35) relata que o Estado foi obrigado a desempenhar o papel de cuidador da garantia dos direitos, vejamos

O advento dessa segunda geração de direitos fundamentais impunha ao estado o cumprimento de prestações positivas, que tinham que ser asseguradas através de políticas públicas interventivas.

Como grande exemplo dos direitos de segunda geração, podemos citar na constituição Brasileira o artigo 6º, que garantiu

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

Além disso, os direitos de segunda geração trouxeram consigo os direitos econômicos, garantindo ao cidadão os princípios da livre concorrência, propriedade privada, defesa do consumidor, entre outros. Bem como os direitos culturais, garantindo a proteção e o direito de manifestações que representem a identidade daquele povo.

Dessa forma, conforme a classificação do professor Karel Vasak em 1979, houve, após a garantia dos direitos sociais, por meio de uma segunda leva das constituições globais, os direitos de terceira dimensão, estes mais recentes.

O direito de terceira geração surge após o ano de 1960, que trouxe consigo uma ideia de fraternidade ou solidariedade e se preocupa com os direitos difusos, que não posso determinar os titulares do direito ou mensurar seu número ou ainda os direitos coletivos, que possuem um número determinável de titulares, que estão na mesma situação jurídica fatídica.

Portanto, essa terceira dimensão garante o direito a paz, a comunicação, a proteção ao meio-ambiente livre e protegido para as futuras gerações, a auto-determinação dos povos, entre outros.

Nesse sentido o professor André Ramos Tavares (2002, p.471) afirma que

São direitos de terceira dimensão aqueles que se caracterizam pela sua titularidade coletiva ou difusa, como o direito do consumidor e o direito ambiental. Também costumam ser denominados como direitos de solidariedade ou fraternidade.

Corroborando o acima citado, a professora Flávia Piovezan (2018, p.301) ressalta que foram inúmeros documentos internacionais que trouxeram a ideia de globalidade do ser humano, direitos intergeracionais e difusos, “a declaração de direitos humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da declaração de 1948, quando, em seu §5.º, afirma: “todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados.”

Dessa forma, resta cristalino que a terceira geração dos direitos humanos trouxe a ideia de globalidade dos direitos humanos, que devemos lutar em conjunto, como humanidade, para preservar nosso habitat para as futuras gerações e aproveitarmos a coletividade para buscar direitos difusos e coletivos.

Nesse sentido foi a classificação dos direitos humanos realizada em 1979 por Karel Vasak, contudo, a doutrina tem se debruçado para evoluir o pensamento das dimensões dos direitos humanos através de novas gerações ou dimensões, contudo, estes pensamentos ainda não são uníssonos, melhor dizendo, ainda é divergente na doutrina pátria.

No tocante a quarta geração dos direitos humanos o professor Erival Da Silva Oliveira (2016, p.3) explica

Os direitos de 4.^a geração são conhecidos por direitos dos povos e são fruto da última fase da estruturação do Estado Social. Abrangem o direito à informação, ao pluralismo, à democracia entre outros. Há quem sustente ser o direito vinculado ao desenvolvimento científico, também chamado de desenvolvimento biotecnológico (DNA, genética, nanotecnologia, clonagem, biotecnologia, entre outros)

Portanto, há uma divergência, inclusive, doutrinária, sobre qual a quarta dimensão dos direitos humanos, visto que o autor Karel Vasak somente narrou 3 gerações dos direitos humanos, ficando a cargo da doutrina internacional a classificação das subsequentes.

Nesse mesmo contexto, o jurista Gilmar Mendes (2014, p.145) defende a visão de Norberto Bobbio e Paulo Bonavides sobre a quarta dimensão dos direitos humanos.

Parte da doutrina admite a existência de uma quarta, quinta e até sexta dimensão de direitos fundamentais, no entanto, segundo Ingo Sarlet a extensão dessa divisão não é necessária, vez que esses direitos já estariam abarcados dentro das três dimensões amplamente consagradas na doutrina. Entre os defensores de uma quarta dimensão estão Paulo Bonavides e Norberto Bobbio, e seu conteúdo diz respeito à democracia direta, direitos à informação e ao pluralismo.

Nesse esteio, podemos afirmar que a quarta geração dos direitos humanos é um assunto ainda divergente entre os teóricos. Nesse sentido temos a opinião do professor Eduardo Ribeiro (2005, p.136) garantindo a inclusão da 4ª geração ao Biodireito

É no biodireito que as proporções são verificáveis em nível estruturante, de formação de nova dimensão de direitos, tornando os direitos resguardados pelo biodireito na composição dos direitos de 4.ª dimensão.

Dessa forma, ainda não temos uma unanimidade quanto a 4ª geração dos direitos humanos, contudo, conforme narra o mestre Leonardo Fernandes Dos Santos (2012, p.39), há uma necessidade de reconhecimento da garantia desses novos direitos para se tornarem um marco não retroagível

A luta pela manutenção dos direitos fundamentais não está finda. É dever do Direito, em nome do princípio da vedação do retrocesso, evitar com que as conquistas relacionadas aos direitos fundamentais tenham sido em vão. Os direitos fundamentais de quarta geração são de especial relevo nessa luta, a um porque demonstram que o Estado não é formado por camadas homogêneas de um mesmo povo, a dois porque garantem que se reconheça que sem democracia e pluralidade a luta pelo império dos direitos fundamentais será sempre dar voltas em círculos”

Nesse diapasão, diante de uma ingerência da doutrina atual na teoria de Karel Vasak sobre as três dimensões de direitos humanos, criando uma suposta quarta geração, há ainda, na doutrina atual, quem defende uma quinta dimensão dos direitos humanos, contudo, de uma forma menos harmoniosa ainda que a sua antecessora.

Quanto a quinta geração ou dimensão dos direitos humanos, o professor Gilmar mendes (2014, p.145) expõe que

Como expoentes da quinta dimensão estão José Alcebíades de Oliveira Junior e Antônio Wolkmer. Tal dimensão trata dos direitos vinculados aos desafios da sociedade

tecnológica e da informação, do ciberespaço, da internet e da realidade virtual em geral. Para José Adércio Sampaio a quinta dimensão abarca o dever de cuidado, amor e respeito para com todas as formas de vida, bem como direitos de defesa contra as formas de dominação biofísica geradores de toda sorte de preconceitos. Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva defendem a existência de uma sexta dimensão que é o acesso ao direito humano e fundamental a água potável baseando-se na consagração de tal direito no cenário do direito internacional dos direitos humanos e do direito constitucional comparado.

Portanto, como visto, nem ao menos a quarta dimensão dos direitos humanos houve consenso entre a doutrina especializada e, nessa mesma vertente, se encontra a quinta geração dos direitos humanos, que, nas últimas décadas tem se desenvolvido na doutrina seus defensores.

Dessa forma, houve uma importante evolução dos direitos humanos desde o início da humanidade e, sem qualquer dúvida, a primeira geração dos direitos humanos trouxe à baila direitos unilaterais e de extrema importância para os seres humanos, tal qual o direito à liberdade de locomoção.

3 DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Ao tratarmos do direito de liberdade de locomoção, inicialmente cumpre salientar que este é claramente um direito fundamental, pois, tendo em vista a classificação do doutrinador Francisco Humberto Cunha Filho (2000, p.39) “um direito é fundamental se concorre para a efetivação do núcleo que justifica a existência de qualquer direito, desta espécie, de um ordenamento jurídico democrático, a dignidade da pessoa humana”.

Nessa toada, o professor Sarlet (2011, p.46), ao esclarecer o que são direitos fundamentais, relata: “os direitos fundamentais (assim como, em especial, os direitos humanos) encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana.”

Ademais, o mestre Ferrajoli (2011, p.9) classifica como: “são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito a universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa.”

Verificado o conceito de direito fundamental, impende ressaltar a conceituação do direito de locomoção ou, ainda, direito de ir e vir previsto no artigo 5º, inciso XV, que é trazida pelo professor George Marmelstein (2014, p.104) “Toda pessoa, em princípio deve ser livre para escolher que lugares frequentar.”

Quanto tratamos sobre a liberdade trazida nos preceitos da carta magna de 1988, cumpre trazer o escólio do professor Alexy (1986, p.220) que ao

conceituar liberdade, nos traz: “quem diz que uma pessoa é livre pressupõe que, para essa pessoa, não existem embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie”.

Diante de todo o contexto global, o Brasil obteve um desenvolvimento relativamente rápido quando tratamos sobre os direitos e garantias fundamentais. Conforme as palavras do professor Dimoulis (2014, p. 42)

Na história constitucional brasileira, a Constituição do Império de 25 de março de 1824 proclama os direitos fundamentais nos 35 incisos de seu art. 179. Trata-se de direitos semelhantes aos encontrados nos textos constitucionais dos Estados Unidos e da França.

Dessa forma, corroborando a fala do professor, trouxemos à baila a Constituição Brasileira de 1824 que, em seu artigo 179, inciso VI, garantia, o direito à liberdade de locomoção

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como Ihe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

A liberdade de locomoção é um direito fundamental de primeira geração e está assegurado no art. 5º, XV, CF, e também é conferido a todo cidadão pela Declaração dos Direitos Humanos da ONU, assinada em 1948, vejamos, respectivamente

Constituição Federal – artigo 5º:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Declaração dos Direitos Humanos da ONU:

Artigo 3

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 13

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar.

Em ambos os documentos, menciona-se que a circulação no território nacional em tempo de paz é livre e que qualquer pessoa pode entrar, permanecer ou sair dos seus bens nos termos da lei.

Nesse contexto, importante salientar a palavras do Professor Nucci (2017, p.17) em seu livro sobre o Habeas Corpus: “Dentre os vários direitos humanos fundamentais, encontra-se o direito à liberdade, um dos principais.”.

Corroborando o acima citado, o doutor em direito Wilson Steinmetz (2015, p. 01) evidencia

O direito à liberdade de locomoção é a mais elementar e imediata manifestação da liberdade geral de ação das pessoas. Caracterizada como liberdade específica, ou seja, uma das formas de expressão da liberdade, sem a sua institucionalização e garantia, estaria gravemente prejudicado o direito fundamental geral de liberdade.

Ademais, o professor Nino Oliveira Toldo (2011, p.156), ressalta em seu artigo “atualidade e importância do habeas corpus no brasil” que houve a criação na própria Constituição Federal do Habeas Corpus, para que fosse assegurado o direito à liberdade de locomoção no território brasileiro, tendo em vista a sua imprescindibilidade para o exercício de toda a gama de direitos inerentes a pessoa humana

O habeas corpus é o grande instrumento de tutela do direito de locomoção. Tem fundamento constitucional, integrando o rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, cujo art. 5.º, LXVIII, estabelece: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse contexto, com base no escólio do professor Antônio Zetti (2000, p.17), este ressaltou a importância do direito de locomoção, lembrando que o remédio constitucional do Habeas Corpus foi criado somente para assegurar o direito à liberdade: “toda pessoa tem sua liberdade de locomoção, quando essa liberdade de locomoção é cortada por alguém, isto é, quando alguém se encontra ilegalmente preso, é impetrado um habeas corpus”.

Portanto, o direito de liberdade de locomoção está assentado em diplomas internacionais e na nossa Constituição Federal, sendo, imprescindível o respeito e proteção ao direito legalmente instituído desde a primeira geração dos direitos humanos.

Contudo, sabemos que nenhum de nossos direitos são absolutos, acerca do tema, o professor Flávio Martins (2019, p. 837) leciona em eminente obra que

Se um direito é absoluto, provavelmente seus titulares abusarão de seu exercício (por exemplo, considerada absoluta a presunção de inocência, permitia que o réu condenado fizesse dezenas de recursos com o único objetivo de procrastinar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória). A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, depois de trazer um rol essencial de direitos (vida, liberdade, igualdade, presunção de inocência, nacionalidade etc.) afirma: “no exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas as limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (art. 29).

Nesse mesmo sentido, a professora Nathalia Masson (2020) orienta

O direito de ir, vir ou permanecer no território nacional em tempo de paz não pode ser visto como absoluto, afinal trata-se de uma norma constitucional de eficácia contida — o que possibilita que a própria Constituição, ou a legislação complementar, restrinja sua amplitude, a partir de critérios proporcionais e justificáveis.

O principal motivo são que, por vezes, os princípios tendem a se chocar uns contra os outros e, respondendo qual restará protegido, o Professor Clêve Clèmerson Merlin (2021) relata que sobre o conflito de princípios “por sua vez, restrições mediante princípios realizam-se na dimensão da ponderação, pela aplicação da regra da proporcionalidade”

Dessa forma, mostra-se cristalino que o direito de liberdade de locomoção detém suas raízes de a idade média e, por isso, detém uma importância histórica de grande valia para a sociedade, tendo, em razão disso, a criação do remédio constitucional do habeas corpus para defender os cidadãos dos arbítrios estatais que restrinjam sua liberdade de locomoção.

REFERÊNCIAS

Abboud, Georges. **Direito constitucional pós-moderno** [livro eletrônico] / Georges Abboud. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALEXY, Robert. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Su1-1RKAMP VERLAG, 1986. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). 2.ed., 03.2011; 2ª reimpr., 06.2012; 3ª reimpr., 02.2014.

ASSUNÇÃO, Antonio Zetti. **HABEAS CORPUS Teoria, Legislação, Jurisprudência e Prática**. Edição 2000. 1.ed. 2000 Lawbook Editora.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Luis Roberto Barroso - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Cesare Beccaria: tradução de Paulo M. Oliveira ; prefácio de Evaristo Moraes. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2015

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.

Bonavides, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Editora Malheiros - São Paulo - SP - 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. Editora Paym, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição (1824). **Lex: Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 16 nov.2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário** / Eduardo Cambi. 2.ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CHICARINO, Tathiana. **Educação em direitos humanos**. Organizadora Tathiana Chicarino. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro** [livro eletrônico]: v.1: teoria da constituição e direitos fundamentais / coordenador Clèmerson Merlin Clève.; coordenadora assistente 1.ed. Ana Lucia Pretto Pereira; coordenadora assistente 2. ed. Daniela Urtado; assistente de pesquisa 2.ed.: Diego Kubis Jesus. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília Jurídica, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GARBIN, ISABELA. **Direitos humanos e Relações Internacionais**. Isabela Garbin. - São Paulo : Contexto, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Luigi Ferrajoli; trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori,

Hermes Zaneti Júnior, Sergio Cadermori. – Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13.ed. editora Saraiva.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro / Manoel Gonçalves Ferreira Filho 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos** [livro eletrônico] / Vitor Fonsêca. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (pt): Coimbra Editora, 2009.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Nathalia Masson - 8.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2020.

MARMEKSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. George Marmelstein - e. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do direito constitucional** - collecção de cultura social v.1 Rio de Janeiro, 1932.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **O Enfrentamento do Biodireito pela Constituição**. Revista de Direito Constitucional e Internacional | v.53/2005 | p. 134 - 147 | Out - Dez / 2005

Nery Junior, Nelson. **Direito constitucional brasileiro** [livro eletrônico]: Curso Completo / Nelson Nery Junior, Georges Abboud. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas Corpus**. Guilherme de Souza Nucci. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos humanos** {livro eletrônico / Erival da Silva Oliveira 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 - Coleção elementos do direito; v.12 / coordenação Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Júnior.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Flávia Piovesan; prefácio de Henry Steiner; apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade 18.ed., red. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, L. F. D. (2012). **Quarta Geração**. Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente. *Direito Público*, 8(35). Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1826>. Acesso em: 16 nov.2022.

SAITO, Tiemi. **Direitos humanos** [recurso eletrônico] / Tiemi Saito. Curitiba: Contentus, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Sarlet, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988** / Ingo Wolfgang Sarlet. 9.ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações privadas**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro - 2004.

STEINMETZ, Wilson. **Direito à liberdade de locomoção**: um esforço de interpretação constitucional - Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | v.8/2015 | p. 893 - 902 | Ago / 2015 | DTR\2015\11499.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Direito civil constitucional**. Aline de Miranda Valverde Terra - coordenação Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TOLDO, Nino Oliveira. **Atualidade e importância do Habeas Corpus no Brasil** - Revista Brasileira de Ciências Criminas | v. 92/2011 | p. 155 - 174 | Set - Out / 2011.

VIANA, Ana Cristina Aguilar. **Direitos humanos**: aspectos históricos, conceituais e conjunturais [recurso eletrônico] / Ana Cristina Aguilar Viana. Curitiba: Contentus, 2020.

NOVA METODOLOGIA CIENTÍFICA APLICADA EM DIREITO AMBIENTAL E URBANÍSTICO: DA META-ANÁLISE AO BANCO DE DADOS DOS SISTEMAS E PLATAFORMAS JUDICIAIS

Rachel Lopes Queiroz Chacur ³⁵⁵

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico contribui com uma nova metodologia científica para o ramo de Direito Ambiental e Urbanístico, no Direito.

Essa proposta de Metodologia Científica e de Pesquisa apresenta a abordagem adotada, as técnicas e os novos instrumentos, formas de análise de dados e uma nova visão de confecção dos trabalhos no ramo jurídico.

A metodologia traça o caminho de triagem a análise e resultados dos dados trazendo consigo a linguagem técnica exigida pelos cientistas e teóricos, dando fundamento e fidedignidade à pesquisa e ao seu resultado.

Apresenta o apoio de referência teórico sob o comando da metodologia científica e multidisciplinar para a elaboração da mesma e descreve a idéia da criação dos instrumentos, assim justificando as necessidades técnicas e jurídicas, para responder a indagação do problema da pesquisa e enfim, chegar aos debates e resultados.

Os instrumentos são inéditos decorrente de uma tese de doutoramento revelando a relevância da cientificidade, bem como destaca a importância das iniciativas de projetos, afeitos ao desenvolvimento da Ciência Jurídica, no Brasil e no mundo.

A relevância e a contribuição do trabalho têm dupla função de colaborar com uma percepção do uso da linguagem científica e o ensinamento didático de elaborar um instrumento sob a exigência do ineditismo de uma tese, colaborando com o desenvolvimento das Ciências Jurídicas, e, principalmente, contribuir com os impactos positivos das Ciências Jurídicas, na realidade econômica e social, de um país.

³⁵⁵ Doutora em Ciências Ambientais – UFSCar. Mestre em Direito Processual Civil - Unioeste. Advogada e Consultora. E-mail: mrchacur@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4196133005019594>.

1 DA DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

A padronização de inserção de dados e análise de metadados nas plataformas digitais e nos sistemas judiciais do Poder Judiciário brasileiro.

2 METODOLOGIA

2.1 DEFINIÇÃO DO LOCAL

A proposta de uma nova metodologia científica inicia com as partes obrigatórias de métodos de abordagem e instrumentos utilizados para consecução do fim.

É recomendável a definição do local, a opção e descrição da abordagem metodológica, o método quanti ou qualitativo ou ambos quanti-qualitativo caracterizado pela mensuração e avaliação dos metadados e dados, os instrumentos utilizados de coleta de dados, as fases e as etapas de coleta de dados, os instrumentos utilizados de análise de dados, o resultado e as conclusões.

A metodologia científica da pesquisa é pouco utilizada no ramo do Direito levando a questionamentos sobre a sua denominação de Ciências Jurídicas.

O Direito é classificado como Ciências Sociais Aplicadas nos documentos do Ministério da Educação e nas plataformas de submissão de projetos em órgãos de fomento, como CNPq e CAPES e nas entidades estaduais de apoio e estímulo à Ciência.

Diante deste cenário desafiador de *fazer Ciência* na área do Direito surgiu a proposta de uma nova metodologia criada em uma tese de Doutorado.

O modelo testado deste novo método e instrumentos seguiram alguns passos conforme descrito. A autora determinou inicialmente a descrição do local do município eleito demonstrando suas características, de forma abrangente e específica, para compreensão dos fatos e contexto insertos na discussão do problema enfrentado pela pesquisadora, tendo como parâmetro a comparação descritiva do visível e lançado dados desta cidade eleita (CHACUR, 2020). Para essas descrições sugeriu-se a identificação do local, geralmente com mapas e desenhos ou diagramas, e em última hipótese, com meras fotografias do banco de dados e/ou do local verificado e estudado, durante a pesquisa.

Na tese de Doutorado, em que a metodologia de pesquisa foi criada e testada, foram traçados o objetivo geral de levantar e mapear os conflitos ambientais e fundiários judicializados da cidade de São Carlos – SP constantes em um banco de dados e metadados de órgãos judiciais da Comarca e Circunscrição

eleita, com o fim de propor um novo modelo resolução mista e híbrida destes conflitos fundiários, a ser testado e sugerido a sua reaplicação em outras cidades brasileiras (CHACUR, 2021).

Para tanto, os passos seguintes, após a defesa, foi destacar o PROBLEMA e realizar novas testagens, com a ampliação do espectro de análise de banco de metadados e dados, de todos os conflitos ambientais e fundiários, nas Comarcas e Circunscrição do interior paulista ou nacional, sob os fundamentos da metodologia proposta da tese.

2.2 ABORDAGEM METODOLÓGICA

O desafio da escolha da *abordagem metodológica* foi estabelecer regras de concepção inter e multidisciplinar envolvendo a área jurídica, pois, em sua maioria, os estudos e pesquisas utilizados indicam métodos de natureza empírica nomeado de Estudo de Caso ou Pesquisa Empírica.

As teorias de metodologia científica abordam o Estudo de Caso como a solução técnica e jurídica sobre um objeto único limitado e a Pesquisa Empírica versa sobre parâmetros métricos e mensuráveis de testes e contraprovas geralmente utilizado em ciências de base dura da área biológica.

Em uma versão utilitarista versam o Estudo de Caso com um objeto único comparando com outros casos extrapolando a sua natureza e usam a Pesquisa Empírica para levantar dados brutos de relatórios ou coleta de informação de dados, sem o tratamento adequado de uma estatística, denominando de empírica.

No entanto, as conclusivas levam a um desvio da definição de métodos e metodologia, na área do Direito e nas Ciências Jurídicas, trazendo sérios prejuízos ao conhecimento científico e a fidedignidade dos resultados de uma pesquisa, na área, e, não vislumbrando o caráter científico de *estatísticas* do “Banco Nacional de Estatísticas do Poder Judiciário brasileiro”.

Para tanto, a tese, favoreceu o ajuste as exigências científicas e a construção de um novo modelo de metodologia usada, para enfim, avançar com discussões e propostas de formatos de resolução e solução do problema de conflitos fundiários urbanos judicializados e não judicializados, no Brasil.

A partir de um levantamento de dados brutos em números e qualidade de conteúdo passou a exigir uma forma de tratamento destes dados, sob etapas e parâmetros, pré-definidos, para que não tivesse a interferência subjetiva de análise de dados do pesquisador.

Os dados coletados foram analisados de forma descritiva e explicativa, com base em abordagem de método quali-quantitativo, mediante o levantamento e

análise de dados primários de conflitos fundiários urbanos dos órgãos judiciais da Comarca da Justiça Estadual e Circunscrição do Ministério Público estadual e da Justiça Federal de abrangência territorial do Município eleito.

Essa etapa descreve a precisão da escolha do local, método de abordagem, forma de levantamento dos dados, para adiante propor e utilizar o instrumento adequado de análise dos dados e chegar aos resultados (MARCONI; LAKATOS, 2002; FACHIN, 2003; DIEHL, 2004; BOENTE, 2004; DALFOVO, 2008; SILVEIRA, 2004).

Os principais tipos de pesquisa quantitativa são a *survey* (levantamento), a correlacional, a causal-comparativa e a experimental, com a possibilidade de utilização triangular destes métodos, o que ocorreu no caso em tela.

Essa correlação tríade da pesquisa quantitativa é realizada em situações que envolvem fontes de dados primários e questões de ordem fenomenológicas sociais concernentes ao enfrentado problema do objeto da tese (NEVES, 2012; MARCONDES; BRISOLA, 2014).

Para estabelecer a estratégia e a aplicação da técnica e do instrumento não foi possível escolher um tipo definido de método, por isso exigindo a criação de uma nova metodologia de pesquisa científica.

O tipo de método mais próximo a ajustável para o enfrentamento do problema foi indicar o uso dos métodos de investigação³⁵⁶. Eles se classificam em métodos quantitativos e qualitativos, por apresentarem características contrastantes, quanto à forma e ênfase, os mesmos não são excludentes e podem ser utilizados conjuntamente, a seguir: os atos de observação, a coleta, a análise e a descrição dos dados brutos pelo pesquisador e de sua equipe, logo propiciando detalhar as etapas da pesquisa, a interpretação complexa e ampla de todos os fatos explícitos e implícitos, envolvidos nos dados levantados das categorias de conflitos ou problemas. Para o caso, o que era necessário formular como novo método.

Os pesquisadores utilizaram dos objetivos caracterizados da metodologia - a META-ANÁLISE - a análise documental por meio de pesquisa bibliográfica

³⁵⁶ É oportuno explicitar a distinção de terminologias adotadas ao tratar de metodologias científicas a “Teoria é conhecimento especulativo, meramente racional; conjunto de princípios fundamentais duma arte ou duma ciência; Doutrina ou sistema fundado em princípios e opiniões sistematizadas. Teoria do conhecimento é o estudo do Valor e dos limites do conhecimento, e especialmente da relação entre sujeito e objeto – GNOSIOLOGIA. Pesquisa é ato ou efeito de pesquisar; indagação ou busca minuciosa para averiguação da realidade, investigação, inquirição; investigação e estudo, minudentes e sistemáticos, com o fim de descobrir ou estabelecer fatos ou princípios relativos a um campo qualquer do conhecimento. Metodologia é a arte de dirigir o espírito na investigação da verdade; estudo dos métodos e, especialmente, dos métodos das ciências. Método é o caminho pelo qual se atinge um objetivo; programa que regula previamente uma série de operações que se devem realizar, apontando erros evitáveis, em vista de um resultado determinado; processo ou técnica de ensino: método direto; modo de proceder; maneira de agir; meio” (FERREIRA, 1987).

de levantamento de obras publicadas sobre o tema, trazendo um vasto repertório legal, de assuntos ambiental, urbanístico e jurídico, em textos publicados em livros, revistas especializadas, e artigos científicos publicados e disponíveis em bibliotecas, e a ANÁLISE DE DADOS com o levantamento de dados primários e análise/diagnóstico dos mesmos nas plataformas de base de dados científicos e internet, além de utilizar informações contidas em dados secundários de fontes oficiais do governo, estes divulgados pelos meios de comunicação, que tratem do tema conflitos fundiários urbanos judicializados e suas soluções, sob a perspectiva ambiental e urbanística das cidades brasileiras. Com o aprofundamento de análise comparando os fatos idênticos e as realidades distintas das cidades brasileiras e algumas estrangeiras (PEREIRA, 1999; CHACUR, 2015; CHACUR, 2017; CHACUR, 2020; CHACUR, 2021).

A Ciência, Tecnologia e Inovação, hoje é temática e assunto comum, em linhas de pesquisas da área jurídica, mas por si não configura Pesquisa e *Ciência*.

Nas leituras do material bibliográfico permitiu-se encontrar respostas para os objetivos da pesquisa, possibilitando estar em contato direto com o que foi escrito sobre o assunto, reforçando a análise de suas pesquisas ou manipulação de suas informações, e, contribuir com o incremento do estado da arte, no eixo temático ambiental e urbanístico (LAKATOS; MARCONI, 1992; DALFOVO, 2008).

Nesta situação, é importante e necessário a isenção do pesquisador durante as atividades de pesquisa, debruçando-se com uma leitura ampla e neutra, sobre o objeto e problema de uma tese, para evitar direcionamento do resultado (CHACUR, 2015; CHACUR, 2018).

Como características da metodologia quali-quantitativa adotada estabeleceu-se as categorias em fonte primária (levantamento de dados) e fonte secundária (coleta de campo) no ato de colher informações.

Na coleta de dados foi utilizado o conjunto de trabalho de campo (ação) com a coleta de dados (pesquisa empírica) delineando as particularidades dos conflitos, transformando-as em categorias e subclassificações de assuntos, como suporte da criação do formulário de coleta de dados; denominam-se fontes de dados e coleta. Para toda e qualquer pesquisa é necessário um recorte temporal de coleta de dados por período. Sugere um período de cinco ou dez anos. Para o caso em tela foi ampliada a coleta e análise em dez anos e reduzido o resultado em 5 anos, por mera deliberação e escolha dos pesquisadores e equipe, pelas dificuldades enfrentadas de levantamentos sucessivos dos dados brutos dos processos judiciais da circunscrição de um determinado município eleito e geralmente constata-se o desacordo de informações ou dados desatualizados na base de dados do Ministério Público estadual e Justiça Federal. E, por opção desta pesquisa, houve o declínio da

coleta de dados do Ministério Público federal devido o desencontro de assuntos de dados dos conflitos existentes da mesma natureza jurídica, no banco de dados do Poder Judiciário federal da adotada Circunscrição.

2.3 A CRIAÇÃO DO INSTRUMENTO

Foi adotado o modelo de formulário-padrão adaptado ao objeto da pesquisa.

Neste formulário de pesquisa de levantamento de dados constaram as abas de coleta de fontes primárias pelo período de os 5 anos (2013/2017), em colunas e 50 abas de categorias de levantamento e análise descritiva dos dados, separadamente, para cada Vara, Comarca e órgão público.

No mesmo formulário foram contempladas as fontes secundária da situação descritiva territorial e social identificando os aspectos do objeto da tese, em determinado espaço e ambiente institucional; um levantamento histórico-temporal da situação conflitiva dos fatos; a teórica demonstrando a evolução do conhecimento com uma releitura da dogmática científica para comprovar a viabilidade da proposta de mudanças de paradigmas de concepções adotadas sobre o conceito e a definição de propriedade e as novas metodologias de solução e resolução de conflitos fundiários urbanos.

Em particular, foi estipulado as categorias de natureza jurídica dos requisitos exigidos do estado da arte e do uso dos instrumentos a serem aplicados nas etapas do rito especial das ações judiciais, com a possibilidade intervencionista da pratica metodológica com a conversão do rito ao processamento administrativo e seus efeitos.

Todo esse raciocínio lógico de inferência da hipótese de existências de conflitos fundiários urbanos judiciais pendentes de resolução de conflitos levaram a maturidade de propostas necessárias de novos modelos aptos para resolver estes conflitos judicializados e solucionar questões fundiárias (BOENTE; BRAGA, 2004; RICHARDSON, 2007).

Foi colocado o instrumento padronizado em formulários em *Excell* para facilitar o uso e prevenir a interferência da subjetividade do pesquisador, nas conclusões obtidas, o que é válido e justificado na opção de métodos e abordagens científicas triangular adotadas na tese (NEVES, 1996; MARCONDES, 2004; SEVERINO, 2007).

2.4 ANÁLISE DOS DADOS

À partir deste levantamento de dados brutos coletados, os processos em número e identificados somente ao pesquisador foram classificados em tipologia

em conformidade com o assunto e a matéria abordada pelos órgãos públicos eleitos, por natureza jurídica de cada órgão judicial ou executivo, previamente levantados em listas próprias, indicando em cada coluna a correspondente categoria e conteúdo avaliado e aprofundado na análise e discussão dos dados; elaborados em tabela específica para cada Vara/órgão, sob a guarda do pesquisador.

Essa sistemática de levantamento de dados proporcionou um número elevado de variáveis na linha vertical e horizontal trazendo como melhor opção da apresentação dos dados em tabelas. Geralmente, opta-se por tabelas quando existem muitos dados coletados para melhor visualização do leitor ou aquele que utilizará do resultado.

Esse procedimento de metodológico demonstra uma sequência lógica das etapas de coleta de dados de todo o rito procedimental, em cada o órgão público, com suas especificidades, à serem apresentadas e exauridas na discussão da tese.

2.5 PREPARO INICIAL DA COLETA DE DADOS NOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

A metodologia da pesquisa e os procedimentos técnicos utilizados estão descritos abaixo. Foi realizada uma visita na Secretaria de Habitação da Prefeitura Municipal da cidade eleita mediante conversa informal com as Assistentes Sociais identificando vários pontos de conflitos fundiários urbanos e ocupações registrados nos relatórios da Secretaria (PROAHB), como meio de diagnóstico inicial de identificação das regiões e bairros do município, servindo como parâmetro de entendimento sobre os locais com maior incidência de conflitos ambientais e fundiários, para posterior verificação no levantamento de dados primários judiciais correlacionados ao objeto da pesquisa, durante as visitas aos órgãos públicos da Justiça estadual, do Ministério Público estadual e da Justiça Federal.

Esta etapa é importante porque coloca o pesquisador inicialmente frente a realidade do problema.

2.6 DA COLETA DE DADOS.

Os dados foram colhidos nos órgãos públicos do Poder Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Ministério Público do Estado de São Paulo e na Justiça Federal - SP – Brasil, no período de 2013 a 2017.

Os critérios de inclusão dos processos do presente estudo consideraram ser exclusivos da área de abrangência territorial da cidade de São Carlos, não adentrando em municípios limítrofes, todos dispensados no levantamento de dados de listas e mapas oferecidos pelos órgãos públicos.

Entretanto, as regiões contíguas e limítrofes foram diagnosticada e verificadas *in loco*, pela observação à práxis, com análise descritiva do fato e contexto do problema.

A partir de informações de listas dos órgãos público foi possível adotar o elemento essencial de classificações de critérios pré-definidos de assuntos, em cada órgão público, para iniciar o levantamento da coleta de dados.

A análise de dados foi realizada passo-a-passo, em cada campo de categoria da planilha e formulários, com interpretação correlacional com todas as categorias, até findar sistematização analítica de todo o rito procedimental.

3 INSTRUMENTO ELABORADO DE ETAPAS DA COLETA DE DADOS NOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

3.1 DAS ETAPAS DA COLETA DE DADOS

Para ilustrar a sequência de passos do método de trabalho desenvolvido na coleta de dados nos órgãos públicos, segue abaixo o modelo de etapas do método de trabalho descritas abaixo (Tabela 1).

Tabela – Fases do método de trabalho proposto

Módulos	Ações	Análise de dados
Etapa 1	<ul style="list-style-type: none"> - Delimitadas as fronteiras e grau de evolução do Estado da Arte; - Levantada a literatura nacional e estrangeira; - Delineamento das proposições; - Seleccionadas as unidades de análise e contatos nos órgãos públicos; 	- Com base na pesquisa exploratória: bibliográfica e na análise documental.
Etapa 2	<ul style="list-style-type: none"> - Testados os procedimentos de aplicação em cada órgão público, na solicitação de listas de processos forma física e digital, nos controles físicos, digitalizados ou digitais de planilhas; - Verificados os dados confiáveis levantados nos autos físicos e plata-formas digitais; 	- Início das ações na etapa com a solicitação de listas de processos físicos, digitalizados ou digitais com palavra-chave. - identificação das informações dos processos físicos e dos sistemas;

Módulos	Ações	Análise de dados
Etapa 2	<ul style="list-style-type: none"> - Realizados os ajustes necessários - empregados os múltiplos em cada tabela, conforme as especificidades dos órgãos correlacionados aos encontrados dados objeto da tese; Planilhas <i>Excell</i>; - Registrados os dados na planilha - realizadas as leituras dos processos para identificar a pertinência do mesmo na pesquisa; - Realizadas as fotografias de todos os processos físicos e acompanhamento digital do sistema, no <i>Photo Scan</i>, - encontradas as palavras-chaves e análise do conteúdo integral dos processos. 	<ul style="list-style-type: none"> - preenchimento de informações nas - análise dos processos do ano de 2013 a 2017; - encontradas as palavras-chaves e análise do conteúdo integral dos processos.
Etapa 3	<ul style="list-style-type: none"> - Identificadas as informações importantes de cada conteúdo de documentos e fases processuais, e indícios de consequências, respectivamente na planilha <i>Excell</i> do órgão; - Descrição de narrativas sobre o fato conflitivo e do conteúdo dos documentos dos autos dos processos e informações digitalizadas nos sistemas; - Desenhada as implicações dos dados, em quadros e fluxogramas; - Proposta do Modelo Centralizado e Descentralizado de Solução e Resolução de conflitos fundiários urbanos. 	<ul style="list-style-type: none"> - realizadas as leituras e análise de todas as fases do procedimento, documentos e dos compromissos firmados administrativamente e judicialmente, envolvendo o objeto da tese; - Análise das medidas e compromissos firmados judiciais e administrativos, para com o escopo; - mapeamento dos conflitos urbanos judicializado e extrajudicializados da cidade; - Apresentação de uma nova estrutura e funções nas soluções e resoluções de conflitos fundiários urbanos, à depender do conflito.

Fonte: Elaborada pela autora.

Essas etapas foram agendadas e cumpridas pela pesquisadora nos órgãos definidos durante o desenvolvimento da coleta de dados, em cumprimento as fases e datas do Cronograma estabelecido no projeto.

3.2 COLETA DE DADOS E SUA PADRONIZAÇÃO EM ETAPAS E INSTRUMENTOS

Com a coleta de dados embasada em formulário padrão, em planilha *Excell*³⁵⁷, com as categorias prévias de pesquisa e atributos compreendidos em normas

³⁵⁷ A utilização do programa de computador da “Microsoft Excel” na “versão Excel” (2010).

legais e jurídicas ambientais e urbanísticas referentes ao tema de regularização fundiária urbana, disponíveis em acervos de biblioteca, pessoal e repositório de documentos públicos.

A partir destas novas metodologias e abordagens científicas é possível adotarmos um teste padrão de análise descritiva de dados replicando a mesma fórmula em outras cidades brasileiras e aproveitar as sugestões de resolução e solução de conflitos ambientais e fundiários urbanos, em nível nacional.

4 FORMULAÇÃO DE TESTE E IMPLEMENTAÇÃO DA PESQUISA NA COLETA DE DADOS NOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Em um primeiro momento, foi proposto trabalhar com autos físicos e digitais do período de 2006 a 2017, sendo consultados os respectivos órgãos públicos, quanto a possibilidade de acesso a essas informações, tendo recebido negativas de algumas varas da disponibilidade integral do acesso à informação de dados nesse período de 10 anos, assim, optou-se por utilizar o recorte temporal de dados do período de 2013 a 2017.

Foram levantados cerca de 3000 processos em 3 varas cíveis do total de 5 varas cíveis, a seguir como exemplo (CHACUR, 2017).

Tabela – Informações do número de processos levantados do período de 2006-2017

Ano	Natureza jurídica	Números brutos de coleta de dados
	Usucapião	852
	Reintegração de Posse	381
Total		1233

Fonte: Elaborada pela autora.

Foram utilizados instrumentos padronizados e utilizados os mesmos elementos de interpretação dos dados em todos os formulários, respeitando algumas peculiaridades de cada órgão devido à matéria envolvida na esfera estadual ou federal (CHACUR, 2017).

4.1 ETAPAS E FORMA DE COLETA DE DADOS NO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL

Cada etapa da análise de dados obedeceu ao protocolo padrão de informações coletas, em categorias, em formulário próprio.

4.2 FORMA E COLETA DE DADOS NO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Com respeito ao cumprimento de cada etapa e coleta de dados, por categorias formuladas em tabelas e planilha própria para este órgão.

4.3 FORMA E COLETA DE DADOS NA JUSTIÇA FEDERAL

Do mesmo modo, a tabela acima serviu para apurar e interpretar as categorias classificadas por assunto, em destaque, conforme a matéria julgada pelo órgão resultando em formulação de planilhas em *Excell* com abas de sub-classificações no total de colunas da letra “A” a “Q” todas inferidas para cada fase de levantamento de dados, conforme o referencial legal e jurídico, sob o eixo temático geral envolvendo Propriedade e Posse e aleatoriamente reclassificando em destaque as hipóteses de interesse de inferência do objeto da tese de conflitos e regularização fundiária urbana.

Essas informações foram oferecidas pelo levantamento de dados dos servidores públicos do Núcleo de Distribuição de Processos da Circunscrição da Justiça Federal.

4.4 FORMA DE ANÁLISE DE DADOS: A IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO

A pesquisa baseou-se em uma abordagem quali-quantitativa, com análise de dados descritivo e explicativo, na linha transversal e aprofundamento analítico de conteúdo do dado, com recorte de um período de cinco anos, por meio da observação e ação de pesquisa empírica (VERGARA, 2005; MENEZES, 2008).

A teoria adotada para a análise de dados foi para prevenir a interferência da subjetividade dos dados coletados e futuras conclusões (AUSTIN, 1979; NEVES, 1996). Para a análise de dados nos órgãos do Poder Judiciário, Ministério público estadual e Justiça Federal foram utilizadas “palavras-chave” que constam nos anexos vinculadas a terminologia do mérito de Usucapião e Reintegração de Posse e da técnica processual, com a finalidade de identificar e analisar conflitos fundiários urbanos, nas etapas da pesquisa, em cada órgão público, a seguir exemplificativo uma tabela.

Tabela – Variáveis coletadas dos processos de conflitos fundiários urbanos do município de São Carlos - SP, de ações de usucapião, na Justiça Estadual da Comarca de São Carlos - SP

Variáveis		2013	2014	2015	2016	2017	Total
Vara Cível	1 ^a	2	11	7	10	8	38
	2 ^a	2	9	8	11	10	40
	3 ^a	14	16	9	9	7	55
	4 ^a	14	18	7	5	8	52
	5 ^a	14	18	18	10	4	64
Total		56	6	49	45	37	249 ³⁵⁸

Fonte: Elaborada pela autora.

As variáveis elencadas e utilizadas foram descritas na forma genérica em: natureza jurídica da ação, subassuntos de classificação de natureza jurídica, vara competente, classificação da pessoa, existência de litisconsórcio, acompanhamento de assistência jurídica e judiciária, fases e atos processuais, classificação do conflito, resumo do conflito propriamente dito, legislações amparadas, zona e local do imóvel, situação do imóvel, descrição do fato conflitivo, descrição do tipo e fundamento legal da decisão, a situação do andamento processual em regular andamento, suspensivo ou extintivo, o resultado do julgamento, a existência de recurso de pendente ou resolutivo, a duração do processo e ano, a aplicação de mecanismos adequados de solução de conflitos e outros procedimentos adotados extrapolados do rito procedimental, em todos os órgãos públicos; também disponibilizadas e colocadas em anexo na tese.

5 A FORMA DE ANÁLISE NO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL – MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA FEDERAL.

Com a utilização de mecanismos de triagem de assuntos de interesse da tese, para em formulação de uma nova listagem, adotar critérios padronizados de análise de dados e sua interpretação, para apresentação dos resultados e sua discussão no desenvolvimento do trabalho, a seguir.

³⁵⁸ Número absoluto do total de número coletado e apurado na Tabela.

Tabela – Nova proposta de classificação de natureza jurídica de conflitos fundiários urbanos em categorias: urbanístico, ambiental e fundiário no Ministério Público Estadual da Comarca de São Carlos – SP

Variáveis		2013	2014	2015	2016	2017	Total	Objeto da Tese
Número total de IC							269	
Natureza Jurídica	Ambiental	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
	Urbanístico	29	24	36	16	32	147	0
Distribuído/ Promotoria	7º Ofício	7	5	4	7	23	46	5
	9º Ofício	22	19	32	9	9	101	13
Nova categoria	Fundiário							18

Fonte: Elaborada pela autora.

Tabela – Variáveis coletadas de números quantitativos de processos judiciais de conflitos fundiários urbanos do Município de São Carlos - SP, da Justiça Federal na circunscrição de São Carlos - SP, de 2013 à 2017

Variáveis	Vara	2013	2014	2015	2016	2017	Total
	1ª	6	2	1	0	0	9
	2ª	2	1	0	0	0	3
Natureza jurídica	Conflito fundiário						1

Fonte: Elaborada pela autora.

Este resultado confirma a inferência da hipótese de que não existem ações de Políticas Públicas institucionalizadas de acesso à Justiça, tratamento adequado de informações e dados, e residual atendimento a temática do escopo e objeto fundiário.

Seria justificável o erro de lançamento de nomes de categorias de natureza jurídica no Sistema de Informação do PROJUDI, porém, após constatação verifica-se ambos os vícios de lançamento de dados e ausência de ações judicializadas na Circunscrição.

6 INSTRUMENTOS TÉCNICOS UTILIZADOS PARA O MAPEAMENTO DOS CONFLITOS

Foram utilizadas a plataforma de Sistema de Informações Geográficas (SIG) representa a união de hardware e de software capazes de armazenar, analisar e processar dados georreferenciados. Os SIGs podem conter arquivos digitais no formato *raster* (imagens de satélite e fotos aéreas) ou vetorial (pontos, linhas ou polígonos), com o suporte de utilização do *software* QGIS 3.12, para a produção da cartografia (vide anexo).

No entanto, ao testar o SIG os pontos de coordenadas ficaram reduzidos no mapeamento dos conflitos fundiários urbanos judicializados da cidade eleita, com a inviabilidade de um extrato de documento ou imagem destacado em folha A4 e testado extrapolando em folha A5, assim optando-se pelo uso do instrumento padrão do Google Earth *on-line* e Google Earth PRO confeccionando a arte *em mãos* e por dados desenhando o mapa geral, com alguns recortes aleatórios por zonas (bairros) e indicando manualmente os limites espaço-territorial da zona urbana e zona rural da cidade. Após o uso de mapeamentos dos pontos de conflitos georreferenciados e a consulta de validação com certificado registral do serviço técnico especializado e realizado pela própria pesquisadora.

O banco de dados acessado das plataformas do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – SP, Ministério Público Estadual e Federal, e Justiça Federal da Circunscrição, no Brasil. Do mesmo modo, o banco de dados de levantamento bibliográfico de plataformas nacionais e estrangeiras.

Esse conjunto, estabeleceu a possibilidade dos métodos comparativos e resultados, com a validação pela checagem dos fatos e dados (CHACUR, 2020; 2021).

7 RESULTADOS COMPILADOS DAS LACUNAS DA PLATAFORMA JUDICIAL

Ao tratar de Sistema de Informação, Tecnologia e Inovação é recomendável um diagnóstico prévio estipulado na Etapa 1 e 2 da metodologia, pois o resultado confirma a hipótese de falta de parâmetros e categorias, pertinentes ao escopo objeto do trabalho.

Tabela – Ocorrência de variáveis coletadas e separadas em subclassificações de natureza jurídica de ações de ações de reintegração de posse de todas as varas na Justiça Estadual da Comarca de São Carlos.

Variáveis	Vara cível	ano					Escopo da Tese	Total
		2013	2014	2015	2016	2017		
Sub-assunto	Propriedade	6	0	0	0	0	6	226
Natureza jurídica	Manutenção de Posse	0	13	10	5	5	220	
		6	10	16	9	10		
		10	8	9	10	3		
		7	9	14	8	11		
		6	12	11	9	8		
	Natureza jurídica diversa	4	0	2	6	1	13	13
	Sem parâmetros no E-SAJ	10	8	10	12	18		58
								61

Fonte: Elaborada pela autora.

Portanto, é prudente o prognóstico de informações sobre “sem parâmetros no E-SAJ, PROJUDI ou outros) de cada temática do sistema informatizado da gestão de TIC (Tecnologia de Informação e Comunicação), concomitantemente, aprimorar os serviços técnicos informatizados de aprimoramento do sistema digital e implementação da inteligência artificial, nos trabalhos e estatísticas do Poder Judiciário brasileiro.

CONCLUSÃO

Esta iniciativa teve a relevância de um trabalho de equipes multidisciplinares, muito bem orientada, sob o comando de percepções de vários profissionais e experiências da pesquisadora e orientação, trazendo a compilação dessas visões ao ineditismo exigido em uma tese e recomendado pelos pesquisadores de ampliação das testagens desta metodologia, em novas comarcas e circunstâncias, em nível local e nacional.

A Ciência comporta essa mudança de conduta científica e profissional certamente contribuindo com o aporte de políticas públicas mais efetivas, com

um rearranjo da gestão de dados em suas plataformas, e estabelecendo novos planos e programas de governança, acrescentando a possibilidade de implantação da governança compartilhada de sistemas informatizados interna e *extra corporis*, assim, trazendo muitos benefícios a efetividade dos processos, eficácia das sentenças, aumento dos números de resoluções de conflitos, efetividade da tutela jurisdicional do direito ambiental e urbanístico, o aperfeiçoamento do estado da arte à comunidade acadêmica, e, principalmente, a melhoria dos serviços públicos judiciais prestados à sociedade.

REFERÊNCIAS

- ASTI VERA, Armando. **Metodologia da pesquisa científica**. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 1979.
- BOENTE, Alfredo; BRAGA, Glauca. **Metodologia científica contemporânea**. Rio de Janeiro: Brasport, 2004.
- CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. OLIVEIRA, Celso Maran de. **Novo Código de Processo Civil versus judicialização para a implementação das políticas públicas do meio ambiente**. I Congresso Novos Direitos. Anais de Evento. São Carlos, 2015.
- CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. **A crise da sentença condenatória e a nova era dos direitos**. Novos Direitos, 2015.
- CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. Modelo Descentralizado de Mediação para Resolução de Conflitos de Reforma fundiária urbana. **Revista de Formas Consensuais de Resolução de Conflitos**. CONPEDI, Brasília, 2017.
- CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. **Novo Código de Processo Civil e as ações possessórias contra a coletividade: avanços e retrocessos**. Congresso Internacional de Ciências Jurídicas, Faculdade de Londrina, Londrina, junho de 2017.
- CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. **Ocupação de espaços urbanos: a Ciências e a filosofia em Tempos de Democracia**. *Estudios de Derecho Iberoamericano*, v. 3., Porto, Portugal, 2018.
- CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. **Proposta de modelos de soluções de problemas fundiários a partir de dados dos órgãos públicos da cidade de São Carlos – SP**. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais, na Universidade Federal de São Carlos – SP, em 8 de junho de 2020.
- CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. Diagnóstico das plataformas dos sistemas eletrônicos do Poder Judiciário e Executivo brasileiro: prestação de contas e conformidade. **Revista Eletrônica do CNJ**, Brasília – DF, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Gestão do território**. 2014. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/redes-e-fluxos-geograficos/15795-gestao-do-territorio.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 8 ago. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico. 2018**. Disponível em: <http://dados.gov.br/dataset/cd-censo-demografico>. Acesso em: 2 nov. 2019.

DALFOVO, Michael Samir; LANA, Rogério Adilson; SILVEIRA, Amélia. Métodos quantitativos e qualitativos: um resgate teórico. **Revista Interdisciplinar Científica Aplicada**, Blumenau, v. 2., n. 4., p. 1 - 13, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

LAKATOS, Eva maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia**: dos pré-socráticos à Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MENEZES, Marlucci; ALLEN, Judith; VASCONCELOS, Lia. **Explorando metodologias visuais para a compreensão do uso e apropriação do espaço público**. In: Congresso de antropologia aplicada, 2008, Salamanca. **Anais [...]**. Recife: [s. n.], 2008.

NEVES, José Luis. Pesquisa qualitativa: características, usos e possibilidades. **Caderno de Pesquisas em Administração**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 1 - 5, 1996.

NEVES, Estela Maria Souza Costa. Política ambiental, municípios e cooperação inter-governamental no Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 137 - 150, 2012.

PEREIRA, Júlio Cesar Rodrigues. **Análise de dados qualitativos**: estratégias metodológicas para as ciências da saúde humanas e sociais. São Paulo: EDUSP, 1999.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social**: métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVEIRA, Amélia (Org.). **Roteiro básico para apresentação e editoração de teses, dissertações e monografias**. 2. ed. Blumenau: Edifurb, 2004.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2005.

A SEGURANÇA PÚBLICA COMO SUSTENTABILIDADE DO MEIO AMBIENTE URBANO: ATUAÇÃO E CONTROLE DA SEGURANÇA PRIVADA EM MANAUS/AM

Ricardo Raposo Xavier Leite³⁵⁹, André Luiz Nunes Zogahib³⁶⁰,
Berenice Miranda Batista³⁶¹, Valmir César Pozzetti³⁶²

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito à segurança, sendo considerado um direito social, insculpido expressamente em seu art. 6º. A seu turno, o art. 144 da Constituição estatui que a segurança pública é dever do Estado, sendo exercida por meio das polícias (Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, Civil, Militar e Penal).

Ocorre que, a segurança pública não tem sido capaz de garantir à população a necessária segurança. Na verdade, o que se nota no País é um quadro de *insegurança* pública generalizada.

³⁵⁹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela UEA. Delegado de Polícia Federal. E-mail: ricardorxleite@gmail.com

³⁶⁰ Bacharel em Administração de empresas/Comércio Exterior; graduado em Administração Pública; bacharel em Direito.; especialização em Administração Pública; mestrado em Administração Pública; doutorado em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais. É professor associado e reitor da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: azogahib@uea.edu.br

³⁶¹ Advogada (OAB/AM - 15.321); Bacharel em Direito pela Universidade Paulista - Campus Manaus (2019); Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pelo Instituto Damásio de Direito (2021); Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Damásio de Direito (2022); Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental (PPGDA) pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA (2022). E-mail: miranda.batistaberenice@gmail.com

³⁶² Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França (título reconhecido pela Univ. Federal de Pernambuco). Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França (título reconhecido pela Universidade Luterana do Brasil). Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM, Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Foi Conselheiro Estadual da OAB/AM no triênio 2016/2018. É Acadêmico Imortal da Academia de Ciências Contábeis do Amazonas. É Professor Adjunto da UFAM - Universidade Federal do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação, e no Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais. É Professor Adjunto da UEA - Universidade do Estado do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação e nos Mestrados em Direito Ambiental e no de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: v_pozzetti@hotmail.com

Ou seja, a falta de segurança pública é uma realidade na vida urbana brasileira. E, como todo serviço público mal prestado, a exemplo da saúde e da educação, resta à sociedade se valer de outros prestadores, sendo a *privatização* da segurança a solução encontrada.

É nesse contexto que se faz presente a segurança privada. Não sendo o Estado capaz de prover segurança pública para a população, particulares passam a atuar numa espécie de complemento, com vistas a suprir as falhas do aparato estatal ou, ao menos, aumentar o que se denomina *sensação* de segurança.

É nesse cenário que se expandem as empresas de segurança privada, as quais atuam em várias áreas, tais como a vigilância patrimonial e o transporte de valores, sendo certo que, ante a calamidade da segurança pública no País, a atuação dessas empresas se prolifera, sendo um serviço presente no cotidiano da sociedade, mormente no ambiente urbano.

No caso da cidade de Manaus/AM a situação não é diferente. Vale dizer, há segurança privada nos condomínios, nos bancos, nos *shopping centers*, em instituições de ensino, em clubes noturnos, em estádios, em conjuntos habitacionais e, até mesmo, em órgãos públicos, sendo ainda comum observar-se carros-fortes trafegando pela cidade, em clara demonstração da ampla presença dessa segurança não pública.

Ocorre que, por mais que a segurança privada seja uma realidade, não se pode ignorar que o monopólio do uso da força é do Estado. Ou seja, não se pode admitir que tais empresas de segurança privada, por vezes fortemente armadas, atuem livremente sem qualquer espécie de controle estatal, para que elas não acabem por se tornar verdadeiros grupos paramilitares ou mesmo milicianos, o que é vedado pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XVII).

Nesse sentido, esta pesquisa tem como objetivo identificar como se dá o controle da atividade da segurança privada, especialmente no caso de Manaus/AM.

A problemática que motivou esta pesquisa é: de que forma a cidade de Manaus/AM, controla as atividades de segurança privada e qual é a realidade dessa atividade, no âmbito das suas limitações?

A justificativa desta pesquisa se fundamenta no impacto que a segurança privada tem sobre a vida de todos os municípios, uma vez que, por mais que não sejam notados, existem agentes de segurança particulares transitando pelo meio ambiente urbano a todo tempo, devendo ser estudado como é realizado o controle estatal sobre tais atividades, com a finalidade de preservar a adequada utilização da força por esses entes privados, evitando-se abusos.

No que toca à metodologia, a presente pesquisa se valerá do método dedutivo; quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica e documental, e quanto aos fins, qualitativa.

1 A SEGURANÇA PRIVADA

A segurança privada nada mais é que aquela em que o particular contrata pessoas teoricamente treinadas, para realizar a segurança patrimonial, evitando ou inibindo a ação de criminosos que porventura queira usurpar patrimônio alheio.

Segundo Costa (2014, p. 7), a segurança privada:

É a atividade econômica prestada por empresas autorizadas pela Polícia Federal, mediante a contratação de profissionais especialmente habilitados (vigilantes), com o objetivo de realizar: a vigilância patrimonial de instituições financeiras e de outros estabelecimentos públicos ou privados (estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços, residenciais, entidades sem fins lucrativos, órgãos e empresas públicas); a segurança de pessoas físicas; o transporte de valores; e a garantia do transporte de qualquer outro tipo de carga.

Do conceito acima nota-se que a segurança privada enquadra-se como uma atividade econômica, como uma prestação de serviços, onde um prestador recebe pela execução do serviço de segurança a um cliente, podendo este ser um indivíduo, a exemplo da pessoa física que contrata um segurança particular; uma coletividade, a exemplo de um condomínio residencial que contrata uma empresa de vigilância; uma pessoa jurídica, a exemplo de uma empresa transportadora que contrata um serviço de escolta armada para proteger seus caminhões; ou mesmo um órgão público, como é o caso de repartições públicas que contratam vigilantes terceirizados, oferecidos por empresas interpostas.

É possível extrair dessa conceituação que a segurança privada objetiva, em síntese, garantir a incolumidade física das pessoas e resguardar a integridade dos seus bens, aproximando-se, portanto, do objetivo geral da segurança pública, conforme previsto na Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, **dever do Estado**, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...] (gn)

É a partir dessa observação de Costa (2014, p. 7) que “tanto a segurança privada como a segurança pública, possuem objetivos comuns, que se extrai

uma característica conceitual fundamental da segurança privada, concernente à sua complementariedade, vale dizer, a atividade de segurança privada é complementar à segurança pública”.

Portanto, não há que se falar em atividades concorrentes, mas sim em serviços que se somam, possuindo, tanto a segurança pública quanto a segurança privada, focos diferentes de atuação sobre o mesmo problema, conforme destaca Zanetic (2005, p. 16):

Não obstante às semelhanças entre os policiamentos, enquanto os serviços privados priorizam a prevenção de perdas e a minimização dos danos das vítimas, as forças públicas agem sempre (ao menos idealmente) em função do cumprimento estrito das normas legais e da punição dos agressores (Bayley & Shearing, 2001; Ribeiro, 1999). Focada mais nas vítimas do que nos agressores, a segurança privada está mais propensa a agir de acordo com princípios da justiça restaurativa, conferindo maior informalidade na resolução dos conflitos de forma a minimizar os riscos de novas ofensas ou mesmo de forma a restituir os prejuízos sofridos em acordo direto com os ofensores, o que muitas vezes pode ser preferível para os clientes, sobretudo para as empresas que contratam serviços de segurança, que buscam resolver os problemas de forma rápida e sem a necessidade de envolver-se com os inconvenientes do sistema de justiça criminal.

Como se trata de um serviço contratado, a segurança privada tem a flexibilidade de se amoldar às necessidades dos contratantes, podendo prestar um serviço de forma personalizada e, portanto, que se propõe a atender melhor às necessidades de segurança de determinado cliente, o que certamente não se pode esperar da segurança pública, que ordinariamente é prestada a todos indistintamente, não podendo ser individualizada³⁶³. Entretanto, não se pode perder de vista que a oferta desses serviços tanto público como privado, não pode perder de vista o princípio de dignidade da pessoa humana que é um dos pilares da República Federativa brasileira, que estabelece, no inciso III, do artigo 1º, como fundamento do Estado Democrático brasileiro, “a dignidade da pessoa humana”. Nesse sentido, é importante destacar a força dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, conforme destacam Zambrano, Pozzetti e Magnani (2021, p. 6) “Dessa forma, se verifica a importância dos princípios: eles possuem o condão de se sobrepor à inexistência da lei e são impregnados de atender aos fins sociais, àquilo que determina sociedade entende que é melhor para ela”.

³⁶³ Excepcionalmente poderíamos falar em um serviço de segurança pública personalizado quando se aborda o tema dos serviços de segurança de dignitários, como autoridades políticas e presidenciais, e de proteção de testemunhas (vide Lei nº 9.807/1999).

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana se traduz em um dos pilares da sustentabilidade urbana. A segurança Pública deve atuar de forma eficaz, mas deve respeitar os direitos humanos; pois se assim não o fizer, o meio ambiente urbano ingressará num caos sem dimensão, estabelecendo-se um ambiente de medo e insegurança.

Dentro deste contexto, o Estatuto da cidade – Lei nº 10257/2001, estabelece:

Art. 1º Na execução da **política urbana**, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, **da segurança** e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. (gn)

Verifica-se, então, que o Estatuto da cidade, no intuito de estabelecer as diretrizes da política urbana destaca a necessidade de estabelecer-se a segurança como requisito ao bem-estar do cidadão bem como o equilíbrio ambiental, como complemento desse bem-estar. Por esse motivo, a segurança, seja ela pública ou privada, deve estar presente na manutenção da paz social e no equilíbrio ambiental dos cidadãos urbanos E, dentro deste contexto Pozzetti e Ferreira (2021, p.2) destacam que:

O meio ambiente urbano **deve possuir equipamentos necessários para prover a qualidade de vida de cidadãos e cidadãos que habitam esse espaço**, almejando o bem comum de todos e todas, estabelecendo parâmetros em diretrizes e políticas públicas para melhoria do modo de viver, com dignidade, como saúde e educação, alcançando o desenvolvimento sustentável. (gn)

Dessa forma, um dos equipamentos necessários para promover a qualidade de vida dos cidadãos, é a segurança, que é alcançada através de Políticas Públicas, incluindo a segurança privada que deverá ser disciplinada pelo Estado, as quais propiciarão o desenvolvimento sustentável. E dentro do quesito “Desenvolvimento Sustentável do meio ambiente urbano” não se pode deixar de falar do respeito que se deve ter aos direitos humanos, no exercício da Segurança. Nesse sentido, fazendo um retrospecto às civilizações antigas, Pozzetti e Ferreira (2017, p.484) destacam:

Os romanos se especializaram em invadir as propriedades de outros povos para escraviza-los e tomar-lhes a propriedade.

Sem a propriedade, os conquistados ficavam à mercê do conquistador. Verifica-se, então, que desde os primórdios da humanidade a posse pela propriedade garante a dignidade e a estabilidade do homem.

Com o desenvolvimento e humanização dos seres humanos, a autotutela deixou de fazer parte da vida social e política dos seres humanos e o estado atraiu para si o poder/dever de dizer o direito e estabelecer a paz social, não sendo mais possível a justiça pelas próprias mãos. Assim sendo, o meio ambiente urbano, onde vive a maior parte da população brasileira, deve ser um meio ambiente, tutelado pelo Estado, que transmitam segurança e dignidade ao cidadão, quer essa segurança seja pública ou privada. Esse seria, na realidade, o contexto da sustentabilidade ambiental no meio ambiente urbano que o Estado deve promover e garantir aos cidadãos, quer seja exercendo a atividade ou fiscalizando e organizando a atividade que delegou a terceiros.

1.1 DA ATUAÇÃO DA SEGURANÇA PRIVADA NO BRASIL

Na antiguidade os reinos se formaram a partir dessa prestação de serviços, em um momento em que o roubo e o saque eram permitidos. Com o passar dos dias, para se proteger, grandes proprietários de terras começaram a formar exércitos particulares para se proteger dos roubos e saques. Os pequenos proprietários percebendo os resultados alcançados por essa ação aproximaram-se dos grandes proprietários e solicitaram-lhes a proteção e, dessa forma a proteção foi exercida mediante paga de uma parcela de recursos financeiros para que a proteção fosse realizada. Assim sendo, essa atividade permitiu o surgimento dos reinos, uma vez que determinada população que estava sob a proteção de um determinado senhor de terras, apeaçou a ser protegida por ela, mediante pagamento que, com o passar dos tempos foi transformada em tributos, cobrados pelo rei. Assim, essa segurança que a princípio era privada e depois passa a ser pública.

Com o passar dos anos, essa segurança pública coordenada e entregue pelo Estado, mostrou-se incapaz de proteger os súditos do rei e inicia-se, novamente, um processo de se buscar uma segurança particular que fosse mais eficaz.

A atividade de segurança privada, como se conhece hoje, tem suas origens nos Estados Unidos no século XIX, que segundo Costa (2014, p. 7):

A atividade de Segurança Privada de forma organizada surgiu mundialmente em meados de 1850, quando a empresa de vigilância Pinkerton e Edward Rucker, nos Estados Unidos da América, liderada por Allan Pinkerton, organizou um grupo de homens para dar proteção a Abraham

Lincoln [...] No mesmo período, outros norte-americanos Henry Wells e Willian Fargo, criaram a primeira empresa formal de segurança privada do mundo, a Wells Fargo, para suprir a falta de segurança pública naquele país. Simultaneamente, em Chicago, Washington Perry Brink iniciava o primeiro serviço de transporte de valores, que após deu origem a empresa de segurança Brinks, ainda em atividade no ramo de transporte de valores.

No Brasil, somente mais de um século depois é que a atividade de segurança privada começou a atuar de forma organizada, conforme também ensina Costa (2014, p. 7):

No Brasil, a atividade de segurança privada iniciou-se na década de 1960, para suprir a deficiência do poder público na proteção das instituições financeiras, com a publicação do Decreto-Lei nº 1.034/69, possibilitando a criação de um serviço privado de segurança para resguardo dos bancos que sofriam elevado número de roubos.

Tendo seu início atrelado à segurança das instituições financeiras, a segurança privada não ficou restrita a esse ramo em nosso País, tendo se expandido para outras áreas de atuação, como assevera Zanetic (2010, p. 53):

A segurança privada cresceu linearmente no Brasil desde seu surgimento oficial com o Decreto Federal de 21 de outubro de 1969, tendo seu maior crescimento a partir dos anos 90, notado pelo número de empresas de vigilância, de vigias de rua e na disseminação de tecnologias voltadas à indústria da segurança eletrônica.

Nesse ponto, revela-se importante elencar as razões que levaram à expansão dessa atividade no Brasil, que deixava de ser um país eminentemente agrícola para ser uma nação industrializada, com intensa migração populacional para os núcleos urbanos (êxodo rural). Vejamos o que ensina Zanetic (2010, p. 54):

Para melhor compreendermos essa expansão é importante levarmos em conta três aspectos que podem ser apontados como os principais fatores impulsionadores da ampliação do mercado brasileiro de segurança: i. o crescimento da violência e da criminalidade (sobretudo a especialização do crime); ii. a percepção da violência e o aumento da insegurança; e iii. as mudanças na utilização do espaço urbano e circulação da população nas grandes cidades.

De fato, o aumento populacional dos grandes centros e a precarização das condições de vida no meio urbano, com a conseqüente disparada da vio-

lência, aliada ao descrédito geral da população quanto à capacidade das forças de segurança pública em prover a segurança, serviram de cenário ideal para o crescimento da segurança privada. Segundo Zanetic (2005, p. 38):

Dado o forte crescimento da criminalidade e da violência presenciado nas últimas décadas, pode-se esperar que o efeito do medo do crime possa ter atuado como um importante impulsionador da demanda pelos investimentos em proteção.

Interessante também observar, como fator contributivo da expansão da segurança privada no Brasil, a mudança na utilização do espaço urbano que se viu nas últimas décadas, com a utilização massiva de espaços privados abertos ao público (como os shopping centers e grandes arenas multiuso), onde a presença da segurança particular é inerente.

Segundo Zanetic (2010, p. 55):

Além do aumento e especialização da criminalidade, da ampliação do controle social informal e da insegurança, a segurança privada tem como pressupostos de sua expansão importantes transformações no espaço urbano e na circulação da população pelas grandes cidades, que têm criado determinados espaços para os quais se deseja ter segurança reforçada em tempo integral [...] Entre as mudanças sociais responsáveis pela configuração desse novo contexto pode-se ressaltar também a tendência das pessoas gastarem atualmente mais tempo nos lugares protegidos por agências não-governamentais do que nos lugares em que o policiamento é público.

Dessa forma, com o aumento da criminalidade no meio urbano as pessoas passam a frequentar com mais intensidade os espaços privados que dispõem de serviços próprios de segurança e que não dependem de um policiamento estatal, o que impulsiona o segmento da segurança privada.

Nesse contexto, de acordo com os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, existem no Brasil 3.625 empresas de segurança privada, assim consideradas apenas aquelas regularizadas, sendo que o total de profissionais empregados na segurança privada é de cerca de 1.096.398³⁶⁴ pessoas. Quanto à relevância econômica da atividade, o citado Anuário aponta que o faturamento dessas empresas ultrapassa 36 bilhões de reais por ano.

Tais dados revelam a dimensão da atuação da segurança privada no País, devendo ser observado que, quando se compara com o efetivo da segurança

³⁶⁴ Nesse total estão incluídos os profissionais que atuam em empresa formalizadas bem como os que atuam de maneira informal, a exemplo de vigias de rua.

pública, nota-se que o efetivo da segurança privada é bem maior, sendo o efetivo de policiais de 772.202 agentes.

Portanto, revela-se crucial se compreender se há e como se dá o controle dessa atividade.

2 O CONTROLE DA SEGURANÇA PRIVADA

Quando se aborda o tema do “controle” é importante utilizarmos a conceituação de Lopes (2011, p. 99) que destaca que “Entende-se por controle os mecanismos e ações que visam gerar adequação das empresas e profissionais de segurança privada às expectativas e regras públicas”.

A necessidade do controle nessa atividade decorre da ideia de monopólio do uso da força pelo Estado, de modo que não seria admissível haver uso da força por particulares sem a respectiva regulação estatal.

Nesse ponto, bem esclarecedora a abordagem de Zanetic (2005, p. 22):

O Estado Moderno se define por ser o detentor do monopólio do uso legítimo da violência física em determinado território, ao qual cabe garantir ordem e segurança para as vidas e as propriedades dos cidadãos [...] o monopólio da violência e o uso da coação física se apresentam como a racionalização daquilo que é essencial para a consolidação do processo de estabilização chamado de contrato social, em que todos abrem mão da liberdade (sob coerção) para ganhar a justiça igual, situação a partir da qual se possibilita a existência de um sistema comum de condutas normatizadas no interior de cada território.

Nesse sentido, ao observarmos que a segurança privada faz uso de armamento letal e é capaz de, em espaços privados, impor limitações aos cidadãos, o controle é uma consequência esperada nos Estados democráticos, principalmente quando se observa que na atual vida urbana as pessoas transitam e permanecem bastante tempo em ambientes que, apesar de terem acesso liberado ao público, são particulares.

É nessa linha que assinala Lopes (2011, p. 103):

Como o cidadão médio passa parte substantiva de seu tempo no interior desses espaços, pode-se afirmar que a vida pública é hoje tão ou mais policiada pela segurança privada do que pelas forças de segurança pública.

Estando boa parte da população urbana frequentemente submetida, por vários momentos do dia, à supervisão dos agentes da segurança privada, que vai

desde um simples monitoramento por câmeras de vigilância até revistas pessoais na entrada de estabelecimentos, revela-se salutar a observação de Lopes (2011, p. 103) quanto à relevância do controle:

Dado os poderes envolvidos nas atividades de policiamento privado, esse fato tem consequências para os direitos civis nas sociedades democráticas. Embora não contem com os mesmos poderes coercitivos especiais disponíveis aos policiais, profissionais de segurança privada detêm poderes consideráveis e potencialmente ameaçadores das liberdades civis. Treinados para utilizar força física e autorizados a portar armas, uniformes, insígnias de autoridade e sofisticados aparatos de vigilância, profissionais de segurança privada colocam à disposição dos que controlam propriedades poderes para investigar, fiscalizar, revistar, autorizar, proibir, obstruir e excluir que não estão submetidos às regras do devido processo legal, tal como estão os poderes da polícia pública (SHEARING & STENNING, 1981; 1983; PAIXÃO, 1991; STENNING, 2000).

De fato, ao se levar em consideração que as organizações que atuam na segurança privada podem possuir milhares de profissionais armados e com materiais balísticos diversos, como coletes à prova de balas e veículos blindados, é fundamental que o Estado exerça sobre elas um controle adequado, sob pena de se correr o risco de desvirtuamento da atividade, Lopes (2011, p. 103) destaca que “no limite, esses agentes e organizações podem assumir a forma de justiceiros, esquadrões da morte e milícias urbanas ou rurais”.

Ou seja, para que a sociedade admita ser policiada por organizações e pessoas distintas dos órgãos e agentes públicos, deve haver no meio social a consciência geral de que tais agentes privados atuam sob a regulação e supervisão do Estado, que pode lhes fiscalizar e cobrar obediência a procedimentos de conduta hígidos e, em casos de desvios, aplicar as sanções devidas.

A necessidade do controle encontra precedentes em países diversos, como assinala Zanetic (2010, p. 58):

No cenário internacional, o modelo regulatório específico dos serviços de segurança tem se organizado diretamente pelos governos, sendo conduzido por algum órgão ou departamento da burocracia executiva (há exceções como, por exemplo, na Inglaterra, onde funciona um sistema de autorregulação por arranjos corporativos entre as empresas do setor). Geralmente este órgão é um departamento específico da área da Justiça ou Segurança do país, ou ainda o Ministério do Interior. O desenvolvimento do campo da segurança privada mais parece

indicar uma homogeneização dos modelos para o setor, do que estar demonstrando um aprofundamento de diferenças, mesmo havendo diferenças importantes entre os países. Nesse sentido, países com as mais diferentes características estão, em maior ou menor grau, caminhando no sentido de criar mecanismos de regulação e controle do setor e (mesmo na França, onde a resistência ao setor é visivelmente maior) de conciliar essa indústria, que cresce incessantemente, aos sistemas públicos de segurança.

Sendo assim, entendida a necessidade do controle da segurança privada, pode-se partir para a análise de como esse controle é feito no Brasil.

2.1 DO CONTROLE DA SEGURANÇA EXERCIDO NO BRASIL

A regulação da atividade da segurança privada no Brasil é considerada abrangente, como observa Zanetic (2010, p. 58-59):

O Estado não apenas regula os trabalhadores da indústria, mas, além disso, introduz regulação substantiva para aumentar o padrão e a qualidade dos serviços, criar salvaguardas para proteção do público e eventualmente proteger as empresas nacionais da competição estrangeira – como ocorre em países como Dinamarca, Finlândia, França, Portugal e Espanha.

Observa-se que o controle estatal exercido sobre a atividade objetiva, em linhas gerais, manter padrões mínimos que confirmam à sociedade a garantia necessária de que os provedores da segurança privada – quando devidamente regularizados perante o órgão controlador – irão atuar de forma adequada.

O arcabouço regulatório da segurança privada é assim apresentado por Lopes (2011, p. 106-107):

As normas que regem a segurança privada no Brasil e conformam as organizações de controle são compostas por três leis, dois decretos e dezenas de portarias, resoluções e outros expedientes normativos típicos de burocracias executivas. A norma-base é a Lei federal n. 7 102, de 20 de junho de 1983, regulamentada pelo Decreto n. 89 056, de 24 de novembro de 1983. Em meados dos anos 1990 essa lei foi modificada por duas outras, a Lei n. 8 863, de 28 de março de 1994, e a Lei n. 9 017, de 30 de março de 1995. O Decreto n. 89 056/83 também foi reformulado pelo Decreto n. 1 595, de 10 de agosto de 1995.

Essas normas estabelecem todo o regramento que baliza a atuação da segurança privada no País e, segundo Lopes (2011, p. 110) prescreve normas acerca dos “requisitos para a atuação de empresas e profissionais de segurança privada, treinamento, armas de fogo e uniforme e identificação visual dos agentes”.

A existência desse aparato legal é fundamental para que, em tese, somente possam atuar na área da segurança privada pessoas treinadas e empresas idôneas, principalmente em se tratando de profissionais que irão atuar com armas de fogo.

Nesse ponto, importante destacar que, quanto ao treinamento, Lopes (2011, p. 112) destaca que:

O marco regulatório brasileiro exige o treinamento e o aperfeiçoamento contínuo dos profissionais que atuam em empresas de segurança privada, que devem fazer curso preparatório para tornar-se vigilante e reciclagens de dois em dois anos [...] já que vigilantes educados em direitos humanos e treinados para a utilização da força física de maneira progressiva e profissional estão, em tese, menos suscetíveis a desvios de conduta e comportamentos irresponsáveis.

No plano prático, o exercício do controle da segurança privada no Brasil cabe ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Polícia Federal que, segundo Lopes (2011, p. 100) “desempenha o papel de agência reguladora, controladora e fiscalizadora da segurança privada em todo o país”.

Assim dispõe o Decreto Federal nº 89.056/1983:

Art. 32. Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, **autorizar, controlar e fiscalizar o funcionamento das empresas especializadas, dos cursos de formação de vigilantes** e das empresas que exercem serviços orgânicos de segurança. (gn)

Para cumprir essa função de regulação da atividade de segurança privada a Polícia Federal possui a seguinte estruturação, conforme expõe Costa (2014, p. 10/11):

Unidades de controle e fiscalização

O controle e a fiscalização das atividades de segurança privada serão desempenhados pela Polícia Federal através das seguintes unidades:

- Diretor-Geral – DG – Autoridade responsável pela decisão dos processos administrativos punitivos decorrentes da lavratura de autos de infração relacionados à prestação de atividades de segurança privada, em 2ª e última instância administrativa;

- Diretor Executivo – DIREX – Autoridade responsável pela decisão dos processos administrativos punitivos decorrentes da lavratura de autos de infração relacionados à prestação de atividades de segurança privada, em 1ª instância administrativa, podendo ainda ser substituído pelo Coordenador-Geral de Controle de Segurança Privada;
- Comissão Consultiva para Assuntos de Segurança Privada – CCASP – Colegiado de natureza deliberativa e consultiva, presidido pelo Diretor-Executivo do DPF ou pelo Coordenador-Geral de Controle de Segurança Privada em suas faltas e impedimentos, composto por representantes de entidades de classe patronal e laboral que atuam no segmento da segurança privada, bem como por representantes de órgãos públicos exercentes de atividades correlatas, regulamentado pelas Portarias 1.546/95-MJ e 2.494/04-MJ, com as alterações posteriores;
- Coordenação-Geral de Controle de Segurança Privada – CGCSP – Unidade central reguladora da atividade de segurança privada em todo o país, vinculada à Diretoria Executiva do DPF, também responsável pelo controle, coordenação e fiscalização das atividades de segurança privada, assim como pela orientação técnica e acompanhamento das atividades desenvolvidas pelas Delegacia de Controle de Segurança Privada – DELESP e Comissões de Vistoria – CV;
- Delegacias de Controle de Segurança Privada - DELESP – Unidades regionais vinculadas às Superintendências de Polícia Federal nos Estados e Distrito Federal, responsáveis pela uniformização de procedimentos e entendimentos na respectiva UF, respeitado o entendimento da CGCSP, fiscalização e controle das atividades de segurança privada, no âmbito de suas circunscrições;
- Comissões de Vistoria – CV – Unidades vinculadas às Delegacias de Polícia Federal descentralizadas, responsáveis pela fiscalização e controle das atividades de segurança privada no âmbito de suas circunscrições, presididas por um Delegado de Polícia Federal e compostas por, no mínimo, mais 02 (dois) membros titulares e respectivos suplentes. São constituídas por ato do Superintendente Regional de Polícia Federal.

Da estrutura acima exposta nota-se que a Polícia Federal possui uma organização interna voltada especificamente ao controle da segurança privada no País, tamanha a relevância que essa atividade assume, principalmente nos ambientes urbanos.

É possível observar também que, por ser um controle federalizado - cujas diretrizes são emanadas pelo órgão central da Polícia Federal em Brasília às unidades regionais nos Estados - isso tem o condão de, segundo Lopes (2011, p. 109):

Teoricamente gerar regras e procedimentos iguais em todo o país, o que permite a formação de um ambiente institucional homogêneo, algo fundamental para que os vigilantes tenham os mesmos direitos em todo o território e para que as empresas possam expandir-se e/ou operacionalizar seus negócios com mais facilidade.

Todavia, se por um lado o controle federalizado possui a vantagem de uniformizar a regulação em todo o País, por outro, esse modelo enfrenta o problema da “escassez de recursos humanos e financeiros da Polícia Federal” (ZANETIC, 2010, p. 61), bem como os “diferentes graus de estruturação das DELESP e CV” (LOPES, 2011, p. 114).

Nesse ponto, Zanetic (2010, p. 61) destaca que:

A exemplo de muitos dos modelos observados, o grande problema que encontramos no Brasil está na fragilidade dos mecanismos de controle e fiscalização da atividade em seus diferentes segmentos, que atualmente estão a cargo da Delegacia de Controle da Segurança Privada - DCSP de Brasília e das Delegacias Estaduais de Segurança Privada - DELESPs. Além dos poucos recursos dispensados para essa finalidade serem sub-aproveitados, a dificuldade se agrava pelo processo de franca expansão do setor, que age como mais uma barreira ao fôlego necessário para o acompanhamento dessa necessidade de efetivação da regulamentação.

De fato, para que o controle seja exercido de forma homogênea em todo o País, como pressupõe o controle federalizado, é necessário que a estrutura do órgão controlador – no caso, a Polícia Federal – também seja homogênea, o que não é algo trivial, ante as peculiaridades e disparidades regionais do Brasil.

De todo modo, por mais que os problemas estruturais no órgão federal possam existir, é importante observar que a própria normatização prevê expressamente uma possível solução para essa situação, qual seja: a celebração de convênios com os Estados para execução de algumas ações pertinentes ao controle da segurança privada; vejamos o que estabelece a Lei nº 7.102/83:

Art. 20. Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do seu órgão competente ou mediante **convênio com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados e Distrito Federal**:

I - conceder autorização para o funcionamento:

- a) das empresas especializadas em serviços de vigilância;
- b) das empresas especializadas em transporte de valores; e
- c) dos cursos de formação de vigilantes;

II - fiscalizar as empresas e os cursos mencionados no inciso anterior;

III - aplicar às empresas e aos cursos a que se refere o inciso I deste artigo as penalidades previstas no art. 23 desta Lei;

IV - aprovar uniforme;

V - fixar o currículo dos cursos de formação de vigilantes;

VI - fixar o número de vigilantes das empresas especializadas em cada unidade da Federação;

VII - fixar a natureza e a quantidade de armas de propriedade das empresas especializadas e dos estabelecimentos financeiros;

VIII - autorizar a aquisição e a posse de armas e munições; e

IX - fiscalizar e controlar o armamento e a munição utilizados.

X - rever anualmente a autorização de funcionamento das empresas elencadas no inciso I deste artigo.

Parágrafo único. As competências previstas nos incisos I e V deste artigo não serão objeto de convênio. (gns)

Decreto nº 89.056/83

Art. 32. Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, autorizar, controlar e fiscalizar o funcionamento das empresas especializadas, dos cursos de formação de vigilantes e das empresas que exercem serviços orgânicos de segurança.

Art. 52. A competência prevista nos arts. 27, 28, 32, 39, 40, caput, 41, 44, 45 e 47 **poderá ser objeto de convênio com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados e Distrito Federal.** (gns)

Essa possibilidade de celebração de convênio entre a União e os Estados está intrinsecamente ligada à ideia de *cooperação federativa*, prevista na Constituição Federal de 1988:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, **autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos,**

serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (gn)

Nesse ponto, é interessante o posicionamento de Cunha (2004, p. 11):

O tema da coordenação e cooperação federativa, embora seja componente intrínseco da organização dos Estados federais, ganha ainda maior relevância no caso brasileiro em função da convivência de três entes federativos. Em algumas situações, nos espaços metropolitanos, por exemplo, **a ausência de formas de pactuação federativa agrava os problemas sociais e urbanos aí concentrados**. Esse é território em que a presença de articulação horizontal e vertical é condição necessária para a viabilidade da gestão de diferentes políticas públicas. (gn)

Ante a dimensão que a atividade da segurança privada possui, e considerando as limitações naturais de atuação do órgão federal responsável pelo controle - que não está presente em todas as cidades³⁶⁵ -, bem como tendo em conta que as forças de segurança estaduais possuem maior efetivo e capilaridade nas Unidades Federativas que a Polícia Federal³⁶⁶, a cooperação revela-se um caminho para superação de dificuldades.

Sendo assim, tendo sido traçado um panorama geral da segurança privada e do seu controle no País, parte-se agora para a análise do cenário manauara.

3 A SEGURANÇA PRIVADA EM MANAUS/AM

O meio ambiente urbano é aquele que sofreu a transformação, pelo ser humano, através da alteração dos seus aspectos ecológicos naturais; entretanto, não se consegue separar o meio ambiente, uma vez que ele é único, ele atravessa fronteiras. E é nesse sentido que Pozzetti e Soares (2015, p. 132) destaca que

Em regra, o meio ambiente é separado em três dimensões ou aspectos: o artificial, o cultural e o natural ou físico. Esta divisão tem meramente caráter prático e busca facilitar a identificação da atividade poluente ou degradante e do bem tutelado.

Dentro deste contexto, Pozzetti e Tavares (2019, p. 250) explicam que “A proteção do meio ambiente urbano no Brasil está presente na Constituição Federal de 1988 conforme disposto no art. 182”. Nesse sentido:

³⁶⁵ As cidades que contam com efetivo da Polícia Federal constam no link: <https://www.gov.br/pf/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/quem-e-quem/superintendencias-e-delegacias>. Acesso em: 04 out.2022.

³⁶⁶ Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança (2022, p. 462), o efetivo das Polícias Militares é de 406.384 e das Polícia Cíveis é de 91.926 agentes, ao passo que o da Polícia Federal é de 11.615 agentes.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Com uma população superior a dois milhões de habitantes segundo o IBGE, a capital amazonense, assim como as grandes metrópoles brasileiras, possui uma atividade de segurança privada bastante presente no dia a dia da população, corroborando com o posicionamento de Zanetic (2005, p. 38-39):

Além do crescimento acelerado das periferias urbanas em meio a uma grande precariedade estrutural decorrente do processo de rápida urbanização, que se deu à margem de um desenvolvimento econômico capaz de sustentar esta crescente demanda populacional, desenvolveram-se nos grandes centros novos padrões de comércio, moradia, trabalho e lazer, verificados, como já observado, no surgimento em larga escala dos espaços privados abertos para o público. Além desses espaços, nesse período há uma grande disseminação dos condomínios residenciais e centros comerciais, que requerem grande investimento privado em segurança.

A presença dos agentes de segurança privada é uma constante em Manaus, seja nos centros comerciais, nos condomínios residenciais, nos supermercados, nas indústrias, nos estádios esportivos, nos eventos musicais e culturais, nos clubes noturnos, em instituições de ensino, no aeroporto e, ainda, em diversas repartições públicas.

Nesse ponto, de acordo com dados da Polícia Federal³⁶⁷, existem em Manaus 3.289 postos de trabalho de segurança privada, o que revela como a atuação dessa atividade é uma realidade disseminada na capital do Amazonas.

Atualmente há na cidade de Manaus, segundo a Polícia Federal, 69 empresas de segurança privada regularizadas, sendo que desse total 49 são empresas especializadas nessa atividade e 20 são empresas não especializadas na área, mas que fazem a própria segurança, de forma orgânica.

Das empresas especializadas atuantes em Manaus, os dados da Polícia Federal mostram que elas atuam nos seguintes ramos da segurança privada, devendo ser observado que algumas empresas atuam em mais de um segmento simultaneamente:

³⁶⁷ Informações sobre segurança privada disponíveis no Sistema GESP – Gestão Eletrônica de Segurança Privada – Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/seguranca-privada/sistemas/gesp/gesp>. Acesso em: 05 out.2022.

- a. Vigilância patrimonial (44 empresas);
- b. Transporte de valores (06 empresas);
- c. Escolta armada (19 empresas);
- d. Segurança pessoal (14 empresas)
- e. Cursos de formação (04 empresas)

O volume total de faturamento dessas empresas foi de R\$519.877.000,00 em 2021, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 336), a demonstrar a considerável relevância econômica do segmento.

No que concerne à força de trabalho, os dados da Polícia Federal mostram que trabalham em Manaus 6.669 vigilantes, o que equivale a 85% do total de vigilantes atuando no Amazonas, que é de 7.805 profissionais.

Esse dado quantitativo adquire um significado importante quando se compara o efetivo de agentes da segurança privada com os profissionais da segurança pública, em especial os Policiais Militares. Isso porque, no Amazonas, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 456) revela que o efetivo da ativa da Polícia Militar no Amazonas é de 8.540 policiais. Ou seja, a segurança privada em Manaus possui uma quantidade de agentes que chega quase a se equiparar ao efetivo dos policiais militares, o que é um dado bastante significativo, principalmente quando se leva em consideração que são profissionais que podem portar arma de fogo, na forma da Lei nº 7.102/83, senão vejamos:

Art. 19 - É assegurado ao vigilante:

I - uniforme especial às expensas da empresa a que se vincular;

II - porte de arma, quando em serviço;

III - prisão especial por ato decorrente do serviço;

IV - seguro de vida em grupo, feito pela empresa empregadora. (gn)

Nesse quesito arma de fogo, interessante observar que o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 286) aponta o total de 4.967 armas registradas pelas empresas de segurança no Amazonas, a revelar uma necessidade real de controle.

Afinal, não havendo um controle rígido estatal sobre esse vasto arsenal nas mãos de organizações particulares, não há garantias mínimas de que os desvios possam de fato ser coibidos, o que colocaria a sociedade manauara sob sérios riscos.

3.1 DO CONTROLE DA SEGURANÇA PRIVADA EM MANAUS

O controle da segurança privada é exercido, no Brasil, pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Polícia Federal, que possui um órgão central em Brasília responsável pelas diretrizes gerais: a Coordenação-Geral de Controle de Segurança Privada - CGCSP.

Nos Estados, tal controle é realizado pelas Delegacias de Controle de Segurança Privada – DELESP's, as quais integram a estrutura das Superintendências Regionais da Polícia Federal.

A cidade de Manaus, por sediar a Superintendência Regional da Polícia Federal no Amazonas, conta com uma Delegacia de Controle de Segurança Privada - DELESP, na forma do art. 4º da Instrução Normativa nº 13/2005-DG/DPF³⁶⁸. Tal norma atribui à DELESP a seguinte competência:

Art. 216. À Delegacia de Controle de Segurança Privada compete:

I - executar operações policiais relativas às atribuições definidas no art. 50 deste Regulamento, informando o Delegado Regional Executivo sobre seus resultados, tendo em vista as diretrizes de planejamento operacional propostas, a orientação e a coordenação para a repressão uniforme desses ilícitos;

II - exercer o controle operacional de fiscalização, apurando as infrações verificadas no processo de formação e aperfeiçoamento de vigilantes e no de habilitação e funcionamento de empresas especializadas em serviços de segurança privada;

III - receber, instruir, sanear expedientes protocolizados pelas empresas de segurança privada e, no que couber, pelas executantes de serviços orgânicos de segurança, encaminhando-os com parecer conclusivo à CGCSP/DIREX;

IV - promover a triagem de candidatos selecionados para prestação de serviço de guarda e vigilância bancária;

V - autorizar a abertura de escritório operacional vinculado à filial da empresa que esteja autorizada, na circunscrição da Superintendência;

VI - autorizar a mudança de endereço da empresa, no âmbito da circunscrição da Superintendência;

³⁶⁸ Essa norma define as competências específicas das unidades centrais e descentralizadas do Departamento de Polícia Federal e as atribuições de seus dirigentes.

VII - instruir o pedido de autorização de funcionamento das empresas executantes de serviços orgânicos de segurança, no âmbito da circunscrição da Superintendência, bem como renovar a sua autorização de funcionamento, por meio de revisão anual;

VIII - realizar vistorias e aprovar os planos de segurança dos estabelecimentos financeiros;

IX - promover e apoiar as ações para a gestão, implementação e articulação do SISVIP, na área de atuação da Superintendência;

X - dispor dos dados estatísticos referentes às atividades, ao resultado das operações policiais e à incidência infracional de sua atribuição, consolidando-os e submetendo-os ao Delegado Regional Executivo e aos Chefes da DICOF e DAPEX/CGCSP/DIREX.

Extraí-se, desse rol de competências acima, que a Delegacia de Controle de Segurança Privada no Amazonas possui uma vasta gama de atuação, devendo exercer uma supervisão ampla sobre o segmento da segurança privada.

Nesse ponto, Lopes (2011, p. 113) destaca:

Diferentemente de outros órgãos fiscalizadores, a Polícia Federal não exerce uma fiscalização por amostragem, e sim uma fiscalização extensiva a todo o setor de segurança privada. Isso porque a legislação determina que as empresas de segurança privada devam ser fiscalizadas ao menos uma vez por ano. Além dessa fiscalização obrigatória, Delesp e CV podem iniciar, a qualquer tempo, fiscalização de ofício, por solicitação da Cgcspp, do setor de segurança privada, dos órgãos de segurança pública ou ainda mediante denúncia de terceiros, desde que haja fundada suspeita de irregularidade em atividades típicas de segurança privada.

Cumpra destacar também que, como no Estado do Amazonas a Polícia Federal possui somente duas Unidades Descentralizadas³⁶⁹, a DELESP em Manaus deve exercer o controle da segurança privada não somente na capital amazonense, mas ainda em outros 43 municípios que integram a sua circunscrição, quais sejam: Alvarães, Anamá, Anori, Apuí, Autazes, Barcelos, Barreirinha, Beruri, Boa Vista do Ramos, Borba, Caapiranga, Canutama, Careiro, Careiro da Várzea, Coari, Codajás, Fonte Boa, Iranduba, Itacoatiara, Itapiranga, Japurá, Juruá, Manacapuru, Manaquiri, Manicoré, Maraã, Maués, Nhamundá, Nova Olinda do Norte, Novo Airão, Novo Aripuanã, Parintins, Presidente Figueiredo, Rio Preto da Eva, Santa Isabel do Rio Negro, São

³⁶⁹ Vide Anexo IV da Portaria nº 3997/2013-DG/DPF.

Gabriel da Cachoeira, São Sebastião do Uatumã, Silves, Tapauá, Tefé, Uarini, Urucará e Urucurituba.

Da relação acima extrai-se que a área de atuação da Delegacia de Controle de Segurança Privada em Manaus é bem ampla, o que certamente exige uma quantidade de recursos humanos e financeiros elevada para que o controle seja bem exercido.

Neste sentido, como a cidade de Manaus, por si só, possui uma atividade de segurança privada bem significativa, o que somado a todos os municípios acima elencados, revela um cenário desafiador.

Todavia, como é notório no serviço público federal, em especial na Região Norte, a escassez de recursos humanos impõe uma limitação natural à atuação, como pontuado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 357). No caso de Manaus, são 05 policiais federais para exercer tal mister, o que revela ser impraticável o exercício adequado do controle sobre toda a atividade da segurança privada na cidade.

Decorre daí a importância da previsão normativa de utilização da *cooperação federativa*, como visto na seção anterior. Isso porque a capilaridade de atuação da Secretaria de Estado da Segurança Pública do Amazonas – SSP/AM é bem maior que a da Polícia Federal, tanto na capital como no interior do Estado.

Nesse ponto, somente no que concerne à cidade de Manaus, que é o objeto de estudo desta pesquisa, são 30 Distritos de Polícia distribuídos por todas as zonas da cidade, além de 6 Seccionais e 15 Delegacias Especializadas. Ou seja, há uma gama de unidades policiais bem extensa, com uma quantidade de efetivo consideravelmente superior³⁷⁰.

A conjunção de esforços por meio de convênio permitiria que as forças de segurança estaduais colaborassem com a Delegacia de Controle da Segurança Privada da Polícia Federal na supervisão da atividade da segurança particular em Manaus, executando ações de fiscalização dos agentes da segurança privada de forma mais presente por toda a cidade, superando a barreira que a limitação de recursos humanos impõe ao órgão federal.

Certamente, deve-se destacar que o convênio visa a uma cooperação, e não a uma absorção completa das funções de controle pela Secretaria de Segurança Pública do Amazonas. A regulação e a fixação de diretrizes gerais de atuação, bem como os atos autorizativos e de registro da segurança privada, cabem à Polícia Federal por previsão normativa, devendo ser a atuação do órgão estadual complementar, mas deveras importante.

³⁷⁰ Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 462), o efetivo de policiais estaduais do Amazonas é de 11.755 profissionais.

Afinal, em se tratando a segurança privada de um serviço que tem o mesmo objetivo final da segurança pública, que é prover a incolumidade física das pessoas e do seu patrimônio, a participação complementar das forças de segurança estaduais nesse controle se revela bastante salutar, principalmente pelo conhecimento de campo que seus agentes possuem nas várias regiões de atuação da segurança privada em Manaus.

Nesse ponto, vale observar que as forças de segurança estaduais estão mais diretamente ligadas às demandas diárias por segurança da população que a Polícia Federal, em decorrência do modelo de repartição constitucional de competências estabelecido pelo art. 144 da Constituição Federal.

Vale dizer, as polícias estaduais atuam ordinariamente com a preservação da ordem pública por toda a cidade, papel esse que não é exercido ordinariamente pela Polícia Federal.

É por isso que o intercâmbio de informações úteis à segurança acabaria por tornar-se mais intenso com a aproximação das forças estaduais com os agentes da segurança privada, corroborando o que ensina Zanetic (2005, p. 15):

Os serviços de policiamento privado passam a ser considerados como parte da luta contra o crime, tornando-se “parceiros em pé de igualdade” das forças públicas, para além de suas funções de autodefesa e proteção. Além disso, os consultores da Hallcrest Cunningham e Taylor recomendavam em seu relatório o compartilhamento, as parcerias e a troca de experiências e de informações entre ambas as polícias.

Portanto, nota-se que não apenas o controle da atividade da segurança privada em Manaus poderia ser potencializado com a cooperação federativa União-Estado, mas também a segurança da população manauara poderia ser beneficiada, ante a sinergia potencialmente decorrente da inserção de forças estaduais na supervisão da segurança privada em complemento à atuação da Polícia Federal.

CONCLUSÃO

A problemática que motivou esta pesquisa foi a de se verificar de que forma a cidade de Manaus/AM, controla as atividades de segurança privada e qual é a realidade dessa atividade, no âmbito dos limites do seu território. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos à medida em que se analisou o contexto social, os documentos emitidos pelos órgãos de fiscalização e atuação, a legislação pertinente e as posições doutrinárias a respeito do assunto.

Neste sentido pode-se observar que a ampla presença da segurança privada nas metrópoles urbanas, além de ser uma consequência natural da insegurança pública, decorre também do movimento de utilização massiva de espaços privados abertos ao público, onde a segurança particular é uma constante. Constatou-se que a segurança privada é hoje uma exigência social para que os espaços urbanos sejam frequentados pela população, foi enfrentado nesta pesquisa o problema concernente ao controle dessa atividade, ante a prerrogativa clássica do Estado no uso da força, já que não se admite que particulares possam exercer atos típicos de polícia – como portar armas de fogo e revistar pessoas – sem a devida supervisão estatal. Concluiu-se que a cooperação federativa se revela fundamental para que o controle sobre as organizações e profissionais que prestam a segurança privada; que este deve ser constante para coibir eventuais abusos e garantindo a adequação dos serviços aos ditames legais e aos direitos humanos. Neste sentido, percebeu-se que a sustentabilidade do meio ambiente urbano se efetivará através de uma Segurança Pública ou Privada adequada; pois esta é um elemento essencial para se garantir a sustentabilidade no meio ambiente urbano; pois sem paz, sem garantia dos direitos humano atuando efetiva e energeticamente na inibição de atentados à vida e à propriedade, através da segurança pública e privada, entraremos em caos social e o Estado descumprirá o seu papel protetor, seja na execução da Segurança Pública, seja no controle e fiscalização da Segurança Privada.

REFERÊNCIAS

- AMAZONAS. **Polícia Civil**. Disponível em: <http://www.policiacivil.am.gov.br/delegacias/>. Acesso em: 06 out.2022.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.
- BRASIL, **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Congresso Nacional, Brasília, 2001.
- BRASIL. **Sistema GESP** – Gestão Eletrônica de Segurança Privada. Brasília: Polícia Federal, 2022.
- BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística** - IBGE – Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/am/manaus.html>. Acesso em: 05 out.2022.
- BRASIL. **Instrução Normativa nº 013/2005-DG/DPF**. Brasília: Polícia Federal, 2005.
- BRASIL. **Portaria nº 3997/2013-DG/DPF**. Brasília: Polícia Federal, 2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Guilherme Vargas da. **Polícia de controle de segurança privada: teoria**. Brasília: Academia Nacional de Polícia, 2014.

CUNHA, Roseli Evangelista da. **Federalismo e relações intergovernamentais:** os consórcios públicos como instrumento de cooperação federativa. Revista do Serviço Público, 55 (3). Brasília: ENAP, 2004.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** ISSN 1983-7364.

LOPES, Cleber da Silva. Como se vigia os vigilantes: o controle da Polícia Federal sobre a segurança privada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 19. Curitiba: UFPR, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

POZZETTI, Valmir César e SOARES, Marcelo Pires. **A tributação em prol do meio ambiente do trabalho: uma análise da contribuição para o seguro de acidentes de trabalho.** Direito Ambiental e Socioambientalismo. Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/gb7cf8t2/EDA9QkT8YqHAsi99.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César e FERREIRA, Marie Johan Nascimento. **Direito do estrangeiro, imigrante ou refugiado, à propriedade rural, no brasil.** Revista Jurídica Unicuritiba. v. 03, n°. 48, Curitiba, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/2190-6714-1-PB.pdf>, consultada em 20 nov. 2022.

Pozzetti, Valmir César e TAVARES, Jaíse Marien Fraxe. Grafítagem No Meio Ambiente Urbano: Arte Ou Poluição Visual? **Revista Direito Ambiental e Sociedade** 9, no. 2 (2019). Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/7888/3969>. Acesso em: 20 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César e FERREIRA, Marie Joan Nascimento. A CONTRIBUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA FELICIDADE PARA A CONSTRUÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade.** v. 7, n. 1, 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/7665/pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

ZAMBRANO, Virginia; POZZETTI, Valmir César e MAGNANI, Maria Clara Barbosa Fonseca. REVOLUÇÃO VERDE E RETROCESSO AMBIENTAL. **Revista Catalana de Direito Ambiental.** v. XII Núm. 1 .2021. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/393343-Text%20de%20l'article-571192-1-10-20211028-4.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

ZANETIC, André. **A questão da segurança privada:** Estudo do marco regulatório dos serviços particulares de segurança. São Paulo: USP, 2005.

ZANETIC, André. **A Segurança Privada no Brasil:** alguns aspectos relativos às motivações, regulação e implicações sociais do setor. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, (3): 2010.

CRISES E PERSPECTIVAS DO DESENVOLVIMENTO LATINO-AMERICANO: A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA E DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL PARA A UNASUL

José Sebastião Fagundes Cunha³⁷¹, Gustavo Rabay Guerra³⁷²

INTRODUÇÃO

A expansão do processo de implantação da União das Nações da América do Sul (UNASUL) – sobretudo com vistas à harmonização de legislação transnacional e à proposta instalação de uma Corte para a Região – tem inspirado profícua peregrinação³⁷³.

³⁷¹ Pós-doutorando no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Prof. Boaventura de Sousa Santos. - Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor Geral da Escuela Judicial da America Latina. Professor Titular da Faculdade de Direito dos Campos Gerais (Ponta Grossa, Paraná), onde foi coordenador do curso de Direito e Diretor-Geral. Membro da Rede Latino-americana de Juízes. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Conselho Editorial da Revista de Processo (São Paulo). Membro do Grupo de Pesquisa “Justiça e Política”, da Universidade Federal da Paraíba. Ex-Diretor Pedagógico da Escola Judicial do Mercosul. Foi pesquisador do TJPR para o Instituto Konrad Adenauer.

³⁷² Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Teoria e Dogmática do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, onde integra o Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas como membro permanente, Editor do periódico “Prim@ Facie – Direito, História e Política” e, ainda, líder do Grupo de Pesquisa “Justiça e Política”. Diretor Acadêmico da Escola Superior de Advocacia da OAB/PB. Membro emérito da Escola Judicial da América Latina. Advogado. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Escola Superior da Magistratura da Paraíba, da Escola Superior da Magistratura do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região e, ainda, da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

³⁷³ O presente texto é fruto da Conferência Magna proferida pelo primeiro coautor no VI Congreso Iberoamericano de Cooperación Judicial – “Justicia sin fronteras: desafíos al crimen organizado, interculturalidad y familia”, promovido da Rede Latino-americana de Juízes (REDLAJ) e realizada na Escola Judicial do México, em 29 de novembro de 2012. As ideias aqui defendidas, na verdade, têm como base reflexões também hauridas de conferências proferidas desde a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires até Managuá, no Encontro de todas as Cortes Regionais do planeta, passando pelos mais diversos países, como Uruguai, Chile, Paraguai, Peru, Colômbia, Portugal e outros, a convite da Comunidade Europeia, Centro-americana de Justiça e, ainda, do Tribunal Permanente do Mercosul, com a participação efetiva da Escola Judicial da América Latina (EJAL). A perspectiva de adoção de harmonização da legislação, bem assim a primordial e pioneira ideia de defesa de constituição de um Tribunal para a resolução de controvérsias no âmbito da União do Sul, tal como aqui desenvolvido, foi objeto de amplos e entusiasmantes debates nas mais prestigiadas Academias de Direito, como a Universidade de São Paulo, a Universidade Estadual do Norte do Paraná, a Universidade Federal da Paraíba e, ainda, do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Deve-se enfatizar, enfim, que foi no recente evento acima referido, da REDLAJ, no México, que a questão da harmonização de legislação e a da preservação de meio ambiente tomou expressiva atenção de algumas das mais representativas autoridades do Poder Judiciário Ibero-americano, ocasião em que se pode externar algumas das reflexões vertidas no presente texto.

Anteriormente designada por Comunidade Sul-americana de Nações (CSN), a UNASUL se agita na articulação intergovernamental que conjuga duas uniões aduaneiras existentes na região, a saber, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e a Comunidade Andina de Nações (CAN), radicando em expressivo esforço para o contínuo processo de integração latino-americana. A situação vivida pela América Latina parece propício a esse novo modelo³⁷⁴.

A UNASUL teve seu Tratado Constitutivo assinado em 23 de maio de 2008, na capital brasileira, inspirada nas Declarações de Cusco (2004), Brasília (2005), Cochabamba (2006), mas, acima de tudo, no modelo perfilhado pela própria União Europeia. A adesão ao Tratado foi aprovada pelo Poder Legislativo brasileiro em 07 de julho de 2011, com ato de promulgação em 14 de julho de 2011. Integram o Tratado Constitutivo da União: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. O Tratado torna os países signatários subordinados juridicamente às suas regras e membros pleno do bloco. A União tem sede em Quito (Equador), onde funciona a Secretaria Geral. Seu Parlamento se localiza em Cochabamba (Bolívia) e a sede do seu banco, o Banco do Sul, em Caracas, (Venezuela). Além desses órgãos, foi criado o Conselho de Defesa Sul-americano, com competência para a realização de políticas de defesa conjuntas, mas não há previsão do Tribunal Permanente, do que, mais se dirá adiante.³⁷⁵

Nesse contexto, apesar da profusão de debates relacionados ao combate à criminalidade internacional, ao tráfico de pessoas e de órgãos humanos, à corrupção, verifica-se, ainda, muito incipiente o processo de tomada de decisões que implique na discussão de harmonização de legislação e na cooperação judicial, no âmbito da UNASUL. Em verdade, algumas questões precisam ser enfrentadas amiúde, como a cidadania cosmopolita, o novo enfoque da soberania e, sobremaneira, áreas sensíveis que afetam toda a humanidade, como a preservação dos biomas e recursos naturais e a ressignificação do desenvolvimento sustentável.

³⁷⁴ “Entre erros e acertos, as populações sul-americanas têm escolhido líderes mais parecidos com elas, o que nossas elites prepotentes, brutalmente egoístas e concentradoras de poder, têm grande dificuldade de suportar. Ora, governos que tencionam catapultar ao acesso aos bens da vida largas franjas de sua população precisam dar-se conta da importância de dotar de irreversibilidade a integração regional. [...] O desafio é muito maior: submeter a integração econômica à política, numa estratégia articulada de convergência duradoura. Caso contrário, a UNASUL poderá tornar-se mais uma ambiciosa iniciativa virtual, expressão da já insuportável retórica do destino comum de povos sul-americanos que não se reconhecem como tais”. (VENTURA, Deisy; e BARALDI, Camila. **A UNASUL e a nova gramática da integração sul-americana**. Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável, v. 4, n. 3, ago. 2008.

³⁷⁵ Não é fácil encontrar bibliografia sobre o tema, existindo a presente data um único livro publicado exclusivamente sobre o tema, oriundo de pesquisa desenvolvida sobre o tema pelo 1o. coautor: CUNHA, J. S. Fagundes. **Um Tribunal para a Unasul** - Tribunal das Nações da América do Sul - Justiça à Cidadania e ao Meio Ambiente. Curitiba: Juruá, 2011.

Com efeito, ao lado da necessidade de harmonização da legislação e de intensificação dos instrumentos de cooperação entre os órgãos do poder judiciário de cada país, é imperioso se refletir sobre a possibilidade de instalação de mecanismo jurisdicional para a solução de controvérsias, no âmbito da União.

1 MUNDIALIZAÇÃO E DIREITOS TRANSNACIONAIS

Ao longo do século que se findou, a humanidade experimentou uma intensa transição de paradigmas, permeada por imponentes rupturas ideológicas, pela insatisfação do ser humano com sua própria condição, pelos grandes desafios de uma época em que as transformações operam-se na velocidade da fibra ótica, em que informações cruciais são transmitidas no tempo real da Informática. As respostas de antes se entremostam insuficientes para preencher o grande vazio despertado pela atual reformatação do saber, tomado de assalto pelas perplexidades contemporâneas, que assinalam a ocorrência de fenômenos incomensuravelmente impactantes, tais como a *globalização* e a *integração de blocos econômicos*.

Para além da mera concepção de uma interface econômica mantida por diversos atores internacionais e da possibilidade real de cingir-se distância e tempo, o processo em destaque comporta inúmeras variáveis compreensivas³⁷⁶. Conceitualmente, é extremamente delicado falar nesses termos. Não é todo e qualquer problema compartilhado por uma fração da chamada comunidade planetária que preenche o conceito de globalização. O fenômeno é, em si mesmo, muito mais complexo, pois pressupõe nuances culturais, econômicas e ideológicas³⁷⁷.

³⁷⁶ Cf. IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995; e BEDIN, Gilmar Antonio. **O fenômeno da globalização do mundo e as possibilidades de realização da sociedade atual**: é possível construir uma nova ordem mundial justa e solidária? Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Unisinos, v. 36, n. 97, p. 5-34, 2003.

³⁷⁷ Segundo André-Jean Arnaud, é possível anotar algumas condições para se obter um discurso afinado à ideia de interação global cientificamente erigida: a) uma mudança nos modelos de produção, que facilita as transferências de algumas atividades específicas de um país para outro; b) o aparecimento de mercados de capitais transfronteiriços, isto é, o desenvolvimento de mercados fora do âmbito das nações; c) a expansão das empresas multinacionais, beneficiadas por aquilo que se convencionou chamar de economia planetária; d) o desenvolvimento de acordos comerciais entre nações que formam blocos econômicos regionais, calcadas numa integração supranacional, tal como ocorre com a União Europeia, com o Mercosul e ALCA; e) um ajuste estrutural das funções do aparelho estatal, diminuindo-se sua intervenção com processos como a privatização das empresas públicas, em que “as próprias estruturas jurídicas são afetadas e adaptadas à interação econômica”; f) a hegemonia do neoliberalismo econômico, mormente ocasionada pelo mercado privatizado, pelo livre mercado internacional, desregulação, não intervencionismo estatal, práticas, enfim, que hoje se difundem em todos os continentes; g) uma tendência generalizada à democratização, à proteção dos direitos humanos, a um renovado interesse pelo Estado de direito; h) o surgimento de atores supranacionais e transnacionais promovendo essa democracia e essa proteção dos direitos humanos, tais como as Organizações Não-go-

Alguns utilizam a expressão *globalização* para designar esses processos recentes, mas optamos pelo termo *mundialização*, que melhor representa um processo que alcança toda a história da humanidade.³⁷⁸ É que desde tempos imemoriais o homem procura a expansão do comércio e busca riquezas, especiarias, pedras preciosas, ouro e minerais, singrando mares e descobrindo continentes. A América Latina é resultado de tal processo histórico.

A mundialização, no sentido que lhe atribui Giddens (1997, p.561), se refere ao “processo de alargamento no concernente aos métodos de conexão entre diferentes contextos sociais ou regiões que se convertem em uma rede ao longo de toda a superfície da terra”. Nesse sentido

pode definir-se como a intensificação das relações sociais em todo o mundo pelas quais se enlaçam lugares distantes, de tal maneira que os acontecimentos locais estão determinados por acontecimentos que ocorrem a muitos quilômetros de distância e vice-versa.

O Estado moderno, ainda que capitalista, continua a possuir as suas bases no conceito de nação, o que confronta com o processo de *mundialização*, em que há a remoção de fronteiras através da intensificação das relações pessoais e empresariais, necessitando com urgência a expansão da consciência dos atores (individuais ou coletivos), quanto à diferenciação e ampliação dos sistemas ou organizações, com a consentânea harmonização do regramento de condutas. A crescente internacionalização dos mercados financeiros, de capitais e de trabalho precipitam dessincronias entre governos nacionais, na limitada margem de manobra que possuem em contraposição aos imperativos surgidos das relações estabelecidas de forma mundial.

À margem de tais questões, existe uma gama de *direitos e interesses jurídicos* que aspiram existência e condição que colidem com os mecanismos hoje existentes, desde então surge a necessidade de adaptação dos *sistemas jurídicos* nacionais às complexidades das relações internacionais até como meio de *sobrevivência* do Estado no contexto mundial. Apenas a fundamentação da abordagem é que vem se alterando com o tempo: o que antes possuía natureza predominantemente

vernamentais (ONGs). ARNAUD, André-Jean. **O direito entre Modernidade e Globalização**: Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.12-14.

³⁷⁸ O termo globalização, que em regra é visto como um fenômeno econômico que deve ser combatido, pelas suas consequências nocivas para os países pobres em vias de desenvolvimento, se presta a várias interpretações. Vidal Villa esclarece que o termo globalização é mais comum nos países anglo-saxônicos, sendo, entretanto, utilizado pelos europeus continentais o vocábulo “mundialização”, com mais amplo sentido que o anterior. VIDAL VILLA, José María. *Mundialización y estados nacionales*. In: *Masstricht y el futuro de Europa*. Barcelona: Serbal-Fundación Pere Ardiaca, 1997, p.13. Na França, a expressão ganhou força, em relação ao termo mais usual, que resiste particularmente à conta da dimensão geográfica e tentacular, sem abandonar, no entanto, o sentido original.

política, passou, em um segundo momento, a dedicar especial atenção ao aspecto econômico ou de *mercado*, sem preocupação com cidadania e meio ambiente.

Conquanto tais ameaças se afiguram cada vez mais concretas, assiste razão a Habermas (2012), quando aponta com lucidez, em seu célebre ensaio sobre a constituição da Europa, o papel que o conceito de dignidade humana desempenha na justificação e na prática dos direitos humanos, por um lado, e o processo de unificação (europeia), por outro, demonstrando a incapacidade, por parte da política, de controlar a economia e, portanto, de reagir às crises econômicas e financeiras desencadeadas justamente por essa falta de controle, a consequente perda de sentido e de legitimação da política diante dos cidadãos³⁷⁹ – do que são prova, em nosso entender, a crise de Portugal, da Grécia, de Espanha, dentre outras nações.

De mais a mais, apenas um movimento de mundialização reflexivo permitirá uma reação à crise, consubstanciada no resgate da participação democrática dos indivíduos, quer nos processos decisórios supranacionais, quer na gestão das políticas econômicas e financeiras. Habermas (2012), portanto, propõe um ensaio central com uma proposta de reforma institucional em nível mundial, preocupada em criar uma sociedade global mais justa, não somente no sentido de garantir as liberdades básicas, mas também de garantir mais igualdade e uma vida digna a todos os seres humanos, o que, ele salienta e decorre toda a força moral para uma maior justiça global. Em suas palavras:

A União deve assegurar aquilo que a Lei Fundamental da República Federal Alemã designa (artigo 106, alínea 2) por “homogeneidade das condições de vida”. Essa “homogeneidade” assenta apenas numa estimativa das situações de vida social que seja aceitável do ponto de vista da justiça da repartição – e não no nivelamento das diferenças culturais. Acontece que é necessária uma integração política baseada no bem-estar social para que a pluralidade nacional e a riqueza cultural do biótopo da “velha Europa” possam ser protegidas do nivelamento, no seio de uma globalização cuja progressão é tensa (HABERMAS, 2012).

Entretanto, a proposição que se assemelha a um discurso romântico, engloba nuances de confronto entre os interesses das nações individualmente, dos blocos de nações e da humanidade, o que implica numa hierarquização de interesses, com legislações conforme o interesse preponderante, o que, em nossa

³⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. Trad. Denílson Luís Werle e Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Unesp, 2012, *passim*. A obra (*Zur Verfassung Europas: Ein Essay*), escrita em 2011, no contexto da crise europeia, já foi publicada em mais de 20 países. Na edição portuguesa, há controvertido prefácio do professor Gomes Canotilho, de leitura extremamente recomendada.

modesta leitura, não pode em qualquer momento deixar de ser observado, do que muito mais se dirá adiante.

2 DIREITOS COSMOPOLITAS E SISTEMA REGIONAL DE PROTEÇÃO: VÍNCULOS D'ÁGUA

O pensamento habermasiano radica no cosmopolitismo que visa à criação de instituições políticas supranacionais de caráter democrático, nos moldes da *cosmopolitan democracy* (democracia cosmopolita) defendida, entre outros, por Daniele Archibugi e David Held. Ele entende a União Europeia como um *passo decisivo no caminho para uma sociedade mundial constituída politicamente*. Revela-se no “caminho de volta” para o debate da carta constitucional europeia, que ele considera um elemento irrenunciável para uma Europa verdadeiramente democrática.

Desde logo se instala uma preocupação na relação *mercado x cidadão* que envolve um modelo equivocado adotado, por exemplo, para a normativa do Mercosul, em que prepondera o interesse de *mercado*, em detrimento dos já sistematicamente conspurcados direitos dos cidadãos. Um modelo que serve ao interesse das indústrias multinacionais dos países ricos em prejuízo flagrante aos cidadãos dos países em desenvolvimento. Nessa perspectiva, é expressivo o caso do Brasil, que embora tenha empresas de capital nacional que fabricam aviões, não tem uma única empresa de capital nacional que fabrique automóveis, caminhões ou veículos. Não foram instalados mecanismos legislativos para a dinamização de uma economia de mercado que promova a instalação e desenvolvimento de empresas por seus nacionais.

Com efeito, o problema é ainda mais grave quando se refere à preservação e à exploração das riquezas naturais regionais, em especial a água e a biodiversidade, pois os biomas naturais encampam extensões territoriais que ultrapassam fronteiras. São exemplos a maior bacia de água potável, a Bacia Amazônica, com suas nascentes no Peru, Colômbia, Equador e outros países, mas cuja maior extensão do leito caudal radica em todo o norte do território brasileiro. Nesse sentido, a legislação ambiental para a preservação da bacia é insuficiente quando articulada em apenas em um ou dois países. Se afigura, na espécie, a imprescindível harmonização de legislação em todos os países em que as águas da Bacia Amazônica transitam.

Não se trata apenas da água, mas também do saneamento, não apenas da Bacia Amazônica, mas do Aquífero Guarany, por exemplo, em que há exploração regulamentada no Brasil e não se tem notícia da existência de regulamentação em outros Países, envolvendo a exploração como recurso natural e a preservação diante das questões de saneamento básico.

Ou ainda, da Bacia do Rio da Prata. No Brasil ocorre poluição gravíssima, objeto de investigação da Polícia Federal em relação a empresa de saneamento básico do Estado do Paraná – Sanepar. Entretanto, como poderá a Argentina, o Paraguai e o Uruguai demandar urgentes providências em relação ao Brasil ou órgãos do Brasil para que adote políticas públicas ou privadas no combate à poluição da Bacia do Rio da Prata? Qual a legislação aplicável?

O IV Foro Mundial sobre a Água, organizado pelo Conselho Mundial sobre a Água, juntamente com o Governo do México, reconheceu que a importância da água para a humanidade significa também que ela constitui um fator estratégico para o estabelecimento e a manutenção da paz do mundo. A água é uma dimensão daquilo que, hoje em dia, se chama segurança de recurso. Muitos conflitos já ocorreram pelo controle dos recursos hídricos e outros poderão ser determinantes, na medida em que a escassez de água manifestar suas consequências na vida dos seres humanos e das respectivas comunidades. Não é demais citar, como exemplo, o Chifre da África e Médio Oriente: a aridez extrema na península Somali (nordeste da Africano) está a intensificar as tensões e os conflitos étnicos daquela região africana pelo controle dos escassos recursos hídricos ainda disponíveis; no Médio Oriente, por seu turno, os principais problemas relacionados com a água referem-se às contendas entre os países, geradas por um meio ambiente de recursos hídricos insuficientes, contudo frequentemente dissimuladas pelas incessantes tensões políticas.

O IV Foro Mundial sobre a Água, realizado no México, reconhece o acesso à água e ao saneamento como direitos humanos, tornou-se uma das principais prioridades do sistema internacional e os benefícios, inclusive econômicos decorrentes, deve ser em favor dos nacionais dos países que a tem e a preservam, o que demanda uma harmonização de legislação entre tais países da América do Sul.

A questão da água é fundamental para a sobrevivência da humanidade. Não é diferente a questão da preservação das matas e dos biomas naturais. Nesse sentido, delineiam-se os objetivos específicos da UNASUL, dentre os quais o teor a seguir reproduzido, *in litteris*, constante do art. 3, g, do Tratado Constitutivo: “a proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e dos ecossistemas, assim como a cooperação na prevenção das catástrofes e na luta contra as causas e os efeitos da mudança climática”.

3 HARMONIZAÇÃO DE LEGISLAÇÃO E SISTEMAS DE COMUNICAÇÃO

Apesar de não ser nem de longe temática recente, notam-se cada vez mais avanços, nos dias atuais, no que tange à integração da América Latina,

percebida como caminho redentor para o desenvolvimento econômico, social e político. Esse desejo, plasmado na criação de um novo acordo regional e na efetiva constituição de uma União, ambos sobrepujando os aspectos estritamente aduaneiros, demanda agora discussões mais profundas em torno do que se denomina harmonização legislativa, especialmente em relação ao meio ambiente, ao combate da criminalidade transnacional, e, ainda, à proteção do trabalho e das relações de consumo.

O Tratado de Roma, que, em seu art. 3º, letra “h”, dispõe acerca da necessidade de aproximação das legislações nacionais – na medida em que isto se fizer necessário para o bom funcionamento do mercado comum, prescreve, em seu art. 100, a possibilidade de adoção de diretivas pelo Conselho da Comunidade Europeia, enquanto que, em seu art. 101, prevê a adoção de outras medidas complementares, pelo próprio Conselho, no que atine à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros.

Portanto, conclui-se que as diretivas – que vinculam o “*Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios*”³⁸⁰, não se apresentam como única modalidade de que se pode fazer uso com o objetivo de aproximar as legislações nacionais. Importante lembrar a advertência de Nicola Catalano (1995, P.10), antigo juiz da Corte de Justiça de Luxemburgo, de que na “*interpretação dos textos, é preciso levar em conta o fato de que este termos muitas vezes foram empregados como sinônimos*”. Na mesma direção, apontava: [...] “*mais correto, em vez de partir de uma definição abstrata, baseada em considerações de pura lógica jurídica, examinar – com base em critérios habituais de interpretação – que é o sentido que os autores da disposição em causa quiseram atribuir aos termos que empregaram*”.

Não se trata aqui, da necessidade de digressões relacionadas a polissemia, tão comum na linguagem vulgar, mas também na técnica. Ou ainda, dos aspectos fenomenológicos e pragmáticos que provocam semelhanças e dessemelhanças em conceitos como os de “harmonização”, “aproximação”, “uniformização” ou “integração”, bastando afirmar que se o Direito Internacional se apoia nos fundamentos da cooperação e da efetividade da justiça transnacional, é factível adotar premissas de constituição de um sistema de normas harmônico e integrado, possibilitando tarefas interjurisdicionais (cooperação jurídica internacional).

Rabenhorst (2002, p.20-21) assevera que após a promulgação da Declaração da ONU de 1948, o discurso instituidor dos direitos humanos significa o mesmo que universalizar o Direito, na perspectiva defendida por Kant em *À Paz Perpétua*, ou seja, com vistas à proteção e promoção de valores universais

³⁸⁰ Artigo 189, número 3, do Tratado de Roma.

inquestionáveis. No entanto, diz ele, há um dado colateral ameaçador: este processo de universalização, “do ponto de vista histórico, sempre oscilou entre as diversas formas de utopia comunitária e a mera justificação da ideologia liberal de auto-regulamentação mercantil”.

Para Delmas-Marty (2004), a intensificação dos intercâmbios entre os juízes, fenômeno descrito como possibilidade de transnacionalização das decisões do poder judiciário³⁸¹, constitui exemplo de uma dialética mais geral entre universal abstrato e situações particulares e concretas, através das quais esse universal está destinado, gradualmente, a tomar forma ou corpo visível. E mais, diz que esta dialética terá por vocação produzir, a prazo, um *pluralismo ordenado*, a fim de evitar a dupla ameaça de uma ordem hegemônica ou de uma *desordem impotente*. Contudo, cabe a reflexão que a sistematização do que é universal e do que é particular passa pelo modelo de Estado adotado, que incumbe ao poder legislativo a produção dos textos legais a respeito das questões atinentes.

Desse modo, não como se negar que subsiste imperiosa necessidade de harmonização de legislação com especificidades funcionais para a UNASUL. O combate à criminalidade internacional, a recuperação de divisas que migraram pela corrupção de políticos, governantes e criminosos, o tráfico de pessoas, de substâncias estupefacientes, de órgãos humanos e a exploração de lenocínio são realidades transnacionais que demandam novos mecanismos para o combate, além de uma integração de legislação e sistemas. Mas uma pergunta se destaca: no que inspirar a harmonização?

Não basta apenas colocar em condição de existência uma legislação renovada mas o desenvolvimento e disponibilização de sistemas de informação integrados nos países. O processo eletrônico em que os diversos agentes dos mais distantes países possam instantaneamente compartilhar informação e execução das demandas existentes são recursos operacionais necessários para enfrentar a criminalidade planetária da *internet*, onde pessoas diuturnamente estão a desenvolver recursos tecnológicos com os quais o sistema processual não consegue albergar institutos e meios suficientes, como é exemplo sabido a dificuldade para cumprimento de uma carta rogatória.

4 PODER JUDICIÁRIO NA UNIÃO DAS NAÇÕES LATINO-AMERICANAS

A Corte Centro-americana de Justiça (CCJ), assim como o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJCA), são exemplos, no contexto de seus

³⁸¹ Cf. ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito**. Lisboa: Instituto Jean Piaget, 2005, p.16.

respectivos sistemas de cooperação regional, de que a harmonização da legislação é apenas um passo em direção a uma melhor integração jurídica, revelando sua importância como órgãos jurisdicionais garantes da aplicação das normas internacionais que imantam os protocolos³⁸².

Em contraposição ao que é adrede executado pelo MERCOSUL, os países que compõe sistemas de integração regional – Sistema de Integração Centro-americana (SICA) e a Comunidade Andina de Nações (CAN), aos quais correspondem, respectivamente, a CCJ e o TJCA –, não se dedicam à promoção da predita harmonização apenas em matéria tributária, mas, sobremaneira, em relação a questões de cidadania, relativas à proteção de trabalhadores e consumidores e, ainda, instrumentos de preservação ambiental, entre tantos outros, é que conduz à possibilidade de integração regional dos povos.

A Rede Latino-americana de Juízes promove a integração de Magistrados de 19 países, discute de forma permanente a cooperação judicial, antecipando o que veio a ser a proposta do Tratado constitutivo da UNASUL, no que toca ao cumprimento dos atos dos órgãos do Poder Judiciário de cada país membro em outro dos que integram o grupo. O momento histórico demanda a promoção de um diálogo institucional de toda América Latina, do que redundaria a harmonização de ideias, ideais e propósitos, para também unir perspectivas de *lege ferenda* que operacionalizem a União Continental, e, finalmente, permita a construção de negócios e oportunidades que promovam a interculturalidade entre os povos.

Diversamente da União Europeia, a UNASUL não tem órgão específico encarregado de promover a solução de conflitos e se nota pouco interesse nesse debate: não há participação dos magistrados em discussões, como audiência públicas, para encaminhar a participação do judiciário, como função de Estado, tal qual previsto nas respectivas constituições dos Países signatários.

Paralelamente, a cooperação judiciária é objeto de intensos estudos e a Rede Latino-americana de Juízes vem desenvolvendo inúmeras iniciativas nesse sentido, como, por exemplo, fomentar a criação da Escuela Judicial de América Latina (EJAL), porquanto instrumento de cooperação e integração, para dinamizar o acesso horizontal do conhecimento e a construção de soluções para a

³⁸² A CCJ, atualmente sediada em Managua, Nicarágua, é tida como a primeira corte de direito internacional e primeiro tribunal permanente de direitos humanos da história, instalada originalmente em Cartago, Costa Rica, em 1908. Integram a CCJ, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua (CCJ. Historia del Tribunal. *Corte Centroamericana de Justicia*. Disponível em: <http://portal.ccj.org.ni/ccj2/>). A Corte de Justiça da Comunidade Andina, por sua vez, tem sede em Quito, Equador, e foi fundada em 1979, atuando desde 1984 como órgão jurisdicional supranacional. A compõe os seguintes países: Bolívia, Colômbia, Equador e Peru. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Comunidad Andina*. Disponível em: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=29&tipo=SA&title=tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina>). Acesso em: 16 nov.2022.

administração e gestão da Justiça, além de inovações, inclusive tecnológicas, para um renovado processo eletrônico na América Latina.³⁸³

Com base nesses preceitos é que entendemos necessário um Tribunal da UNASUL. Um órgão judicante regional para decidir a respeito das questões de cidadania e de meio ambiente, para preservar a propriedade e o gerenciamento das riquezas naturais de nossos países, em favor dos nacionais, para harmonizar as relações do direito ambiental, do direito do consumidor, da propriedade industrial e intelectual, das relações de trabalho e outros setores jurídico-sociais, com intensas repercussões no *design* de desenvolvimento que se almeja.

CONCLUSÃO

A água para a América do Sul é uma das principais riquezas naturais e necessita de uma legislação de preservação ambiental, envolvendo saneamento e voltada para a exploração e resultados econômicos no interesse dos nacionais do bloco regional onde existem, e não aguardar uma legislação que venha a beneficiar as grandes potências econômicas, que já contaminaram a água em seus países, queimaram e derrubaram suas matas e desejam uma preservação gratuita em desfavor do que pertence aos americanos do sul, ainda com exploração por aqueles que há centenas de anos conspurcam direitos e sonhos.

A biodiversidade existente na América do Sul, representando cerca de 40% (quarenta por cento) do que há no planeta, tem quase a sua totalidade não pesquisada para o desenvolvimento de remédios e alimentos, o que poderá gerar recursos econômicos os quais, também, devem reverter em favor dos nacionais dos países que integram o bloco regional, demandando legislação harmonizada.

Neste contexto de aumento das hipóteses de situações conectadas a mais de uma ordem jurídica, é de significativa importância a atuação dos próprios agentes sociais, através da busca de um elemento de conexão mais adequado. Portanto, é fácil constatar que em temas de legislação ambiental poucos são os países que contam com um diploma legal adequado. Entretanto, tais dificuldades são uma referência do que ocorre nas questões de trabalho e outras.

De outra banda, harmonizar legislação sem um tribunal internacional para efetivar os comandos dela decorrentes seria um equívoco histórico irreparável. Portanto, se defende no presente manuscrito a instalação de uma Corte para a UNASUL. No Brasil, o Senado Federal inicia o ano de 2013 com a previsão de

³⁸³ Integram a EJAL, dentre outros, os Presidentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina e o da Corte Centroamericana de Justiça, Membros da Corte Permanente do Mercosul, além de Ministros de Supremas Cortes e Cortes Constitucionais.

audiência pública para debater ambos os temas das harmonizações de legislação e a criação do Tribunal da UNASUL.

REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito**. Lisboa: Instituto Jean Piaget, 2005.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AYLLÓN, Bruno. *La cooperación internacional para el desarrollo: fundamentos y justificaciones en la perspectiva de la teoría de las relaciones internacionales*. Carta internacional, v.2, n.2, out. 2007, p.32-47.

BEDIN, Gilmar Antonio. **O fenômeno da globalização do mundo e as possibilidades de realização da sociedade atual: é possível construir uma nova ordem mundial justa e solidária?** *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, v. 36, n. 97, 2003, p.5-34.

CATALANO, Nicola. *La Communauté Économique et l'Unification, le Rapprochement et l'Harmonization des Droits des États Membres, in Revue Internationale de Droit Comparé*, 1-1961, p.5 *apud* FARIA, Werter Rottuno. Harmonização Legislativa no Mercosul. *In: Estudos da Integração*, v. 8, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas; Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1995, p.10.

CUNHA, J. S. Fagundes. **Um Tribunal para a Unasul - Tribunal das Nações da América do Sul - Justiça à Cidadania e ao Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 2011.

DELMAS-MARTY, Mirelle. *Le Relatif et l'universel*. Paris: Le Seuil, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FARIA, Werter Rottuno. **Harmonização Legislativa no Mercosul**. *In: Estudos da Integração*, v. 8, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas; Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1995.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 2. ed., Madrid: Alianza, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa: um ensaio**. Trad. Denílson Luís Werle e Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Unesp, 2012.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; e AYALA, Patryck de Araújo. **Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus**. *Rev. direito GV [online]*. 2012, v.8, n.1, p. 297-327. ISSN 1808-2432.

RABENHORST, Eduardo. **Direitos humanos e globalização contra-hegemônica:** notas para o debate. In: LYRA, Rubens Pinto (org.). *Direitos humanos: os desafios do século XXI - uma abordagem interdisciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 20-21.

VENTURA, Deisy; e BARALDI, Camila. **A UNASUL e a nova gramática da integração sul-americana.** Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável, v. 4, n. 3, ago. 2008. Disponível em: <http://ictsd.org/i/news/pontes/17386>. Acesso em: 16 nov.2022.

VIDAL VILLA, José Maria. *Mundialización y estados nacionales*. In: Masstricht y el futuro de Europa. Barcelona: Serbal-Fundación Pere Ardiaca, 1997.

O ACESSO À EDUCAÇÃO ESCOLAR NO SISTEMA PRISIONAL, COMO REQUISITO À DIGNIDADE DO APENADO INDÍGENA

Francisco Takmony Fernandes Dantas³⁸⁴, Leonardo Raphael Carvalho de Matos³⁸⁵,
Heron Ferreira da Silva³⁸⁶, Valmir César Pozzetti³⁸⁷

INTRODUÇÃO

A Declaração Internacional sobre Educação para todos de 1990 que garantia à educação como direito por todas as nações, já no Brasil a Constituição Federal Cidadã de 1998 no Art. 6 (Dos Direitos Sociais) garante a educação como direito social. A educação tem alguns princípios como igualdade, liberdade, pluralismo, gratuidade do ensino público, valorização dos profissionais, gestão democrática e garantia de padrão de qualidade aplicados em todas as esferas da educação, assim, a educação deve ser ofertada no sistema prisional.

³⁸⁴ Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas, Pós-graduado em Políticas Públicas e Seguridade Social, em Saúde Indígena e Bacharel em Serviço Social. E-mail: takmony_fernandes@hotmail.com

³⁸⁵ Pós-doutorando em Direito, com ênfase em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (UEA, 2022). Doutor em Educação, com ênfase em Educação Popular e Culturas (UNINOVE, 2020). Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos e Sustentabilidade (UNINOVE, 2015). Especialista em Direito Processual Civil (FADISP, 2009). Professor de Direito Civil e Metodologias da Pesquisa. Avaliador em Periódicos. Pesquisador nas áreas dos Direitos Humanos, Educação e Diversidade. Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: leonardomatos.adv@hotmail.com

³⁸⁶ Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (Universidade do Estado do Amazonas - UEA). Pós-graduado em Direito do Estado com Ênfase em Controle Externo (Fundação Getúlio Vargas - FGV/Rio). Pós-graduado em Direito em Administração Pública (Fundação Trompowsky). Bacharel em Direito. Bacharel em Administração com Habilitação em Sistemas de Informação. Delegado de Polícia Civil. Ex-servidor de carreira do Tribunal de Contas de Roraima - TCE/RR. Ex-professor substituto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Roraima - UFRR. Possui experiência na área de fiscalização, gestão pública e segurança pública, dedicando-se atualmente a pesquisas acerca de Segurança Pública, Violência e Direitos Humanos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3276-1766>. E-mail: heron-silva@hotmail.com

³⁸⁷ Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França (título reconhecido pela Univ. Federal de Pernambuco). Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França (título reconhecido pela Universidade Luterana do Brasil). Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM, Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Foi Conselheiro Estadual da OAB/AM no triênio 2016/2018. É Acadêmico Imortal da Academia de Ciências Contábeis do Amazonas. É Professor Adjunto da UFAM - Universidade Federal do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação, e no Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais. É Professor Adjunto da UEA - Universidade do Estado do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação e nos Mestrados em Direito Ambiental e no de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: v_pozzetti@hotmail.com

O que se conhece sobre o tema é que há poucas pesquisas com ênfase na educação escolar e o apenado indígena brasileiro. Nesse sentido, é importante conhecer os conceitos e acessibilidade à Educação no mundo e no Brasil. Contextualiza-se a ligação das legislações da educação, sistema prisional e a relação cultural e interculturalidade dos povos indígenas, nesse cenário de privação de liberdade, assim, a compreensão dos direitos constituídos, na prática, ou na aplicação da política de educação no sistema prisional é essencial para compreensão da sociodiversidade no sistema prisional. As políticas de educação escolar para os povos indígenas com a Constituição Federal de 1988 legitima à diversidade cultural dos povos originários.

O sistema prisional e o adequado tratamento ao indígena apenado também serão discutidos nesta pesquisa apresentando o Estado do Amazonas e a sua caracterização do sistema prisional com apenados indígenas e a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 que trata da Lei de Execução Penal no Brasil.

O Direito do preso indígena à Educação também será discutido nessa pesquisa com enfoque às adversidades culturais dos povos indígenas brasileiros de norte a sul do Brasil que visa o direito a educação para indígenas como um modo de dialogar com as diferenças culturais no âmbito da educação.

O objetivo do estudo é direcionado para uma análise teórica dos direitos ao acesso à educação no sistema prisional, analisando a situação do apenado indígena nesse cenário.

Quanto a problemática que motivou a pesquisa é como se dá o acesso à educação no sistema prisional considerando o apenado indígena? O que não se conhece sobre a problemática é o rigor da complexidade dos estudos científicos, devido a poucos estudos na área da educação no sistema prisional com ênfase no preso indígena.

O contexto prisional é diverso, e a oferta de educação é fundamental para um desenvolvido dos presos, assim, a existência de presos com culturas diversas é uma complexidade para garantir o acesso à educação nas dependências prisionais. Esse cenário justifica a realização da presente pesquisa intitulada o “Acesso à educação escolar no sistema prisional e o apenado indígena.”

A metodologia aplicada foi o dedutivo; quanto aos meios a pesquisa foi bibliográfica com uso de doutrina, legislação e jurisprudência, e, quanto aos fins, qualitativa. Assim, consulta aos estudos já realizados, pertinentes ao objetivo desta pesquisa potencializam análises de trabalhos, já realizados e possibilitam uma visão crítica de discussões, já elaboradas. Os critérios utilizados para seleção de trabalhos são títulos de trabalhos realizados vinculados ao nosso objetivo proposto, com leitura e análise inicial dos resumos das pesquisas inerentes à educação escolar prisional voltada ao contexto indígena.

A pesquisa está organizada em 03 (três) etapas de discussões: 1) Conceito e Acessibilidade à Educação; 2) O sistema prisional e o adequado tratamento ao indígena aprisionado e 3) Direito do preso indígena à Educação.

O estudo apresenta contribuição científica e social quanto análise teórica do direito ao acesso à educação prisional e o preso indígena no sistema prisional no Brasil.

1 CONCEITO E ACESSIBILIDADE À EDUCAÇÃO

Nesta parte da pesquisa apresentaremos alguns conceitos e a acessibilidade à educação em uma amplitude universal a nacional.

A Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) proclamou a Declaração Mundial sobre Educação para todos de 1990 que se dedica a garantia da educação como direito por todas as nações.

Dentro deste contexto, Pozzetti Souza e Silva (2022, p. 4) destacam que:

O cidadão analfabeto é um uma pessoa alijada da sociedade, da possibilidade de compreender seus direitos, sem sonhos, sem futuro; sendo assim, é uma pessoa vulnerável a toda uma serie de intempéries e facilmente corruptível, vez que na maior parte das vezes, não consegue entender a dimensão do certo e errado, do ético e do não ético.

No Brasil, os artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 são os pilares normativos do reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas. A luta dos povos indígenas para garantir os seus direitos fundamentais, e ainda na contemporaneidade são objetos de lutas dos povos indígenas como o acesso à educação com qualidade.

Nesse sentido a educação é um direito essencial para o desenvolvimento do cidadão como pessoa, a partir dela os caminhos podem ser trilhados para uma melhor qualidade de vida, principalmente, quando à educação é ofertada com qualidade e equidade.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 garante a educação como um direito social e o Estado deve ser promotor para a garantia desse direito com contribuição da família e sociedade. A Constituição Federal – CF/88 também determina as diretrizes e bases para a educação nacional. Assim, destaca-se:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – **educação básica obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V – **acesso aos níveis mais elevados do ensino**, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º **O acesso ao ensino obrigatório e gratuito** é direito público subjetivo.

§ 2º **O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público**, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (gn).

Dessa maneira, a Constituição Federal de 1988 deixa claro que o acesso à educação deve se realizado em todo o território nacional através dos entes federados. A educação como um direito é uma das ferramentas mais eficazes para melhorar os índices de desenvolvimento humano e os determinantes sociais. Por norma se faz necessário analisar os diversos contextos que a educação é ofertada de norte a sul do país; mesmo porque o parágrafo 2º do artigo 208 da CF/88 estabelece de forma clara, a responsabiliedade do Estado, quando este nao for diligente na responsabilidade de ofertar ensino obrigatório.

Desse modo, a respeito a educação para os povos indígenas a Constituição Federal de 1988 assegura o ensino regular por meio da língua materna da comunidade indígena no processo de aprendizagem:

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1o O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2o O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Dessa forma, a Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBE - no Art. 35-A, parágrafo 3º também cita a língua materna indígena no processo de aprendizagem ao destacar que “o ensino da língua portuguesa e da matemática será obrigatório nos três anos do ensino médio, assegurada às comunidades indígenas, também, a utilização das respectivas línguas maternas”.

Destarte, a garantia do uso da língua materna é fundamental para garantir os costumes e crenças tradicionais já que a aprendizagem na própria língua indígena poderá fomentar o desenvolvimento de novos conhecimentos através da educação para estimular e preservar os costumes tradicionais nesse contexto cultural.

A educação indígena estabelecida na Lei nº 9.394/96 trata da assistência ao aspecto cultural dos povos indígenas em um contexto intercultural de aprendizagem, conforme notamos:

TÍTULO VIII – Das Disposições Gerais

Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

I – proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;

II – garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não índias.

Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa.

§ 1o Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas.

§ 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos:

I – fortalecer as práticas socioculturais e a língua materna de cada comunidade indígena;

II – manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas;

III – desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades;

IV – Elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado.

§ 3º No que se refere à educação superior, sem prejuízo de outras ações, o atendimento aos povos indígenas efetivar-se-á, nas universidades públicas e privadas, mediante a oferta de ensino e de assistência estudantil, assim como de estímulo à pesquisa e desenvolvimento de programas especiais.

Assim sendo, a educação indígena deve ser ofertada de maneira bilíngue e intercultural para uma melhor equidade na prestação de assistência a educação escolar indígena. Logo, em algumas regiões do Brasil a educação escolar indígena tem grandes desafios para ser prestadas em Terras Indígenas (TI), como regiões de grande dificuldade logística e com falta ou disponibilidade de trabalhadores. Assim, como regiões como à Terra Indígena (TI) Vale do Javari, município de Atalaia do Norte, Amazonas, fronteira com o Peru, uma região de difícil acesso que se localiza a sudoeste de Manaus, capital do Amazonas. Distante dessa cerca de 1.136 (mil cento e trinta e seis) km. Dessa maneira, Dantas e Rodrigues (2022, p. 256) destacam que a região do Vale do Javari “considera uma região de difícil acesso e isolada, e uma logística de alto custo, assim por está em região de fronteira é considera mais vulnerável devido às condições logísticas”, com esses aspectos são notáveis as dificuldades da região.

Assim, a Lei nº 9.394/96 estabelece sobre a diversidade na educação escolar:

Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

Desta maneira, as características regionais e locais, por exemplo, de locais de difícil acesso como à Terra Indígena (TI) Vale do Javari faz pensarmos na influência dessas regiões isoladas e de difícil acesso com a qualidade da assistên-

cia à educação indígena, podemos pensar e comparar a realidade da educação escolar e a educação escolar no sistema prisional.

O avanço na educação indígena voltado à realidade local ou regional dos povos indígenas ganhou um nova visão para estimular à educação indígena com novos valores e respeito à sua dignidade da pessoa humana como pessoa, com a aplicação da interculturalidade e o bilinguismo com perspectiva de futuro.

Segundo Tassman (2008, p. 219) “a partir de 1970, começa a haver uma mudança de paradigma a nortear as políticas de educação escolar para indígenas, culminando na Constituição de 1988 e nas subsequentes políticas de ensino que reconhecem à diversidade cultural dos povos indígenas [...]”. A efetividade de uma educação indígena garantindo o contexto intercultural dos trabalhos como à educação bilíngue desperta nos povos indígenas um sentimento de valorização do conhecimento, por ter a oportunidade do acesso à aprendizagem na sua língua materna.

Na contemporaneidade cada comunidade indígena desenvolve a educação escolar indígena “bilíngues” e “interculturais” no processo de aprendizagem nos processos pedagógicos.

Na próxima parte da pesquisa apresentaremos discussões sobre o sistema prisional e o adequado tratamento ao indígena aprisionado.

2 O SISTEMA PRISIONAL E O ADEQUADO TRATAMENTO AO INDÍGENA APRISIONADO

No Estado do Amazonas há o total de 11 etnias no sistema prisional pertencendo-se as etnias Kokama, Palmari, Ticuna, Mura, Baré, Dessano, Tokama, Sateré mawé, Tikuna e Miranhas. Em um cenário de contexto prisional à educação aplicada ao dia a dia dos presos poderá desenvolver perspectiva de uma melhor qualidade de vida por meio ao acesso à educação nos estabelecimentos institucionais ligados a privação de liberdade.

A Lei n.º 7.210/1984 que trata da Lei de Execução Penal no Brasil explicita direitos dos presos como o direito a educação:

Art. 11. A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

A Lei de Execução Penal garante o direito ao preso à assistência à educação, essa garantia é sinal de lutas pela inclusão da educação no sistema prisional, já que a educação é solução para diversos problemas sociais. O público do sistema prisional que busque o direito a educação obviamente poderá ter boas perspectivas para o futuro e remição de pena, a cada hora estudada estarão mais próximos de sua liberdade. A assistência educacional está vinculada ao preceito constitucional e tem integração entre os entes federados, a assistência educacional ao preso está organizada, conforme a Lei n.º 7.210/1984 que trata da Lei de Execução Penal no Brasil:

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015).

§ 1º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015).

§ 2º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015).

§ 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas.

Portanto, a educação no sistema prisional está integrado aos entes municipais e estaduais com o apoio da União, com uma educação voltada a educação profissional, no âmbito do ensino médio, também ofertam cursos supletivos para jovens e adultos, também são utilizadas novas tecnologias para assistência à educação dos presos. Então, a remição do apenado é descrita na seção IV na Lei de Execução Penal Lei n. 12.433/11:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

[...] *omissis*

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão

competente do sistema de educação aberto ou semia-aberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

Analisando o contexto prisional e educação podemos destacar a polarização entre o acesso à educação e ao trabalho na unidade prisional, assim podemos compreender que boa parte dos presos não conhecem de fato os seus direitos nessas matérias de acesso à educação, na maioria das vezes buscam apenas o trabalho para remição.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), (2019, p.35), contextualiza brevemente “a privação de liberdade de indígena em estabelecimento penal e uma situação de extrema excepcionalidade”. As pessoas indígenas privadas de liberdade, assim como os demais presos, tem direito à educação no sistema prisional, dessa maneira a Resolução 287 de 2019 do CNJ apresenta considerações ao direito a educação dos povos indígenas em situação de restrição de liberdade:

VI. Educação

Os indígenas têm direito a todos os níveis e formas de educação do Estado sem discriminação. O acesso à educação aos indígenas presos deve considerar o direito dos povos indígenas de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições educativas, que ofereçam educação em seus próprios idiomas e em consonância com seus métodos culturais de ensino e aprendizagem. Para a atenção a esse direito, recomenda-se que se oficie a respectiva secretaria estadual de educação para verificar a disponibilidade de políticas de educação indígena.

O respeito à língua indígena deve ser observado tanto no acesso a material didático quanto no acesso a livros para fins de remição pela leitura.

A garantia dos povos indígenas ao acesso à educação respeitando suas peculiaridades são fator importante para garantir a dignidade da pessoa humana. A política de educação indígena também precisa ser trabalhada nos ambientes da educação prisional em um contexto intercultural das ações de educação.

3 DIGNIDADE HUMANA E DIREITO DO PRESO INDÍGENA À EDUCAÇÃO

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios estabelecidos no art. 1º da Constituição Federal de 1.988 e é de mandamento constitucional porque o ser humano se não tiver a sua dignidade respeitada, ele não vive, sobrevive.

Nesse sentido Pozzetti e Rodrigues (2018, p. 13) esclarecem que “o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assume particular relevância no que tange a sociedade, o meio ambiente e a preservação da vida”.

Importante destacar a força que os princípios exercem dentro do ordenamento jurídico que, embora não sejam leis, são normas jurídicas que, por sua natureza, transcendem o valor da lei. Segundo Pozzetti e Monteverde (2017, p.200) “Principios son reglas fundantes, que anteceden la norma jurídica, son la base, la estructura de la propia norma, una vez que traducen las ansias de la sociedad que le originó, en el sentido del justo, del honesto, del correcto y de lo que debe ser cumplido por la sociedad”. Na mesma linha de raciocínio Pozzetti, Pozzetti e Pozzetti (2020, p. 179) esclarecem que:

[...] os princípios são mecanismos importantes para se manter a ordem jurídica no país: promanam dos anseios populares oriundos dos costumes e cultura do povo e subsidiam a construção da norma jurídica que é oponível (obrigatória) a todos e, sendo assim, os princípios devem atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, de toda a sociedade.

Dentro deste contexto, a dignidade assume um valor importantíssimo na vida do cidadão, seja ele indígena ou não indígena; e Pozzetti (2016, p. 162) ao defender os elementos que asseguram dignidade ao ser humano destaca que “Sem condições psicológicas, financeiras, possibilidade de sonhar e crescer, saúde e bem-estar, o ser humano não consegue sobreviver. Estes elementos são necessários para que o “homem” atinja a felicidade”. Nessa ordem de idéias se permite concluir que o homem só atinge a felicidade se tiver a sua dignidade respeitada.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais (1989) “reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. Os povos indígenas são conhecidos por sua organização nos processos de buscas das garantias dos seus direitos. Nesse sentido, Zambrano, Pozzetti, Dias e Santos (2022, p. 602) também destacam que:

A Convenção n. 169 da OIT, em seu artigo 6º, assegura o direito de participação dos povos indígenas, por intermédio de consulta prévia, sempre que haja a tramitação de medidas legislativas ou administrativas que possam diretamente afetados. O objetivo desta consulta prévia perpassa pelo fornecimento de informação aos povos, a fim de se obter o consentimento das coletividades indígenas (OIT, 1989).

Os Povos indígenas em situação de privação de liberdade são considerados em situação de “extrema excepcionalidade”, nesse aspecto podemos analisar de qual forma o sistema prisional admite esses povos tradicionais. A prestação de serviços aos povos indígenas se faz necessário de maneira diferenciada e especializada. O apenado indígena com pouco domínio da língua portuguesa enfrenta uma barreira nessa fronteira de comunicação, fora o contexto social atípico. É fundamental garantir o acesso à educação para os indígenas que queiram estudar nas unidades prisionais, e a garantia de tradutor no sistema educacional quando se fizer necessário voltado para o contexto intercultural educacional e prisional para o desenvolvimento intelectual desse preso.

A educação indígena enfrenta diversos desafios como a precarização de assistência a algumas comunidades. No sistema prisional não é diferente. Em partes duas realidades diferentes, mas em conjunto de duas realidades desafiadoras em ofertar assistência educacional com qualidade e diferenciada.

Um olhar antropológico sobre a situação dos presos indígenas é necessário para compreender os impactos diante dessa contextualização com o poder judiciário, conforme destaca Gusmão (2008, p. 71):

Em todo o contexto descrito, percebe-se que os passos da antropologia e da educação como prática (a pedagogia) se iniciaram de um mesmo patamar e com uma mesma natureza, mas começaram a distanciar-se e a fazerem-se divergentes nessa mesma caminhada. A antropologia seguiu os desafios de cada momento histórico, preocupada em explicar a diversidade social humana a partir das singularidades e particularidades que revestem diferentes grupos e sociedades. Entre um século e outro, privilegiou o campo das diferenças e caminhou em sentido do reconhecimento das diversidades socioculturais de seu tempo. Atrélada aos universais humanos, a educação chegou ao final do século XX colocando, para a pedagogia, o desafio de ter que admitir as diferenças e de estabelecer um modo de dialogar com elas, mas que ainda não encontrou sua plena realização.

Nesse sentido, a antropologia é essencial para o acolhimento de indígenas e outras populações tradicionais e específicas no sistema prisional. Uma análise

fundamentada da diversidade social e cultural é importante para estabelecer vínculos ou fortalecimentos de vínculos com um olhar intercultural.

De acordo com Reinaldo Mathias Fleuri (2001, p. 23) “[...] a relação intercultural indica uma situação em que pessoas de culturas diferentes interagem, ou uma atividade que requer tal interação”. Nesse sentido, podemos compreender facilmente que um ambiente educacional é espaço para uma relação de interculturalidade frequente onde culturas diferentes se cruzam., então podemos concluir que é um espaço social de encontros das diversidades culturais.

CONCLUSÃO

A problemática que instigou essa pesquisa foi a de se verificar de que forma indígena aopriacionado tem acesso à educação no sistema prisional.O objetivo da pesquisa foi atingido vez que que analisou as posições doutrinarias, a legislação e jurisprudencia à respeito.

A acerca do resultado da pesquisa identificou-se que o ambiente prisional e a atenção as diferenças socioculturais precisam ser trabalhadas de maneira especializada, assim como na escola regular. Uma ofertar de educação com profissionais qualificados para o contexto intercultural é primordial para o avanço das barreiras entre educação e sistema prisional quando tratarmos de povos indígenas.

O fortalecimento das ações de educação básica nas unidades prisionais é peça chave para a garantia de acesso à educação no sistema prisional, dando protagonismo e empoderamento para os alunos para superar essa etapa da vida durante o sistema prisional, que a educação no sistema prisional seja a forma de viabilizar uma nova vida de oportunidade e de identificação do próprio sujeito com sua identidade étnica ou racial.

Se faz necessário garantir através da educação, uma visibilidade e participação dos povos indígenas e/ou grupos populacionais tradicionais em ambientes que ofertam educação como no sistema prisional, o serviço de educação deve ser especializado, é o mínimo que o estado deve ofertar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **O Estatuto do Índio através da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Congresso nacional, Brasília, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas

pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.172 de 09 de janeiro de 2001.** Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.433, de 29 de junho de 2011.** Altera os artigos 126, 127, 128 e 129 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112433.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Manual Resolução 287/2019:** procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade Orientações a Tribunais e Magistrados para cumprimento da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2019.

DANTAS, F. T. F, NASCIMENTO, I. R. (2022). **Vale do Javari:** Direitos Humanos, violência e população indígena. *In:* Zogahib, A. L. N., MAXWELL, M. M., SETTE JÚNIOR, G. J. SANTOS, A. L, CAVALCANTE, F. C., MUNEYMNE, H. F. S. (Org.). Segurança pública, cidadania e direitos humanos: pesquisas, relatos e reflexões. (p. 253-264). Ponta Grossa: Editora Aya. Disponível em: <https://ayaeditora.com.br/wp-content/uploads/Livros/L187C19.pdf>. Acessado em: 28 set. 2022.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. DEPEN, 26 mai. 2022. **Depen publica levantamento dos povos indígenas custodiados no sistema penitenciário.** Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen-publica-levantamento-dos-povos-indigenas-custodiados-no-sistema-penitenciario>. Acesso em: 01 jun. 2022.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. **Nota Técnica n.º 53/2019/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ.** Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/copy3_of_indigenas.pdf. Acesso em: 01 jun. 2022.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. **Nota Técnica nº 77/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ.** Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/AM/am-dez-2021.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2022.

DUARTE, Alisson José Oliveira. SIVIERI-PEREIRA, Helena de Ornellas. **Aspectos históricos da educação escolar nas instituições prisionais brasileiras do período imperial ao século XXI.** Educação Unisinos. v. 22. n.º 4. 22(4): 344-352, outubro/ dezembro 2018.

FLEURI, Reinaldo Mathias. **Texto apresentado no III SEMINÁRIO PESQUISA EM EDUCAÇÃO REGIÃO SUL FÓRUM SUL DE COORDENADORES DE PÓS-GRADUAÇÃO.** (Mesa-redonda: Educação intercultural e formação de professores/as: gênero, etnia e gerações). Porto Alegre, 29, 30 de novembro e 01 de dezembro de 2001.

GIL, Antônio Carlos, 1946- **Como elaborar projetos de pesquisa**/Antônio Carlos Gil. - 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

GUSMÃO, Neusa Maria Mendes de. **Antropologia, Estudos Culturais e Educação: desafios da modernidade.** Pro-Posições, v. 19, n. 3 (57) - set./dez. 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, Convocada em Genebra pelo Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho e tendo ali se reunido a 7 de junho de 1989**, em sua septuagésima sexta sessão.

POZZETTI, Valmir César. DIREITO EMPRESARIAL E A NATUREZA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. **Revista Jurídica Unicuritiba**; v. 02, n°. 43, Curitiba, 2016. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/1826-5732-1-PB.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César e MONTEVERDE, Jorge Fernando Sampaio. GERENCIAMIENTO AMBIENTAL Y DESCARTE DE LA BASURA HOSPITALARIA. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.14, n.28, p.195-220. Janeiro/Abril de 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/949-Texto%20do%20Artigo-3993-1-10-20171030-5.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César e RODRIGUES, Cristiane Barbosa. ALIMENTOS TRANSGÊNICOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 22, n°. 48, maio/ago. 2018. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/7874-1-26498-1-10-20190307-3.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César; POZZETTI, Daniel Gabaldi e POZZETTI, Laura. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ÂMBITO DA CONSERVAÇÃO AMBIENTAL. **Revista Campo Jurídico**; Barreiras-BA v.8 n.2, p.175-189, Julho-Dezembro, 2020. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/lepidus,+4_661+Vers%C3%A3o+Final-1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

TASSMAN, Antonella Mana Imperatriz. A educação escolar indígena no contexto da antropologia brasileira. **Ilha Revista Antropológica**. Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis, Brasil. 2008.

ZAMBRANO, Virginia; POZZETTI, Valmir César; DIAS, Marialice Antão de Oliveira e SANTOS, James Oliveira dos. CIDADANIA VERSUS O DIREITO

AO EXERCÍCIO DE VOTO DOS POVOS ORIGINÁRIOS DA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO DE CASO DAS ALDEIAS INDÍGENAS DO VALE DO JAVARI, EM ATALAIA DO NORTE/AM DURANTE A PANDEMIA DA COVID 19. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba.v.04, n.66, p.593-636, 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/5574/pdf>. Acesso em: 05 mai. 2022.

POZZETTI, Valmir César; SOUZA, Martim Afonso de; SILVA, Fredson Bernardo da. ACESSO À EDUCAÇÃO AOS MILITARES ENCARCERADOS NO 1º BATALHÃO DE OPERAÇÕES RIBEIRINHAS EM MANAUS/AM: ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS LEGAIS. **Revista Diálogos Possíveis**; v. 21, nº 2. 2022. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/ACESSO+%C3%80+E-DUCA%C3%87%C3%83O+AOS+MILITARES.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

INCOMPETENCIA DO BATALHÃO DE POLICIA AMBIENTAL DO AMAZONAS NAS SANÇÕES AMBIENTAIS ADMINISTRATIVAS NO PERIODO 2020 A 2021

José Ivan Veras do Nascimento³⁸⁸, Juliana de Carvalho Fontes³⁸⁹,
Fredson Bernardo da Silva³⁹⁰, Valmir César Pozzetti³⁹¹

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento das tecnologias e exagerado consumo de bens industrializados, o meio ambiente vem sofrendo verdadeiros ataques em todos os locais do ambiente planetário. A cada dia que passa o ser humano polui e destrói de forma indiscriminada para obter lucros, sem se importar que essa conduta ameaça a vida sustentável no planeta. Dessa forma, é necessário que o Poder Público atue de maneira eficiente defendendo o uso e bens ambientais de forma efetiva.

³⁸⁸ Especialista em Segurança Pública pela Faculdade FACUMINAS-MG e Especialista em Planejamento Governamental e Orçamento Público pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Discente especial do Programa de pós graduação em Ciências ambientais e Sustentabilidade na Amazônia - UFAM. E-mail: jivn79@hotmail.com

³⁸⁹ Doutoranda em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Tem pós-graduação em Direito Tributário e Direito Militar. É Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Instrutora nos Cursos de Formação ministrados Força Aérea Brasileira de Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar, Estatuto dos Militares, Lei de Organização Judiciária Militar e Direito Aeronáutico. Professora voluntária no Curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas e pesquisadora da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: julicfontes@gmail.com

³⁹⁰ Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA); Pós-graduado em Segurança Pública e inteligência Policial pelo Centro de Ensino Literatus; Bacharel em Direito pela Escola Superior Batista do Amazonas (ESBAM); Economia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). E-mail: fredsonbernardo@gmail.com

³⁹¹ Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França (título reconhecido pela Univ. Federal de Pernambuco). Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França (título reconhecido pela Universidade Luterana do Brasil). Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM, Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Foi Conselheiro Estadual da OAB/AM no triênio 2016/2018. É Acadêmico Imortal da Academia de Ciências Contábeis do Amazonas. É Professor Adjunto da UFAM - Universidade Federal do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação, e no Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais. É Professor Adjunto da UEA - Universidade do Estado do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação e nos Mestrados em Direito Ambiental e no de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: v_pozzetti@hotmail.

E foi pensando nessa possibilidade de efetivar ações para a proteção ambiental, que a Secretaria do Meio Ambiente do Estado do Amazonas - SEMA, celebrou convênio com o Batalhão de Policiamento Ambiental-BPAmb/PMAM, órgão que compõe a Polícia Militar do Amazonas-PMAM, no tocante à fiscalização ambiental, atribuindo-lhes o poder de lavrar autos de sanções administrativas ambientais, na forma de auto de infração.

O Objetivo desta pesquisa será de analisar as legislações ambientais amazonenses que permeiam o campo de atuação do policiamento ambiental no Estado do Amazonas, inventariar o volume de produtividade do BPAmb/PMAM no atendimento de ocorrências nos anos de 2020 e 2021, envolvendo os crimes de pescado e madeira ilegais, projetar neste montante de procedimentos infracionais quanto em valor (Reais) seriam arrecadados com as infrações ambientais que por ausência da delegação de competência deixaram de serem lavrados, mensurar em valores de mercado os referidos produtos apreendidos reportando-se aos valores comerciais destes nos respectivos anos.

A problemática que instiga essa pesquisa se resume na seguinte pergunta: porque a legislação ambiental do Amazonas não delegou, o quanto antes, a competência para a polícia ambiental aplicar autos de infrações diante dos crimes apurados em ocorrências atendidas pelo BPAmb/PMAM entre os anos de 2020 e 2021?

O Decreto n.º 45.764/2022, que autoriza as lavraturas de sanções administrativas ambientais pelo BPAmb/PMAM, possibilita medidas administrativas ao infrator ambiental. O vultuoso numerário da provável captação de recursos em virtude da não aplicação destas autuações, além da sensação de impunidade, para a sociedade que contempla esse transtorno administrativo de competência, deixa um sentimento de revolta no plano superficial do poder de polícia, diante do esforço que na atuação da BPAmb/PMAM diante de sinistros ambientais.

A Lei n.º 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, bem como o Decreto n.º 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e, assim sendo, possibilitam uma maior eficiência na aplicação da lei, ofertando as autoridades no âmbito do poder público a autuação do infrator ambiental bem como a sua responsabilização no âmbito civil, criminal e administrativo.

A metodologia que se utilizará nesta pesquisa é a do método dedutivo; quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica com uso da legislação, doutrina e jurisprudência e documentos da corporação PMAM disponível em sites eletrônicos; quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa, e o universo a ser analisado será no período de que compreende as ocorrências entre os anos de 202 a 2021.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DEFESA AMBIENTAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS ENVOLVENDO A PMAM

Ressalvado que antes do advento Constitucional de 1988, o Decreto-Lei n.º 667, de 2 de junho de 1969, no Art. 3º, já, atribui às polícias militares a competência exclusiva do policiamento ostensivo, cuja regulamentação feita pelo Decreto n.º 88.777, de 30 de setembro de 1983, Art. 2º, n.º 27, incluiu, entre outros, os tipos de policiamento, nas modalidades de: policiamento florestal e de mananciais, fluvial e lacustre.

A ascendente preocupação com a degradação ambiental no planeta e, em especial, no Brasil, culminou com a inclusão da matéria ambiental na Constituição Federal de 1988, que impôs ao Poder Público e à coletividade, o dever de defender e preservar um ambiente de qualidade:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim sendo, essa imputação de responsabilidade, atinge a conotação de Direitos e Garantias Fundamentais, e seu uso correto aos direitos difusos, sendo estes titulares indeterminados e indetermináveis; logo, merecem especial proteção, pois não atingem a alguém em particular e, simultaneamente, a todos.

Consequentemente, a nível internacional, como destaques, teve-se no Brasil a Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas que ocorreu em 1992 na cidade do Rio de Janeiro-RJ, denominada de ECO-92³⁹², e posteriormente no Japão a Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas que ocorreu em 1997 na cidade de Kyoto, o chamado “Protocolo de Kyoto”, onde foram realizadas várias alterações em relação às metas propostas na ECO-92, como, por exemplo, a de que o conjunto dos países mais industrializados deveria diminuir a emissão de gases de dióxido de carbono.

Na ECO-92 verificou-se duas construções doutrinárias: as linhas fortes em relação ao meio ambiente são: 1) a prevenção, que atende a certeza científica sobre o dano ambiental onde o evento ocorre e serão tomadas medidas que evitem ou reduzam os danos previstos, e 2) a precaução, que traz a incerteza científica sobre o dano ambiental, neste caso o evento não ocorrerá (*in dubio pro* meio ambiente ou *in dubio contra projectum*). No tocante à precaução, Pozzetti,

³⁹² A Conferência Eco-92 ou Rio-92 foi a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro – Brasil, no ano de 1992.

Pozzetti e Pozzetti (2020, p. 186) explicam a importância da observância deste Princípio no âmbito da conservação ambiental, onde relata:

O princípio da precaução [...] não visa ter certezas absolutas, mas sim diminuir as probabilidades de que um dano mais grave ocorra. Sem dúvida, o risco da ocorrência do dano será potencialmente inferior se realizarmos o estudo de impacto ambiental, do que se não o realizarmos.

Para se inserir como protagonista na preservação e conservação ambiental, a atuação policial militar, está prevista no § 5º, do Art. 144 da Constituição Federal de 1988, e no inciso II do Art. 114 da Constituição do Estado do Amazonas de 1989, onde se pode observar a delegação do pleno exercício, qual seja: "...para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio público...", entendendo assim, o meio ambiente também como um patrimônio público, onde se detém a atribuição de preservar e combater crimes contra este. Vejamos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...] *omissis*

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

Art. 114. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio público e privado, através de um Sistema de Segurança, integrado pelos seguintes órgãos:

[...] *omissis*

II - Polícia Militar; (gns)

Assim sendo, como a PMAM é um dos órgãos que compõem o Sistema de Segurança Pública do Estado do Amazonas, tem contribuído para o bem-estar dos cidadãos, organizando-se em função de sua missão institucional, sendo ela a preservação da ordem pública e do meio ambiente, tanto que este marco se encontra intrínseco em sua cultura organizacional, que prevê:

Missão: “Preservar a Ordem Pública e o Meio Ambiente no Estado do Amazonas, mediante um Policiamento ostensivo de excelência.”

Visão: “Ser referência Nacional como Instituição de Ordem Pública e preservação do meio ambiente.”

Valores: “Aprimoramento, Camaradagem, Civismo, Espírito de Preservação do Meio Ambiente, Coragem, Devotamento, Honestidade, Justiça e Verdade.” (AMAZONAS, 2018) (gns)

Neste seguimento, o Decreto n.º 27.637/2008, cria dentro da estrutura da PMAM o Batalhão de Policiamento Ambiental – BPAMB/PMAM, para realizar a atividade de fiscalização, educação e policiamento ambiental, constituindo-se um importante instrumento para salvaguardar o Meio Ambiente Amazônico, e da sadia qualidade de vida, das presentes e futuras gerações. Dessa forma, a PMAM editou a Portaria n.º 100/Aj. Geral-2008, que considera, entre outros, que a estruturação do Policiamento Ambiental requer ajustamento técnico-operacional das ações de polícia ambiental no Estado do Amazonas, através de estudos técnicos em parceria com outros órgãos envolvidos, prevendo também a possibilidade de firmar convênios com o Ministério do Meio Ambiente, no Projeto Federal Corredores Ecológicos, bem como, firmar Termo de Cooperação Técnica com o Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas – IPAAM, órgão competente da Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Amazonas – SEMA, que tem como finalidade a gestão ambiental, a implementação e a execução das políticas nacional e estadual de meio ambiente, onde tem em sua estrutura o Conselho Estadual do Meio Ambiente – CEMA, órgão colegiado e permanente a quem, dentre outras, cabe recurso de defesa contra os autos de infração, aplicado pela autoridade competente, em primeira instância.

O BPAMB/PMAM atende à demanda de policiamento ostensivo, direcionado às atividades ambientais, urgindo a necessidade de um policiamento exclusivo para a fiscalização e aplicação da legislação ambiental brasileira, policiamento preventivo e repressivo, com atuação em todo o território estadual, no combate aos ilícitos ambientais, utilizando-se das modalidades disponíveis, com patrulhamento urbano, rodoviário, estradas vicinais, ramais, rios, lagos, igarapés, realizando barreiras, postos de abordagem, bem como na fiscalização de produtos extraídos da flora e da fauna.

A revolução sociocultural deste novo milênio, trouxe às questões ambientais, por qual passam o mundo, o Brasil, e principalmente o Estado do Amazonas, responsabilidades a PMAM, da necessidade de se aparelhar, fiscalizar, inibir e coibir o ilícito ambiental, devendo acompanhar mudanças tecnológicas, buscando a qualidade total de prestação de serviço e reestruturando sua operacionalidade,

sem fugir da natureza policial, para melhor proporcionar segurança à sociedade amazonense e ao meio ambiente, sendo também a salvaguarda do Poder Público em comum com a coletividade, já que se trata de patrimônio público e não integra o patrimônio disponível do Estado.

2 NOÇÕES ACERCA DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

O poder de polícia nada mais é que o poder que o Estado tem de autorizar, fiscalizar e punir administrativamente atividades que está na sua competência fazê-lo; é um poder administrativo que tem como características a discricionariedade, a auto executoriedade e a coercibilidade, porque conceitualmente, legitima o poder da polícia e a própria razão dela existir; é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público e indelegável aos entes particulares, embora possa estar ligado àquela, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades, como prescrito no Art. 78 do Código Tributário Nacional, visando sempre, “[...] à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Pode-se classificar o Poder de Polícia, como:

- a) Preventivo ou Administrativo – quando exercido pelos órgãos de fiscalização da administração pública, especialmente no que diz respeito à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.
- b) Genérico ou Fiscalizatório – quando atua visando a prevenir ou reprimir os atos contrários ao interesse público, exercendo-se sobre os bens ou atividades das pessoas como, por exemplo: Defesa Civil, Vigilância Sanitária, etc.
- c) Específico de Segurança Pública – ao ter a manutenção da ordem e o restabelecimento da ordem social, atua de modo a prevenir as infrações legais, exercendo-se em relação às pessoas, é desempenhado pelas Polícias Militares.

Mas, o poder de polícia sofre as limitações constitucionais, decorrentes da consagração dos direitos e garantias individuais; ou seja, o exercício do poder de polícia, como toda a ação da Administração, está submetido a legalidade e

ao controle jurisdicional sujeito aos princípios que regem os preceitos do Art. 37 da Constituição Federal de 1988. Ressalta-se que este poder emanado do próprio texto constitucional define as competências dos entes federativos, repartindo entre eles a responsabilidade da administração pública, que por sua vez se estende ao equilíbrio do meio ambiente e qualidade da vida a este tutelado.

Nas palavras de Cretella Júnior (1985, p. 26), poder de polícia e poder da polícia são dois conceitos distintos:

Cumpra, antes de tudo, fazer uma observação à expressão poder “de” polícia, a qual não se confunde com outra semelhante poder “da” polícia, porque se a polícia tem as possibilidades de agir, em concreto, pondo em atividade todo o aparelhamento de que dispõe, isso se deve à potestas que lhe confere o poder de polícia. O poder “de” polícia é que fundamenta o poder “da” polícia. Este sem aquele seria o arbitrário, verdadeira ação policial divorciada do Estado de direito.

A atuação do BPAMB/PMAM e seu exercício do Poder de Polícia, dentro dos limites de sua competência constitucional ou infraconstitucional, ou seja, passa automaticamente, da atividade policial preventiva para o exercício da atividade policial repressiva, ao se deparar com ilícito já ocorrido que não conseguiu evitar como policiamento ostensivo.

De tal forma, não seria diferente o proceder o BPAMB/PMAM diante das ocorrências ambientais, confirmando o dito por DE MIRANDA (2010), “Agindo dessa maneira, o órgão estará restaurando a ordem pública naquele momento e local, e mais, fazendo atuar as normas [...], pois não podem ser perdidos os elementos indispensáveis à realização da Justiça Criminal”.

Sob essa perspectiva, os aspectos referentes aos limites e extensão do Poder de Polícia Ambiental conferido ao BPAMB/PMAM, no exercício de seu poder de fiscalização, em face da complexidade do tema, se faz necessário enfocá-lo sob o alicerce do Direito Constitucional Administrativo, que explicita a importância do meio ambiente e o dever do poder público e da coletividade de protegê-lo.

Há momentos em que o Poder de Polícia Ambiental pode e deve ser potencializado com a maximização de atuação ao possibilitar um leque maior no campo da fiscalização estatal, integrado a outros órgãos, encontrando nas dimensões geográficas do Estado do Amazonas respaldo pela defesa ambiental, DE MIRANDA (2010) justifica isso com a seguinte redação: “[...] tudo em função do patrimônio ambiental (que é público) e do desenvolvimento sustentável (sendo do interesse da sociedade) – por outras modalidades de polícia”. Aqui se enquadra o emprego do BPAMB/PMAM, que age por delegação expressa e

com a celebração de parcerias, convênios e cooperações, segundo os objetivos e métodos de polícia administrativa, segundo o entendimento de DI PIETRO (2010, p. 118):

A polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.

O Poder de Polícia Ambiental atribuído ao BPAmb/PMAM subsidia a ação estatal frente à degradação ambiental, atua com o objetivo de prevenir e reprimir atos causadores de lesões ao meio ambiente.

3 ATUAÇÃO POLICIAL MILITAR NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Os arranjos previstos na lei 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, constitui o principal mecanismo de proteção penal ambiental no âmbito brasileiro, sobretudo pelo fato da referida lei propiciar mudanças significativas no contexto das ações criminosas lesivas ao bem ambiental, prevendo, além da responsabilização penal, o dever de reparação dos danos causados ao meio ambiente.

Onde o bem jurídico protegido é meio ambiente em toda a sua amplitude, na abrangência do conjunto e por meio da responsabilidade penal, pune-se àquele que pratica crimes contra o meio ambiente. As responsabilidades se dividem em: 1) Civil, quando se imputa a reparar o dano, 2) Penal (Criminal) quando se responde por conduta legalmente tida como criminosa, e 3) a Administrativa (Quadro 1.), sendo esta de duas espécies, a primeira da relação Servidor-Estado (o estado exercerá seu poder disciplinar para responsabilizar o servidor que cometeu falta funcional) e a segunda da relação Particular-Estado (o estado exercerá seu papel de exercer a paz social, através de medidas que independem de prévia ação cível ou criminal). No campo infraconstitucional, esta mesma lei, estabelece que as sanções penais e administrativas em face de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, consistindo no principal instrumento de combate aos delitos ambientais para o agente estatal dotado do poder de polícia ambiental.

As esferas Civil, Penal e Administrativas de ações das sanções imposta aos agentes corresponsáveis (pessoa física) e a empresa (pessoa jurídica) em caso de dano ambiental estão assim divididas:

Quadro 1 – Esquema das ações nas imposições das sanções de crimes ambientais.

Esferas	Amparo	Sanções
CIVIL (Independentemente da existência de culpa)	Lei 6.938/81, Art. 14º	- Indenização, ao meio ambiente e a terceiro, da região afetada; - Reparação, ao meio ambiente e a terceiro, da região afetada.
PENAL (Aplicável quando comprovada a existência de culpa ou dolo)	Lei 9.605/98, Art. 8º	- Prestação de serviços à comunidade; - Interdição temporária de direitos; - Suspensão parcial ou total de atividades; - Prestação pecuniária; - Recolhimento domiciliar.
ADMINISTRATIVA (Lavratura do auto de infração)	Lei 9.605/98, Art. 72º Decreto 6.514/08	- Advertência; (até R\$ 1.000,00 ou, na multa por unidade de medida, que não exceda o valor referido) - Multa simples; (de R\$ 50,00 à R\$ 50.000.000,00) - Multa diária; (quando o dano se propaga no tempo) - Apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; - Destruição ou inutilização do produto; - Suspensão de venda e fabricação do produto; - Embargo de obra ou atividade; - Demolição de obra; - Suspensão parcial ou total de atividades; - Restritiva de direitos.

Fonte: Autoria própria.

A dinâmica de atuação do BPamb/PMAM se dá basicamente na execução do policiamento ostensivo e disponível a sociedade para atendimento de todas as espécies de ocorrências, não se eximindo de nenhuma se quer, porém sua especialidade é o policiamento ambiental tipificados na Lei n.º 9.605/1998, no intuito de evitar crimes contra a fauna, flora, os diversos crimes de poluição, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, exceto crimes contra a administração ambiental.

Ao exercerem o policiamento ostensivo, mediante denúncia ou dando apoio a outros órgãos, são os seus integrantes os que primeiro tomam conhecimento da infração, onde aplicam em parte o disposto no Art. 25 da referida lei, que diz: “Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos”, ou seja, ali no momento da ocorrência todos os atos são feitos, incluindo a condução do infrator ambiental nos casos que couber, exceto a lavratura do auto de infração até então.

Portanto, em sua rotina de trabalho o BPAMB/PMAM faz parte dos órgãos públicos que constituem o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, responsável pela integração de políticas públicas de proteção ambiental em um esforço de direção nacional, sem deixar faltar o Estado do Amazonas, que consequentemente envolve a PMAM onde está este Batalhão.

4 BATALHÃO DE POLICIAMENTO AMBIENTAL DENTRO DO PANORAMA NORMATIVO DA AUTUAÇÃO AMBIENTAL

O art. 6º da Lei n.º 6.938/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, que dispõe sobre a estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, traz as divisões dos órgãos e entidades responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental.

Dentro dessa divisão existem os órgãos seccionais os quais são os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental, incluindo-se nessa classe as Polícias Militares, as Polícias Cíveis, os Corpos de Bombeiros Militares e as Secretarias Estaduais do Meio Ambiente.

Entendendo a Polícia Militar do Amazonas já executa tais atividades, então esta é órgão integrante do SISNAMA, isso já ocorrendo, por exemplo, nas polícias militares dos Estados de São Paulo, Paraná, Minas Gerais, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, em que as Polícias Militares atuam na fiscalização e no combate às infrações tipificadas na legislação ambiental. É o que diz Miranda (2010, p. 67), sobre a possibilidade deste tipo de policiamento especializado:

Surge, assim, na tutela do meio ambiente, a figura de um corpo policial especializado, em consonância com a natureza eminentemente interdisciplinar das ciências ambientais, por força da quais os policiais envolvidos na área dependem de treinamento constante e direcionados, abrangendo noções fundamentais de direito ambiental, biologia, ecologia, engenharia florestal, entre outros.

Diante disto, pode-se reafirmar a corporação PMAM como também órgão do SISNAMA, estando a concepção de leis e mecanismos jurídicos de defesa do meio ambiente legitimando a atuação do Batalhão de Policiamento Ambiental – BPAMB/PMAM na preservação da ordem pública ambiental.

Partindo deste pressuposto, ao aceitarmos o Batalhão de Policiamento Ambiental – BPAMB/PMAM, como órgão integrante do SISNAMA, consequentemente pode-se dizer que o mesmo reuni condições de análise situacional e discricionariamente e aplicar a infrações administrativas ao se deparar no seu policiamento com atos de crimes ambientais no Estado do Amazonas, diz a Lei n.º 9.605/1998 sobre quem pode autuar:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.
 § 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, [...] (Lei n.º 9.605/1998, Art. 70)

No Estado do Amazonas, a Lei n.º 1.532/1982, disciplina a Política Estadual da Prevenção e Controle da Poluição, Melhoria e Recuperação do Meio Ambiente, e de Proteção aos Recursos Naturais. Onde competi à então na época Secretaria da Energia, Habitação e Saneamento – SEHAS (atual Secretário de Estado do Meio Ambiente - SEMA) a formulação, coordenação, supervisão, controle e execução da Política Estadual da Prevenção e Controle da Poluição, Melhoria e Recuperação do Meio Ambiente e de Proteção aos Recursos Naturais, com atuação abrangendo em várias atribuições, dentre elas a de firmar parcerias de cooperação com poderes de delegar a fiscalização, inclusive autuação, e execução das políticas ambientais, o disposto do inciso X e § 1º da referida Lei, diz:

Art. 4 o Compete à Secretaria da Energia, Habitação e Saneamento – SEHAS a formulação, coordenação, supervisão, controle e execução da Política Estadual da Prevenção e Controle da Poluição, Melhoria e Recuperação do Meio Ambiente e de Proteção aos Recursos Naturais, com atuação abrangendo as seguintes atribuições:

I – Coordenar a atividade fiscalizadora do Estado em defesa do Meio Ambiente e do uso dos Recursos Naturais;
 [...] omissis

X - Celebrar convênios, contratos ou acordos com órgãos públicos, federais, estaduais, municipais, entidades privadas,

nacionais ou internacionais, tendo em vista o bom desempenho de suas atividades.

§ 1º A fiscalização de que trata o item I deste artigo poderá ser delegada, mediante convênios, a órgãos ou entidades devidamente capacitados, da esfera federal, estadual ou municipal. (Lei n.º 1.532/1982, Art. 4º)

O Decreto n.º 10.028/1987 que regulamenta a Lei n.º 1.532/1982, que trata do Sistema Estadual de Licenciamento de Atividades com Potencial de Impacto no Meio Ambiente e aplicação de penalidades e dá outras providências, atribui ao então Centro de Desenvolvimento, Pesquisa e Tecnologia do Estado do Amazonas – CODEAMA (atual Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas – IPAAM), o papel, entre outros, também de executor da Política Estadual de Meio Ambiente aplicando as sanções ambientais, de forma isolada ou integrada com articulação institucional entre os órgãos, lhe sendo atribuído também a coordenação dos entes que vierem a se tornar partes celebrantes dos acordos de Parcerias, Convênios e Termo de Cooperação que trata o inciso X do Art. 4º da Lei n.º 1.532/1982, trata o disposto do Art. 5º do Decreto como:

Art. 5º - Ao Centro de Desenvolvimento, Pesquisa e Tecnologia do Estado do Amazonas - CODEAMA, na qualidade de coordenador e executor da Política Estadual de Meio Ambiente compete:

I. Coordenar a atividade de licenciamento e fiscalização do Estado em defesa do Meio Ambiente e do uso dos Recursos Naturais, aplicando as penalidades cabíveis, inclusive as previstas na legislação federal, quando for o caso;

[...]

§ 1º - A fiscalização de que trata o item I deste artigo poderá ser delegada, mediante convênio, a órgãos ou entidades devidamente capacitados das esferas federal, estadual ou municipal.

§ 2º - As entidades e órgãos públicos, que em decorrência da delegação de que trata o § 1º deste artigo, serão responsáveis pela aplicação da Política Estadual de Meio Ambiente, se articularão, com vistas ao cumprimento dessa Lei, sob a coordenação do CODEAMA. (Decreto n.º 10.028/1987, Art. 5º)

Observa-se que tanto a Lei n.º 1.532/1982 como o Decreto 10.028/1987, são anteriores a constituição de 1988, onde recepcionadas com base no princípio constitucional da eficiência, trazendo para a atualidade essas responsabilidades ao Estado. Portanto, não pode em momento algum o Poder Público permanecer inerte e omissor na defesa e preservação do meio ambiente, devendo explorar ao

máximo as ferramentas disponíveis para isso. Em caso de degradação ambiental, verificada a sua omissão, é forçoso concluir que, permanecendo ineficiente, o Estado, também concorre para a lesão gradual do meio ambiente, sendo parte ativa na culpa.

Com o advento do Decreto n.º 45.764/2022, que altera de forma específica o Decreto n.º 10.028/1987, tornando possível com essa modificação, a ampliação do campo de fiscalização e repressão a degradação ambiental, onde postula firmar contratos de celebração de Parcerias, Convênios e Termo de Cooperação, abarcando delegação de competência para lavratura de sanções administrativas ambientais com a Polícia Militar do Amazonas - PMAM, Corpo de Bombeiros do Amazonas - CBMAM e Polícia Civil do Estado do Amazonas – PCAM, ver-se aqui uma opção do Estado que não era utilizada.

Destaca-se aqui a ideia do princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal. A atividade policial exercida em defesa do meio ambiente é um dos aspectos desse poder-dever, que se materializa de diversas formas, neste caso o poder de polícia administrativa ambiental. Essas manifestações não se confundem, e possuem cada uma delas características e finalidades que lhe são próprias, inclusive quanto aos agentes dotados de competência para exteriorizá-las, quando, por exemplo, o CBMAM nas situações de combate a queimadas e desastres ambientais, e a PCAM quando de investigações, perícias e encaminhamentos de processos ao Ministério Público. E a qualquer tempo estando todos, inclusive, para a dá voz de prisão em flagrante por crime ambientais de qualquer natureza, consoante aos casos de delitos previstos na Lei de Crimes Ambientais.

Quando delimita-se o campo de estudo, é o caso nesta pesquisa, voltado a cobertura de competências da PMAM, o Decreto n.º 45.764/2022 ao incluir no “Art. 5º - A, o § 1.º”, torna o Batalhão de Policiamento Ambiental-BPAmb/PMAM, legítimo e competente para as lavraturas de sanções administrativas ambientais, onde seu inciso “I”, restringe somente aos integrantes da polícia militar, especialistas na área ambiental, portanto, lotados no Batalhão de Policiamento Ambiental-BPAmb/PMAM, com curso, treinamento e capacitação para tal, não contemplando o Decreto todo efetivo da PMAM indiscriminadamente, mas sendo reconhecido, estes membros, como assim pode-se dizer “*Agentes da Autoridade Ambiental*”, segundo o texto do Decreto:

Art. 1.º O Decreto n.º 10.028, de 04 de fevereiro de 1987, passa a vigorar com a inclusão dos artigos 5.º-A e 5.º-B, com a seguinte redação:

“Art. 5.º-A. Celebrada a delegação de competência prevista no § 1.º do artigo 4.º da Lei n.º 1.532, de 06 de julho de 1982, mediante convênio, atribuir-se-á à Polícia Militar

do Estado do Amazonas, especializada na área ambiental, [...], a competência estabelecida no § 1.º do artigo 4.º da Lei n.º 1.532/82, no que diz respeito exclusivamente à fiscalização ambiental.

§ 1.º São autoridades competentes para lavraturas de sanções administrativas ambientais, mediante a delegação de competência instituída pelo Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas - IPAAM;

I - a Polícia Militar do Estado do Amazonas, especializada na área ambiental - Batalhão de Polícia Militar Ambiental; (Decreto n.º 45.764/2022, Art. 1º)

O disposto no Decreto n.º 45.764/2022, vocaciona ao BPAMB/PMAM, a exercer típica atividade de polícia administrativa, fazendo, a fiscalização de polícia e também a aplicação da sanção de polícia administrativa ambiental, dando suas ordens e, desestruturando todo o mecanismo criminoso, mais ainda quando aplicam as sanções administrativas de polícia ambiental, nos limites de suas competências e modos de atuação.

Dessa normatização, surge, para as entidades estatais uma maior capacidade de atuação, a atribuição e seus efeitos reais e, como consequência direta, sendo que fiscalização, é um dos modos de atuação do BPAMB/PMAM, agora, com mais uma utilidade de realizar a prevenção das infrações pela observação do comportamento dos destruidores do meio ambiente, relativamente às ordens e aos consentimentos do Estado; em segundo lugar, prepara a repressão das infrações pela constatação formal dos atos infringentes, aqui pode-se citar e concorda com a posição de Costa e Pozzetti (2000, p. 243), ao enfatizar a necessidade de sanções mais duras aos crimes ambientais, relata:

[...], tendo em vista que os atentados ao meio ambiente com potenciais desastres têm aumentado [...] assustadoramente na contemporaneidade, sendo necessário disciplinar com mais severidade estas condutas, no intuito de inibi-las de forma exemplar.

O rigor das medidas se torna extremamente necessário, o agravamento das medidas envolvendo o assunto, as evidências científicas, as pautas mundiais e de todos seus governantes, trazem a responsabilidades quanto da necessidade incisiva da penalidade rigorosa aos crimes ambientais, e ver-se nas aplicações das multas um mecanismo de impacto significativo no combate a degradação ambiental. Nesse sentido Lazzarine (1998, p. 123) esclarece que:

A acusação será formulada formalmente através de Auto de Infração Ambiental, que será motivado com a narração circunstanciada da infração verificada e seu enquadramento

na legislação ambiental, de tudo notificado o acusado para que possa produzir, no prazo legal, sua ampla defesa, contraditando a acusação.

Delegado os poderes pela SEMA e coordenado pelo IPAAM, através do Decreto n.º 45.764/2022, para prevenir e reprimir os crimes ambientais, em analogia à polícia administrativa e sanção administrativa, o BPAmb/PMAM adquire dupla atuação ao exercer o policiamento ostensivo e serem seus integrantes os que primeiro tomam conhecimento da infração administrativa, e nesta qualidade, atuariam através da lavratura do auto de infração ambiental, o documento qual certifica a existência do ato flagro à legislação que impõe penalidades ao infrator. Ensejando instauração de processo administrativo, para se apurar conduta lesiva ao meio ambiente, e que se garante ao autuado o exercício do direito à ampla defesa, com todas as garantias que lhe são inerentes, segundo Lazzarinne (1998, p. 123):

A sanção administrativa ambiental tem duplo objetivo, ou seja, ela tem pôr fim a correção do infrator, no que representa um verdadeiro castigo para que melhore a sua conduta de respeito às normas legais ambientais, com o também um fim de prevenção, no sentido de servir de verdadeiro alerta a todos os outros, e ao próprio infrator, das consequências da infração ambiental.

Na prática, a importância de o “*poder autuar*”, reflete-se tanto na prevenção de atividades lesivas ao meio ambiente como em sua repressão, quando as autoridades noticiam a ocorrência de uma infração às normas e aos princípios de Direito Ambiental, ensejando o desencadeamento dos procedimentos para a tutela civil, administrativa e penal dos recursos ambientais agredidos ou colocados em situação de risco. Lazzarini (1998, p. 120) esclarece que:

Quando o ilícito for penal, ter-se-ia, então atividade de polícia judiciária consubstanciada na denominada repressão imediata por parte do órgão policial exercente da atividade de polícia preventiva.

O Decreto n.º 45.764/2022 também maximiza o poder Estatal quando possibilita o uso da tecnologia a seu favor, uma vez que as dimensões geográficas do Estado do Amazonas são diferenciadas e a cobertura fiscalizadora requer as mais variadas opções de ajuda neste sentido, se torna, portanto a tecnologia fundamental para suplementar este ramo, sendo assim o “Art. 5º - B” prevê a possibilidade de aplicação de auto de infração ambiental por constatações estimuladas por geoprocessamentos, onde são basicamente tiradas fotos via satélite

de uma determinada região onde há fundada suspeita de crime ambiental em períodos distintos, as evidências se distinguem normalmente nas comparações das fotos, onde estas mostram a ausência da vegetação e focos de incêndio, expresso no Art. 5º - B do Decreto:

Art. 5º-B. Além da atividade de fiscalização, o convênio poderá [...], com análise remota de geoprocessamento e posterior elaboração do termo de constatação, e, ainda, se necessário, a lavratura do respectivo auto de infração. (Decreto n.º 45.764/2022, Art. 5º - B)

Por mais que se faça necessário a posterior lavratura do Termo de Constatação *in loco*, entende-se que a vigilância por geoprocessamento com participação dos policiais militares do BPAMB/PMAM é fato gerador e motivador para a confecção do auto de infração ambiental.

Com o mapeamento das ocorrências desta pesquisa, espera-se expor uma parcela das dimensões dos prejuízos ambientais causados em sinistros onde eram plausíveis a lavratura do auto de infração ambiental, e por falta da referida delegação de competência, o Estado se tornou ineficiente mesmo tendo ferramentas, quando as normas já existiam, para o planejamento e definição de estratégias nas tomadas de decisões em campo, como prevenção, combate e fiscalização de crimes e infrações ambientais.

5 OCORRÊNCIAS AMBIENTAIS VERSUS LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL

Em se tratando de sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente conforme a Lei n.º 9.605/1998, estudados pela presente pesquisa, as apreensões feitas pelo Batalhão de Policiamento Ambiental – BPAMB/PMAM, quanto os tipos penais em espécies aqui abordados são os Crimes Contra a Fauna, compreendendo do Art. 29 ao Art. 37, e nos Crimes Contra a Flora, compreendendo do Art. 38 ao Art. 53. E sendo delegado ao Batalhão de Policiamento Ambiental – BPAMB/PMAM competência para também lavar autos de sanções administrativas ao meio ambiente, conforme o Decreto n.º 6.514/2008, os tipos penais em espécies ficariam assim distribuídos, os Crimes Contra a Fauna, compreendendo do Art. 24 ao Art. 42, e nos Crimes Contra a Flora, compreendendo do Art. 43 ao Art. 60-A. Onde especificamente trabalhar-se os artigos que melhor refletem a realidade do Estado do Amazonas e conseqüentemente as ocorrências atendidas pelo BPAMB/PMAM dentro da Lei n.º 9.605/1998 e do Decreto n.º 6.514/2008, sendo eles:

Crimes contra a Fauna

Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas. (Lei nº 9.605/1998 da Art. 34)

Art. 35. Pescar em período ou local no qual a pesca seja proibida:

Multa de R\$ 700,00 (setecentos reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com acréscimo de R\$ 20,00 (vinte reais), por quilo ou fração do produto da pescaria, ou por espécime quando se tratar de produto de pesca para uso ornamental.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibida;

IV - transporta, conserva, beneficia, descaracteriza, industrializa ou comercializa pescados ou produtos originados da pesca, sem comprovante de origem ou autorização do órgão competente;

V - captura, extrai, coleta, transporta, comercializa ou exporta espécimes de espécies ornamentais oriundos da pesca, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida; e

VI - deixa de apresentar declaração de estoque. (Decreto nº 6.514/2008 do Art. 35)

Crimes contra a Flora

Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outor-

gada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente. (Lei nº 9.605/1998 do Art. 46)

Art. 47. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira serrada ou em tora, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Multa de R\$ 300,00 (trezentos reais) por unidade, estéreo, quilo, mdc ou metro cúbico aferido pelo método geométrico. (Decreto nº 6.514/2008 do Art. 47)

Ressalta-se extremamente a importância da tipicidade e materialidade de todos os crimes ambientais, em se tratando da região Amazônica e em especial do Estado do Amazonas, mais ainda. Porém a presente pesquisa, se limitou a estudar registros de ocorrências envolvendo pescado ilegal (já pescado/capturado) e madeira ilegal (já extraída/cortado) e/ou transformada em carvão vegetal, tendo suas unidades de medidas para este estudo como quilo grama (kg), metros cúbicos (m³) e metro de carvão (mdc) respectivamente, atendidas pelo BPAMB/PMAM, excluídos aqueles atribuídos ao Corpo de Bombeiros do Amazonas – CBMAM, no que tange a incêndios florestais e queimadas ilegais, e a Polícia Civil do Estado do Amazonas – PCAM, quando diz respeito a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO, o Auto de Prisão em flagrante de delito (de iniciativa da própria corporação) e encaminhamento ao Ministério Público - MP para oferecimento de denúncia ao judiciário das ações penais, além de perícias específicas voltadas aos crimes ambientais.

Exposto às considerações acima e desprezadas quais quer outras possibilidades, inclusive aplicando as penas mais brandas existente no Art. 6º da Lei n.º 9.605/1998 e no Art. 4º do Decreto n.º 6.514/2008, traz-se ao estudo a importância da projeção de cálculos do montante em reais (R\$) de Autos de Infrações Ambiental que deixaram de ser aplicados aos infratores do meio ambiente pelo Batalhão de Policiamento Ambiental – BPAMB/PMAM durante ocorrências ambientais atendidas nos anos de 2020 e 2021 no Estado do Amazonas por falta de delegação de competência trazida somente com o Decreto n.º 45.764/2008.

Fica ressalvado também os valores projetados de subjetividade, uma vez que incorrem tais atos de infração aos recursos previstos em lei onde lhe são assegurados a ampla defesa e ao contraditório, este posteriormente vai sofrer revisão da autoridade ambiental que pode agravar, atenuar, anular ou manter as decisões tomadas por seus assistentes técnicos e analistas ambientais no caso do IPAAM e os agentes da autoridade ambiental no caso do BPAmb.

Não foram abordados no estudo, por delimitação do tema, os crimes ambientais atendidos pelo BPAmb/PMAM, capitulados nos Artigos 35, 39 e 45 da Lei n.º 9.605/1998, que também falam de atos de pesca ilegal e seus meios, e extração, corte e transformação de floresta e madeira em ato flagrado de consumação de degradação ambiental na natureza, bem como suas sanções previstas nos Artigos 36, 44, 46 do Decreto n.º 6.514/2008. Para uma melhor compreensão textual, tanto o Decreto como a Lei conceituam as definições de pesca ilegal de uma forma específica similares como sendo:

Art. 36. Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.

Art. 42. Para os efeitos deste Decreto, considera-se pesca todo ato tendente a extrair, retirar, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos aquáticos e vegetais hidróbios suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.

Parágrafo único. Entende-se por ato tendente à pesca aquele em que o infrator esteja munido, equipado ou armado com petrechos de pesca, na área de pesca ou dirigindo-se a ela.

A maneira abrangente como foi colocado o texto da norma pelo legislador, remetem no Estado do Amazonas a identificar aqui todas as formas de pesca ilegal existentes da região, onde observa-se que nos registros das ocorrências inventariadas pelo BPAmb/PMAM neste estudo a maioria dos crimes foram cometidos por pessoas físicas, as quais foram devidamente apresentadas na DEMA, ficando difícil, por mais que estas trabalhassem ou estivessem a mando de pessoa jurídica, sua identificação e aplicação de penalidade própria para empresa.

A exposição da figura do Estado do Amazonas na presente pesquisa, abordando a ausência de competência do BPAmb/PMAM para aplicar auto

de infração ambiental no atendimento de suas ocorrência durante os anos de 2020 e 2021, se faz desnecessária, uma vez que a legislação já previa tal artifício a anos, restando tão somente firmar convenio e delegar competência, essa chancela teria diminuído as práticas delituosas ambientais e teria penalizado com mais efetividade o infrator ambiental, uma vez que o campo de atuação do policiamento ambiental é vasto e sua cobertura bem maior que os demais órgãos ambientais, restando somente o aparelhamento e suporte na sua atividade, os números de produtividade já mostram que o alcance é volumoso e que a mensuração desses crimes ambientais em valores traz ao estudo um robusto monetário e assustador de quanto o meio ambiente vale para crime e o quando sua degradação corre riscos.

Nunca é demais esclarecer que por mais que tentasse demonstrar em números algum tipo de prejuízo causado ao meio ambiente, jamais estes refletirão a verdade. A degradação ambiental, seja ela qual for, tem um alcance incalculável para o planeta e seus moradores, este prejuízo intangível atinge um desequilíbrio, por mais que seja pequena tal degradação, ao eco sistema, traz a desordem a órbita natural da criação, interferindo na cadeia alimentar, na saúde do homem, da fauna e da flora, causando instabilidade climática e reduzindo a vida do planeta.

Pode-se atribuir a diminuição drasticamente nas apreensões de madeira do ano de 2020 para 2021, em razão do período pandêmico, onde a circulação ficou restrita, diminuindo assim também a prática delituosa, onde mesmo assim o BPAMB/PMAM esteve nas ruas de forma atuante e presencial combatendo a criminalidade ambiental, sem atividade remota como outros órgãos.

Constata-se que a soma dos autos de infrações ambientais que poderiam ter sido aplicados aos crimes envolvendo madeira ilegais nos anos de 2020 e de 2021 não chegam a 25% do valor de mercado dessa mesma mercadoria (Tabela 3.), mostrando com isso que a omissão do estado em ampliar seu poder de fiscalizar e penalizar, facilita mais ainda a prática criminosa. Tanto que somente dois produtos (madeira e pescado), frutos de apreensão do BPAMB/PMAM, analisados neste estudo nos anos de 2020 e 2021, tem um valor total de mercado que em R\$ 21.017.072,28, enquanto o montante de aplicação de auto de infração ambiental atingiria um total de R\$ 6.886.300,00³⁹³.

Consegue-se demonstrar objetivamente que aplicação do auto de infração ambiental respaldada pelo Decreto n.º 45.764/2022 traz uma mudança no comportamento da prática delituosa ambiental, seja pela sanção penal e administrativas, seja pela conscientização ou medo, e que este poderia ter

³⁹³ Dados retirados de documentos Fonte: SEPROR/ADS/BPAMB/PMAM.

sido sancionado a muitos anos a traz inibindo a bem mais tempo esses crimes ambientais, outro foco do estudo demonstra uma parte dos prejuízos causados ao crime na repressão, onde tem-se as mercadorias ambientais apreendidas e tiradas de circulação, porem prejuízo maior fica para a natureza.

CONCLUSÃO

A problemática que instigou esta pesquisa foi a de se analisar o porquê de a legislação ambiental do Amazonas não delegar a competência para a polícia ambiental aplicar autos de infrações diante dos crimes apurados em ocorrências atendidas pelo BPAMB/PMAM entre os anos de 2020 e 2021. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos à medida em que se analisou a legislação, os documentos disponíveis, bem como as posições doutrinárias a respeito do assunto.

A conclusão a que se chegou foi a de que a soma dos autos de infrações ambientais que poderiam ter sido aplicados aos crimes envolvendo madeira ilegal nos anos de 2020 e de 2021 não chegam a 25% do valor de mercado dessa mesma mercadoria, mostrando com isso que a omissão do estado em ampliar seu poder de fiscalizar e penalizar, facilita mais ainda a prática criminosa. Tanto que somente dois produtos (madeira e pescado), frutos de apreensão do BPAMB/PMAM, analisados neste estudo nos anos de 2020 e 2021, tem um valor total de mercado que em R\$ 21.017.072,28 (Tabela 3. e Tabela 4.), enquanto o montante de aplicação de auto de infração ambiental atingiria um total de R\$ 6.886.300,00 (Tabela 1. e Tabela 2.).

Identificou-se que o poder de atuar do Batalhão de Policiamento Ambiental-BPAMB/PMAM se torna muito maior com a lavratura do auto de infração ambiental, e previne com maior eficácia e vigilância a prática de crimes ambientais, uma vez que este estará dotado de força armada bélica e administrativa, diferente dos demais órgãos que por muitas vezes só atuam com intervenção e/ou escolta policial. Consegue-se visualizar dentro da legislação brasileira, artifícios normativos já existentes em vigor como é o caso abordado no presente estudo, porém não, ou mal-empregado, políticas voltadas ao meio ambiente que usadas de maneira mais eficiente trazem uma cobertura mais firme em cadeia integrada, como ver-se no exemplo entre convênios e delegação de competência entre PMAM e SEMA.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Decreto n.º 45.764, de 02 de junho de 2022.** Altera, na forma que especifica, o Decreto n.º 10.028, de 04 de fevereiro de 1987, que “Regulamenta a Lei n.º

1.532, de 06 de julho de 1982, que dispõe sobre o Sistema Estadual de Licenciamento de Atividades com Potencial de Impacto no Meio Ambiente, a aplicação de penalidades, e dá outras providências”. Diário Oficial do Estado: Número 34.756 | Ano CXXIX. Disponível em: https://diario.imprensaoficial.am.gov.br/busca/#/?page=1&q=ambiental&exata=1&data_init=02-06-2022&data_end=02-06-2022. Acesso em: 05 ago. 2022.

AMAZONAS. **Decreto n.º 10.028, de 04 de fevereiro de 1.987**. Regulamenta a Lei n.º 1.532, de 06 de julho de 1982: Dispõe sobre o Sistema Estadual de Licenciamento de Atividades com Potencial de Impacto no Meio Ambiente e aplicação de penalidades e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial do Estado, de 05 de fevereiro de 1987. Disponível em: http://www.idam.am.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/Decreto_est_10028_de_040287.pdf. Acesso em: 12 set. 2022.

AMAZONAS. **Lei n.º 1.532, de 6 de julho de 1982**. Disciplina a Política Estadual da Prevenção e Controle da Poluição, Melhoria e Recuperação do Meio Ambiente e de Proteção aos Recursos Naturais, e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial do Estado, de 06 de julho 1982, Retificação publicada no Diário Oficial do Estado, de 13 de julho de 1982. Disponível em: <http://www.ipaam.am.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/LOE-1.532-82-Politica-Estadual-do-Meio-Ambiente.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

AMAZONAS. **Constituição do Estado do Amazonas**. Atualizada até a Emenda Constitucional n.º 119, de 31 de março de 2020. Publicada no Diário Oficial do Estado, de 05 de outubro de 1989. 4.ed. - Revista e Atualizada. *In*: BRANDÃO, Júlio C. L. (Org.). Disponível em: <http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/08/Constituicao-do-Estado-do-Amazonas-4a-edicao..pdf>. Acesso em: 06 set. 2022.

AMAZONAS. **Polícia Militar do Amazonas**. Institucional. História da PMAM. Diretoria de Tecnologia da Informação - DTI/PMAM. Manaus-AM: PMAM, 2018. Disponível em: https://www.pm.am.gov.br/portal/pagina/historia_da_pmam#:~:text=Miss%C3%A3o%3A%20E%20%9CPreservar%20a%20Ordem%20P%C3%BAblica,e%20preserva%C3%A7%C3%A3o%20do%20meio%20ambiente.%E2%80%9D. Acesso em: 07 set. 2022.

AMAZONAS. **Decreto n.º 27.637, de 30 de maio de 2008**. Dispõe sobre o Comando de Policiamento Ambiental – CPAmb e o Batalhão de Policiamento Ambiental – BPamb, criados através da Lei Delegada nº 88, de 18 de maio de 2007. Diário Oficial do Estado: Número 31.353 | Ano CXIV. Disponível em:

https://diario.imprensaoficial.am.gov.br/busca/#/?page=1&q=pmam&exata=1&data_init=30-05-2008&data_end=30-05-2008. Acesso em: 06 set. 2022.

AMAZONAS. Polícia Militar do Amazonas. **Portaria n.º 100/Aj. Geral-2008**, de 03 de junho de 2008. Publicada no Boletim Geral Ostensivo – BGO n.º 100, de 03 de junho de 2008. Manaus-AM: 2008.

AMAZONAS. Polícia Militar do Amazonas. Informações Institucionais – Relatórios de Produtividade do BPAMB/PMAM dos anos de 2020 e 2021. Batalhão de Policiamento Ambiental-BPAMB/PMAM. **SIGED MEMO nº 320/2022-CMMB/PMAM**, de 10 de outubro de 2022. Manaus-AM. 2022.

AMAZONAS. **Preços praticados nas Feiras Regionais da ADS**. Agência de Desenvolvimento Sustentável do Amazonas – ADS. Disponível em: <http://www.ads.am.gov.br/precos-praticados-nas-feiras-regionais/>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 13 de fevereiro de 1998 e retificado em 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.605%2C%20DE%2012%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20penais,ambiente%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 23 de setembro 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 667, de 02 de junho de 1969**. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 03 de julho de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0667.htm. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 88.777, de 30 de setembro 1983**. Aprova o regulamento para as policias militares e corpos de bombeiros militares (R-200). Diário Oficial da União, de 04 de outubro de 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d88777.htm. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, de 27 de outubro de 1966, Retificação publicada no Diário Oficial da União, de 31 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Diário Oficial da União, de 02 de novembro de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 06 set. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, J. Polícia e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 162, p. 10–34, 1985. DOI: 10.12660/rda.v162.1985.44771. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44771>. Acesso em: 07 set. 2022.

COSTA, Cláudio Nascimento da; POZZETTI, Valmir César. A responsabilidade penal da pessoa jurídica em desastres ambientais (*Criminal liability for environmental disasters La responsabilidad penal de la persona jurídica en los desastres ambientales. International Standard Serial Number 2224–4131 Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú con el n. 2005–5822 Esta es una publicación de renovación trimestral, que ha sido creada para la difusión de los frutos de la investigación jurídica. Revista creada el 23 de mayo del año 2004*, 2000. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Derecho-y-Cambio_n.58.pdf#page=238. Acesso em: 11 set. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

INDEX Mundi. **Preço das Mercadorias. Madeira serrada macia vs Madeira dura** - Price Rate of Change Comparison. IndexMundi, 5220 Chinley Ct., Charlotte, NC 28226, EUA. 2022. Disponível em: <https://www.indexmundi.com/pt/pre%C3%A7os-de-mercado/?mercadoria=madeira-serrada-macia&meses=60&moeda=brl&mercadoria=madeira-serrada-dura>. Acesso em: 10 out. 2022.

LAZZARINI, Álvaro. Sanções administrativas ambientais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, p. 115-127, 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47499/45245>. Acesso em: 10 set. 2022.

MIRANDA, Eduardo Cesar de. **Limites e Extensão do Poder de Polícia na Proteção do Meio Ambiente à Luz do Direito Constitucional Administrativo**. O Alferes, v. 24, n. 64, 2010. Disponível em: <https://revista.policiamilitar.mg.gov.br/index.php/alferes/article/view/54/78>. Acesso em: 10 set. 2022.

POZZETTI, Daniel Gabaldi; POZZETTI, Laura; POZZETTI, Valmir César. A importância do princípio da precaução no âmbito da conservação ambiental. **Journal of Law and Sustainable Development**, v. 8, n. 2, p. 175-189, 2020. Disponível em: <https://journalsd.org/jlss/article/download/661/16>. Acesso em: 11 set. 2022.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESSIGNIFICAÇÃO DO DOLO ATRAVÉS DA TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO E DO APORTE FILOSÓFICO DA LINGUAGEM

Daniela Daijane de Souza Leal³⁹⁴, Adriane Garcel³⁹⁵

INTRODUÇÃO

O tempo estava chuvoso naquele pequeno e pacato vilarejo localizado no interior de um estado do nordeste brasileiro. Era de manhã, os pássaros cantavam e as crianças brincavam nas poças d' água. De repente, ouviu-se um estrondo e, imediatamente, começou um burburinho. Algumas pessoas que transitavam por aquela rua, assim como vizinhos que moravam naquela região clamavam, estarrecidos, por alguém que pudesse prestar socorro àquela situação.

Um homem de meia idade que caminhava de bicicleta rumo ao mercado da cidade, local onde trabalhava, havia sido abalroado por um veículo, onde foi arremessado contra um poste da rede de iluminação pública. O automóvel estava sendo conduzido por uma moça que, *incontinenti* ao acidente, empreendeu fuga do local. Poucos minutos após o ocorrido, o rapaz foi socorrido e, com ferimentos graves, levado ao hospital.

A autoridade policial, tão logo informada sobre o episódio, compareceu ao *locus delicti* para registrar a situação. Na ocasião, teve conhecimento de que o sujeito, que havia sido vítima daquele terrível acidente, residia há poucos anos naquela cidadezinha, mas, apesar disso, era muito prestativo e bem quisto por todos. E que a moça, que estava na direção do automóvel, era uma pessoa desconhecida daqueles que moravam no local.

Após a descoberta da identidade da condutora do veículo pelo delegado de polícia, que presidiu o inquérito policial, tais informações foram encaminhadas ao promotor de justiça para as providências cabíveis. Ciente de que esses dados relatados são os únicos elementos informativos que instruem o caso, surge-nos

³⁹⁴ Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná/ESMAFE. Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Graduada em Direito pela Faculdade Cencista de Campo Largo - FACECLA. E-mail: dani-direito1@hotmail.com.

³⁹⁵ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Pós-graduada em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho - EMATRA. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e Graduada em Letras. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br - ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>

uma questão curiosa e extremamente relevante: a que título, ou melhor, sob a afirmação da prática de qual crime será a condutora do veículo denunciada? Teria na hipótese, ocorrido uma tentativa de homicídio doloso ou uma lesão corporal culposa? Estava a condutora do automóvel imbuída do propósito de ceifar a vida da vítima ou o acidente ocorreu por negligência ou imprudência da mulher? Ainda, se for o caso de um delito doloso, se trataria de dolo direto ou dolo eventual?

Dar a estas questões as respostas que a elas correspondem faticamente é, sem dúvida, uma tarefa marcada de extrema complexidade. A imputação da responsabilidade penal está, inevitavelmente, vinculada à demonstração do dolo ou da imprudência na situação *in concreto* que está sob análise, por isso é tão relevante à praxe forense.

A imensa maioria das infrações penais tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro é prevista na modalidade dolosa. A partir disso, portanto, pode se afirmar, indubitavelmente, que o dolo é a espinha dorsal do princípio da culpabilidade, elemento essencial à justificação da imputação da responsabilidade penal.

Imagine-se na situação inicialmente descrita que, a partir das informações até então amealhadas, o *parquet* concluiu que tratava a hipótese do cometimento de lesão corporal culposa, imputando à condutora do automóvel a prática deste ilícito na denúncia. Porém, no curso da ação penal, ele consegue obter elementos probatórios que indicam que a ré trefegava em alta velocidade e, além disso, estava embriagada. Isso, claramente, alteraria a imputação, dada a constatação de dolo eventual.

Ou então, diferentemente disso, poderia se apurar no curso da instrução criminal, após a vítima sair do estado de coma do hospital, que a condutora do automóvel se tratava de uma ex-namorada sua que, devido a mágoas alusivas a esse relacionamento, havia tentado tirar-lhe a vida, como já tinha feito em outras oportunidades. Nesse momento, o caso ganharia uma nova conotação tendo em vista a demonstração do dolo direto na prática da tentativa de homicídio.

Essa narrativa permite-nos apreender que a síntese fática do caso demonstra o quão relevante é aferir o elemento subjetivo do crime para, adequadamente, tipificar o delito.

Neste aspecto, sobleva destacar que na doutrina existem duas teses relativas à fundamentação do dolo: a concepção cognitiva que funda o dolo no conhecimento do resultado e a acepção volitiva que, ao elemento intelectual, acrescenta a vontade como requisito necessário a caracterização da tipicidade subjetiva.

A despeito da intrincada discussão que permeia estas correntes, a tônica que se pretende explorar é saber quando se pode afirmar que o agente atuou dolosamente ou, então, com o conhecimento da possível ou provável produção do resultado lesivo. Isto porque nota-se, em um número incontável de ações penais, que os julgadores, a despeito de afirmarem que o indivíduo agiu com dolo, se olvidam de tecer uma fundamentação satisfatória sobre os elementos que respaldam a afirmação de que o agente, quando da prática do ilícito penal, atuou com conhecimento e vontade dirigida ao resultado típico.

Neste aspecto, observe, a título de exemplo, que na hipótese fática exposta inicialmente, pode-se extrair que só é possível atribuir, de forma segura, o elemento subjetivo da prática delitiva ao agente quando, atentamente, as circunstâncias externas que permeiam o crime forem analisadas minuciosamente. É fato: o dolo é uma atribuição, não uma construção ôntica. Os seres humanos pensam para atuar, contudo, esse pensamento não é apreensível pelo juiz, pelo promotor, enfim, pelo Direito. Por isso, seus operadores precisam de ferramentas que possam estabelecer uma conexão entre a teoria e a praxe forense, pois não bastam meras presunções.

O processo de valoração do nível de compromisso do agente com a produção do resultado não pode se ancorar em incomensuráveis processos mentais ou psíquicos para desvendar aquilo que se passa na cabeça do indivíduo que perpetrou o delito. Não só porque é intuitiva a impossibilidade de o julgador ter acesso a esse processo mental, mas também em virtude de que o juízo de valoração da conduta ilícita se dá *ex post*, quando, seguramente, o estado mental do indivíduo, ainda que de forma sobrenatural fosse acessível, já teria se modificado.

A partir, portanto, dessas constatações, giza-se que o desígnio que aqui se pretende explorar é justamente - após apresentar a concepção que busca a afirmação do dolo como realidade ontológica, assim como aquela que o identifica como um processo de atribuição -, empreender uma nova leitura do dolo, fazendo-o transparecer como uma intenção significada conforme os elementos insertos no contexto do ato e com uma expressão de sentido intersubjetivamente construída, através da adoção de um processo comunicativo e a utilização de indicadores externos.

Em verdade o trabalho procura fomentar à importância do estudo da teoria da ação significativa professada por Tomás Salvador Vives Antón, com base no pensamento de Wittgenstein e também na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, introduzida e disseminada no Brasil por Paulo César Busato.

1 OS CONTORNOS DA CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA E A ACEPTÃO NORMATIVA DO DOLO

Basta um passar de olhos nos noticiários para notar que, diariamente, a prática de crimes dolosos são alvos de relatos nos jornais e nas mídias sociais. E, ordinariamente, as notícias são assim retratadas: “fulaninho praticou homicídio doloso porque tinha a intenção de matar”. Se o agente queria realizar a conduta típica e assim o fez, há dolo. Popularmente, é assim que o dolo é associado ao ilícito.

Nos manuais de direito penal o dolo é explicado como a “vontade livre e consciente de praticar o tipo objetivo”, de modo que cabe ao magistrado analisar qual era a intenção do sujeito no instante em que o delito foi perpetrado.

Evidente que essas percepções se revelam extremamente simplórias quando confrontadas com a real complexidade do instituto. Então, afinal, o que é realmente o dolo e como é possível aferi-lo no caso concreto?

Ao longo do tempo, centenas de estudos foram desenvolvidos com o escopo de oferecer respostas a tais indagações. Em relação à definição do dolo, destacam-se duas correntes. Primeiro, aquelas teorias que defendem que o dolo é composto unicamente pelo elemento cognitivo, dispensando, portanto, a presença da vontade e, a segunda, que representa os grupos teóricos que defendem ser o dolo constituído, necessariamente, pelo elemento volitivo e o cognitivo.

O embate entre elas é muito detalhado, dado que circunspecto por distintas matizações internas. Mas, apesar da discussão que busca perquirir se a vontade deve ou não ser acrescentada ao conhecimento, tem-se que a grande questão é saber quando se pode dizer que o agente que agiu, o fez dolosamente? Há um processo que seja capaz de aferir a real intenção do sujeito?

O dolo pressupõe que o agente detenha certo conhecimento no ensejo em que pratica a conduta típica. O cerne de reflexão é, desta forma, demarcar critérios para estabelecer, precisamente, o que o indivíduo conhecia ou representou no momento desta conduta.

Logo, com amparo em qual espécie de pressupostos é possível afirmar que o indivíduo atuou com conhecimento — e para alguns — com vontade em relação a prática do ilícito?

Tradicionalmente, se costumava buscar a resposta a estas perguntas no que são as teorias ontologicistas do dolo, vinculadas ao causalismo ou ao finalismo. De modo mais recente, aparece também uma tendência a admitir como válida — justamente a partir das críticas à impossibilidade de demonstração do fenômeno volitivo no âmbito psíquico do sujeito — a condição de simples

atribuição do dolo, em uma perspectiva puramente normativa, especialmente nas propostas funcionalistas (BUSATO, 2015, p. 7).

Mais detalhadamente, de um lado está a teoria do delito de fundo ontológico que, sumariamente, fixa suas bases na determinação ontológica de suas categorias fundamentais e identifica o dolo por meio da asserção de dados de natureza eminentemente psicológica. Aqueles que a sustentam confiam na possibilidade de se encontrar meios que tornem possível a constatação da realidade psíquica alheia e pretérita vinculada à prática da conduta criminosa.

Nesse jaez, o dolo seria um fenômeno real, algo que existe no mundo ontológico e que só se pode descrever. O dolo, aqui, se situaria na cabeça do autor. Ou seja, é uma realidade ontológica e existe como dado psicológico que compete ao jurista identificar (BUSATO, 2015, p. 401).

Há um problema colossal e intransponível nessa teoria. A asserção de que o dolo é algo que existe como fenômeno psíquico carece de comprovação empírica. A determinação do dolo, a partir dessa perspectiva, recorreria à mente do agente para conhecer a sua representação acerca da hipótese fática e conhecer, precisamente, o seu plano.

Para afirmar a validade desta perspectiva, à sua plena legitimidade deve-se acrescentar a possibilidade de averiguar aqueles dados psicológicos aos quais se vincula uma correta determinação do dolo. De não ser possível tal averiguação, a perspectiva se encontra em tal encruzilhada que leva a duvidar seriamente de sua validade (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 212).

A demonstração do dolo como realidade psicológica revela-se totalmente impossível, e isso não deriva unicamente de uma impossibilidade física de acesso à intenção subjetiva, mas também e principalmente, em face de que a verdade real no processo penal não existe. Mas a impossibilidade deriva não só da falta de instrumentos jurídicos aptos a realizar tal tarefa, mas, por sua própria característica: os fenômenos psíquicos resultam inacessíveis (BUSATO, 2015, p. 401/402).

Esses problemas de prova relativos à concepção ontológica do dolo fizeram com que parcela dos especialistas modificassem seu pensamento, levando-os a entender que o dolo não é uma realidade psicológica, mas sim fruto de um processo de atribuição. O dolo não é algo que existe no mundo dos fatos, que seja passível de apreensão, é sim o resultado de uma análise fática detalhada que faz com que a responsabilidade penal seja imputada conforme essa avaliação.

Esse entendimento é de fácil compreensão. Pergunte-se, por exemplo, como o juiz pode constatar a intenção de lesionar quando ocorre uma ofensa à integridade corporal de outrem? Noutra ângulo, pergunte-se como o julgador seria capaz de constatar esta intenção no bojo do processo, compondo o dado

“intenção de lesionar”? Para tanto, o magistrado pode averiguar o histórico do relacionamento entre autor e vítima, as circunstâncias fáticas em que a prática criminosa foi realizada, além de ouvir os relatos das testemunhas que presenciaram a situação. Ninguém pode, todavia, observar uma intenção de lesionar, que somente se pode imputar.

A partir desta aceção normativa abandona-se a visão de que o dolo é algo constatável, descritível, visualizável, ou seja, uma realidade psíquico-mental acessível a terceiros, para compreendê-lo como um caractere que é imputado, atribuído, valorado pelo Direito.

Com isso, nota-se que o dolo não é mais que atribuir ou imputar a alguém o conhecimento e a vontade da realização do fato delitivo. É que os segmentos de realidade que são manejados já não podem qualificar-se como realidade empírica, senão como realidade valorada, dado o papel determinante das perspectivas axiológicas em sua configuração e comprovação. Ou seja, se não é possível afirmar mais que a possibilidade de existência real do dolo, o dolo será sempre, ao menos em parte, produto de uma valoração (BUSATO, 2015, p. 403).

A abordagem valorativa desenvolvida pela teoria normativa também detém falhas, as quais são alvo de críticas. Talvez a mais importante delas seja o fato de que negar a realidade do dolo importa a criação do risco de arbitrariedade nas decisões, dado que se elastece a chance de que haja discrepância entre a realidade psicológica interna referente à intenção do sujeito e a atribuição que se faz a ela.

Em qualquer tipo de valoração (seja puramente normativa ou produto de propostas psicológico-normativas ou interacionistas) é necessário partir da realidade psíquica a que se referem os elementos subjetivos. Qualquer construção jurídica à margem de ou fingindo a realidade é grave fonte de arbitrariedades e deixa a porta aberta à maior insegurança, científica ou jurídica (DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 13).

Há, portanto, nesta aceção normativa uma espécie de crise de legitimidade (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 302) que faz urgir uma consequência importante para uma adequada atribuição do dolo, qual seja a necessidade do estabelecimento de critérios que produzam justificações corretas ao caso.

2 UM DIÁLOGO ENTRE TEORIA E PRÁXIS FORENSE: ATRIBUIÇÃO DO DOLO SEGUNDO A TESE DOS INDICADORES EXTERNOS DE HASSEMER

Distintas formas de oferecer uma solução à indagação acerca de como é possível afirmar a existência do dolo num juízo de condenação foram apresen-

tadas, porém, nenhuma delas foi capaz de propiciar uma resposta satisfatória. A opção ontológica – consubstanciada na asserção de que o dolo é uma entidade que existe como fenômeno psíquico-mental – nunca foi passível de demonstração para comprovar a sua validade e a opção normativa – materializada na afirmação de que o dolo é um caractere objeto de pura atribuição – por sua própria essência, sempre careceu de legitimidade.

A imputação do dolo é uma atividade que gera efeitos deletérios graves ao indivíduo. Por esta razão, deve ser engendrada com base em critérios concretos que sejam aptos a entabular uma afirmação segura quanto à existência do dolo no caso concreto, sob pena de violação a garantias fundamentais, especialmente ao princípio da culpabilidade, que transparece como pilar de um estado democrático de direito.

Se a pretensão em voga é delimitar uma fronteira entre o dolo e a imprudência ela, evidentemente, não pode ser alcançada por meio da valoração do que o indivíduo faz a respeito da possibilidade de ocorrência do resultado, notadamente porque tais dados são inalcançáveis.

Neste cariz, é necessário admitir que o dolo é pura atribuição, eis que não há como saber o que sujeito pensa ou pensou quando da prática criminosa, dado tratar-se de uma instância interna não observável. Com isso, o que se pode fazer é, justamente, tentar amealhar o maior número de variáveis circunstanciais possíveis com o fim de imputar o dolo ao agente. É fundamental que indicadores probatórios objetivos sejam delineados na fundamentação da decisão que atribui a carga de dolo à conduta do indivíduo. Esta é a proposta de Hassemer com a chamada teoria dos indicadores externos, que associa a demonstração objetivamente alcançável de elementos de determinação da subjetividade.

Noutras palavras, o dolo não pode ser descrito dado que escapa ao campo de contemplação do observador³⁹⁶, razão pela qual este deve recorrer ao método indireto para a sua aferição que, em suma, refere-se à valoração de elementos objetivos que sejam observáveis, exaustivos e, além disso, revelem-se imprescindíveis à conotação do elemento subjetivo que está sob análise.

Os elementos subjetivos do delito são realidades psíquicas previamente dadas e suscetíveis de descobrimento a partir de um processo de averiguação (DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, p. 32).

Portanto, a imputação da responsabilidade dolosa ao agente depende da valoração de elementos objetivos. E estes não são nada mais, nada menos do que

³⁹⁶ Nas exatas palavras de Roxin: “El dolo como hecho interno “se sustrae a la vista del observador” y, por tanto, solo puede deducirse de circunstancias externas. Como decisión por la lesión del bien jurídico...el dolo solo se infiere mediante indicadores” (ROXIN, 2018, p. 1584).

os indicadores externos que se traduzem, basicamente, na análise e investigação de todas as circunstâncias que giram ao redor do atuar do agente.

O exame desses indicadores deve viabilizar, essencialmente, a demonstração do perigo da situação concreta em face do bem jurídico, a representação do agente relativamente a esse perigo e a sua deliberação em relação a esta ação perigosa, para o fim de justificar a atribuição do dolo no processo penal.

3 A RELEITURA DO DOLO ATRAVÉS DA TEORIA SIGNIFICATIVA E DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

É relevante salientar que o grande obstáculo na determinação de um sentido concreto de atribuição do dolo reside, essencialmente, na ordenação das categorias do delito, sobretudo na proposta de Welzel que, ao elencar a finalidade como caractere distintivo da ação, conduziu muitos estudiosos a admitirem, de forma absoluta, que o dolo se trata de elemento exclusivo da tipicidade e, portanto, vinculado a pré-determinações ontológicas.

O dolo, definitivamente não “é” um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, na qual se expressam simultaneamente conhecimento e vontade. Isso põe em evidência o erro, em especial das concepções finalistas, mas também de todas as que nela estão inspiradas, ao sustentarem um dolo substancial que é a nota distintiva da ação, quando, na verdade, a ação não “é” uma realidade ontológica, mas simplesmente a representação de um sentido de atitude dolosa que permite uma adscrição (BUSATO, 2015, p. 12).

É oportuno empreender uma revisão das pré-determinações ontológicas do tipo com vistas a abandonar esta interpretação do dolo como categoria psicológica. A projeção desta nova perspectiva, que supera o tipo subjetivo como condicionante ontológico, requer a retirada do dolo do substrato da organização do sistema de imputação, contrariamente ao que fez a teoria finalista e as funcionalistas sistêmica e moderada.

Nesse trilhar, uma interessante proposta que vêm sendo, aos poucos, admitida como forma de ressignificação do dolo é aquela que admite como ponto de referência estrutural a teoria de Tomás S. Vives Antón e a filosofia da linguagem como teoria de base para a remodelação dos fundamentos do sistema de imputação penal, sobretudo dos elementos subjetivos que o compõe.

Vives propõe uma reformulação do sistema de imputação. Com isto, apresenta um novo modelo de ação, não mais ancorado numa categoria clássica do delito, que se constitui pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Distancia-se dos imperativos lógico categóricos para dar enfoque a lógica argumentativa que se ancora no valor de justiça como ponto nuclear.

A proposta do prof. Vives é de reorganizar o sistema de imputação a partir de dois pilares: a norma e a ação, as quais, conjugadas, convertem a teoria do delito em um conjunto de pretensões normativas em face do sentido de um tipo de ação. Ele propõe uma teoria do delito que distribui as pretensões normativas entre o tipo de ação – expresso em uma pretensão conceitual de relevância e uma pretensão de ofensividade –, a antijuridicidade formal – expressa em uma pretensão de ilicitude que inclui instâncias de imputação da antinormatividade –, uma culpabilidade como pretensão de reprovação e uma punibilidade como pretensão de necessidade de pena, evidenciando, assim, que o dolo não é mais do que uma atribuição (BUSATO, 2015, p. 13).

Nesta perspectiva, a constatação do ‘tipo de ação’ demanda uma pretensão de relevância – no sentido da indicação de que uma ação humana é relevante para o Direito Penal – verificável através de: i) uma pretensão conceitual de relevância – consubstanciada na tipicidade – e ii) uma pretensão de ofensividade – que se traduz na antijuridicidade material -. Ainda, a bem da caracterização do injusto, requer a presença da antijuridicidade formal – a qual corresponde a uma pretensão de ilicitude representada pelo reconhecimento da falta de ajuste do comportamento significativo quando confrontada com o ordenamento jurídico.

O dolo, nesta moldura, situa-se na pretensão de ilicitude, designado como a intenção de praticar o fato antijurídico. Ao passo em que os elementos do tipo e a própria ação se localizam na pretensão de relevância.

Até aqui transparece claramente que, segundo esta aceção, o dolo é pura atribuição. Ocorre que uma compreensão adequada do tema não deve se limitar a isto. É profundamente relevante questionar qual o fundamento que justifica a atribuição do dolo e sob quais critérios se revela legítimo reconhecer a atribuição de um comportamento doloso em face de alguém.

A construção em que se assenta a teoria dos indicadores externos de Hassemer revela-nos que, a despeito tratar-se de um fenômeno interno ao agente, o dolo pode ser comprovado através de elementos objetivos. Assim, o dolo representa exatamente aquilo que dele se pode demonstrar.

Somente diante da expressão externa, compatível com a *ratio* incriminadora subjetiva dolosa, é possível afirmar a existência do dolo. Vale dizer: o dolo “é” sua própria demonstração, sua expressão significativa. E dessa construção de Hassemer parece derivar algo muito importante: a ideia de transmissão de um significado (BUSATO, 2015, p. 406).

De acordo com a proposta de Vives o melhor critério para justificar a atribuição é admitir que a ação representa um significado e o dolo, por sua vez, corresponde ao compromisso com esse significado. Ele pressupõe intenção

e, por isto, pode ser definido como o compromisso do agente com a lesão do bem jurídico.

Assim, enquanto a ação, omissiva ou comissiva, pode ser definida através da análise do ‘tipo de ação’, momento em que critérios de sentido são identificados, o dolo, por seu turno, é uma instância de imputação da antinormatividade afeta ao plano substantivo e não conceitual da atribuição de conduta ao indivíduo.

Deste modo, para a concepção significativa da ação a “intenção subjetiva” corresponde à atribuição concreta de intenções ao sujeito e não define, por si mesma, a ação, mas sim a imputação. Ou seja, a identificação da intenção subjetiva cumpre a tarefa de possibilitar a atribuição ao agente de um compromisso com a ação ofensiva realizada, mas não faz parte da própria ação, no que refere à sua definição. Definitivamente, a definição da existência de uma ação conceitualmente relevante para o Direito penal precede a análise de se essa ação relevante efetivamente infringe a norma. Nesse sentido, Vives não deixa dúvidas, ao afirmar que “a determinação da intenção entra frequentemente em jogo *depois* que a ação se acha definida e serve ao interesse *substantivo* de ajuizá-la” (BUSATO, 2015, p. 410).

Pois bem. Já se tem em mente o fato de que, sob esta visão, o dolo é qualificado como o compromisso do agente com a produção do resultado. Mas uma indagação remanesce: quando se pode afirmar, validamente, que o indivíduo assumiu esse compromisso com a decisão contra o bem jurídico?

Verificar o dolo, segundo as lições de Vives, depende da constatação de que a ação realizada pelo agente denota um compromisso de atuar. Para tanto, faz-se imprescindível elencar as regras sociais que definem a ação que interessa ao Direito penal e, com o suporte nelas, examinar as técnicas que o autor domina, ou seja, as suas competências. Então, a partir desse processo puramente axiológico que consiste na averiguação de manifestações externas é que se pode aferir a bagagem de conhecimento do sujeito – as suas previsões, aquilo que ele não podia prever ou calcular e as técnicas que dominava – e, com isso, determinar quais intenções dele foram objeto de expressão em sua ação.

Esta ideia, muito coerente por sinal, faz com que se deserte a visão de que é possível descrever o dolo. E, em substituição a ela, centre-se na pretensão de empreender a adscrição do dolo por meio da análise do grau de gravidade que reflete da contrariedade entre a ação praticada e a norma.

Essa moldura que já foi delineada permite-nos entender diversas questões acerca do dolo. É possível compreender que ele não é um processo descritivo do rico manancial da intencionalidade, isto é, da indagação de um inacessível

processo mental. O dolo não é uma entidade ontológica, mas sim a afirmação jurídica do desvalor encerrado numa decisão contrária ao bem jurídico.

O dolo é a atribuição de uma condição jurídica que deriva da identificação de um significado (BUSATO, 2015, p. 15). A sua caracterização advém do reconhecimento do compromisso de atuar contra o bem jurídico e este processo de atribuição só é possível através da apreciação dos elementos externos indicados por Hassemer.

Há, no entanto, uma indagação ainda não respondida: qual é o processo que almeja a afirmação do dolo?

Sem dúvidas, este é um dos pontos fulcrais relativos ao dolo. E, segundo a proposta estudada, o instrumento pelo qual se pode afirmar a presença deste elemento subjetivo é o processo de comunicação de sentido.

Este processo de identificação do sentido (ou significado) dos elementos constitutivos da conduta criminal é viabilizado a partir do emprego da filosofia de Wittgenstein e das formulações de Habermas sobre o processo de comunicação.

A captação do significado deste processo de comunicação é realizada através da hermenêutica que, sumariamente, se estabelece a partir de três dimensões, que traduzem o sentido extraído desse processo comunicativo: (i) como expressão da intenção do falante; (ii) como expressão para o estabelecimento de uma relação interpessoal entre falante e ouvinte e (iii) como expressão de algo no mundo.

A identificação de um sentido, ou seja, do significado de uma forma de atuação, de um gesto ou de um movimento realizado ou de uma mensagem transmitida só é passível de concretização através de uma análise das regras compartilhadas, do mundo de inter-relação que é captado através da observação do mundo subjetivo, do mundo objetivo e do mundo social.

Isso fica demonstrado claramente quando Vives expõe a proposta de Habermas, referente à ação comunicativa de um sentido, dizendo que ela se constitui, não só em virtude de planos de ação mais complexos que (o agente) tenha efetivamente tido, mas também em virtude de interpretações que um terceiro faz e sob as quais (o agente) poderia ter realizado sua ação. Estas interpretações são obviamente os elementos que se tem em conta para a atribuição do qualificativo “doloso” a uma determinada conduta. Assim é com a intencionalidade, que não se constitui subjetivamente, mas através de convenções, assim como as palavras, ou seja, a intencionalidade é resultado de um processo de atribuição que corresponde à mensagem que a ação do sujeito produz (BUSATO, 2015, p. 16).

Valoram-se as regras que estão por trás da comunicação do sentido para que possa atribuir o dolo. O processo de atribuição do dolo representa, sob esta ótica, a verificação das circunstâncias em que a ação é realizada (aqui, refere-se

não apenas ao ambiente físico, mas também o *modus operandi*, a situação temporal, a natureza de eventuais objetos empregados pelo sujeito – armas, ferramentas, etc. –, a compleição física da vítima e do agente, o local dos disparos ou golpes, entre outros elementos).

No âmbito da semântica, somente cabe relacionar o tipo (lei) com a ação realizada, firmando um significado, uma ação significativa. A etapa seguinte, de análise de pretensão de antinormatividade inclui, necessariamente, a dimensão processual. O dolo é sua prova e a prova é compreensão, interpretação do sentido, do significado do atuar doloso. A categoria do dolo passa a ser uma categoria argumentativa, pragmática. Ou seja, ao menos no que refere ao dolo, é preciso passar a ter em conta uma “pragmática jurídico-penal” (BUSATO, 2015, p. 17).

Em suma, o processo de comunicação deve se assentar em regras compartilhadas que são determinadas a partir da inserção de todos no discurso. A validade deste processo é que determina o sentido, o significado das coisas. Com isso, torna-se evidente que a escolha pela linguagem como instrumento de legitimação da atribuição de um sentido doloso a um comportamento, inquestionavelmente, retrata uma interpretação do direito penal que respeita os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

CONCLUSÃO

Imputar a alguém a prática de um delito e, mais além, condená-la criminalmente por este fato é, sem dúvida, algo muito grave, dado gerar consequências extremamente deletérias, sobretudo a sua estigmatização. Ocorre que apesar da seriedade dessa situação, é recorrente a observação de que na prática muitas sentenças, a despeito de imputarem um comportamento doloso ao indivíduo, são falhas ao fundamentar o porquê ou a partir de quais elementos puderam aferir esse elemento subjetivo no atuar do agente. É incontrastável o fato de que essa deficiência nos fundamentos das decisões condenatórias fere frontalmente os direitos fundamentais do indivíduo.

Ao longo dos anos inúmeras teorias foram desenvolvidas com o escopo de estruturar a teoria do delito e oferecer compreensão acerca de seus institutos. O problema é que a maioria delas se ancorou na construção de uma dogmática com paradigma científico, distanciando aquilo que está no papel do que efetivamente se desenvolve na prática. Essa desconexão não permite inserir aquilo que se constrói como garantia na *práxis* forense.

Faz-se necessário, portanto, revisar conceitos centrados na clássica categoria do delito, principalmente os seus elementos subjetivos, onde se destaca o dolo — que nada mais é do que a coluna vertebral do princípio da culpabilidade

e do próprio sistema de imputação - . É preciso ressignificá-lo, abandonando a visão de que ele é uma pretensão de verdade intangível ou um processo de atribuição que padece de legitimação.

Essa ressignificação do dolo requer que se afaste de imperativos lógicos categóricos, de pretensões de verdade e de universalidade para que, então, se aproxime de uma lógica argumentativa, instrumentalizada por sentidos e embasada no valor de justiça. Só assim, talvez, será possível superar o maior drama do Direito Penal que é conectar a teoria a práxis forense.

A proposta que visa atender esse propósito é a teoria de Vives Antón que, apesar de não pressupor a demolição da construção dogmática clássica, propõe uma evolução do conceito de delito por meio de pretensões valorativas moldadas a partir de um modelo de compreensão do significado.

Sob esse viés, o dolo deixa de ser entendido como uma categoria ontológica, caracterizado por uma realidade psicológica, para ser compreendido como pura atribuição. Ele não existe no mundo físico real, é fruto de atribuição. E o fundamento de sua legitimidade, ou seja, a validade deste processo de atribuição é revelada a partir de critérios, de elementos externos, conforme descritos por Hassemer, que permitem a adscrição da intenção dolosa que move o agente no seu atuar. Essa análise permite que a realidade subjetiva seja capturada através da apreciação de elementos objetivos.

O dolo não é um fato, assim não pode ser descrito, mas apenas atribuído por meio de um adequado procedimento de identificação qualificado por indicadores externos, no qual se busca extrair a presença dos elementos conhecimento e vontade da decisão do agente que se conformou em contrariedade ao bem jurídico tutelado.

A aceção de Vives reluz uma nova forma de interpretar o dolo, pois além de reorganizar a teoria do delito de acordo com distintas pretensões normativas, o separa do tipo de ação e o reconhece como um compromisso do indivíduo para com a produção de um resultado lesivo ao bem jurídico.

Esse compromisso de atuação do agente é identificado através de um processo de comunicação de sentido da filosofia da linguagem que, a partir da pragmática, revela uma dimensão comunicativa que associa o dolo à sua prova.

Claramente essas proposições rompem os grilhões que atavam a teoria do delito e, com isso, permitem uma verdadeira conexão entre teoria e a praxe forense. Apresenta-se, a partir disso, um importante e revolucionário contributo paradigmático para a construção de um sistema criminal justo e humanitário.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BUSATO, Paulo Cesar. **Dolo e significado**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/12/08/dolo-e-significado/#:~:text=Segundo%20parece%2C%20a%20op%C3%A7%C3%A3o%20ontol%C3%B3gica,com%20a%20falta%20de%20legitimidade>. Acesso em 9 mar. 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. **Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas em torno a la imputación del dolo y la imprudencia**. Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Los elementos subjetivos del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 11. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

HASSEMER, Winfried. “**Los elementos característicos del dolo**”. En ADCP, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999.

ROXIN, Claus. **Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia, especialmente en los delitos de homicidio**. In: LOPEZ, José Maria Suarez et al. (coord.). Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva. Madrid: Dykinson, 2018, p. 1579-1598. v. 2.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

O RACISMO AMBIENTAL COMO SUBSTRATO DA CRIMINALIDADE NO BAIRRO “SANTA ETELVINA” NA CIDADE DE MANAUS/AM

Heron Ferreira da Silva³⁹⁷, Francisco Takmony Fernandes Dantas³⁹⁸,
Gessuelyton Mendes de Lima³⁹⁹, Valmir César Pozzetti⁴⁰⁰

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, pouco se falou sobre a possível correlação entre o racismo ambiental e o índice de criminalidade em determinada localidade no Brasil, acreditando-se que o fenômeno discriminatório ambiental em nada influía no fato social criminológico.

Com o descortinamento da discriminação e a exclusão de determinados grupos de pessoas por motivação ambiental, definiu-se a nova forma de racismo, qual seja o racismo ambiental. Surgido nos idos dos anos 80, era associado às

³⁹⁷ Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (Universidade do Estado do Amazonas - UEA). Pós-graduado em Direito do Estado com Ênfase em Controle Externo (Fundação Getúlio Vargas - FGV/Rio). Pós-graduado em Direito em Administração Pública (Fundação Trompowsky). Bacharel em Direito. Bacharel em Administração com Habilitação em Sistemas de Informação. Delegado de Polícia Civil. Ex-servidor de carreira do Tribunal de Contas de Roraima - TCE/RR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3276-1766>. E-mail: heron-silva@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5677334697342190>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3276-1766>.

³⁹⁸ Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas, Pós-graduado em Políticas Públicas e Seguridade Social, em Saúde Indígena e Bacharel em Serviço Social. E-mail: takmony_fernandes@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4135214532091716>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6599-2245>

³⁹⁹ Mestrando do Programa de Mestrado Profissional em Meio Ambiente Urbano e Industrial da UFPR - PPGMAUI. Especializações em Auditoria e Perícia Ambiental; Engenharia de Segurança do Trabalho e Educação a Distância 4.0. Engenheiro Ambiental. Tecnólogo em Gestão Ambiental. Associado da Associação de Peritos do Paraná - APEPAR. Consultor, engenheiro, gestor, professor e perito nas áreas de Meio Ambiente, Eng Segurança do Trabalho e Química. Professor Universitário. E-mail: g_delima@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9775407414426080>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5834-3864>

⁴⁰⁰ Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França (título reconhecido pela Univ. Federal de Pernambuco). Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França (título reconhecido pela Universidade Luterana do Brasil). Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM, Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Foi Conselheiro Estadual da OAB/AM no triênio 2016/2018. É Acadêmico Imortal da Academia de Ciências Contábeis do Amazonas. É Professor Adjunto da UFAM - Universidade Federal do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação, e no Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais. É Professor Adjunto da UEA - Universidade do Estado do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação e nos Mestrados em Direito Ambiental e no de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: v_pozzetti@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5925686770459696>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2339-0430>.

populações negras nos Estados Unidos e aos problemas de saneamento básico, contaminação do ambiente de habitação e disposição e de lixo tóxicos.

Hoje, o racismo ambiental não se restringe apenas às questões étnicas e raciais, mas se estende aos grupos sociais excluídos pelos processos econômicos e políticos, os quais são socialmente invisíveis. A pobreza, o baixo índice de escolaridade, a ausência de políticas públicas protetivas, a baixa renda e a criminalidade são fatores que maximizam o racismo ambiental.

Essa nova vertente do racismo se manifesta na sociedade de diferentes formas, principalmente na área da segurança pública. A vulnerabilidade de alguns grupos demanda maior proteção. Nesse contexto, destaca-se a população de bairros menos abastados financeiramente, a exemplo do bairro Santa Etelvina na cidade de Manaus, objeto do presente estudo.

O objetivo desta pesquisa é o de identificar a existência da correlação entre o racismo ambiental e o índice de criminalidade no bairro Santa Etelvina, é o objetivo do presente estudo.

A problemática que norteou esta pesquisa foi: quais os elementos que contribuem para o Racismo Ambiental como substrato da criminalidade no Bairro Santa Etelvina, Manaus/AM?

A metodologia a ser utilizada nesta pesquisa é a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica e documental e, quanto aos fins, qualitativa; utilizando-se de dados do quantitativos de registros de boletins de ocorrência criminais constantes na base de dados do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública – SINESP, centrando as informações em dois paradigmas: o bairro Santa Etelvina, localizado na Zona Norte, e o bairro Parque 10 de Novembro, situado na Zona Centro-Sul, ambos em Manaus/AM.

1 APONTAMENTOS SOBRE A DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Federal de 1988 enfatizou a dignidade da pessoa humana em seu modelo de Estado e reconheceu o meio ambiente como bem essencial à pessoa, ou seja, a partir da Constituição Federal de 1988 o meio ambiente passou a ser visto como bem jurídico autônomo.

Nesse sentido Pozzetti e Rodrigues (2018, p. 13) esclarecem que “o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assume particular relevância no que tange a sociedade, o meio ambiente e a preservação da vida”.

Nesse aspecto, o direito fundamental e social à moradia vem contemplado no artigo 6º da Constituição Federal. Essa forma legislativa confere ao Estado a obrigação de acompanhamento e gerenciamento dos riscos socioambientais, o

que estende essas situações aos temas abordados no presente artigo. Na legislação infraconstitucional o direito à moradia foi ratificado pelo Estatuto da Cidade, em seu artigo 2º, incisos XIV e XV.

O direito à moradia digna se insere na discussão, também, do conceito de ambiente que é complexo haja vista sua dimensão física, biológica, econômica e cultural. Importante consignar que o habitat tem sido considerado como o território que fixa ou assenta uma comunidade de seres vivos ou uma população humana, impondo suas determinações físicas e ecológicas ao ato de habitar, esse também é o entendimento de Leff (2004, p. 23), vejamos:

O habitat é o lugar em que se constrói e se define a territorialidade de uma cultura, a espacialidade de uma sociedade e de uma civilização, onde se constituem os sujeitos sociais que projetam o espaço geográfico apropriando-se dele, habitando-o com suas significações e práticas, com seus sentidos e sensibilidades, com seus gostos e prazeres.

Com o passar do tempo os processos urbanos desconstruíram o *habitat* natural, dando lugar às cidades, onde a produção e o consumo se sobrepuseram aos recursos naturais. Ao tratar das cidades, é fundamental que se faça referência ao direito à moradia.

O direito à moradia é um direito fundamental diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana. Sarlet (2009, p. 56), refere que “sem um espaço ideal para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada sua dignidade bem como, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.”

Importante registrar que, não é qualquer moradia que atende aos elementos básicos necessários da dignidade humana. É necessário que a moradia leve em conta o bem-estar e a qualidade de vida dos seus habitantes. Entretanto, na maioria das vezes, os municípios não investem seus recursos no aprimoramento das moradias populares, direcionando-os para outros interesses.

Em virtude disso, grande parcela da população reside em habitações inadequadas como, por exemplo, em zonas sujeitas a inundações ou contaminadas com poluição ou rejeitos de esgotos, como é o caso de bairros periféricos da cidade de Manaus-AM, especificamente no bairro Santa Etelvina, onde ainda se encontra moradia e saneamento básico aquém do mínimo existencial exigido pela Constituição Federal, a exemplo da Comunidade Itaporanga daquele bairro, onde, até hoje, ainda existem áreas desassistidas de saneamento básico, veja-se a própria Prefeitura de Manaus, em seu sítio de internet oficial (2022, s/p),

informar que haverá atuação na implantação de tubulação de água corrente, construção de sarjetas e calçadas (tudo saneamento básico), veja-se:

Já na comunidade Itaporanga, no bairro Santa Etelvina, a Prefeitura de Manaus vai atuar na recuperação asfáltica da área, implantação de tubulação para água corrente, construção de sarjeta, calçadas e recuperação de meios-fios em um prazo de até 70 dias.

Em megalópoles, é comum verificar que muitas planificações não se preocupam com a dignidade humana, se ela não está atrelada a pessoas de alto poder aquisitivo, como se só essas tivessem direito à referida dignidade; as planificações não se preocupam com o meio ambiente, como se esse não fizesse parte da vida da cidade, é o que se percebe de bairros periféricos como o Santa Etelvina.

As construções e localizações das cidades refletem diretamente sobre a dignidade humana em todos os seus aspectos, conectando-as com a violência, os divórcios, a depressão, os suicídios, as obesidades, os ataques de pânico, o estresse, entre outros que envolve a saúde física, não sendo computados quando da elaboração dos planos gestores das cidades. Nesse sentido, Rech e Rech (2012, p. 16), destaca:

Além de não haver espaços, no Plano Diretor, especificamente reservados às classes mais pobres, os que existem seguem a mesma ordem do mercado imobiliário, ou seja, são supervalorizados. Quando isso se soma à infraestrutura mínima necessária para construir loteamentos ou moradias populares, o empreendimento se torna inacessível às classes menos abastadas.

Dessa forma, a ausência de moradia digna para todos os seres humanos, gera conflitos na sociedade, os quais provocam a criminalidade, vez que o indivíduo que não consegue conquistar os bens materiais básicos à existência digna, busca-os à força. Nesse sentido, Pozzetti e Tamer (2013, p. 57), destacam que:

A violência, por ser um tema complexo, possui diferentes definições. Alba Zaluar (1999, p.32) recorre à etimologia do termo “violência”, do latim “violentia” e que remete a vis (força, vigor, emprego de força física). E completa dizendo que essa força é chamada de violência quando ultrapassa um limite ou perturba acordos e regras que ordenam as relações, adquirindo carga negativa ou maléfica.

2 CONCEITO E GÊNESE DO RACISMO AMBIENTAL

A gênese da expressão “racismo ambiental”, remonta à década de 1980, quando movimentos sociais nos Estados Unidos da América reagiram em face ao abismo entre a qualidade ambiental proporcionada pelo crescimento econômico e as injustiças nas camadas mais pobres da população.

De suma importância observar que, o movimento contra o racismo ambiental foi iniciado por “grupos de cor” na sociedade estadunidense, uma vez que o racismo ambiental foi realizado em conjunto com o preconceito racial vivenciado pelas comunidades afro-americanas.

Ferraresi (2020, p. 30), cita o caso norte-americano, onde as comunidades formadas por integrantes descendentes de africanos ocupavam áreas urbanas dotadas dos mais variados problemas de políticas públicas, veja-se:

No emblemático caso norte-americano, as comunidades formadas por integrantes descendentes de africanos ocupavam áreas urbanas dotadas dos mais variados problemas e onde políticas públicas eram pouco observadas. Os negros habitantes de guetos eram marginalizados e excluídos de toda sorte de melhorias na qualidade de vida.

Ainda, especialmente nos Estados Unidos, cidades inteiras onde a predominância da população era de origem africano-americana, e não apenas os bairros periféricos de grandes cidades, eram escolhidas, na exata amplitude do termo, para servirem como depósito de substâncias tóxicas altamente perigosas, do fato narrado, denota-se que interesses políticos e econômicos costumam nortear até mesmo para quem deve ser direcionada a proteção ambiental e a qualidade de vida.

No entanto, não obstante a gravidade de qualquer forma de racismo, é infeliz a constatação de que esta discriminação ecológica tenha extravasado as fronteiras do preconceito racial, sendo, agora, mais que uma questão de cor da pele, origem ou etnia, mas sim um agudo problema da população residente em áreas mais carentes em todo o mundo.

Inicialmente, cabe averiguar que a expressão “racismo” provém da junção de “raça” e “ismo”, sendo que o termo raça tem origem na palavra latina *ratio*, que significa espécie, e o sufixo *ismo* cumpre a função de agregar valor pejorativo a esse primeiro termo. Nesse sentido, racismo pode ser conceituado como uma atitude discriminatória contra indivíduos pertencentes a uma determinada raça, etnia ou espécie.

Dentro deste contexto, Ferreira (2008, p. 135) define como racismo:

[...] qualquer teoria ou doutrina que considera que as características culturais humanas são determinadas hereditariamente, pressupondo a existência de algum tipo de correlação entre as características ditas “raciais” (isto é, físicas e morfológicas) e aquelas culturais (inclusive atributos mentais, morais, etc.) dos indivíduos, grupos sociais ou populações. [...] Qualquer doutrina que sustenta a superioridade biológica, cultural e/ou moral de determinada raça, ou de determinada população, povo ou grupo social considerado como raça.

Premente pontuar que, a expressão racismo ambiental não está restrita às ações que venham causar impacto racial, não obstante sua origem esteja ligada a manifestação do grupo de afro-americanos (nos EUA), estando seu conceito vinculado às injustiças ambientais e sociais que tratam de modo desigual grupos étnicos vulneráveis, distribuindo a esses uma maior carga dos riscos e malefícios ambientais.

Oliveira e Souza (2005, p. 22), aduzem que o racismo ambiental é entendido como:

[...] uma forma de discriminação causada por agentes públicos e/ou privados, mediante ação ou omissão que voluntária ou involuntariamente causam danos e afetam o meio ambiente e a qualidade de vida das comunidades baseando-se para tanto em raça, classe, gênero, casta, etnia ou origem nacional [...].

[...] uma prática seletiva ao acesso ao meio ambiente equilibrado, em função de raça, classe, etnia, casta, gênero e origem nacional, na qual as comunidades fragilizadas são alvo de políticas institucionais discriminatórias ou de condutas omissivas [...]

Colaborando com o entendimento acima, Burllard (2004, p.56), pontua de forma cristalina que a expressão racismo ambiental:

[...] é resultante do direcionamento intencional ou não dos efeitos da degradação ambiental para determinada comunidade, impondo o ônus decorrente do progresso somente a estas, discriminando as minorias de pouca ou nenhuma representatividade política ou financeira, por questões racial, étnica ou econômica.

Percebe-se, então, que não raras vezes o racismo ambiental pode ocorrer em conjunto com outras formas de discriminação.

Fiorillo (2005, p.54), pontua de forma categórica que:

“[...] o racismo consiste em uma prática preconceituosa que determina a segregação social de indivíduos”, e acrescenta que quando ele ocorrer estar-se-á impossibilitando a igualdade entre os homens e a concretização da sadia qualidade de vida, pois “[...] o segregamento será parcial ou totalmente, inviabilizados a preservação e o cultivo de suas origens e culturas, não podendo ainda usufruir das mesmas condições sociais, econômicas ou culturais dos agentes segregadores”.

[...] diante da discriminação que agride o direito individual dos excluídos, combinada com a violação de direitos estar-se-ia configurando o racismo ambiental.

No que diz respeito ao racismo ambiental, verifica-se populações ainda mais discriminadas e privadas das benesses do desenvolvimento. Populações tradicionais, grupos indígenas, migrantes, pessoas de diferentes raças e etnias, mulheres e idosos, para mencionar alguns grupos marginalizados. E, consoante à degradação e à poluição ambiental, e aos efeitos por elas ocasionados, são esses grupos que mais sofrem as consequências, porque, em primeiro lugar, já não possuem acesso digno aos recursos ambientais. Em segundo lugar, porque devido a este primeiro fator, eles não têm como evitar ou escapar desses problemas ambientais, que geralmente são causados por uma população mais rica que produz uma quantidade infundável de resíduos devido ao alto consumo.

Hodiernamente, as existentes políticas discriminatórias estatais ferem os elementos e direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, tais como, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988) e direito a igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), uma vez que a “seleção” feita por Racismo Ambiental têm como critérios a escolha de raças, etnias, castas, classes, origem nacional, poder econômico, entre outros.

No mesmo sentido, Sachs (2007, p. 33) afirma:

Uma boa parte dos problemas ecológicos com os quais nos defrontamos resulta da “má-distribuição” dos recursos. A desigualdade social engendra o desperdício de recursos por parte dos ricos e a superexploração da terra por parte dos pobres. Quanto à poluição, ela é fruto da abundância, mas também da miséria; das fábricas e dos automóveis, mas também dos barracos sem água potável nem esgoto.

O racismo ambiental, também, é umbilicalmente ligado à desigualdade social das populações mais carentes, onde determinados bairros – a exemplo da cidade de Manaus – são preteridos na distribuição de recursos públicos e da atenção necessária para a evitabilidade do fenômeno racismo ambiental.

3 A CRIMINALIDADE NO BAIRRO SANTA ETELVINA EM MANAUS E SUA CORRELAÇÃO COM O RACISMO AMBIENTAL

Nos locais onde encontra-se presente o racismo ambiental, em que a população menos abastada convive com a ausência de saneamento básico, bem como reside em moradias insalubres e, muitas das vezes, localizadas nas proximidades de lixões (ou aterros sanitários), ou de igarapés contaminados (a exemplo da Cidade de Manaus), as vítimas do racismo ambiental, na forma de negligência ambiental, não encontram ali oportunidade de trabalho, nem qualquer fonte de abastecimento de alimentos para consumo, o que de certa forma contribui para o aumento da violência.

Como já dito alhures nesse estudo, as construções e localizações das cidades refletem diretamente sobre a dignidade humana em todos os seus aspectos, conectando-as com os divórcios, a depressão, os suicídios, as obesidades, os ataques de pânico, o estresse, e principalmente com a violência.

A ausência de oportunidades força substancialmente as vítimas de racismo ambiental a conviver com sua soturna realidade, aceitando os riscos e o “meio de vida” imposto, diga-se, indigno. Esse, também, é o entendimento de Ferraresi (2020, p. 31), veja-se:

Questionamento natural a respeito da aceitação dessas condições pelas populações pobres recebe como resposta o fato de que esses grupos são forçados a aceitar e conviver com estes riscos, em face da ausência de oportunidades.

Diante de tal cenário, o presente estudo verificou uma correlação entre a presença do fenômeno do racismo ambiental e o índice de criminalidade. Como objeto de pesquisa, utilizou-se o bairro “Santa Etelvina”, localizado na Zona Norte da Cidade de Manaus, o qual apresenta um substancial índice de criminalidade na capital amazonense. Para estabelecer um paralelo de comparação, também fora utilizado o bairro “Parque 10 de Novembro”, localizado na zona centro-sul da capital amazonense, onde neste último bairro as políticas de saneamento básico, bem como limpezas de igarapés, ruas e logradouros são mais presentes. Lembrando-se que há uma forte presença de moradores na Zona Centro-Sul com poder aquisitivo mais elevado que na Zona Norte de Manaus/AM.

É consabido que a quantidade de registros de boletins de ocorrência em um determinado bairro ou área da cidade é utilizado como vetor de direcionamento de políticas de segurança pública, haja vista o entendimento de que naquele bairro ou área está ocorrendo um fluxo criminal maior. Desse íterim,

bairros mais tranquilos detêm um fluxo de registro de ocorrências bem menor que bairros mais perigosos.

Abaixo, colaciona-se um quadro comparativo onde verifica-se a quantidade de registros de boletins de ocorrência dos bairros Santa Etelvina (zona norte) e Parque 10 de Novembro (zona centro-sul), no período compreendido entre 01 de janeiro e 18 de novembro do ano de 2022, bem como aponta a delegacia policial responsável pelo registro. Todos os dados foram fornecidos pelo Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública – SINESP, do Governo Federal. Vejamos:

Quadro 1

Bairro	Período	Delegacia de Registro	Quantidade de Registros
Parque 10 de Novembro	01/01/2022 a 18/11/2022	23º DIP	1.229
Santa Etelvina		26º DIP	8.079

Fonte: Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública – SINESP⁴⁰¹.

Observa-se do quadro comparativo acima, num primeiro momento, que o bairro Santa Etelvina localizado na zona norte da cidade de Manaus, apresenta 8.079 (oito mil e setenta e nove) registros de boletins de ocorrências criminais no período entre 01 de janeiro e 18 de novembro do ano de 2022. Já o bairro Parque 10 de Novembro, no mesmo período de análise, apresenta um quantitativo de 1.229 registros de boletins de ocorrências criminais, o que equivale a 85% a menos de registros que o bairro Santa Etelvina.

Ou seja, enquanto o Santa Etelvina em 321 (trezentos e vinte e um) dias registrou 8.079 registros de boletins de ocorrências criminais, perfazendo uma média de 25 (vinte e cinco) registros por dia, o bairro Parque 10 de Novembro, apresenta apenas 3 (três) registros por dia.

Da análise, percebe-se de forma perfunctória que o bairro Santa Etelvina, na zona norte da capital Amazonense, apresenta um maior índice de registros de boletins de ocorrências criminais, dependendo-se, conseqüentemente, que esse bairro está submetido a um fato social de criminalidade maior.

Sabendo-se que o racismo ambiental ocorre, também, por ausência de cuidados urbanos, a exemplo de limpeza de logradouros, despoluição de igarapé, disponibilidade de serviços de seleção de lixo, obras para diminuição de riscos de alagamentos, bem como limpezas de bueiros para evitar alagamentos dos esgotos

⁴⁰¹ Disponível em: <https://seguranca.sinesp.gov.br/sinesp-seguranca/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

durante período de chuvas, passa-se a analisar quais dos dois bairros sofrem com racismo ambiental, por conta de ausência de cuidados por parte do poder público; o Santa Etelvina ou o bairro Parque 10 de Novembro. Para chegar-se em conclusão primária acerca da presença do racismo ambiental num bairro ou em outro, fora realizado pesquisa em sítios de internet acerca de possíveis disponibilidades de cuidados por parte do Poder Público em prol de qualquer um deles.

No quadro abaixo, verificou-se ações constantes e positivas na zona centro-sul da cidade de Manaus, com o objetivo de evitamento de degradações ao meio ambiente entre os anos 2019 e 2022, como instalações de pontos de coletas seletivas de lixo, limpeza urbana, revitalização de praças, limpezas preventivas de parques e limpezas efetivas de bueiros para diminuir os riscos de alagamentos.

Diante desse aspecto, não se constata, em primeira forma, o fenômeno do racismo ambiental na zona centro-sul da cidade de Manaus:

Quadro 2

Bairro	Zona	Ação
Parque 10 de Novembro	Centro-Sul	Ponto de Entrega de Coleta Seletiva de Lixo ⁴⁰² .
Parque 10 de Novembro	Centro-Sul	Serviço de Limpeza urbana ⁴⁰³ .
Parque 10 de Novembro	Centro-Sul	Disponibilidade do Serviço de Profilaxia de Raiva, mesmo no feriado ⁴⁰⁴ .
Parque 10 de Novembro	Centro-Sul	Serviço de Revitalização de Praça ⁴⁰⁵ .
-	Centro-Sul	Limpeza preventiva do Parque Cidade da Criança.
Parque 10 de Novembro	Centro-Sul	Limpeza de Bueiros para diminuir riscos de alagamentos ⁴⁰⁶ .

Fonte: sítios de internet.

⁴⁰² Prefeitura entrega mais um PEV na zona Centro-Sul da cidade. Disponível em: <https://www.manaus.am.gov.br/noticia/prefeitura-entrega-mais-um-pev-na-zona-centro-sul-da-cidade/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁰³ Serviços do “Requalifica” e de limpeza urbana transformam as zonas Centro-Sul e Oeste. Disponível em: <https://informeamazonas.com.br/servicos-do-requalifica-e-de-limpeza-urbana-transformam-as-zonas-centro-sul-e-oeste/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁰⁴ Manaus mantém serviços de saúde e limpeza no feriado da Padroeira do AM. Disponível em: <https://edilenemafra.com/geral/manaus-mantem-servicos-de-saude-e-limpeza-no-feriado-da-padroeira-do-am/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁰⁵ Prefeitura de Manaus inicia revitalização em praça na zona Centro-Sul. Disponível em: <https://www.jcam.com.br/noticias/prefeitura-inicia-revitalizacao-zona-centro-sul/>

⁴⁰⁶ Prefeitura de Manaus reforça limpeza de bueiros para dirimir riscos de alagamentos. Disponível em: <https://emtempo.com.br/113271/amazonas/prefeitura-de-manaus-reforca-limpeza-de-bueiros-para-diminuir-riscos-de-alagamentos/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Quando da realização da pesquisa em sítios de internet, verificou-se dois sítios informando de limpeza no bairro Santa Etelvina, bem como um sítio apresentou a informação de que moradores do bairro estariam tampando buracos com recursos próprios, haja vista a ausência estatal na limpeza e conservação de logradouros urbanos, conforme o seguinte quadro:

Quadro 3

Bairro	Zona	Ação
Santa Etelvina	Norte	Moradores efetuam serviços de tampar buracos com recursos próprios ⁴⁰⁷ .
Santa Etelvina	Norte	Limpeza em vias públicas ⁴⁰⁸ .
Santa Etelvina	Norte	Ponto de Coleta de Lixo Seletivo ⁴⁰⁹ .
Santa Etelvina	Norte	Invasores ocupam as margens do Igarapé Ponte da Bolívia, contaminando o espaço que é Área de Preservação Permanente ⁴¹⁰ .
Santa Etelvina	Norte	Aporte de esgotos sanitários no rio Tarumã, provenientes do Santa Etelvina ⁴¹¹ .
Santa Etelvina	Norte	Ministério Público Federal ingressa Ação de Reparação por Danos Ambientais do Igarapé Acará, por conta da construção do Conjunto habitacional Viver Melhor, quilômetro 7 da Rodovia AM-010, no bairro de Santa Etelvina ⁴¹² .

⁴⁰⁷ Enquanto a Prefeitura de Manaus gasta R\$ 242 milhões com pedra e brita, moradores do Santa Etelvina tapam buracos com dinheiro do próprio bolso. Disponível em: <https://radaramazonico.com.br/enquanto-a-prefeitura-de-manaus-gasta-r-242-milhoes-com-pedra-e-brita-moradores-do-santa-etelvina-tapam-buracos-com-dinheiro-do-proprio-bolso/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁰⁸ Prefeitura de Manaus realiza grande ação de limpeza na avenida Governador José Lindoso. Disponível em: <https://www.portalamazonida.com.br/prefeitura-de-manaus-realiza-grande-acao-de-limpeza-na-avenida-governador-jose-lindoso/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁰⁹ 36 pontos de coleta seletiva de lixo são disponibilizados em Manaus; saiba os locais. Disponível em: <https://www.canal92am.com/noticia/36-pontos-de-coleta-seletiva-de-lixo-sao-disponibilizados-em-manaus--saiba-os-locais/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴¹⁰ Invasores fazem ocupação irregular às margens do igarapé da Ponte da Bolívia. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/invasores-fazem-ocupacao-irregular-as-margens-do-igarape-da-ponte-da-bolivia/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴¹¹ Influência de um aterro sanitário e de efluentes domésticos nas águas superficiais do Rio Tarumã e afluentes – AM. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/aa/a/cZdgTL4HzbPqw7BBMg7Qgvm/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴¹² MPF/AM quer reparação de danos ambientais causados pela construção do conjunto habitacional Viver Melhor. Disponível em:

Ao realizar o cotejamento dos quadros acima, chega-se de forma pontual nas seguintes conclusões:

- a) a zona centro-sul e, especialmente, o bairro Parque 10 de Novembro, apresenta uma ausência do fenômeno do racismo ambiental, uma vez que a área recebe uma gama muito maior de cuidados e preservação de logradouros públicos, limpeza de bueiros para evitar alagamentos por esgotos à céu aberto, bem como serviços de limpeza urbana, revitalização de praças e limpeza preventivas de parques, evitando-se, assim, a poluição ambiental do meio urbano;
- b) já no bairro Santa Etelvina, localizado na zona norte da capital manauara, verifica-se a presença do racismo ambiental, por conta de poluição de igarapés por invasão irregular de moradores em suas margens, mesmo sendo área de preservação permanente, excessivo aporte de esgotos sanitários, os quais contaminam o rio Tarumã, e degradação ambiental de igarapés por construções de Conjuntos Habitacionais – a exemplo do Conjunto Viver Melhor.

Avançando-se na análise qualitativa dos quadros acima, constata-se que no bairro Santa Etelvina, na zona norte da cidade de Manaus, no qual verifica-se a presença do racismo ambiental, há uma incidência muito maior, pelo menos 85% (oitenta e cinco por cento) a mais de registros de ocorrências de ilícitos penais, ao passo que no bairro Parque 10 de Novembro – no qual não se percebe o fenômeno do racismo ambiental – no qual existe um baixo índice de registro de ocorrências de ilícitos penais.

Recorda-se, novamente, que a expressão racismo ambiental não se limita a ações que possam causar efeitos raciais, pois seu conceito está vinculado a injustiças ambientais e sociais que tratam de forma desigual grupos étnicos vulneráveis, distribuindo-lhes maior ônus de riscos e prejudicando o meio Ambiente. Ele é uma forma de discriminação causada por atores públicos e/ou privados, por meio de ações ou omissões que, intencionalmente ou não, causam danos e afetam o meio ambiente e a qualidade de vida das comunidades menos abastadas.

As vítimas do racismo ambiental e do descaso ambiental não encontram, em regra, oportunidades de trabalho, nem fonte de alimentação para consumo, o que de alguma forma contribui para o aumento da criminalidade.

A falta de oportunidades sociais é um fator predisponente para a consecução da criminalidade, esse é entendimento sedimentado de Gonçalves Filho e Pena (2021, p. 23), veja-se:

<https://www.diariodasleis.com.br/246-mpf-am-quer-reparar-uo-de-danos-ambientais-causados-pela-construcao-do-conjunto-habitacional-viver-melhor.html> . Acesso em: 22 nov. 2022.

A falta de oportunidades de crescimento profissional e social foi mencionada como um dos fatores predisponentes para a criminalidade. Os entrevistados destacam que as pessoas necessitam ter reconhecimento pessoal e profissional, além de condições de trabalho para que possam ter uma vida digna.

Não há como negar a existência do Racismo Ambiental, no referido bairro Santa Etelvina, uma vez que a população que lá reside, encontra-se em ampla vulnerabilidade socioambiental, por escassez de saneamento básico, acesso à água potável e à coleta de lixo, bem como à falta de equipamentos urbanos adequados, incluindo escolas e postos de saúde que funcionem, também, em feriados, a exemplo do que ocorre na zona centro-sul da capital amazonense, sem falar nos igarapés contaminados e aquiescência do poder público em deixar invasões irregulares tomarem conta das margens dos igarapés do bairro.

O racismo ambiental, no presente caso ora analisado, é o substrato de contribuição à criminalidade.

O elemento precípua que contribui para o racismo ambiental ser o substrato da criminalidade é o fato de que a população vulnerável localizada no bairro Santa Etelvina, da qual a maioria de seus moradores é de poder aquisitivo menos abastado, onde residem em conjuntos habitacionais para moradores de baixa renda, a exemplo do Viver Melhor I e II, foi a ausência de políticas públicas efetivas e voltadas para a erradicação de lixões, contaminações de igarapés, bem como de limpezas urbanas preventivas, a exemplo do que já ocorre na zona centro-sul da Manaus.

É comum, crianças residentes no bairro Santa Etelvina, buscarem “água potável” na torneira externa do 26º Distrito Integrado de Polícia Civil, uma vez que suas famílias, ainda, não dispõem de água potável encanada.

Essa triste e dura realidade, geram conflitos das mais diversas espécies. Sabe-se que a capacidade de viver em grupos sociais é considerada uma das vantagens competitivas da humanidade, mas as relações entre as pessoas costumam ser conflituosas de todos os tipos. Parâmetros comportamentais aceitáveis são definidos pela cultura e principalmente pelo meio em que se vive, onde variáveis como sujeira, contaminação, ausência de saneamento básico e falta de oportunidades, eleva o nível de estresse e ansiedade dos moradores de determinada localidade, contribuindo para o aumento da criminalidade em sua localidade de moradia, conforme depreende-se do estudo feito por Gonnet (2015) citado por Gonçalves Filho e Pena (2021, p.17), sobre CRIMINALIDADE NO BRASIL: motivações e percepções multifatoriais, veja-se:

Apesar de a habilidade de conviver em grupos sociais ser considerada como um dos diferenciais competitivos da espécie humana, as relações entre as pessoas frequentemente apresentam conflitos das mais diversas naturezas. Para que a convivência harmônica entre as pessoas que fazem parte de uma sociedade seja possível, são estabelecidos parâmetros aceitáveis de comportamento, tanto por meio da cultura quanto do meio em que vivem. A finalidade é estabelecer harmonia e equilíbrio nas relações sociais, por meio da supremacia do interesse coletivo sob o interesse particular dos indivíduos. Esta coercitividade geral (vale para todos) e externa (age da coletividade sob o interesse particular) é conceituada por Émile Durkheim como fato social.

Nesse raciocínio, constata-se uma correlação entre a presença do racismo ambiental e o alto índice de criminalidade em uma determinada localidade, bairro ou região, uma vez que comunidades vulneráveis, a exemplo do bairro Santa Etelvina, são submetidas a políticas institucionais ambientais discriminatórias ou de negligência, contribuindo, assim, pelo aumento das relações conflituosas, o que já não se percebe do levantamento feito nos registros criminais do bairro Parque 10 de Novembro.

4 SUGESTÕES SOBRE O PAPEL DA SEGURANÇA PÚBLICA NO COMBATE AO RACISMO AMBIENTAL E PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO BAIRRO SANTA ETELVINA

Inicialmente, tem-se que nortear um singelo, mas eficaz entendimento sobre segurança pública. Vejamos.

Na concepção hodierna, a Segurança Pública é um processo sistêmico e que busca otimização, envolvendo um conjunto de ações públicas e comunitárias, visando assegurar a proteção do indivíduo e da coletividade e a aplicação da justiça na repressão, recuperação e tratamento dos que violam a lei, garantindo direitos e cidadania a todos de uma determinada sociedade.

O conceito de segurança pública não é matemático, nem esbarra em precisão, sendo um conceito aberto e de extremo subjetivismo, pois engloba não só repressão a crimes, mas sua prevenção, além de incumbirem políticas públicas de segurança em seu arcabouço. Silva (2009, p. 21), aduz sobre a dificuldade de conceituar segurança pública, veja-se:

Na atualidade tem-se uma grande dificuldade de descrever ou conceituar a segurança pública, pois ainda se pensa como

modelo, uma segurança centrada somente na atividade policial. Faz-se então necessário uma redefinição e ampliação do conceito de segurança pública para que possam ser criadas políticas mais eficazes em segurança pública.

Importante consignar que, na redemocratização do Brasil, ocorrida a partir da década de 80, as corporações policiais - cujas práticas históricas foram endurecidas pelo período ditatorial - iniciaram o processo de quebra do modelo histórico do sistema policial devido às transformações em curso na sociedade brasileira, especialmente o crescimento das práticas democráticas e o fortalecimento da cidadania.

Esse processo de mudança vem provocando nas instituições públicas, em especial nas corporações policiais, transformações decorrentes do questionamento da sociedade brasileira sobre a real função pública que devem assumir diante do Estado Democrático de Direito.

Conforme Silva (2009, p. 33), a compreensão de que a prática em segurança pública deve ser entendida como a promoção de direito e dever da cidadania, veja-se:

Tem-se buscado junto aos agentes de segurança pública, a compreensão de que a prática em segurança pública deve ser entendida como a promoção de direito e dever da cidadania. O policial é, antes de tudo, um cidadão e é na prática cidadão que ele deve nutrir seu agir para que ele como profissional e sua instituição seja respeitado pela sociedade.

O agente de segurança pública voltado para a promoção da cidadania, garantidor dos direitos fundamentais dos integrantes da sociedade, é o vetor principal de qualquer ação em segurança pública.

Nesse aspecto, frisa-se que o agir do agente de segurança pública deve ser voltado para uma dimensão pedagógica e o impacto causado pelo seu agir torna-se muito forte na sociedade, seja para o bem ou para o mal. Destarte, frente essa necessidade, os poderes públicos devem implementar novos programas de qualificação do seu efetivo de segurança pública, buscando um melhoramento da qualidade do serviço público oferecido.

A título de sugestão - mesmo porque o tema do presente estudo é o início de uma agenda de pesquisa - tendo por foco único o combate ao racismo ambiental e a promoção da dignidade humana no bairro Santa Etelvina, sugere-se exigir políticas públicas, estratégias e ações de curto, médio e longo prazo, voltadas especificamente para a garantia de erradicação do racismo ambiental

no bairro ora em estudo, as quais envolvam, de forma perseverante e em todos os níveis, os agentes de segurança pública e a sociedade civil.

Outra maneira de tentar erradicar a situação do bairro Santa Etelvina, minorando o fato social que acarreta um alto índice de criminalidade na região, seria a efetivação de mudanças estruturais e culturais que possam discutir questões centrais para os agentes de segurança pública, implementando relações com a comunidade, contemplando a espacialidade das cidades, bem como a mediação de conflitos do cotidiano como principal papel de sua atuação.

O fato de um grupo de invasores assentarem-se às margens do Igarapé da Ponte da Bolívia, no bairro Santa Etelvina, ao passo que passam a contaminar o leito do igarapé, comprometendo a convivência de todos que orbitam ao redor (como ocorreu), é um problema de segurança pública que pode e deve ser combatido, haja vista o local ser área de preservação ambiental, devendo os agentes de segurança pública agirem imediatamente, responsabilizando criminalmente os responsáveis, buscando a higidez e integridade do referido igarapé.

Outro fato que merece a ação pedagógica dos agentes em segurança pública, é o caso de populares despejarem resíduos sólidos nos logradouros públicos, a exemplo de entulhos e lixo despejados, consoante denúncia feita à Câmara de Vereadores de Manaus, os quais viram um verdadeiro tormento em época chuvosa, entupindo ruas e avenidas empobrecidas do local⁴¹³, gerando um foco de doenças e estresse constante entre os moradores. Aqui, também, a atuação dos agentes de segurança pública é necessária, buscando minorar os efeitos negativos ambientais de tal situação, buscando a identificação e responsabilização de quem tenha feito tal prática, configurando-se crime ambiental previsto no artigo 54, da Lei nº 9.605/1998.

Os depósitos irregulares de lixo contaminam águas e solos com substâncias tóxicas. Também atraem bichos como moscas, ratos, baratas e mosquitos, que podem aumentar a incidência de enfermidades por conta de dengue, zika, febre amarela e leptospirose. Quem descarta entulho de maneira irregular está comprometendo a segurança nas ruas, o ecossistema e, de forma indireta, a vida de muitos moradores do bairro.

Como pode ser observado, a segurança pública tem relação direta com o combate ao racismo ambiental, uma vez que este erradicado, desaparecem seu foco de consequências, a exemplo da sujeira, contaminação, ausência de saneamento básico e falta de oportunidades e estresse elevado por conta da situação em que vivem, acarretando, pelo menos teoricamente, na redução da criminalidade no

⁴¹³ William Alemão diz que limpeza, saneamento e asfalto são prioridades no Santa Etelvina. Disponível em? <https://informemanaus.com/2021/william-alemao-diz-que-limpeza-saneamento-e-asfalto-sao-prioridades-no-santa-etelvina/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

bairro Santa Etelvina, promovendo, nesse aspecto, o direito fundamental e social à moradia digna contemplado no artigo 6º da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A discriminação e a exclusão de determinados grupos de pessoas por motivação ambiental definiram a nova forma de racismo, qual seja o racismo ambiental. Inicialmente, associado às populações negras nos Estados Unidos e aos problemas de saneamento básico, contaminação do ambiente de habitação e disposição e de lixos tóxicos.

Hoje, o racismo ambiental não se restringiu às questões étnicas e raciais, se estendendo aos grupos sociais excluídos pelos processos econômicos e políticos, os quais são invisíveis socialmente. A pobreza, o baixo índice de escolaridade, a ausência de políticas públicas protetivas, a baixa renda, a criminalidade são fatores que maximizam o racismo ambiental.

Essa nova vertente do racismo se manifesta na sociedade de diferentes formas, principalmente na área da segurança pública. A vulnerabilidade de alguns grupos demanda maior proteção. Nesse contexto, destaca-se a população de bairros menos abastados financeiramente, a exemplo do bairro Santa Etelvina, foco deste estudo.

A problemática que norteou a presente pesquisa científica, foi de identificar qual(quais) elemento(s) contribuiriam para o Racismo Ambiental ser o substrato da criminalidade no Bairro Santa Etelvina.

Os objetivos foram cumpridos, uma vez que o elemento precípua que contribuiu para o racismo ambiental ser o substrato da criminalidade é o fato de que a população vulnerável localizada no bairro Santa Etelvina, da qual a maioria de seus moradores é de poder aquisitivo menos abastado, foi a ausência de políticas públicas efetivas e voltadas para a erradicação de lixões, contaminações de igarapés, bem como de limpezas urbanas preventivas, a exemplo do que já ocorre na zona centro-sul de Manaus.

Concluiu-se que a segurança pública tem relação direta com o combate ao racismo ambiental, uma vez que este erradicado, desaparecem seu foco de consequências, a exemplo da sujeira, contaminação, ausência de saneamento básico e falta de oportunidades e estresse elevado por conta da situação em que vivem, acarretando, pelo menos teoricamente, na redução da criminalidade no bairro Santa Etelvina, promovendo, nesse aspecto, o direito fundamental e social à moradia digna contemplado no artigo 6º da Constituição Federal. Assim sendo, devem os agentes de segurança desempenhar papel proativo na promoção da cidadania, sendo garantidores dos direitos fundamentais dos integrantes da

sociedade, promovendo a dignidade humana no bairro Santa Etelvina na sua mais ampla dimensão.

REFERÊNCIAS

BULARD, Robert Doyle. **Enfrentando o Racismo Ambiental no século XXI**. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; Pádua, José Augusto (orgs.) *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ENDO, Paulo Cesar. **Violências, sistemas violentos e o horizonte testemunhal**. *Psicol. cienc. prof.* [online]. 2009, v.29, n.1, pp. 30-39. ISSN 1414-9893.

FERRARESI, Priscila. **Racismo Ambiental e justiça social**. *Boletim Científico ESMPU*, v. 11, n. 37, p. 263-289, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/12653868/RACISMO_AMBIENTAL_E_JUSTI%C3%87A_SOCIAL. Acesso em: 06 nov. 2022.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Editora Nova Fronteira, São Paulo: 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito ambiental tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES FILHO, Cid; PENA, Stanley Araújo. *Criminalidade No Brasil*. **Revista do Instituto Brasileiro de Segurança Pública (RIBSP)**-ISSN 2595-2153, v. 4, n. 9, p. 27-56, 2021. Disponível em: file:///H:/Meu%20Drive/Diversos/Delegado_Heron/MESTRADO_UEA/ProducaoCientifica/Artigos/RacismoAmbiental/131-Texto%20d%20artigo-579-3-10-20210701.pdf. Acesso em: 05 nov. 2022.

LEFF, E. **Saber Ambiental**. *Sustentabilidade, Racionalidade, Complexidade, Poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Vozes. 2004. p. 282.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Thiago Pires; SOUZA; Arivaldo Santos de. **Racismo ambiental na Ilha do Cururupeba**. Disponível em: <http://www.fase.org.br/projetos/clientes/noar/noar/UserFiles/17/File/racismoambientalnailhadocururupeba.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

POZZETTI, Valmir César e TAMER, Alexandre dos Santos. *A imigração haitiana e a criminalidade no município de Manaus*. **Revista Do Direito Público**, Londrina, v.8, n.3, p.55-76, set./dez.2013. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/ygoralbino,+Gerente+da+revista,+DOI+105433_1980511X2013v8n3p55.pdf, consultada em 20 nov. 2022.

POZZETTI, Valmir César e RODRIGUES, Cristiane Barbosa. **ALIMENTOS TRANSGÊNICOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 22, nº. 48, maio/ago. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/>

Valmir%20Pozzetti/Downloads/7874-1-26498-1-10-20190307-3.pdf, consultada em 20 nov. 2022.

RECH, A. U.; RECH, A. Zoneamento Ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade. Caxias do Sul, RS: EDUCS. 2012. p. 185.

Sachs, Ignacy; Freire, Paulo (Org.). **Rumo à ecossocioeconomia**: teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, I. W. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista de Direito do Estado**, n. 20, dezembro/janeiro/fevereiro, 2009 a 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413>. Acesso em: 05 nov. 2022.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 24. ed. São Paulo: Cortez, 2017.

SILVERMAN, David. **Interpretação de Dados Qualitativos, Métodos para análise de entrevistas, textos e interações**. 3.ed. São Paulo: Artmed, 2009.

VOPATO, Gilson L. **Guia Prático para Redação Científica**. Botucatu: Best Writing, 2015.

YIN, Robert K. **Pesquisa Qualitativa — do Início ao Fim**. Porto Alegre: Penso, 2016.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO LIMITE À GLOBALIZAÇÃO E AO NEOLIBERALISMO

Andrea Fabiane Groth Busato⁴¹⁴, Lucca Groth Busato⁴¹⁵

RESUMO

Objetiva-se demonstrar que o capitalismo é o sistema econômico que se revela mais adequado, dentre até agora conhecidos, como se viu da derrocada do comunismo no leste europeu. Porém, a depender da filosofia que o fundamenta, pode ser tão ou mais nocivo que os outros sistemas econômicos. Para tanto, o presente artigo faz um breve apanhado de fatos sociais e históricos ocorridos a partir do fim do Império Romano do Ocidente que levaram a sistemas econômicos que prevaleceram a partir desta fase da história da humanidade, até se chegar ao capitalismo praticado nos dias de hoje. Aborda-se, então, as filosofias que informaram o sistema capitalista em determinados momentos históricos, quais sejam, o liberalismo, o Estado-Social, o neoliberalismo; e, também, o capitalismo humanista, formulado por Sayeg e Balera, doutrina que visa a aprimoração do direito econômico e, conseqüentemente, do capitalismo. Conclui-se, então, que solução pode advir do direito à fraternidade, apresentado como direito natural, sustentáculo do capitalismo humanista, com vistas a regular os direitos à liberdade e à igualdade, também direitos naturais, conforme afirmado por John Locke, pai do liberalismo.

Palavras-chave: Capitalismo. Liberalismo. Estado-Social. Neoliberalismo. Direito à Fraternidade.

ABSTRACT

The objective is to demonstrate that capitalism is the most adequate economic system, among so far known, as seen from the collapse of communism in Eastern Europe. However, depending on the philosophy that underlies it, it can be as harmful or more harmful than other economic systems. Therefore, this article makes a brief overview of social and historical facts that occurred from the end of the Western Roman Empire that led to economic systems that prevailed from this phase of human history, until reaching the capitalism practiced in the days of today. It then approaches the philosophies that informed the capitalist

⁴¹⁴ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Unicuritiba Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, especialista em Direito Aplicado pela EMAP/PR, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, juíza de direito do TJPR.

⁴¹⁵ Acadêmico do 3o. ano de Direito da PUC-PR

system in certain historical moments, namely, liberalism, the Welfare State, neoliberalism; and, also, humanist capitalism, formulated by Sayeg and Balera, a doctrine that aims to improve economic law and, consequently, capitalism. It is concluded, then, what solution can come from the right to fraternity, presented as a natural right, support of humanist capitalism, with a view to regulating the rights to freedom and equality, also natural rights, as stated by John Locke, father of liberalism .

Key-words: Capitalism. Liberalism. Welfare State. Neoliberalism. Right to fraternity.

INTRODUÇÃO

A partir da indagação acerca da natureza social da Constituição Federal de 1988, que admite como direitos fundamentais tanto a liberdade como a igualdade, pretendeu-se entender como compatibilizar estes direitos, que aparentemente se revelam conflitantes.

Este conflito também se instaura ante a ascensão de governos neoliberais ao poder, que têm como premissa que o capitalismo só se sustenta no seu estado puro, sem qualquer intervenção estatal, ou seja, que a liberdade econômica não encontra limitações, nem mesmo em outros princípios constitucionais fundamentais.

Destarte, intentou-se desmistificar este axioma neoliberal, revelando seu maniqueísmo e demonstrando historicamente a falha dos seus princípios.

Para tanto, fez-se uma breve sinopse histórica com a finalidade de apontar as molas motoras dos processos de mudança de paradigma nas organizações sociais, políticas e econômicas na sociedade desde a Idade Média até a sedimentação do capitalismo.

Observou-se que a partir do final do século XVIII, o absolutismo cerceava direitos da burguesia, o que conduziu à adesão da sociedade ao liberalismo, que, por sua vez levou a sociedade da época à exploração, fome, guerras, comunismo etc.

Nasceu, então a filosofia política e moral do Welfare State, o Estado de Bem Estar Social, que se deve a criação a Otto Von Bismarck (1871-1918).

No entanto, este modelo não atendeu aos anseios da sociedade capitalista, que passou a defender, a partir de 1970, a absoluta liberdade de mercado e limitação à intervenção estatal sobre a economia, que só se justificaria em grau mínimo e em setores imprescindíveis.

Com a globalização se expandindo, o lema neoliberal passou a ser um dogma, principalmente para os países de terceiro mundo, que viram suas economias atreladas a bolsas de valores e a capital externo.

Neste contexto histórico e político, está em vigor no Brasil a Constituição Cidadã de 1988, que a exemplo das revolucionárias Constituições do México e de Weimar, instituiu o Estado Social, que antagoniza com o Estado Liberal.

Esta incompatibilidade está polarizando a sociedade brasileira, que sofrendo um golpe invisível de Estado Institucional, como preconizado por Paulo Bonavides, na obra do País Constitucional ao País Neocolonial⁴¹⁶, sofre incessantes ataques, no sentido de que a globalização e o neoliberalismo são inexoráveis e sua negação leva a desastres.

Destarte, a aplicação das normas constitucionais causa revolta na população, que é manipulada por ideias maniqueístas, de que só existe o bem e o mal, ou seja, o dualismo, e que nada mais existe no meio neste caminho.

Na intenção de demonstrar que inexitem apenas duas faces na mesma moeda, mas que o capitalismo, sistema que se revelou mais eficiente até agora, não precisa ter esta face neoliberal repressora do Estado, impedindo-o de funcionar como árbitro destes interesses antagonônicos, por exemplo, a liberdade e a igualdade, traz-se a proposta do capitalismo humanista, apresentada pelos juristas Sayeg e Balero, que erigem o Princípio da Fraternidade como sustentáculo do capitalismo humanista.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo. Em um primeiro momento se verificou o problema, qual seja, a divergência da natureza social da Constituição Federal de 1988 com o neoliberalismo, apontado por governos internos e externos (globalização) como a única forma eficaz de condução da sociedade. Após, formulou-se a hipótese de que a divergência apontada pode ser equalizada através do capitalismo humanista promovido por Sayeg, com destaque ao Princípio da Fraternidade. Em seguida, conduziu-se o processo de falseamento ou corroboração da hipótese, para se verificar se os argumentos têm ou não legitimidade, cientificidade e adequação para amparar a tese formulada.

1 A FORMAÇÃO E OS FUNDAMENTOS DO CAPITALISMO

No século III d.C. iniciou-se a Desagregação do Império Romano do Ocidente, também chamada de Queda do Império Romano no Ocidente, em vista do sistema escravocrata do Império Romano ter entrado em crise, por conta

⁴¹⁶ Bonavides, P. *Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional*. 4ª. edição. Malheiros Editores, 2009. p. 22

das invasões germânicas e em consequência da crise econômica que se ensejou. Além disso, a implantação do cristianismo e também a composição de um grande número de reinos independentes, que eram governados majoritariamente por membros da nobreza de descendência germânica, os quais haviam participado da ocupação do Império Romano, levaram ao feudalismo⁴¹⁷.

Desenvolveram-se, assim, os centros rurais, conhecidos por vilas romanas, que deram origem aos feudos medievais. Os romanos mais pobres buscaram proteção e trabalho nas terras desses grandes senhores. Para poderem utilizar as terras, no entanto, eles eram obrigados a entregar ao proprietário parte do que produziam, instituindo-se, desta forma, o colonato. Aos poucos, o sistema escravocrata de produção no Império Romano foi substituído pelo sistema servidão de produção, que iria predominar na Europa feudal, onde o trabalhador rural é o servo do grande proprietário. Nascia a Idade Medieval, cujo marco utilizado pelos historiadores é 476 d.C⁴¹⁸.

Nesta fase da humanidade, os servos viviam em extrema miséria, pois, além de estarem presos à terra por força de lei, estavam presos aos senhores, a quem deviam obrigações como: a talha, a corveia, as banalidades. A talha era a obrigação de o servo dar, a seu senhor, uma parte do que produzia. Essa parte, em geral, correspondia à metade. A corveia era a obrigação que o servo tinha de trabalhar gratuitamente alguns dias por semana no cultivo das terras reservadas ao senhor. As banalidades eram os pagamentos que os servos faziam aos senhores pelo uso da destilaria, do forno, do moinho, do celeiro etc. Além disso, uma parte da sua produção era destinada à Igreja. Tudo isso levava a um baixíssimo índice de produtividade, pois, além de as técnicas serem rudimentares, os servos não tinham a menor motivação para desenvolvê-las porque sabiam que, quanto mais produzissem, mais os senhores lhes sugariam⁴¹⁹.

As condições de vida da população na Idade Média eram muito duras. A expectativa de vida era pequena, a mortalidade era bastante elevada e aqueles que ultrapassavam os quarenta anos de idade eram considerados velhos. As guerras proliferavam, as doenças eram costumeiras e não existiam remédios eficazes para combatê-las⁴²⁰.

No século XIV, baixa Idade Média, a decadência do modo de produção econômico e do sistema de organização política e social, com o ressurgimento das cidades e do comércio foram os fatores que contribuíram

⁴¹⁷ Pedrero-Sanchez, M.G. **História da Idade Média**. Textos e testemunhas. Editora Unesp. 1999. 3ª. reimpressão.

⁴¹⁸ Feudalismo. História do Feudalismo. Disponível em <https://www.historiadomundo.com.br/idade-media/feudalismo.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴¹⁹ Idem.

⁴²⁰ Ibidem.

para o declínio do sistema feudal e o início da Idade Moderna, cujo marco temporal se deu em 1453, com a queda de Constantinopla e do Império Romano do Oriente⁴²¹.

Com o ressurgimento das cidades, os camponeses passaram a vender mais produtos e, em troca, conseguiram mais dinheiro. Com o dinheiro, alguns puderam comprar a liberdade e outros fugiram para as cidades (burgos) à procura de melhores condições de existência⁴²².

O renascimento urbano enfraqueceu o isolamento feudal e levou à criação de novas profissões. Os Estados Nacionais substituíram os reinos e o poder político ficou centralizado. A sociedade estamental deu lugar a uma nova estrutura de classes, na qual a mobilidade social era possível⁴²³.

A esta mudança de paradigma, deu-se o nome de Renascimento, assim nomeado em razão de que os intelectuais intencionavam reviver a literatura clássica greco-romana, o antropocentrismo, a valorização do homem, com o uso da ciência e da razão para dar conhecimento ao homem, sobre si e sobre o mundo (humanismo), em contraposição ao teocentrismo medieval.

Veja-se que este individualismo garantia que os homens tivessem liberdades individuais, o que mais tarde passou a ser um dos principais pilares do capitalismo, posto que leva à livre concorrência e ao direito à propriedade.

No entanto, é mister ressaltar que nesta época, apesar de o homem substituir Deus no centro do Universo, as crenças subsistiram, posto que a justificativa do poder dos monarcas advinha da vontade de Deus.

O fortalecimento do comércio levou a Europa à expansão marítima, desenvolvendo-se o mercantilismo, que vigorou na Europa entre os séculos XV e XVIII. Esta prática econômica ajudou na consolidação da burguesia como classe social dominante. Originou a transmutação do feudalismo para o capitalismo, durante a crise da Idade Média e a formação dos Estados nacionais⁴²⁴.

No campo, iniciaram-se as bases fundamentais para a indústria, mormente na Inglaterra e, o comércio nas cidades iniciou a troca monetária, berço dos sistemas de crédito e financeiro, que se originariam mais tarde.

⁴²¹ Idade Média. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/idade-media.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴²² Feudalismo – História do Feudalismo. Disponível em <https://www.historiadomundo.com.br/idade-media/feudalismo.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴²³ Feudalismo. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/feudalismo.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴²⁴ Mercantilismo. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/mercantilismo.htm>. Consultado em 02/02/2022.

1.1 O LIBERALISMO

A partir da segunda metade do século XVIII, a Europa foi marcada por inúmeras mudanças: o comércio se intensificou, as cidades se desenvolveram, a burguesia se tornou um grupo social muito poderoso, enquanto a nobreza e o clero perderam prestígio. O liberalismo, feixe de ideias que surgiu no século XVII e ganhou destaque na Europa do século XVIII, com o seu apogeu após a Revolução Industrial, no início do século XIX, consiste, conforme a doutrina de John Locke, em enxergar que todos os seres humanos têm direitos naturais de exercer suas capacidades intelectuais e para o trabalho⁴²⁵.

Dentre os ideais do liberalismo, ressalta-se que Estado não tem o direito de interferir na vida e nas liberdades individuais dos cidadãos, a menos que esses atentem contra a ordem vigente. Esse pensamento liberal norteou eventos como a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, criando um Estado de Direito liberal na modernidade, que visava assegurar os direitos dos cidadãos e acabar com o poder arbitrário, isolado e absoluto dos déspotas⁴²⁶.

Os liberais, influenciados pela razão e não mais pela religião, não encontravam mais motivação para a monarquia absolutista controlar a vida das pessoas, o governo e a economia. Defendiam que os direitos básicos deviam ser garantidos, direitos estes chamados de naturais por John Locke, quais sejam, o direito à liberdade, à igualdade (não a igualdade socioeconômica, mas a extinção da nobreza que prestigia castas na política) e o direito à propriedade (nos regimes absolutistas ficavam nas mãos da nobreza e do clero)⁴²⁷.

Adam Smith (1723 a 1790)⁴²⁸, pai da economia moderna, em sua famosa frase, constatou que o mercado não deve ser regulado e que o bem estar da sociedade seria atingido através da mão invisível deste mercado: “Assim, o mercador ou comerciante, movido apenas pelo seu próprio interesse (self-interest), é levado por uma “mão invisível” a promover algo que nunca fez parte do interesse dele: o bem-estar da sociedade.” Como resultado da atuação dessa “mão invisível”, o preço das mercadorias deveria descer e os salários deveriam subir.”

Na França, os burgueses ascenderam ao poder em 1789 com a Revolução Francesa, dando fim ao absolutismo da monarquia, o que inaugurou a Idade Contemporânea, que vivemos até os dias atuais. A Revolução Francesa foi pautada na

⁴²⁵ Liberalismo. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/liberalismo.htm>. Consultado em 02/02/2022.

⁴²⁶ *Idem*.

⁴²⁷ SMITH, Adam. **A RIQUEZA DAS NAÇÕES**: uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações. 1e., São Paulo: Madras, 2009.

⁴²⁸ Adam Smith. Disponível em <http://www.filosofia.secd.pr.gov.br/modules/galeria/detalhe.php?foto=493&evento=3>. Acesso em: 02/02/22.

popularização dos ideais do Iluminismo: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, e foi um marco na história da humanidade, levando à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consagrou a universalidade dos direitos sociais e das liberdades individuais. Além disto abriu caminho para a consolidação de um sistema republicano de governo, pautado na representatividade popular, hoje chamado de democracia representativa⁴²⁹.

Na Inglaterra, na mesma época, as inovações tecnológicas realizadas permitiram o surgimento da indústria, mormente na área têxtil. Era a primeira Revolução Industrial. A difusão da indústria pela Europa e pelo restante do planeta contribuiu para o estabelecimento do capitalismo⁴³⁰.

A ampliação da produção por meio das máquinas contribuiu para a redução salarial e permitiu que os lucros obtidos pelos donos de indústrias fossem utilizados no desenvolvimento de novas tecnologias, a exemplo das estradas de ferro, que passaram a ser construídas a partir da década de 1830 por todo o território inglês, permitindo a mobilidade das mercadorias produzidas e, em consequência, o maior investimento no aumento da produtividade, posto que havia um meio eficiente para o transporte. Com a iluminação a gás, as jornadas de trabalho já não dependiam da luz do sol⁴³¹.

Importante destacar que a Revolução Industrial trouxe a intensidade da exploração da mão-de-obra, o tempo e a forma de produção começou a ser controlado por industriais e não mais pelos artesãos, com isto os trabalhadores foram submetidos a rotinas escorchantes de trabalho e perderam o controle e o conhecimento geral do processo de produção. Também merece relevo ressaltar que houve a intensificação do trabalho de crianças e mulheres com remuneração menor que a dos homens. Tudo isto levou muitos trabalhadores emigraram, inclusive para o Brasil, na primeira metade do século XIX à procura de uma vida melhor⁴³².

Esta mudança radical nas formas de produção e na exploração da força de trabalho consolidou o capitalismo.

⁴²⁹ Revolução Francesa. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/revolucao-francesa.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴³⁰ Revolução Industrial. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/revolucao-industrial-2.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴³¹ Oliveira, E. M. (2006). **TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO, DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL AOS NOSSOS DIAS** / Word of work transformations - from industrial revolution to our days. *Caminhos De Geografia*, 5(11). Recuperado de <https://seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/view/15327>. Acesso em: 02/02/22.

⁴³² *Idem*, p. 86.

1.2 ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL MODERNO/ ESTADO PROVIDÊNCIA/ESTADO SOCIAL

Contudo, ante os problemas que o liberalismo, o *laissez-faire*, trouxe à humanidade e, principalmente ao capitalismo, como o receio da expansão do comunismo e do socialismo, atribui-se a Otto von Bismarck, na década de 1880, a criação do Estado do Bem-Estar Social moderno/Estado-providência/Estado-Social⁴³³. Neste modelo, o Estado tem a prerrogativa de regulamentar a vida e saúde social, política e económica do país, em parceria com empresas privadas e sindicatos, em diferentes níveis. Incumbe ao Estado de bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população, fornecendo dignidade aos seus cidadãos⁴³⁴.

As Constituições mexicana (1917) e a de Weimar (1919) estreamam o Estado-Social, incorporando a ele uma série de direitos sociais. A Constituição mexicana foi a primeira a proibir a equiparação do trabalho a uma mercadoria, com sujeição à lei da oferta e da procura, estabelecendo o princípio da igualdade substancial entre trabalhadores e empresários na relação de trabalho, implementando a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito, inclusive e com vigor, no Brasil⁴³⁵.

O Keynesianismo utilizou os preceitos da social democracia, que se fundamenta na política do bem-estar social para combater a crise econômica mundial que se deu a partir de 1929 com a quebra da bolsa de Nova Iorque⁴³⁶.

1.3 O NEOLIBERALISMO

Na década de 1970, com a globalização, a crise do petróleo, entre outros, surge o neoliberalismo, com a intenção de retomar ideais do liberalismo clássico, enaltecendo a intervenção mínima do Estado na Economia. Ostentam que o Estado forte é dispendioso, freia as relações comerciais e perturba a liberdade econômica⁴³⁷.

O aumento dos salários e o fortalecimento dos sindicatos intimidam os neoliberais, pois tendem a aumentar a inflação e a aumentar os custos da mão de

⁴³³ Ferguson, Kate. **How German angst created the Welfare State**. Disponível em <https://www.dw.com/en/how-german-angst-created-the-welfare-state/a-48048444>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴³⁴ Schumpeter, Joseph E. **On the Concept of Social Value**. *Quartely JOURNAL of Economics*, volume 23, 1908-9. .Pag. 213-232. Disponível em <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/schumpeter/socialval.html>

⁴³⁵ Robl, N.I.F. **Constituição mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil** http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932017000100361. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴³⁶ O que é Neoliberalismo. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-neoliberalismo.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴³⁷ *Idem*.

obra. Assim, os neoliberais defendem a máxima desregulamentação da força de trabalho, com a diminuição da renda e a flexibilização do processo produtivo⁴³⁸.

As privatizações, ou seja, o desaparecimento do Estado, são outros pressupostos basilares do neoliberalismo, na medida em que o Estado seria um péssimo gestor e prejudica as leis do mercado, o qual deve ser conduzido pela “mão invisível”, como defendido pelo liberalismo clássico, funcionando conforme a lei da oferta e da procura, bem como pela livre concorrência⁴³⁹.

Assim, estreita-se a função do Estado como mero garantidor da infraestrutura básica para o bom funcionamento e escoamento da produção de mercadorias, bem como interventor na economia exclusivamente em tempos de eventuais crises⁴⁴⁰.

Filgueiras⁴⁴¹, ao tratar sobre o tema do neoliberalismo no Brasil, assim ensina

Preliminarmente, se faz necessário diferenciar, conceitualmente, neoliberalismo, projeto neoliberal e modelo econômico neoliberal periférico. O primeiro diz respeito à doutrina político-econômica mais geral, formulada, logo após a Segunda Guerra Mundial, por Hayek e Friedman, entre outros - a partir da crítica ao Estado de Bem-Estar Social e ao socialismo e através de uma atualização regressiva do liberalismo (Anderson, 1995). O segundo, se refere à forma como, concretamente, o neoliberalismo se expressou num programa político-econômico específico no Brasil, como resultado das disputas entre as distintas frações de classes da burguesia e entre estas e as classes trabalhadoras. Por fim, o modelo econômico neoliberal periférico é resultado da forma como o projeto neoliberal se configurou, a partir da estrutura econômica anterior do país, e que é diferente das dos demais países da América Latina, embora todos eles tenham em comum o caráter periférico e, portanto, subordinado ao imperialismo. Em suma, o neoliberalismo é uma doutrina geral, mas o projeto neoliberal e o modelo econômico a ele associado, são mais ou menos diferenciados, de país para país, de acordo com as suas respectivas formações econômico-sociais anteriores.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ Filgueiras, Luiz. O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico. En *Publicación: Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales*. Basualdo, Eduardo M.; Arceo, Enrique. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Agosto

²⁰⁰⁶. ISBN: 987-1183-56-9. P. 179.

2 A EFICIÊNCIA DO SISTEMA CAPITALISTA

Indaga-se perenemente, durante toda a história da humanidade, sobre qual o melhor sistema para distribuição de riquezas e de bens e serviços escassos para o melhor atendimento das necessidades humanas, prevalecendo como resposta o capitalismo, que consagra a liberdade e contém nela seu próprio fundamento, e adota os valores do liberalismo econômico para se estruturar⁴⁴².

Não há dúvidas de que dentre todos os sistemas econômicos que exsuriram até hoje, o capitalismo foi o mais eficiente, eis que o desenvolvimento tecnológico, da medicina, da produção de alimentos e de uma melhora generalizada da renda e do acesso a bens e serviços elevou a expectativa de vida mundial per capita, de 53 para 73 anos, entre os anos 1960 e 2018, como verificado pelo Banco Mundial. Ou seja, vive-se mais e com mais qualidade no mundo capitalista, o que, inclusive, levou à queda o regime comunista da U.R.S.S.⁴⁴³.

Porém, as mazelas que despontaram a partir da primeira Revolução Industrial e do pensamento liberal, não foram abolidas plenamente, tendo havido, inclusive, um aprofundamento intenso de desigualdades, de miséria e de marginalização, o que revela uma necessidade de aperfeiçoamento do capitalismo, com o amadurecimento da consciência global e multidimensional dos Direitos Humanos⁴⁴⁴.

Todavia, o que se vê é um movimento neoliberal forte, totalmente alheio aos valores do Estado-Social, robustecido pela globalização cada vez mais perene, com a intensão de retomar o modelo capitalista presente durante o início da Idade Contemporânea, encorajado pelos valores e ideais da Revolução Francesa e da Revolução Industrial.

Este modelo é ultrapassado, não se sustenta, e leva à criação de polaridades, partes adversárias, sem que haja um árbitro. Nesta situação, estes polos são inimigos e não convivem em harmonia, apesar de dependerem um do outro para sua sobrevivência. Veja-se que o consumidor/empregado não sobrevive sem o fornecedor/empregador e vice-versa, por exemplo.

Sem o Estado a disciplinar estas extremidades, nos veríamos em uma partida esportiva sem regras, em que uma das partes eliminaria a outra, até não existir mais o jogo (o capitalismo)

⁴⁴² Sayeg, R. H., Hudler, D. J., **Capitalismo Humanista: Uma Nova Ética Universalista para a Economia de Mercado**. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, Encontro Virtual, Florianópolis, v. 7, Jan/Jul 2021, p. 73-88.

⁴⁴³ *Idem*, pag.74.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, pag.75.

Esta sociedade polarizada já levou a guerras, a regimes totalitários e ao comunismo, que é justamente o que mais teme o neoliberalismo. Então para que insistir neste equívoco?

Sayeg e Balera⁴⁴⁵ afirmam que a solução não é a extinção do capitalismo, pois este já se mostrou o mais eficiente, como se viu com a queda das Repúblicas Soviéticas, mas a sua aprimoração, com o apreço aos direitos humanos e o direito à fraternidade.

E o direito à fraternidade, conforme Sayeg e Balera⁴⁴⁶, não pode ser visto como mera virtude moral, mas sim como “obrigação jurídica do Estado, da sociedade civil e dos homens livres para com todos e tudo, em especial para com os excluídos socialmente e para com o planeta”.

3 A SOCIAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. O NEOLIBERALISMO. A GLOBALIZAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 vislumbra um Estado Social, responsável pela regulamentação das relações sociais, garantidor de direitos fundamentais de três dimensões.

Ainda, a Constituição Federal, no seu artigo 170, prevê que a ordem econômica é fundada tanto no trabalho humano como na livre iniciativa, tendo a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social⁴⁴⁷.

Porém, governos nacionais neoliberais entram em conflito com a Carta Magna, visando extirpar direitos ali consolidados e, que por serem fundamentais, demandam um poder constitucional originário para tal mister.

Até que se faça uma revolução, um golpe de Estado propriamente dito e se obtenha o poder constituinte originário, os governos neoliberais empenham-se em incluir no ordenamento jurídico pautas que lhes aprazem e, principalmente, à globalização, ignorando totalmente os ideais do constituinte de 1988.

Bonavides⁴⁴⁸, constatou este movimento, asseverando

Com efeito, acha-se em curso processo de recolonização e de esfacelamento da Constituição, que liquida os princípios

⁴⁴⁵ SAYEG e BALERA, 2011 apud CARVALHO, V.F.A. **A Resignificação do Jusnaturalismo de John Locke a partir do capitalismo humanista**. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável | e-ISSN: 2526-0057 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 38 - 55 | Jul/Dez. 2019. P.39

⁴⁴⁶ *Idem*.

⁴⁴⁷ BRASIL, Constituição (1988). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁴⁴⁸ Bonavides, P. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**. 4ª. edição. Malheiros Editores, 2009. P. 13.

fundamentais da Carta Magna, designadamente a separação de poderes, a soberania do Estado, a probidade administrativa, a isonomia, a justiça, a liberdade, a solidariedade. A crise constituinte em curso tem esse teor de ameaça às instituições, podendo fazer com o País o que as Cortes de Lisboa e a arrogância imperial de Pedro I não lograram nos primeiros anos da segunda década do século passado: apagar o sentimento constitucional da nacionalidade, ditar o retorno à condição colônia programada pela hipocrisia liberal da metrópole (...). Estamos em situação constitucional muito mais grave, a recolonização é iminente, a passividade do povo não tem paralelo na história, as camadas governantes desmantelam a máquina do poder, ferem a Constituição, aviltam o Estado, e as elites aplaudem; a classe representativa não reage, e é cúmplice da desnacionalização. (...) A sede de poder está fora do território nacional e ninguém sabe que surpresa amanhã nos aguarda, ao sabor das flutuações especulativas das bolsas de valores, colocadas debaixo do influxo e domínio do capital estrangeiro. (...)

A derradeira década do Século XX, ao que tudo indica, ficará assinalada na História pela surpresa e reviravolta de acontecimentos que, em toda parte, alteraram substancialmente o quadro das relações de poder e acabaram por instituir a hegemonia de uma única superpotência, determinando, ao mesmo passo, com o advento da globalização e do neocolonialismo, o acaso político e econômico de inumeráveis Estados do Terceiro Mundo. Sujeitos a pressões que lhe arruinam a economia, a moeda, o câmbio e, portanto, a capacidade de atuar com alguma parcela de autonomia nos mercados internacionais, esses Estados passam por um eclipse de soberania. (...) À fé púnica dos globalizadores neoliberais opõe-se o humanismo do Estado social e sua filosofia do bem comum e do poder legítimo. Estado social que, gerado no constitucionalismo de inspiração weimariana e aperfeiçoado nas Constituições subsequentes à Segunda Grande Guerra Mundial, até ser atropelado, ultimamente, pela onda de expansionismo da reação capitalista, nem por isso se desfez de seu potencial de luta ou perdeu por inteiro a capacidade de resistência eficaz ao novo *status quo* do capitalismo

E prossegue,

Desde a terceira década do século XX que o constitucionalismo brasileiro se tem volvido para a construção de um país atado aos princípios do Estado social, à observância, tanto quanto possível rigorosa, de sua doutrina e ideologia, no afã de erguer uma sociedade mais justa, mais humana,

mais fraterna, capaz de seguir a linha jurídica de propósitos fundamentais enunciados, em síntese, no art. 1º. Da Constituição Federal e, ao mesmo passo, corrigir as desigualdades sociais e regionais que lhe minam a estrutura e lhe obstaculizam as vias libertárias do desenvolvimento.⁴⁴⁹

Neste cenário, afigura-se um trabalho hercúleo proteger a Carta Constitucional. Há pressão externa e interna para que seja implantado o neoliberalismo, deixando as leis de mercado regularem livremente as relações comerciais, de trabalho, consumeristas, ambientais etc. em nosso país.

Mas devemos fazê-lo; e, além disto devemos fazer ecoar o porquê o fazemos. Os motivos são: 1- sabemos que este modelo neoliberal não funciona e leva à ruína dos seres humanos e dos Estados. Guerras, regimes ditatoriais, dentre eles o comunismo soviético, já ocorreram por conta do modelo liberal; 2- a Constituição Federal é nossa lei fundamental, norteadora do legislador infra-constitucional, pelo que se não lhe dermos força e negarmos a sua vigiância, teremos que nos seguir por interesses de alguns em detrimento de todos, sejam eles governos de ocasião que representam interesses bem delineados, sejam governos externos que vislumbram colonizar nossa alma, nosso espírito, para extrair todas as nossas riquezas, sejam elas minerais, culturais, econômicas e, também a força do trabalho brasileiro.

Sem olvidar os momentos históricos distintos do liberalismo e do neoliberalismo, mas em vista da identidade de ideias, trago à colação os ensinamentos de Fonseca⁴⁵⁰, ao tratar do liberalismo econômico refutado por Keynes,

Dentre os críticos do liberalismo, John Maynard Keynes (1883-1946) sem dúvida ocupa lugar singular. Suas ideias sobre o tema fogem a qualquer padrão com relação aos que lhe antecederam. Keynes não era socialista, criticava as experiências como a da Rússia soviética e suas referências a Marx quase sempre foram em tom crítico. Por outro lado, desprezava o nazi-fascismo e o corporativismo, responsáveis por empolgar boa parte de seus contemporâneos, também com uma retórica antiliberal e com forte apelo estatista. (...) Este ensaio tem como objeto central elucidar os argumentos de Keynes em suas críticas ao liberalismo econômico, este entendido como as teorias e práticas de política econômica adotadas pelo *mainstream* no campo da Ciência Econômica e simbolicamente respaldado na máxima do *laissez-faire*. (...) segunda e seguinte enfoca o que talvez seja a marca mais defi-

⁴⁴⁹ *Idem*. P. 22.

⁴⁵⁰ Fonseca, P.C.D., Keynes: o liberalismo econômico como mito. Economia e Sociedade. Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010.

nidora do antiliberalismo de Keynes: o fato de não significar uma rejeição ao capitalismo. Mais além: em várias passagens de sua obra, ressalta o papel do investidor, a importância da propriedade privada e da livre iniciativa como essenciais para uma sociedade mais justa e eficiente. Todavia, seu argumento é complexo, pois critica o especulador e, reiteradamente, propõe aquilo que os empresários mais repelem: controle do Estado em seus negócios, regulamentação e limites. Ao contrário da teoria econômica tradicional, cujos modelos associam capitalismo e liberalismo de modo que ambos passam a ser entendidos como fenômenos indissociáveis, em Keynes há um nítido entendimento do contrário: o primeiro, com suas instituições, é tratado como um sistema econômico, enquanto o segundo como um conjunto de ideias que servira o propósito de influenciar e justificar atos de governos e policymakers desde o final do século XVIII. Keynes reiteradas vezes ponderou que estas ideias e teorias foram atropeladas pelos acontecimentos do século XX, de modo que se fazia mister substituí-las por uma nova forma de pensar a economia e, portanto, de praticá-la.

Uma característica marcante da crítica de Keynes ao liberalismo é seu apelo à razão prática. O liberalismo está errado porque “não funciona”. Poderia até ter sido útil no passado; no mundo do século XX, e principalmente com a perda da hegemonia britânica, deixara de sê-lo. Sua existência é questionada tendo como critério a utilidade. (...) Assim, verdades que haviam encantado gerações de economistas e conquistado políticos, empresários e tornado-se senso comum ao conquistar os não especialistas – “oferta de moeda causa inflação”, “o mercado tende ao autoequilíbrio”, “o Estado deve restringir-se à segurança e justiça”, “a poupança favorece o crescimento econômico”, “o juro é a remuneração pelo sacrifício da abstinência” – são postas em questão pela experiência. Keynes rejeita, portanto, argumentos dedutivos, apriorísticos ou explicitamente valorativos ao arquitetar sua construção teórica, cujo desaguadouro consiste na rejeição aos princípios liberais.

Indaga Keynes, apud Fonseca⁴⁵¹, na obra “O fim do *laissez-faire*”, de 1926, por que o liberalismo e o individualismo conquistaram tantos adeptos. Interroga, o economista, como seria possível a sociabilidade em uma sociedade baseada no lucro e no individualismo, cujos valores são a acumulação, o egoísmo e a iniciativa individual. Ressalta que a impessoalidade do mercado não tem como definir as regras mais básicas de convivência.

⁴⁵¹ *Idem*. p. 429.

Fonseca⁴⁵² demonstra que Keynes também refuta o liberalismo em razão de que este é fundamentado em pressupostos e axiomas, embasados em métodos dedutivos, sem qualquer recurso empírico, para demonstrar que o somatório das maximizações das funções individuais resulta o ótimo social. Salienta, o autor, que este aforismo foi pregado por Smith, na obra *As Riquezas das Nações*, que até hoje é o principal fundamento do liberalismo econômico, e que pode ser interpretado como “a sociedade regida pela impessoalidade do mercado e pelo autointeresse não apenas não se desagregará, mas trará o melhor para todos”, ou ainda “Se cada um for livre para buscar seu máximo ganho e prazer, o resultado será o melhor para o conjunto da sociedade”.

E não se diga que o neoliberalismo da sociedade globalizada é inevitável, apesar de os neoliberais o afirmarem, visto que estão incorrendo no mesmo erro dos marxistas, que proclamavam que o sistema comunista era inexorável⁴⁵³.

Nenhum sistema é infalível, eterno e inarredável. Veja-se que todos os sistemas até agora foram suplantados, ou modificados, ou aperfeiçoados.

O que se vê é uma doutrina ideológica massiva de valores neoliberais globalizadores, que rechaçam o Estado-Social, sem que, em contrapartida, se ressaltem as suas qualidades. É o golpe de Estado institucional, que nas palavras de Bonavides⁴⁵⁴

Em nome da fé na globalização propõe-se um capitalismo de última geração que, ao mesmo passo, desfere, em silêncio, o que denominamos golpe de Estado institucional. Golpe muitos mais devastador e funesto que aquele do modelo clássico e tradicional – sem tanques nas ruas, sem interdição dos veículos de opinião, sem fechamento das Casas do Congresso -, mas que serve se justamente destes meios para coagir a Nação, anestesiar a sociedade, paralisar-lhe os nervos, calar a reação popular e sufocar a consciência do País. O golpe de Estado institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos, mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade Poderes, mas os domina por cooptação de seus titulares tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações da política cambial,

⁴⁵² *Ibidem*. p. 430.

⁴⁵³ Bonavides, P. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**. 4ª. edição. Malheiros Editores, 2009. .P. 22.

⁴⁵⁴ *Idem*. P.23.

arrocho de salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio da mídia, desmoralização da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição a servidores públicos, recessão, seguindo, assim, à risca, receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e a redução do País ao status de colônia, numa marcha sem retorno.

Destarte, mesmo que a corrupção endêmica que assola nosso território torne este discurso de Estado Zero ou mínimo, eficiente e plausível, a Constituição Federal de 1988 permanece em vigor e deve ser respeitada, devendo ser envidado esforços para a os direitos fundamentais multidimensionais ali previstos sejam respeitados, sejam os de primeira, segunda ou terceira geração.

4 O CAPITALISMO HUMANISTA. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Com vistas a equacionar a nossa Constituição Federal, em que prevalece o Estado-Social (sem olvidar aqui os que pregam a superação desta filosofia pelo Estado Constitucional, fundado no estado de risco), mas que prestigia a liberdade e, portanto, o capitalismo, surgem as reflexões de Sayeg e Balera⁴⁵⁵, que propõem uma filosofia humanista para o direito econômico. Nelas, os autores reconhecem o direito subjetivo natural à propriedade e também o direito subjetivo decorrente do direito à livre iniciativa, assim como Locke ensinava; porém, modulados pelos direitos humanos constitucionais fundamentais de 1^a., 2^a. e 3^a. dimensões com a finalidade de fazer valer o Princípio Universal da Dignidade Humana. Não admitem, outrossim, a liberação descontrolada do mercado, como pregam os neoliberais; e, ressaltam que somente compensa um capitalismo que respeite os direitos humanos.

Sayeg e Balera⁴⁵⁶ sustentam que o humanismo antropocêntrico já não é suficiente, sendo necessário o humanismo antropofílico, ou seja, o ser humano não pode ser mais visto individualmente, mas em relação a outros seres humanos, à natureza etc. , ou seja, o ser humano deve ser visto em sua dimensão relacional.

Carvalho⁴⁵⁷ assevera que esta posição de Sayeg e Balera permite atribuir nova importância à filosofia jusnaturalista de John Locke, pai do liberalismo,

⁴⁵⁵ SAYEG e BALERA, 2011 apud CARVALHO, V.F.A. **A Ressignificação do Jusnaturalismo de John Locke a partir do capitalismo humanista**. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável | e-ISSN: 2526-0057 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 38 - 55 | Jul/Dez. 2019. P.39.

⁴⁵⁶ *Idem*.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

na medida em que pressupõem a existência do direito natural à fraternidade, além dos direitos naturais à igualdade e à liberdade, dos quais Locke já tratava e que vieram, após, a respaldar o capitalismo como o modo de produção inato ao ser humano.

Segundo Carvalho⁴⁵⁸

[...] uma fraternidade apta a funcionar como medida de proporcionalidade entre a liberdade e a igualdade, e sob cujo manto as três dimensões dos direitos humanos estão amparadas, e não somente a primeira: os direitos humanos de primeira dimensão (liberdades negativas, internas e externas), os de segunda dimensão (liberdades positivas) e os de terceira dimensão (direitos de proteção).

Por sua vez, Sayeg e Balera⁴⁵⁹

[...] a fraternidade atuará, por assim dizer, como o maestro que rege o coro entre duas vozes: a da liberdade e a da igualdade, sob a clave melódica da dignidade humana e planetária, que alberga o homem todo e todos os homens, irmanados por meio da concretização multidimensional dos direitos humanos [...]

A fraternidade é o valor que impede que a igualdade seja vista sem a liberdade, situação que leva ao totalitarismo; e, também evita que a liberdade olvide a igualdade, o que leva ao capitalismo selvagem.

A fraternidade é um Princípio, pois não se tratar de uma simples norma primária de conduta, de fatos e consequências, mas de norma (Princípio também é norma) de gradação diferenciada, que cria condições para o desenvolvimento de algo (otimização), com várias formas de concretização. O Princípio tem força interpretativa, integrativa e normativa cogente, tanto de forma vertical (pelo próprio Estado) como horizontal (entre particulares)⁴⁶⁰.

Assim, toda e qualquer situação ou regra, deve ser analisada sob a liderança do Princípio da Fraternidade, a fim de que arquétipo constitucional não seja violado.

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ SAYEG e BALERA, 2011 apud CARVALHO, V.F.A. **A Resignificação do Jusnaturalismo de John Locke a partir do capitalismo humanista**. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável | e-ISSN: 2526-0057 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 38 - 55 | Jul/Dez. 2019. P.39.

⁴⁶⁰ BUSATO, A.F.G. Da aplicabilidade do Princípio da Fraternidade nos Contratos Cíveis e Empresariais. Limites à Lei da Liberdade Econômica n. 13.874/19. In Souza Netto, J. Giacoia, G. e Cambi, E. (org.). **Direito, Educação & Cidadania. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin**. Editora Clássica. Curitiba. 2021. p. 239-253.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se que os argumentos neoliberais vão de encontro à Constituição Federal de 1988, posto que não vislumbram limites ao direito à liberdade (econômica).

Esta filosofia não encontra amparo na Carta Magna brasileira, que consagrou o Estado do Bem-estar Social, em que além do direito à liberdade, prevê os direitos à igualdade, à dignidade da pessoa humana, entre outros.

Os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal são limitados entre si. Assim, o direito à liberdade encontra limites no direito à igualdade, à dignidade da pessoa humana, à solidariedade etc. E, a fim de harmonizar estes princípios/direitos, que a princípio se revelam antagônicos, o Princípio da Fraternidade, previsto no preâmbulo da carta constitucional, se destaca.

O Princípio da Fraternidade é um meta-princípio, é um feixe de valores que ilumina todos os demais princípios e normas do ordenamento jurídico, sejam eles de direito público ou privado⁴⁶¹. E é responsável por sustentar o capitalismo humanista preconizado por Sayeg e Balera, modelo que se revela factível para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**, 4ª. edição. Malheiros Editores, 2009. p. 22.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08/02/22.

BRASIL ESCOLA. **Revolução Francesa**. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/revolucao-francesa.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

BUSATO, A.F.G. Da aplicabilidade do Princípio da Fraternidade nos Contratos Cíveis e Empresariais. Limites à Lei da Liberdade Econômica n. 13.874/19. In Souza Netto, J. Giacoia, G. e Cambi, E. (org) **Direito, Educação & Cidadania. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin**. Editora Clássica. Curitiba. 2021. p. 239-253

CARVALHO, V.F.A. A Ressignificação do Jusnaturalismo de John Locke a partir do capitalismo humanista. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável** | e-ISSN: 2526-0057 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 38 - 55 | Jul/Dez. 2019. p.39.

EDUCA MAIS BRASIL. (BRASIL) **Idade Média**. Disponível em <https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/idade-media>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴⁶¹ *Idem*. p. 240.

FERGUSON, Kate. **How German Angst Created The Welfare State**. 2019. Disponível em <https://www.dw.com/en/how-german-angst-created-the-welfare-state/a-48048444>. Acesso em: 02 fev. 2022.

FILGUEIRAS, L. O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico. Em publicação: Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales. Basualdo, Eduardo M.; Arceo, Enrique. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Agosto 2006. ISBN: 987-1183-56-9 Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/basua/C05Filgueiras.pdf>

FONSECA, P.C.D. Keynes: o liberalismo econômico como mito. **Economia e Sociedade**. Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010.

MUNDO EDUCAÇÃO. **Liberalismo**. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/liberalismo.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

MUNDO EDUCAÇÃO. **Mercantilismo**. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/mercantilismo.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

MUNDO EDUCAÇÃO. **Revolução Industrial**. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/revolucao-industrial-2.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

OLIVEIRA, E. M. (2006). **Transformações no Mundo do Trabalho, da Revolução Industrial aos nossos dias** / Word of work transformations - from industrial revolution to our days. Caminhos De Geografia, 5(11). Recuperado de <https://seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/view/15327>.

PEDRERO-SANCHÉZ, M.G. **História da Idade Média. Textos e testemunhas**. Editora Unesp. 1999. 3ª. reimpressão.

SAYEG, R. H, HUDLER, D. J., Capitalismo Humanista: Uma Nova Ética Universalista para a Economia de Mercado, **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, Encontro Virtual**, Florianópolis, v. 7, Jan/Jul 2021, p. 73-88.

SCHUMPTER, Joseph E. **On the Concept of Social Value**. **Quartely Journal of Economics**, volume 23, 1908-9. Pag. 213-232. Disponível em <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/schumpeter/socialval.html>.

SECRETARIA DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ (BRASIL). **Adam Smith**. Disponível em <http://www.filosofia.seed.pr.gov.br/modules/galeria/detalhe.php?foto=493&evento=3>. Acesso em: 23 fev. 2022.

SMITH, ADAM. **A RIQUEZA DAS NAÇÕES: Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**. 1e., São Paulo: Madras, 2009.

SOUZA, R.G. **Feudalismo**. História do Feudalismo. Disponível em <https://www.historiadomundo.com.br/idade-media/feudalismo.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

CRÉDITO RURAL: Sistema de Financiamento Público do Agronegócio e Aspectos Polêmicos

Heloísa Bagatin Cardoso⁴⁶², Julson Arantes⁴⁶³

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da Política Agrícola, na década de 60, houve um crescimento das legislações que tratavam do direito agrário a fim de criar mecanismos para o Estado fomentar a atividade rural e, conseqüentemente, a produção de alimentos, garantindo o bem-estar da população. Para tanto, a competência para criar normas foi delegada ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central foi dada a responsabilidade de executar e fiscalizar o cumprimento das disposições, conseqüentemente, houve crescimento na elaboração de normas jurídicas de direito agrário e o direito financeiro.

A lei 4.505, de 30 de novembro de 1964, representa um marco para o direito agrário nacional, uma vez que dispõe sobre o Estatuto da Terra, cujo um dos objetivos principais é a promoção da Política Agrícola. Trata-se de elaborar e efetivar um ‘conjunto de providências de amparo’ sendo o Estado um sujeito ativo, podendo interferir, de certo modo, nas relações privadas para garantir o bem-estar social e o cumprimento da função social da propriedade e da produção agropecuária.

Deste modo, compete ao Estado, e aos órgãos a que delegar competência, instruir o produtor rural de forma adequada, a fim de otimizar a produção e fornecer segurança ao trabalhador e aos investidores para, dessa forma, fortalecer a economia no setor primário em todo o território nacional. O Poder Público

⁴⁶² Servidora Pública. Palestrante, Escritora e Coordenadora de livros em direito agrário e agronegócio. Pós-Graduanda em Direito do Agronegócio (IDCC). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Especialista em Direito Contemporâneo pelo Centro de Estudos Jurídicos Luiz Carlos). Bacharel em Direito (Unicuri-tiba). Tecnóloga em Comunicação Institucional e Empresarial (UTFPR). Coordenadora Nacional da União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU), 2020-2022. Secretária Nacional da Comissão Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU (CNMAU), 2019-2022. Membro da Comissão de Crédito e Financiamento Rural da UBAU, 2021-2022. Associada e Correspondente do Paraná da Academia Brasileira do Direito do Vinho (ABDVIN), 2019-2021. Membro da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE), 2015-2020. Conciliadora e Multiplicadora do Projeto Pacificar é Divino do TJPR.

⁴⁶³ Pós-graduando em Direito Aplicado ao Agronegócio pelo IDCC/PR. Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo IDP/DF. Membro da UBAU – União Brasileira dos Agraristas Universitários. Secretário-geral da Comissão Nacional de Crédito Rural e Financiamento do Agronegócio da UBAU. Foi aluno da Liga Universitária de Agraristas.

pode auxiliar esse processo de forma direta, com a concessão de crédito, oferecendo seguro rural e promovendo cursos de capacitação, ou indiretamente, com a manutenção de estradas e rodovias para facilitar o transporte e com a implementação de saneamento básico, energia elétrica e telefonia, melhorando as condições de vida no campo.

De fato, cediço que a melhor forma do governo intervir na economia e colocar em prática suas políticas é por intermédio de instrumentos creditícios, conforme previsto no art. 187 I, da CF, seja liberando ou reduzindo a oportunidade de crédito, como também determinando quais são os cultivos ou criações que receberão maiores facilidades de financiamento. Assim, consegue organizar a produção agropecuária para atender ao mercado interno e externo.

Vale destacar, ainda, a Lei 4.829/65, que institucionalizou o crédito rural no país, e o Decreto-Lei 167/67, que dispõe sobre os títulos de crédito, criando um regramento próprio aos contratos bancários rurais, inclusive, no tocante aos encargos financeiros aplicáveis as operações de crédito, distintos dos contratos de mútuo comum, a fim de incentivar o setor agrícola.

Bordenave explana que a agricultura constitui um complexo bioeconômico, no qual “combinam-se aspectos de ordem pessoal, de ordem ecológica e de ordem institucional”⁴⁶⁴, mas muitos desses fatores não podem ser controlados pelo agricultor, o que imprime à agricultura um caráter aleatório. Assim, o autor acredita que os maiores inimigos do produtor rural são o risco e a incerteza. Conforme expõe Barros⁴⁶⁵, além dos fatores sazonais que tornam a atividade rural de alto risco, o homem do campo ainda teria contra si a instabilidade da política exclusivamente econômica do governo, logo, o crédito rural não configuraria uma benesse governamental, mas sim uma “imposição ditada pelo binômio risco da produção e necessidade social de alimentar”.

Com a institucionalização do SNCR grandes mudanças ocorreram na sociedade brasileira, pois a partir dos investimentos realizados no setor agropecuário, tornou possível a expansão da atividade agrária no Brasil, atraindo não somente novas tecnologias, mas também, investimentos do setor privado, o que impulsionou a produção agrícola e conseqüentemente a economia nacional. Desse modo, com a expansão das fronteiras agrícolas, o Brasil passou a ocupar a posição de grande protagonista na produção mundial de alimentos, o que demanda para o futuro uma grande captação de recursos, pois um dos grandes desafios do mundo moderno é garantir a segurança alimentar de maneira sustentável, o que demanda uma evolução constante na produção alimentar, acompanhando

⁴⁶⁴ BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é comunicação rural**. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 19.

⁴⁶⁵ BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Agrário**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1996. p. 154-155.

a crescente demanda populacional, que busca erradicar a fome com a adoção de práticas sustentáveis que garantirão um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

Nesse cenário a MP nº 987/2019 convertida em lei, que passou a ser conhecida por “Lei do agro” (Lei nº 13.986/2020), foi introduzida no ordenamento jurídico como uma medida para reestruturar os sistemas de financiamento do agronegócio, uma vez que essa crescente demanda por recursos tornou-se um desafio a ser superado o quanto antes, desse modo, medidas que fomentassem a produção agropecuária foram adotadas, dentre elas, desburocratizar o crédito rural, com a adoção de garantias mais robustas e céleres que possibilitassem a manutenção do fluxo de retorno dos empréstimos, evitando assim, o encarecimento do crédito e oportunizando o acesso a ele. Medidas essas que influem em segurança jurídica não somente para os componentes do SNCR, mas também para os investidores do financiamento privado, atraindo recursos de investimento para o complexo agroindustrial.

Importante frisar que o crédito rural, objeto de estudo do presente trabalho, é uma política agrícola pública, e não se confunde com o sistema de financiamento privado, pois o crédito rural é um sistema de financiamento altamente controlado pelo Estado. Enquanto o financiamento privado é um sistema que surgiu em razão da crescente necessidade de investimento do agronegócio brasileiro. Sendo o ponto chave, a limitação de recursos do crédito rural, o que demandou o investimento particular, que se procedeu mediante a Cédula de Produto Rural (CPR) em 1994.⁴⁶⁶

Cumprе ressaltar que embora os aspectos estabelecidos no presente trabalho possam incidir nas condições estabelecidas em ambos os sistemas de financiamento, ele se limita a analisar as relações e instrumentos jurídicos do sistema de financiamento público.

Portanto, o presente artigo procura descrever um pouco da estrutura do crédito rural, os objetivos e finalidades do mútuo, bem como os encargos financeiros aplicáveis aos contratos, uma vez que as operações rurais possuem tratamento especial em relação ao crédito comum, abordando ainda, temas polêmicos que permeiam as relações jurídicas do crédito rural, a saber, i) suspensão do plano safra 2021/22; ii) venda casada; iii) prorrogação x renegociação; iv) a (in)constitucionalidade da execução extrajudicial.

Após a adoção dessas novas modalidades de garantia, sendo uma delas a alienação fiduciária, uma conhecida de longa data das instituições credoras do agro componentes do SNCR, mas que passou a ganhar maior relevância,

⁴⁶⁶ TORMA, Francisco, *Diferenças entre crédito rural e financiamento privado*, Agrolei. 2019.

por demandar de um procedimento de execução extrajudicial com uma rápida satisfação da dívida, procedimento este que polarizava a doutrina quanto a constitucionalidade dessa modalidade de execução em detrimento de princípios constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e da garantia constitucional de acesso à justiça. Nesse mesmo sentido, foram introduzidos a CIR e o PRA por intermédio da lei do agro, embora sendo o PRA uma inovação que atendesse as necessidades do agro de maneira excepcional, demandava do mesmo procedimento extrajudicial, com celeridade e segurança jurídica para os investidores.

Por todo o exposto, o presente trabalho, propõe-se a analisar as relações jurídicas decorrentes do crédito rural e o procedimento de execução extrajudicial de bens imóveis a luz da Constituição Federal, descrevendo o SNCR, estudando como influenciam os princípios constitucionais que polarizam a doutrina nessas relações jurídicas, e se de fato, o procedimento de execução extrajudicial viola os preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

1 CRÉDITO RURAL

1.1 SISTEMA NACIONAL DE CRÉDITO RURAL

O marco para a estruturação do Sistema Nacional do Crédito Rural foi a Lei da Reforma Bancária (lei 4.595/64) que instituiu o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central (Bacen).

Marcus Reis⁴⁶⁷ explica que no SNCR existe uma interação entre a esfera pública e privada, onde a primeira estabelece as diretrizes, fontes de recurso e fiscalização, e a segunda promove a negociação do crédito entre o produtor rural e a instituição financeira ou equiparada.

Dick sustenta que a política de crédito no Brasil realiza-se de acordo com o escalonamento de valores determinados pelo Poder Executivo Federal, sendo que o CMN é o responsável pelas decisões executadas pelo Bacen, com a intermediação do Sistema Financeiro Nacional (SFN)⁴⁶⁸. Deste modo, Barros explana que o CMN constitui-se em um colegiado que tem competência para fixação dos procedimentos do crédito rural, “especialmente na avaliação, origem e dotação dos recursos a serem aplicados; na expedição de diretrizes e instruções;

⁴⁶⁷ REIS, Marcus. Crédito Rural – Teoria e Prática. Ed. Forense, 2019. p. 10.

⁴⁶⁸ Segundo a autora, compete ao CMN: “Formular a política creditícia a ser conduzida pelo Sistema Nacional de Crédito Rural, em consonância com as diretrizes governamentais de desenvolvimento agropecuário. A decisão do Conselho Monetário Nacional é divulgada através de Resolução do Banco Central do Brasil e operacionalizada pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural.” DICK, Ana Luisa Ullmann. **Manual do Crédito Agrário**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 20-21.

critérios seletivos e de prioridade e fixação e ampliação dos programas”.⁴⁶⁹ Neste mesmo sentido, Lutero⁴⁷⁰ destaca que foi delegada a normatização do crédito rural ao CMN, pois havia necessidade de que esta fosse feita de forma célere (o que não seria possível com a tramitação morosa do processo legislativo).

No tocante ao Bacen, este assume a responsabilidade de gerenciar a atuação de todas as instituições financeiras que trabalham com o crédito rural, como assevera Barros⁴⁷¹, “elaborando planos globais de ação para a implementação dos financiamentos, inclusive na forma de distribuição e incentivo da produção rural”.⁴⁷²

Segundo a Lei 4.829/1965 que institucionaliza o crédito rural, o SNCR é constituído de órgãos básicos, vinculados e articulados. Fazem parte da primeira classificação o Banco Central do Brasil, o Banco do Brasil S.A., o Banco da Amazônia S.A. e o Banco do Nordeste do Brasil S.A. Dentre os vinculados fazem parte o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), os auxiliares (agências de fomento, bancos estaduais e privados, Caixa Econômica Federal, cooperativas rurais e sociedades de crédito) e os incorporados (instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo). Articulados são os órgãos oficiais de valorização regional e entidades de prestação de assistência técnica, cujos serviços as instituições venham utilizar em conjugação com o crédito, mediante convênio.

Tenório acrescenta que, além das instituições financeiras (privadas, públicas federais e não-federais) supramencionadas, também compõem o SNCR as entidades de prestação de assistência técnica e econômica ao produtor rural, órgãos oficiais e outras instituições admitidas pelo CMN.⁴⁷³ Na concepção de

⁴⁶⁹ BARROS, 1996, p. 140.

⁴⁷⁰ PEREIRA, Lutero de Paiva. **Crédito Rural Limites da Legalidade**. Tomo I. Curitiba: Juruá, 1992. p. 29-30.

⁴⁷¹ BARROS, 1996, p. 140.

⁴⁷² Ademais, Igor Tenório afirma que é competência do BACEN:

- a) dirigir, coordenar e fiscalizar o cumprimento das deliberações do CMN, aplicáveis ao crédito rural;
- b) sistematizar a ação dos órgãos financiadores e promover a sua coordenação com os que prestam assistência técnica e econômica ao produtor rural;
- c) elaborar planos globais de aplicação do crédito rural e conhecer a sua execução tendo em vista a avaliação dos recursos para introdução de correções cabíveis;
- d) determinar os meios adequados de seleção e prioridade na distribuição de crédito rural e estabelecer medidas para zoneamento dentro do qual devam atuar os diversos órgãos financiadores, em função dos planos elaborados;
- e) estimular a ampliação dos programas de crédito rural, mediante refinanciamento ou repasses a seus agentes financeiros;
- f) estimular a expansão da rede distribuidora do crédito rural, mediante refinanciamento ou repasses a seus agentes financeiros;
- g) executar o treinamento do pessoal dos órgãos do Sistema Nacional de Crédito Rural, diretamente ou mediante convênio.

TENÓRIO, Igor. **Curso de Direito Agrário brasileiro**: com formulários. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-194.

⁴⁷³ TENÓRIO, 1984, p. 192.

Albuquerque, os estabelecimentos que integram o SNCR podem ser classificados em três categorias: entidades que estão autorizadas a conceder Crédito Rural sem limitação (como o Banco do Brasil S/A, Banco da Amazônia S/A e Banco do Nordeste do Brasil S/A), entidades que concedem ou participam do crédito rural através de autorização expressa da lei – mas nos limites por ela impostos – (como o Bacen, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, bancos estaduais e privados, sociedades de crédito) e entidades e associações que concedem financiamento rural em virtude de autorização oficial fornecida pelo Conselho Monetário Nacional (como a Cooperativa).⁴⁷⁴ O autor entende necessária a autorização específica como elemento caracterizador do sujeito concedente do crédito rural, diante da finalidade própria do financiamento agropecuário, tendo habilidade técnica para examinar a proposta de modo adequado e fiscalizar a aplicação do crédito em consonância com a política agrária do país. A autorização especial pode ser de três tipos: decorrente da própria legislação, expressa em lei – mas condicionada ao cumprimento de requisitos – ou fornecida pelo Estado.⁴⁷⁵

A estrutura do SNCR também estava prevista no capítulo 1 do MCR, porém a partir da Resolução CMN nº 4883/2020 houve a reestruturação dos primeiros capítulos do Manual de Crédito Rural, passando a constar os requisitos necessários para que instituições financeiras possam operar com crédito rural, a saber: existência de setor especializado, conhecimento das normas básicas e sistematização do trabalho de acordo com a peculiaridade do crédito, disponibilização de serviços de assessoramento técnico em nível de carteira, indicação de recursos livres destinados ao crédito rural, designar responsável pela área.

O MCR também prevê a possibilidade da instituição financeira oferecer crédito rural por intermédio de agentes que podem prestar alguns serviços específicos, tais como: realização de cadastro do beneficiário; recebimento e análise preliminar das propostas, projetos e documentos exigidos pela legislação para a contratação; orientação do beneficiário acerca das normas que regulamentam o financiamento; fiscalização da aplicação do crédito; cobrança extrajudicial em caso de inadimplência ou descumprimento de alguma cláusula; guarda da documentação recebida. Vale ressaltar que o custo da contratação de agente de crédito não pode ser repassado ao cliente. Além do mais, a agência quando prestar serviços de assistência técnica e extensão rural não pode condicionar a sua contratação para liberação do crédito rural, sob pena de configurar venda casada.

⁴⁷⁴ ALBUQUERQUE, 1995, p. 210-211.

⁴⁷⁵ ALBUQUERQUE, 1995, p. 212-213.

Assim, denota-se a preocupação do Estado em criar o SNCR para administrar e suprir parte das necessidades da política creditícia do país no setor do agronegócio, a fim de fomentar o desenvolvimento da produção rural.

1.2 PLANO AGRÍCOLA E PECUÁRIO – PAP

Desde 2003, a execução do crédito rural se dá todos os anos através do Plano Agrícola e Pecuário – PAP, ou como é popularmente conhecido, Plano Safra, onde o Governo Federal divulga anualmente por meio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) o montante de recursos e as condições que deverão ser observadas pelas instituições financeiras para o financiamento aos produtores rurais. Onde as diretrizes do crédito são traçadas para aplicação pelas instituições financeiras que compõem o SNCR, reunindo o conjunto de políticas de assistência técnica e extensão rural, crédito, seguro de produção, preço, comercialização e organização econômica, para atender em especial os pequenos e médios produtores rurais através de diferentes linhas de crédito.

No atual Plano Safra 2021/22 foram disponibilizados R\$ 251,2 bilhões para o crédito rural, com um valor 6,3% superior ao PAP anterior, o que reflete os custos da produção e a demanda estimada de recursos para o financiamento da safra, para realização de novos investimentos e para a comercialização e o processamento da produção. Do montante total 179,2 bilhões foram destinados para o financiamento de custeio, comercialização e industrialização. Já para os financiamentos de investimento, foram disponibilizados R\$ 73,4 bilhões, com aumento de 29% em relação à safra passada, objetivando assegurar e atender a crescente demanda por esses recursos.

Na formulação do Plano Safra 2021/22, estimou-se que o Tesouro Nacional gastaria R\$ 2,8 bilhões com a equalização de juros neste ano, sendo R\$ 960,1 milhões com operações de custeio, R\$ 413,8 milhões com empréstimos para investimentos, R\$ 10,5 milhões para linhas de comercialização e R\$ 1,4 bilhão com o Pronaf. Em 2021, o custo foi de R\$ 791 milhões. Ao todo, o governo vai gastar R\$ 13 bilhões com a subvenção do plano, dos quais R\$ 2,1 bilhões no orçamento de 2023.⁴⁷⁶

Conforme amplamente noticiado, foi suspenso temporariamente no dia 07/02/2022 as contratações de crédito rural nas linhas subsidiadas do Plano Safra 2021/22 até o fim de fevereiro pela Secretaria do Tesouro Nacional.

⁴⁷⁶ Sem recursos, Tesouro suspende contratação de linhas com subsídio no crédito rural. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2022/02/05/sem-recursos-tesouro-suspende-subsidio-ao-credito-rural.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2022.

O ponto de partida para a suspensão, segundo o ofício do Ministério da Economia encaminhado às instituições financeiras, se deu através da Lei Orçamentária Anual (LOA), que foi aprovada com insuficiência das dotações orçamentárias que amparam os pagamentos de equalização de taxas de juros, e diante dessa insuficiência orçamentária para custear novas operações subsidiadas, foi determinada a suspensão de novas contratações de financiamentos subvencionados entre os dias 07/02/2022 e 28/02/2022. Ainda, no mesmo ofício, asseveraram os aumentos em sequência na taxa Selic, chegando a 10,75% a.a., o que eleva os gastos do governo com a equalização de juros nas operações de financiamento, ocasionando no esgotamento precoce dos recursos, tornando insuficiente o dinheiro alocado no orçamento do último ano para a subvenção.⁴⁷⁷

O Valor consultou os bancos, os quais afirmaram que ainda tinham linhas de crédito com subvenção abertas para operar nos cinco meses restantes do ciclo 2021/22. Porém, a suspensão atrapalha o planejamento dessas instituições, uma vez que elas se programam para ter sobras de recursos equalizados e oferecer empréstimos mais baratos aos produtores na reta final do Plano Safra, um diferencial competitivo em relação às taxas de mercado.⁴⁷⁸

Trata-se de situação similar com a que ocorreu no último ano, quando o Tesouro também determinou a suspensão das contratações. Todavia, diferentemente desta, a suspensão do Plano Safra anterior foi anunciada em maio, já quase ao final do ano-safra. Ademais, em 2021, a medida foi tomada em virtude de cortes de R\$ 2,5 bilhões no orçamento, posteriormente sendo suplementado com a aprovação de um PL.

Neste ano, diferentemente, os recursos foram insuficientes em virtude do crescimento dos custos do Tesouro para equalizar os financiamentos, fruto dos aumentos recorrentes na taxa Selic.

Para o consultor jurídico e ex-secretário de política agrícola do Ministério da Agricultura (Mapa), José Carlos Vaz, foi resultado da falta de condução adequada dos recursos para o crédito rural.

Vaz assevera que “Essa decisão é fruto de descoordenação do governo na gestão da política agrícola, que já começou o Plano Safra com problemas, com a suspensão de outras linhas. O produtor vai ser afetado, pois o recurso do plano agrícola acabou, mas a safra não”.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Sem recursos, Tesouro suspende contratação de linhas com subsídio no crédito rural. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2022/02/05/sem-recursos-tesouro-suspende-subsidio-ao-credito-rural.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁴⁷⁸ Ibidem.

⁴⁷⁹ Produtor vai ficar sem financiamento e terá que buscar opções mais caras. Canal Rural. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/produtor-vai-ficar-sem-financiamento-e-tera-que-buscar-opcoes-mais-caras/>. Acesso em: 10 fev. 2022.

“O produtor vai ficar sem financiamento e terá que buscar opções mais caras. Ele que já está endividado por conta da estiagem, ainda vai ter aumento do custo do financiamento”, continua.⁴⁸⁰

Diante dessa suspensão temporária dos recursos, Vaz recomenda ao produtor reduzir os gastos com insumos e buscar alternativas do financiamento privado, *barter* ou CPRs.

Não restando dúvidas assim, de que a subvenção do crédito rural oficial tem se tornado cada vez mais um desafio, seguindo a tendência da subvenção de recursos controlados serem destinados especialmente à agricultura familiar, ao pequeno e médio produtor, enquanto os demais, notadamente o grande passará a se utilizar apenas do financiamento privado, em detrimento da falta de recursos.

O governo terá ainda mais dificuldades para honrar com planejamento do Plano Safra, faltando recursos e ainda sendo necessário custear as renegociações de dívidas, alongamento de parcelas e crédito especial para quem foi prejudicado pelos problemas climáticos ocorridos na atual safra.

Depreende-se um custo de produção mais caro, prejudicando o produtor que precisará recorrer a financiamentos com taxa de juros mais elevadas, em especial, o pequeno produtor que se utiliza do sistema de financiamento público majoritariamente.

1.3 ESPECIALIDADE DO CRÉDITO RURAL

Alguns tipos de crédito são considerados especiais porque são conduzidos por princípios privativos a eles, sendo que na doutrina há diversos posicionamentos para esclarecer o motivo pelo qual o crédito rural é especial.

Dick acentua que o crédito rural enquadra-se no Direito Especial, pois constitui modalidade especializada do crédito comercial diante “de suas peculiaridades e estrutura de normas específicas, regulamentos e dispositivos especiais”, assim como se caracteriza por ser o “suprimento de recursos financeiros, por instituições do Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR), para aplicação exclusiva nas finalidades e condições estabelecidas no Manual de Crédito Rural (MCR)”.⁴⁸¹

Ainda, Alvarenga⁴⁸² conceitua o crédito rural como sendo um suprimento para melhorar o setor agropecuário, frisando a necessidade de observar

⁴⁸⁰ Ibidem.

⁴⁸¹ DICK, 1991. p. 25.

⁴⁸² “O crédito agrário pode ser definido como o suprimento adequado, suficiente e oportuno de recursos financeiros por estabelecimento de créditos oficiais e particulares, para aplicações que objetivavam incrementar

a medida e ocasião adequada de sua concessão. O doutrinador Bulgarelli⁴⁸³ entende que a definição ainda pode ser complementada pelo art. 2º, § 1º, do Dec. nº 58.380/1966, o qual estabelece que o suprimento de recursos será feito pelas instituições financeiras.

Logo, percebe-se que o crédito rural é especial por causa de sua função social, regrando-se por legislação própria, constitui-se como um instrumento da Política Agrícola que, por intermédio de instituições bancárias especializadas, injeta recursos financeiros em atividades agrárias, seja no âmbito de custeio, investimento ou comercialização, auxiliando o produtor ou empresa rural no desenvolvimento satisfatório de seu trabalho, de acordo com a modalidade de financiamento, tempo de liberação e cobrança de crédito.

1.4 OBJETIVOS E PRECEITOS DO CRÉDITO RURAL

O crédito rural foi institucionalizado pelo Decreto nº 58.380/66, prevendo em seu capítulo III a estrutura que deve cumprir, ou seja, as finalidades, modalidades, exigências e preceitos que precisam ser observados para garantir a função social dos recursos financeiros disponibilizados. Os objetivos do crédito rural estão elencados no art. 3º, da lei 4.829/65 (com semelhante redação no art. 3º, do Decreto 58.380/66), e no art. 48, da lei 8.171/91.

Resumidamente os objetivos pretendem fomentar o desenvolvimento econômico e sustentável da produção agropecuária, objetivando garantir a segurança alimentar no país, condição básica para garantir a ordem pública, a tranquilidade social e o desenvolvimento econômico-social.

Seja através da formação de capital para investimentos em pastagens, florestamento, reflorestamento, irrigação, eletrificação rural, locais de armazenagem, como galpões e silos, construções de benfeitorias ou reformas; até a comercialização dos produtos agrícolas, abrangendo todo o transporte, seja o carregamento, o seguro, a prevenção contra as pragas, os impostos, e o armazenamento; ou do custeio agrícola, em que consiste na aplicação do crédito para o financiamento das despesas necessárias para a produção agrícola e pecuária, sendo o crédito destinado somente para as despesas de fato pertencentes ao meio de produção. O que abrange o todo, desde a preparação do solo, a compra dos animais, a mão de obra rural, a compra dos insumos necessários, a colheita, o armazenamento, o transporte e o maquinário (tratores e veículos de transportes).⁴⁸⁴

os investimentos agroindustriais reprodutivos bem como atender às necessidades de custeio e comercialização da produção agropecuária." ALVARENGA, 1974 apud ALBUQUERQUE, 1995, p. 66.

⁴⁸³ BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de crédito**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 497.

⁴⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito do Agronegócio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 492 e 493.

Em relação ao inciso I, artigo 3º, da lei 4.829/65, Lutero Pereira comenta que o estímulo aos investimentos rurais é importante porque ajuda no poder de barganha do produtor rural junto ao mercado, quando se trata da comercialização, uma vez que pode agregar valores aos bens *in natura* através do beneficiamento ou industrialização, melhorando a rentabilidade. No tocante ao inciso II, do mesmo dispositivo, o autor sustenta que a concessão de crédito de custeio visa à implementação da atividade, enquanto o de comercialização permite que o produtor venda o produto em um momento mais favorável do mercado. Quanto ao terceiro objetivo, o fortalecimento econômico do produtor rural, o agrarista diz que para ser efetivado, precisa ser praticado com juros em taxas ou índices mais privilegiados e a época de cumprimento do contrato deve coincidir com a ocasião em que o produtor auferir receita da atividade financiada. O último objetivo específico diz respeito ao bem-estar e melhoria da condição de vida da população rural, que é possível por intermédio de “métodos mais racionais de exploração da terra, incluindo aí a própria preservação e defesa do solo”.⁴⁸⁵

Albuquerque⁴⁸⁶ afirma que os objetivos colimados do crédito rural são de diversas ordens, tais como de orientação (foco nos investimentos – armazenamento e transformação), capitalização (visa à harmonia entre a produção e comercialização), equilíbrio entre setores (fortalecimento do setor agrícola) e tecnificação (avanço tecnológico para promover o crescimento da produtividade).

Além dos objetivos, o legislador cuidou de tratar dos preceitos básicos inerentes ao crédito especial, no art. 50, da lei 8.171/91, quais sejam: *i)* idoneidade do tomador; *ii)* fiscalização pelo financiador; *iii)* liberação do crédito diretamente aos agricultores ou por intermédio de suas associações formais ou informais, ou organizações cooperativas; *iv)* liberação do crédito em função do ciclo de produção e da capacidade de ampliação do financiamento; *v)* prazos e épocas de reembolso ajustados à natureza e especificidade das operações rurais, bem como à capacidade de pagamento e às épocas normais de comercialização dos bens produzidos pelas atividades financeiras.

Proença destaca que a adequação, suficiência e oportunidade do crédito, não têm sido muito respeitadas, tendo em vista que os recursos são insuficientes e liberados com atraso, instigando o produtor rural a buscar financiamentos inadequados, contraindo obrigações mais onerosas. Ainda, critica que a única segurança que interessa aos bancos são as garantias reais elevadas, “comprometendo, quase sempre, todo o patrimônio dos tomadores do crédito, pouco se preocupando com seu adequado planejamento”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ PEREIRA, 2008a, p. 55-57.

⁴⁸⁶ ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. **Crédito rural**. Cuiabá-MT: UFMT, 1995. p. 154.

⁴⁸⁷ PROENÇA, Alencar Mello. **Direito Agrário**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 108-109.

Tendo em vista o receio da aplicação incorreta do crédito rural, a legislação também fez questão de elucidar as situações que não constituem função do mesmo (artigo 14, parágrafo único, Decreto 58.380/65), como por exemplo subsidiar atividades deficitárias ou antieconômicas, desvio para pagamento de outras dívidas ou fins especulativos.

Para Carlos Alberto Pereira, “os objetivos específicos do crédito rural visam, essencialmente, a fomentação da produção agrícola, com o fortalecimento econômico dos produtores rurais”, não existindo a finalidade de lucro para as instituições concessionárias de crédito rural, pois ao agir com esse intuito estariam “violando a legislação rural e levando os produtores à inadimplência generalizada”.⁴⁸⁸

Portanto, percebe-se que o produtor rural precisa aplicar corretamente os recursos financeiros segundo os objetivos do crédito rural para, posteriormente, poder eventualmente prorrogar sua dívida, dado que o desvio de finalidade impede a dilatação do prazo de quitação e a inclusão em programas especiais de renegociação.

1.5 MODALIDADES E FINALIDADES

Existem cinco modalidades de operação no crédito rural, com base no art. 11 da lei 4.829/65, e também quatro finalidades distintas conforme o art. 11, do Dec. nº 58.380/66, atualizado pelo Decreto 8.769/2016, e artigo 9º, da lei 4.829/65.

A primeira modalidade de operação do crédito rural é a *corrente*, subdividida em *sustentação*, que serve para financiar atividades rurais consideradas integrantes da produção, e em *planificado*, que se destina a projetos específicos para melhorar os rendimentos e a produtividade. A segunda modalidade é o *orientado* ou educativo, que trata de assistência financeira e técnica-educacional, que pode ocorrer de forma *orientada*, no qual há um plano tecnicamente elaborado para melhorar os níveis de produtividade e rentabilidade, o *dirigido*, que busca aperfeiçoar a produtividade da exploração rural, sua introdução ou difusão em ambientes ecologicamente favoráveis, e o *supervisionado*, que é direcionado para o pequeno produtor rural para atender as suas necessidades também familiares, tendo como intuito elevar o nível socioeconômico. A terceira modalidade de operação do crédito rural é *especial*, destinado às cooperativas de produtor rural - com gastos para integralização de cotas-partes de capital social, prestação e serviços aos cooperados, financiamento de trabalhos de custeio, coleta, estocagem, transporte e comercialização. Tem também a modalidade de operação de

⁴⁸⁸ PEREIRA, Carlos Alberto. **Contratos de crédito**. São Paulo: Centrograf, 2007. p. 21.

crédito para comercialização, a fim de garantir preços mínimos de remuneração para colocação da safra e industrialização dos produtos agropecuários, quando realizada por cooperativa ou produtor rural em sua própria propriedade. E, por fim, o crédito rural destinado aos programas de colonização e reforma agrária.

Em relação às finalidades, o crédito pode ser de *custeio*, quando serve para cobrir despesas ordinárias de vários setores, sendo estes a produção ou atividade *agrícola* (gastos com o preparo da terra até a colheita e seu armazenamento no imóvel rural, abarcando extração de produtos espontâneos, aquisição de mudas, sementes, adubos, corretivos do solo e defensivos, como, por exemplo, para plantações de soja, milho, feijão e café, compra de insumos e de silos); segmento *pecuário* ou piscicultura, apicultura e sericicultura (despesas com aquisição de sal, arame, forragens, rações, concentrados minerais, sêmen, hormônios, produtos de uso veterinário, corretivos do solo, defensivos, adubos, limpeza e restauração de pastagens, fenação, silagem, formação de capineiras e de outras culturas forrageiras) e agrícola e pecuário com aquisição de insumos para restauração e recuperação de áreas de reserva legal e de preservação permanente.

O crédito de *investimento* corresponde à formação de capital *fixo e semi-fixo*. O primeiro refere-se à implementação de culturas permanentes (incluindo pastagens, florestamento e reflorestamento), aquisição de máquinas e equipamentos de longa duração (como colheitadeira, trator, escavadeira), eletrificação rural, construção (silo, armazém, estrebaria, galinheiro), realização de reforma ou ampliação de benfeitorias e instalações permanentes, obras de irrigação e drenagem ou de recuperação do solo, e, por fim, respeitada a legislação florestal, o desmatamento e destocamento. O segundo, capital *semifixo*, trata de inversões para aquisição de animais de grande, médio e pequeno portes (destinados à criação, recriação, engorda ou de serviço), máquinas, implementos, veículos, equipamentos e instalações de desgastes a curto e médio prazo (utilizáveis nessas atividades). Em ambos os casos, o crédito rural destina-se a bens ou serviços que possam ser usufruídos durante várias safras ou ciclos de produção.⁴⁸⁹

Ademais, as linhas de crédito de custeio e investimento podem abranger também gastos com a subsistência da família – no caso de pequenos e médios agricultores –, como alimentos, saúde, roupas e outros gastos básicos, conforme item 3-2-9 do MCR.

O crédito de *comercialização* serve para facilitar aos produtores rurais ou às cooperativas a colocação de suas safras ou produtos no mercado com a transformação da matéria-prima, podendo ser *isoladamente* ou como extensão

⁴⁸⁹ PROENÇA, 1999, p. 109-111.
MARQUES, 2009, p. 155-156.
BARROS, 1996. p. 140-141.

do custeio (para cobrir despesas inerentes à fase imediata à colheita de produção própria, compreendendo armazenamento, seguro, manipulação, preservação, acondicionamento, impostos, fretes, carretas, formação de sementes e beneficiamento de grãos). Ainda, essa colocação pode ser feita mediante a *negociação* ou *conversão* em dinheiro de títulos decorrentes da venda da produção ou, ainda, por meio de *operações* para a garantia de preços mínimos fixados pelo governo federal, nas épocas próprias.⁴⁹⁰

Conforme lição de Dick⁴⁹¹, os créditos de comercialização abarcam “a) pré-comercialização; b) desconto; c) empréstimos a cooperativas para adiantamento a cooperados, por conta de produtos entregues [e] d) empréstimos do Governo Federal - EGF”, sendo que, nesta última (EGF) os beneficiários podem ser produtores rurais que desenvolvem atividades agrárias direta e indiretamente.

E, ainda, há o crédito de industrialização de produtos agropecuários realizados pela cooperativa ou até mesmo pelo próprio produtor rural em sua propriedade, que servem para financiar as despesas do processo de industrialização ou beneficiamento, incluindo, custeio de embalagens, rótulos, energia elétrica, impostos, materiais e equipamentos.

Deste modo, importante conhecer as modalidades e finalidades do crédito rural para que ele seja utilizado de forma adequada, sem desvio, garantindo a liberação do recurso.

1.6 BENEFICIÁRIOS

Albuquerque estuda a concepção de vários autores sobre quem seriam os beneficiários do crédito rural. A partir disso, entende que o empresário rural (ou empresa agrária) é a figura que satisfaz as exigências das diversas correntes, posto ser o portador do título (podendo executar os objetivos do financiamento e prestar garantias) apto a cumprir a finalidade particular do crédito, pois é o dirigente da exploração⁴⁹².

O autor explica que é possível o financiamento ser concedido a uma associação e esta repassá-lo aos seus sócios ou participantes, tratando-se de uma “operação preparatória do financiamento rural em si”, com melhor garantia ao concedente (responsabilidade solidária) e maior facilidade de liberação de crédito aos beneficiários, principalmente, pequeno e médio produtores.⁴⁹³

⁴⁹⁰ PROENÇA, loc. cit.

MARQUES, loc. cit.

BARROS, loc. cit.

⁴⁹¹ DICK, 1991, p. 26.

⁴⁹² ALBUQUERQUE, 1995, p. 218-219.

⁴⁹³ ALBUQUERQUE, 1995, p. 222-223.

Rizzardo aduz não existir “qualquer discriminação entre pessoas físicas e pessoas jurídicas”, podendo ser beneficiário “todo produtor, considerado individualmente ou como empresa organizada, desde que exerça atividades agropecuárias”. Assim, segundo o doutrinador, os comerciantes não podem se beneficiar do crédito rural, “ainda que intermediários na revenda de bens de natureza agrícola ou pastoril”.⁴⁹⁴

A Resolução CMN nº. 4.929/2021 estabelece a classificação do produtor rural (pessoa física ou jurídica) segundo a Receita Bruta Agropecuária Anual, considerando todas as atividades rurais (exploração agropecuária, extrativismo vegetal e animal, e serviços afins): *i*) pequeno produtor é aquele com renda de até R\$ 500.000,00; *ii*) médio produtor quem obtém receita entre R\$ 500.000,00 e R\$ 2.400.000,00; *iii*) grande produtor quem obtém receita acima de R\$ 2.400.000,00.

Além dos produtores rurais, pessoas físicas ou jurídicas, e as cooperativas, o *caput*, do art. 49, da Lei 8.171/91, também apresenta que os indígenas podem ser beneficiários de crédito rural.

Pode ainda se beneficiar do crédito rural, nos termos da Lei nº 8.171/1991 e do Decreto-Lei nº 784/1969, pessoa física ou jurídica que embora não se enquadre como produtor rural, se dedique as seguintes atividades vinculadas ao setor: pesquisa ou produção de mudas ou sementes fiscalizadas ou certificadas; pesquisa ou produção de sêmen para inseminação artificial e embriões; prestação de serviços mecanizados de natureza agropecuária em imóveis rurais, inclusive proteção do solo; prestação de serviços de inseminação artificial em imóveis rurais; medição de lavouras e atividades florestais.⁴⁹⁵

Nota-se assim, mesmo com as delimitações trazidas pela Lei nº 4.829/1965 sobre o crédito rural, a sua concessão foi estendida às pessoas físicas ou jurídicas que atuam, direta ou indiretamente na atividade agrária, muito embora não estejam conceituadas como produtores rurais.

Não são beneficiários do crédito rural, em regra, estrangeiro residente no exterior, sindicato rural e parceiro, caso o contrato de parceria restrinja o acesso de qualquer das partes ao financiamento, e pessoa estranha ao grupo tribal ou indígena que exerça atividade agropecuária em área de reserva (item 1-2-2, do MCR).

O MCR veda as instituições financeiras de concederem crédito rural para pessoas físicas ou jurídicas que tiverem auto de infração por manterem trabalhadores em condições análogas à de escravo.

⁴⁹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000. p. 255, p. 206.

⁴⁹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito do Agronegócio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 494.

Destarte, o crédito rural pode ser concedido tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, não precisando necessariamente ser proprietárias da área cultivada ou onde se desenvolve a atividade. O importante é que o beneficiário seja aquele que atua na exploração agrária, pecuária, extrativa ou afins.

2 FINANCIAMENTO RURAL

2.1 CONDIÇÕES BÁSICAS PARA CONCESSÃO DO CRÉDITO RURAL

O item 2-1-1 do MCR, atualizada pela Resolução 4883/2020, apresenta um rol de condições básicas que precisam ser cumpridas pelo mutuário e mutuante do financiamento, as novas diretrizes são pautadas na preocupação de melhor regularização fundiária das áreas financiadas, e cuidado com questões ecológicas e sustentáveis.

O beneficiário do crédito rural deve apresentar o recibo de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) e observar as recomendações e restrições do zoneamento agroecológico e ecológico-econômico, indicando as coordenadas geodésicas quando o financiamento for para custear ou investir em determinada área da propriedade rural, com definição do perímetro, e se fazer acompanhar do orçamento e projeto do empreendimento, os quais precisam ser informados e registrados no Sistema de Operações do Crédito Rural e do Proagro (Sicor). Nos casos de industrialização ou venda de produtos diretamente ao consumidor, o produtor rural também necessita apresentar a Certidão Negativa de Débito junto à Previdência Social. E fica condicionada a liberação do crédito rural, ao depósito em juízo, quando houver cobrança judicial de contribuições ao Incra.

Quando o financiamento for de atividades agropecuárias desenvolvidas no Bioma Amazônia, o beneficiário precisa apresentar os seguintes documentos: comprovação de dominialidade do imóvel, requerimento de regularização fundiária de ocupação em área da União ou dos Estados, Termo de Autorização de Uso ou Concessão de Direito Real de Uso, declarações dos órgãos integrantes das Unidades de Conservação e Uso Sustentável, relação divulgada pelo Incra de beneficiários de projetos de assentamento de reforma agrária ou declaração de aptidão ao Pronaf.

A instituição financeira, por sua vez, deve manter atualizada a ficha cadastral do beneficiário e no formato digital à disposição da fiscalização do Banco Central.

Segundo Dick, por vezes a pessoa física ou jurídica pode ser impedida de receber crédito rural, como tomadora, quando houver irregularidades capazes de

comprometer a concepção de idoneidade do sujeito financiado ⁴⁹⁶. Se assim ocorrer, o concedente do financiamento deve registrar o episódio em ficha administrativa (com a narração dos fatos e juntada de provas), comunicando formalmente o mutuário, o qual terá prazo para apresentar defesa. Ademais, a autora informa que constantemente o Banco Central envia às instituições financeiras a lista do cadastro das pessoas físicas e jurídicas que não podem agir no SNCR. ⁴⁹⁷ Por sua vez, Barros ⁴⁹⁸ complementa essa proposição afirmando ser obrigatório o registro cadastral, sendo que a idoneidade do tomador é verificada diretamente pela instituição financeira concedente, de modo que dívidas em aberto podem vir a classificar o produtor como inidôneo e inviabilizar o mútuo ⁴⁹⁹.

O autor Rizzardo explica ser relevante a elaboração de um completo orçamento, prevendo todos os gastos, aplicação de recursos, o custo e o tempo da utilização do crédito, a fim de diminuir o risco do empreendimento e determinar com precisão a destinação da verba. ⁵⁰⁰ Tenório salienta que a proposta e o orçamento precisam conter data, firma do mutuário e autenticação da instituição financeira. ⁵⁰¹

Ainda, Rizzardo pontua ser fundamental a concessão do crédito na ocasião em que forem realmente úteis para as atividades financiadas, pois, do contrário, pode não ser oportuno, forçando o produtor a contrair mútuos com fontes de recursos mais onerosas. Outrossim, apenas será eficaz caso seja liberado em importe condizente com o orçamento das despesas para não ocasionar prejuízo à atividade assistida. O crédito será adequado quando atender a sua respectiva finalidade, assim como o produtor deve ter preparo para concretizar o investimento ⁵⁰².

⁴⁹⁶ Dick afirma, ainda, que é obrigatório o produtor indicar todos os imóveis rurais de sua propriedade e aqueles em que há exploração e arrendamento, bem como o volume e valor bruto da produção nas últimas três safras. Para ela, constituem causa de não idoneidade do tomador principalmente situações, como “(...) obter ou pleitear financiamento para empreendimentos já financiados (duplicidade de crédito), deixar de aplicar os recursos nas finalidades previstas, comprovar a aplicação dos recursos com documentos falsos ou adulterados, emitir documentos falsos, alienar garantias sem prévia anuência do credor, prestar declaração falsa ou omitir informações visando obter vantagens indevidas.” (DICK, 1991, p. 64.).

⁴⁹⁷ DICK, 1991, p. 62.

⁴⁹⁸ BARROS, 1996, p. 141.

⁴⁹⁹ Rizzardo, também, acentua quais são os dados e documentos pertinentes ao cadastro pessoal, ressaltando que: “A idoneidade do preponente envolve o cadastro de dados pessoais sobre o cliente, através de sindicâncias e obtenção de informações quanto à individualização completa da pessoa, ao levantamento do patrimônio que o mesmo possui e à sua tradição no setor produtivo agropecuário. Em se tratando de pessoa jurídica, exigem-se: a apresentação dos documentos de sua constituição, como contratos, estatutos, atos de assembléia, com as devidas alterações; elementos sobre a forma societária, a composição social, com o nome dos sócios principais, da administração e representação, apontando-se o nome dos diretores, e período de vigência dos mandatos e poderes conferidos aos diretores.” (RIZZARDO, 2000, p. 207.).

⁵⁰⁰ RIZZARDO, loc. cit.

⁵⁰¹ TENÓRIO, 1984, p. 198.

⁵⁰² RIZZARDO, 2000, p. 208.

Barros⁵⁰³ declara ser obrigatória a fiscalização pela instituição financeira por tratar-se de recursos subsidiados, portanto, se houver desvio de crédito o mutuante não poderá se valer da rescisão contratual, devendo ambos assumirem com concorrência de culpa.

Portanto, depreende-se a importância do tomador do crédito zelar pelo seu “bom nome”, fornecendo informações corretas e conferindo os dados repassados ao agente financeiro para garantir que seu cadastro seja o mais fiel possível à realidade, constando como idôneo, a fim de facilitar a liberação do financiamento, bem como haja o devido controle e fiscalização pela instituição financeira.

2.2 OPEN BANKING E BUREAU VERDE DO CRÉDITO RURAL

Está em fase de implementação (2021/2022) o sistema de Open Banking (sistema financeiro aberto), na qual cada correntista poderá autorizar as instituições financeiras a terem acesso aos seus dados cadastrais e históricos sobre utilização de produtos financeiros (investimento, seguros, empréstimos etc.), com uma transparência maior dos dados, é possível uma melhor avaliação do score de crédito, aprimorando a oferta de produtos bancários e personalização de serviços.

A Resolução CMN nº 4327/14, sobre implementação de Política de Responsabilidade Socioambiental, impõe as instituições financeiras e seus agentes que tenham governança corporativa para gerenciar riscos socioambientais, com criação de procedimentos, classificações e avaliações nas suas operações e concessões de créditos.

O sistema bancário brasileiro sempre foi muito avançado e tem evoluído constantemente para atender as novas exigências de mercado, inclusive, no âmbito das práticas de ESG (Environmental, Social and Governance – Ambiental, Social e Governança) debatidas na COP26. Tendo em vista que o volume de recursos para crédito rural é restrito e existe a necessidade global dos negócios primarem pela sustentabilidade e respeito aos critérios socioambientais, o produtor rural terá que cada vez mais se adequar as novas regras para conseguir acesso ao financiamento e seus dados estarão disponíveis no sistema de open banking.

Desta forma, em relação aos financiamentos concedidos aos produtores rurais, o Banco Central está criando o bureau verde do crédito rural, que consiste na regulamentação para integrar informações a respeito do tomador do crédito e incentivar produções sustentáveis. Como as controvérsias sobre o tema foram muitas, o Banco Central abriu o Edital de Consulta Pública nº 82/2021, acerca dos critérios e exigências de sustentabilidade que seriam aplicáveis ao produtor

⁵⁰³ BARROS, 1996, p. 142.

rural para classificação do empreendimento e concessão do crédito rural, e acabou resultando na Resolução BCB 140/2021.

O bureau verde integrará os dados de consulta de instituições governamentais como o Serviço Florestal Brasileiro (SFB), Agência Nacional de Águas (ANA), Ministério do Meio Ambiente (MMA), Ibama, ICMBio, Funai e Incra, a partir dessas informações a área de produção poderá se enquadrar em três classificações: *i*) áreas que não poderão receber crédito por vedação legal (situação de desmatamento ilegal ou trabalho escravo e análogo); *ii*) áreas que podem receber crédito, mas possuem risco socioambiental (imóvel embargado por sobreposição); *iii*) áreas financiáveis e classificadas como sustentáveis (programas de Baixo Carbono, Plano ABC, utilização de energia renovável etc).

Para Ticiane Figueiredo⁵⁰⁴ a implementação do Bureau Verde dentro da porteira reforçará as práticas de *compliance*, com a regularização jurídica da propriedade e trabalho desenvolvido, trazendo maior sustentabilidade ao empreendimento e agregação de valor ao produto, além de facilitar a emissão de títulos verdes; e no antes e fora da porteira trará parâmetros para padronização de análises, facilitando os processos de certificação, com possível impacto positivo no financiamento privado.

2.3 FONTES DE RECURSOS

O capítulo 6, do MCR, dispõe acerca das fontes de recursos, sendo de suma importância saber distingui-las, pois cada uma tem regramento próprio, com encargos financeiros diferenciados. Assim, o crédito rural pode ser concedido com recursos controlados ou não controlados (item 6-1-1 do MCR). Dentre os controlados estão os obrigatórios, os das operações oficiais de crédito sob supervisão do Ministério da Fazenda, os créditos sujeitos à subvenção da União, os da poupança rural, os dos fundos constitucionais de financiamento regional e do Funcafé, sendo os não controlados todos os demais, conforme itens 6-1-2 e 6-1-3 do MCR.

A autora Ana Luisa Dick explica que os recursos de exigibilidade são também denominados de obrigatórios porque provenientes de captação bancária com percentual e taxas pré-determinadas pelo governo federal. Deste modo, o agente financeiro pode conceder o mútuo com juros a taxa limitada. Os recursos próprios livres são aqueles em que o agente financeiro tem liberdade de dispor do numerário para investir em financiamentos rurais⁵⁰⁵. Todavia, o

⁵⁰⁴ FIGUEIREDO, Ticiane. Banco Central cria Bureau Verde e Sinaliza o futuro do crédito rural. Disponível em <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Opiniao/Vozes-do-Agro/noticia/2021/07/banco-central-cria-bureau-verde-e-sinaliza-o-futuro-do-credito-rural.html>. Acesso em 09 fev 2022.

⁵⁰⁵ DICK, 1991, p. 70.

contrato contraído com esta fonte está sujeito às taxas de operações bancárias comuns, ou seja, não há limitação de encargos financeiros, como nos recursos de exigibilidade, conforme o disposto no MCR 6-3-1 e 6-3-2. Já os mútuos lastreados com as fontes de recursos da caderneta de poupança rural possuem a correção monetária pelo mesmo índice que incide nos depósitos de poupança, porém, não podem ser realizados com juros inferiores aos níveis de captação.⁵⁰⁶

Estão sujeitos ao cumprimento da exigibilidade da poupança rural, com fulcro no MCR 6-4-4: o Banco da Amazônia S.A.; o Banco do Brasil S.A.; o Banco do Nordeste do Brasil S.A.; os bancos cooperativos; instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), quando operarem em crédito rural, as confederações de crédito e as cooperativas, com base no item 6-4-4, do MCR.

Tanto Tenório⁵⁰⁷ quanto Lutero preferem dividir o crédito rural em dois grandes grupos, os recursos com origens internas e externas, com base no art. 15, da lei 4.829/65. Consoante este último autor, em relação à primeira (origem interna), destacam-se os recursos próprios ou livres que consistem “na aplicação de recursos financeiros dos próprios agentes no crédito rural, que são os agentes participantes do SNCR”⁵⁰⁸, e também os recursos obrigatórios que correspondem aos “valores que os agentes financeiros [são] obrigados a aplicar em operações típicas de crédito rural”. O SNCR fixa o percentual que deve ser aplicado e estabelece multa em caso de descumprimento. Lutero ainda explica que as fontes de recursos externos não constam no MCR, “visto que depende da origem de cada uma para o estabelecimento dos procedimentos a serem observados pelo financiador para contratação da operação com o financiado”, porém, é importante o estabelecimento de normas pela autoridade competente.⁵⁰⁹ Assim, cada fonte de recurso de crédito rural possui regulamentação específica (principalmente no tocante aos juros). Logo, quando há ausência de cláusula no contrato descrevendo a fonte financiadora, deveriam ser aplicadas as normas referentes aos mútuos com recursos obrigatórios ou de exigibilidade, a fim de limitar os encargos financeiros do contrato.⁵¹⁰

É relevante o mutuário requerer que a fonte de recurso conste no contrato, assim, pode exigir a aplicação e cobrança correta do crédito. Em caso de omissão, é possível a interposição de ação revisional ou, até mesmo, a alegação de excesso na execução em sede de embargos do devedor, nas situações em que o agente financeiro estiver cobrando valores maiores do que o avençado.

⁵⁰⁶ DICK, 1991, p. 73.

⁵⁰⁷ TENÓRIO, 1984, p. 205.

⁵⁰⁸ PEREIRA, 2008a, p. 58-61.

⁵⁰⁹ PEREIRA, Lutero de Paiva. **Legislação Especial do Direito Agrofinanceiro**. Curitiba: Juruá, 2.008b, p. 108.

⁵¹⁰ PEREIRA, 1992, p. 26-27.

Portanto, verifica-se a diversidade de origens de recursos para financiar a atividade do produtor rural. Este, por sua vez, deve conhecer as especificidades de cada fonte para eleger aquela com melhores condições, não só no que diz respeito aos encargos financeiros, como taxa de juros, mas também em relação ao valor que pode ser liberado e em relação à possibilidade de posterior renegociação do crédito.

2.4 CRONOGRAMA DE UTILIZAÇÃO E REEMBOLSO

O Conselho Monetário Nacional cria regras específicas no que diz respeito aos prazos de liberação de mútuo e de reembolso, a fim de proteger a atividade e o produtor rural. Ainda, conforme visto anteriormente, “favorecer o custeio oportuno e adequado da produção e a comercialização de produtos agropecuários” constitui um dos principais objetivos específicos do crédito rural, conforme inciso II, artigo 3º, lei 4.829/65.

Concernente ao cronograma de utilização e liberação dos recursos resalta-se que o crédito rural deve ser liberado diretamente ao mutuário de uma só vez ou em parcelas – dependendo da necessidade do empreendimento –, por caixa ou em conta de depósitos, e precisa seguir os prazos do orçamento de aquisições e serviços (MCR 2-5-1).

Lutero explana que o crédito rural tem que ser adequado, suficiente e oportuno. Esta última característica se dá quando o financiamento é liberado no tempo certo, de acordo com o “tecnicamente programado ou recomendado para realização do empreendimento”, mesmo que no momento da avença não exista ainda um cronograma específico, haja vista que o Conselho Monetário Nacional pode disciplinar até mesmo a época de utilização dos recursos.⁵¹¹ Diante disso, a legislação vinculou a “liberação do crédito em função do ciclo da produção e da capacidade de ampliação do financiamento” (redação do inciso IV, artigo 50, lei 8.171/91).

O doutrinador destaca quatro pontos do Capítulo sobre Condições Básicas de Utilização do Crédito Rural no MCR: *i)* o mutuário tem o direito de utilizar “o crédito de forma direta, seja em liberação de parcelas ou não, observando-se o cronograma de aquisições e serviços programados no contrato”; *ii)* o agente financeiro não pode atrasar na liberação do mútuo; *iii)* é possível alterar – antecipar ou retardar – a liberação de recursos, conforme a necessidade do empreendimento; *iv)* se o mesmo financiamento ficar sujeito a encargos diferenciados, contas vinculadas diferentes deverão ser abertas.⁵¹²

⁵¹¹ PEREIRA, 2008a, p. 100-101.

⁵¹² PEREIRA, 2008a, p. 108.

É lícita a liberação de parcelas do crédito para a cobertura de gastos já realizados com recursos próprios do produtor, sem configurar recuperação de capital investido, quando, cumulativamente, os itens pertinentes constituam despesas que integrem o orçamento considerado para a concessão do crédito e os gastos tenham sido realizados após a apresentação da proposta ou, caso esta seja ausente, após a formalização do financiamento (MCR 2-5-2).

Para realizar a comprovação da adequada utilização dos recursos, o mutuário deve reter os comprovantes da compra de insumos e do pagamento de mão-de-obra e entregar à instituição financeira, junto com a cópia dos documentos comprobatórios da aquisição de veículos, máquinas e equipamentos, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da liberação.

Segundo Dick, as utilizações do crédito podem ser antecipadas ou retardadas, quando houver justificada conveniência para o empreendimento assistido, porém o retardo na liberação do crédito não pode ocorrer por vontade unilateral do banco, seja “por omissão de providência de sua alçada ou da assistência técnica”.⁵¹³

Ainda, segundo a autora, o financiamento apenas concretiza-se no momento da liberação do recurso, embora tenha validade entre os contratantes desde a sua assinatura. Isto ocorre, pois, em que pese o título de crédito rural ser geralmente de adesão, possui natureza jurídica de contratos sinalagmáticos e exige prestações de ambas as partes. Destarte, o mutuário precisa preencher os requisitos que a lei determina para enquadrar-se como beneficiário, enquanto o agente bancário precisa dispor dos valores contratados no tempo estipulado. Segundo a escritora, não resolve as partes estabelecerem propostas e orçamentos se o agente financeiro não tiver dinheiro em caixa para conceder o crédito. Este procedimento somente causa prejuízos ao setor agropecuário que se desenvolve de acordo com o ciclo produtivo ao qual se destina.⁵¹⁴

A aplicação irregular ou o desvio de parcelas do crédito sujeitam o mutuário a sua reposição integral com as sanções pecuniárias avençadas, retroagindo a data de liberação (MCR 2-5-12). Dick afirma ser possível instaurar paralelamente um processo administrativo, tanto pela instituição financeira quanto pela fiscalização do Banco Central, a fim de investigar a irregularidade e idoneidade do tomador, podendo até mesmo impedi-lo de contrair novos financiamentos para a espécie.⁵¹⁵

Em relação ao cronograma de reembolso, este sempre deve ocorrer de acordo com os ciclos das explorações financiadas, ou seja, precisa coincidir

⁵¹³ DICK, 1991, p. 74.

⁵¹⁴ DICK, 1991, p. 75.

⁵¹⁵ DICK, 1991, p. 76.

com as épocas normais de obtenção dos rendimentos da atividade assistida para compatibilizar com a capacidade de pagamento do beneficiário, podendo o adimplemento ser de uma única vez ou em parcelas (MCR 2-6-1 e 2-6-2). Deste modo, com fulcro no artigo 50, inciso V, da lei 8.171/91, o estabelecimento de prazos para reembolso necessita casar com o tempo de obtenção da receita.

O agrarista Lutero⁵¹⁶ defende que se for apurada a impossibilidade do mutuário de adimplir com as parcelas em períodos mensais ou semestrais, quando da concessão do crédito, o cronograma de reembolso deverá prever prestações anuais e, até mesmo, conferir prazo de carência se for necessário, conforme dispõe o capítulo 2, seção 6, do MCR. Segundo Tenório, “os financiamentos rurais poderão ter prazo de carência para início das amortizações, de acordo com a atividade assistida e com recomendações do técnico planejador”⁵¹⁷. O CMN também cuidou de estabelecer no MCR os prazos máximos de reembolso para cada espécie de operação, incluindo o prazo de carência (capítulo 3, seção 2 a 5, do MCR). O prazo de reembolso deve ser fixado no menor tempo possível, porém, sem prejudicar a atividade produtiva, no intuito de permitir a melhor rotatividade dos capitais emprestados e atender a um número maior de produtores.

Lutero afirma que o calendário de reembolso deve ser condizente com a época de produção e, principalmente, com o momento de comercialização normal, cujo “mercado se mostra favorável ao produtor rural, facilitando assim o seu fortalecimento econômico através de uma comercialização mais rentável da produção”.⁵¹⁸

Portanto, denota-se que o agente financeiro é responsável por disponibilizar os recursos financeiros conforme ajustado no orçamento e no cronograma de liberação, tanto no *quantum* como no tempo ajustado para garantir o sucesso da atividade assistida. Caso o mutuante descumpra as suas obrigações contratuais e cause prejuízo na consecução do plano de financiamento, terá de assumir a responsabilidade, não podendo impor ônus somente ao produtor rural. O prazo de reembolso precisa necessariamente observar as datas de obtenção de receita do mutuário, inclusive, com a disponibilização do período de carência, caso a situação exija. Contudo, o calendário não pode ultrapassar o tempo máximo previsto em lei e tem de ser fixado no mais curto intervalo de tempo possível, a fim de propiciar maior rotatividade dos recursos financeiros.

⁵¹⁶ PEREIRA, 2008a, p. 36.

⁵¹⁷ TENÓRIO, 1984, p. 202.

⁵¹⁸ PEREIRA, 2008a, p. 110.

2.5 RENEGOCIAÇÃO E PRORROGAÇÃO

Renegociação (gênero) é todo tipo de acordo que altere prazo ou condições de pagamento previamente estipulados, podendo se caracterizar, por exemplo, pelas seguintes espécies: composição de dívidas, prorrogação, novação, ou realização de nova operação para liquidação total ou parcial de contrato anterior, com base no item 2-1-9-b, do MCR.

A principal repercussão jurídica advinda da dilação do termo *ad quem* consiste na inexigibilidade da quitação do débito na data originalmente aprezada, por conseguinte, fica impossibilitada a constituição em mora do devedor até que se alcance o novo prazo fixado. Consoante Washington de Barros Monteiro⁵¹⁹, a “mora é o retardamento na execução da obrigação”. Quando ocasionada pelo devedor denomina-se *debitoris vel solvendi* e pode acontecer quando este “não efetua pagamento no tempo ou no lugar convencionado [ou, ainda, quando] não cumpre a obrigação pelo modo a que se obrigara”. Segundo aclara o autor, a principal consequência jurídica da mora do devedor é a responsabilização pelos prejuízos e danos causados ao credor em decorrência de seu atraso, respondendo pelo ressarcimento, nos termos do art. 395 do Código Civil. No entanto, o devedor exime-se da mora com a prorrogação da dívida, competindo ao credor somente aguardar o novo termo final com a cobrança exclusivamente dos encargos de normalidade pactuados. É proibida a exigência dos encargos de anormalidade (inadimplência), desta forma, o financiador não poderá cobrar em juízo a dívida não vencida, seja por ação de cobrança, execução de título extrajudicial ou monitória, tampouco incluir o devedor nos cadastros restritivos de crédito.

No tocante a renegociação, é importante ressaltar que não pode ocorrer o desvio de finalidade do crédito rural. Os recursos liberados para pagamento de outras dívidas do produtor, que não da atividade financiada, configuram a denominada “operação mata-mata”. Lutero acentua que, ao infringir a norma, a instituição financeira concorre para má gerência do empreendimento assistido por inviabilizar a execução dos serviços necessários⁵²⁰. Conforme destaca Alfonsín, “o Conselho Monetário Nacional, ao regulamentar o exercício ao direito de alongamento pelo produtor rural, determinou que os cálculos para fins de apuração do valor devido retrocedessem à operação original”⁵²¹, não importando a prática da “operação mata-mata”. Nesse sentido, o teor da súmula 286 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declara que “a renegociação de contrato

⁵¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das obrigações** - 1ª parte. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 320-321.

⁵²⁰ PEREIRA, 2008b, p. 104-105.

⁵²¹ ALFONSIN, Ricardo Barbosa. **Dívidas agrícolas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

O financiamento de crédito rural costuma ter contratos muito específicos, considerada a necessidade de adequação do crédito à finalidade e modalidade para qual é destinado. Os cronogramas de utilização (aquisições e serviços) e de reembolso precisam ser planejados e criados em conformidade com a necessidade e comprometimento econômico do produtor rural, segundo a regra do artigo 50, V, da lei 8.171/91 (Lei Agrícola), podendo ser concedido ao financiado prazo de carência, com fulcro no item 2-6 do MCR. A fiscalização da utilização do crédito feita pelo agente financiador é essencial, bem como todo o acompanhamento necessário para a consecução dos cronogramas, por intermédio de assistência técnica, deve ser realizado de acordo com o item 2.7 do MCR.

Segundo Lutero, a exigibilidade do título de reembolso fica condicionada à capacidade do agricultor de quitá-la no prazo inicialmente avençado, pois, caso haja fatores que mudem a “capacidade econômico-financeira do mutuário” fazendo com que ele não possa adimplir o financiamento no tempo aprazado, “a exigibilidade do título se queda inoperante devendo-se estabelecer outra forma de cumprimento da obrigação”⁵²². O autor explicita o rol de permissivos legais que dariam chancela para a alteração do cronograma de reembolso⁵²³:

- que o crédito rural, dentre outros objetivos, se propõe a fortalecer economicamente o seu tomador – art. 3º, inc. III, da Lei 4.829/65;
- que a propriedade rural, a teor do que dispõe o art. 186, inc. IV, da Constituição Federal tem função social a cumprir, o que inclui uma exploração que favoreça o bem-estar do proprietário;
- que a agricultura, como atividade econômica, inc. III, do art. 2º da Lei Agrícola – Lei 8.171/91 – deve proporcionar rentabilidade compatível com a de outros setores da economia aos que a ela se dediquem e,
- que o adequado abastecimento alimentar do País, inc. IV, do art. 2º da Lei 8.171/91, é condição básica para garantir a tranquilidade social e a ordem pública.

Tendo em vista que a legislação busca garantir o fortalecimento econômico do produtor rural e o pleno desenvolvimento da atividade agrícola, o Conselho Monetário Nacional é competente para fixar os prazos de liberação de recursos

⁵²² PEREIRA, 2008b, p. 80-81.

⁵²³ PEREIRA, op. cit., p. 81-82.

para que a produção agropecuária alcance seu nível máximo e, além disso, estabeleça o cronograma de reembolso em conformidade com a obtenção de receita.

Caso a capacidade de pagamento do agricultor seja reduzida por razão alheia a sua vontade, considerando o risco negocial e agrobiológico da atividade agrária, existe a possibilidade de prorrogação do prazo do financiamento. Antes estava previsto no item 2-6-9 do MCR, e dizia no *caput* que independentemente de consulta ao Bacen era devida a prorrogação da dívida, com os mesmos encargos, desde que comprovada a incapacidade de pagamento em virtude dos requisitos previstos nas alíneas. Após a Resolução CMN nº 4.095/21, a previsão do alongamento passou a constar no item 2.6.4 do Manual de Crédito Rural, com a seguinte redação:

Fica a instituição financeira autorizada a prorrogar a dívida, aos mesmos encargos financeiros pactuados no instrumento de crédito, desde que o mutuário comprove a dificuldade temporária para reembolso do crédito em razão de uma ou mais entre as situações abaixo, e que a instituição financeira ateste a necessidade de prorrogação e demonstre a capacidade de pagamento do mutuário: (Res CMN 4.883 art 1º; Res CMN 4.905 art 1º)

a) dificuldade de comercialização dos produtos; (Res CMN 4.883 art 1º)

b) frustração de safras, por fatores adversos; (Res CMN 4.883 art 1º) c) eventuais ocorrências prejudiciais ao desenvolvimento das explorações. (Res CMN 4.883 art 1º)

Agora, a instituição financeira fica autorizada a prorrogar o crédito rural, desde que atestada a necessidade do alongamento e demonstrada a possibilidade de pagamento do cliente. Segundo Francisco Torma⁵²⁴, a nova redação permite a discricionariedade da instituição financeira em proceder a prorrogação ou não, o que antes era impositiva, de modo que o acesso a renegociação será mais difícil e terão preferência àqueles produtores rurais que tem bom histórico de relacionamento com o banco.

A justificativa do CMN (voto 350/2020–BCB, de 10/12/2020) para a mudança é que cabe à instituição financeira analisar caso a caso se o produtor rural realmente não tem condições de arcar com o financiamento e, a prorrogação de forma indiscriminada, poderia induzir o tomador na má gestão do crédito ou do empreendimento, e desestimular a mitigação dos riscos, por exemplo, com a

⁵²⁴ TORMA, Francisco. A nova prorrogação do crédito rural. Portal AgroLei. Acesso em: A nova prorrogação do crédito rural – AgroLei. Disponível em 04 fev. 2022.

contratação de seguro agrícola. Para José Carlos Vaz⁵²⁵ a mudança é arbitrária e contrária a redação do parágrafo único, do art. 4º, da Lei 8.473/89, no qual é assegurada a prorrogação do crédito quando o rendimento da produção for insuficiente, além do mais, a instituição financeira pode proceder o alongamento via sistema operacional, de forma automatizada, com base em laudo de assessoramento técnico a nível de carteira. O autor defende, ainda, que é abusiva a exigência de cálculo de capacidade de pagamento, como condicionante da prorrogação, e sugere que ao invés de estabelecer a prorrogação para o próximo ciclo produtivo – porque muitas vezes o produtor rural ainda não se reorganizou na produção e financeiramente – que seja autorizada a instituição financeira a “contratar o próximo custeio em até 05 parcelas anuais, desde que com recursos não equalizados”.

Conforme Lutero, o item 2-6-4 do MCR constitui uma norma *agendi* e de ordem pública, portanto independe de previsão contratual⁵²⁶. Assim, o agente bancário não pode somente invocar as características clássicas dos títulos de crédito – mediante os princípios da cartularidade, literalidade e autonomia – para executá-lo e torná-lo exigível, pois “do conflito ou do aparente conflito entre o direito do mutuante de receber o valor mutuado no tempo apurado na cártula e, o direito do mutuário de prorrogar o título para tempo mais remoto, prevalece o deste”. De acordo com o autor, a instituição financeira não teria prejuízo com a prorrogação porque continuaria a receber os juros remuneratórios contratados, dentro do legalmente permitido.⁵²⁷

Respeitando a pluralidade de opiniões, o ideal é que o produtor rural e seu advogado procurem alicerçar o pedido de renegociação na legislação agrária. Neste estudo, especificadamente, o requerimento da prorrogação tem base no item 2-6-4 do MCR.

Na intenção de auxiliar o produtor, sindicatos rurais e instituições envolvidas no agronegócio disponibilizam em seus *sites* modelos de pedidos extrajudiciais de prorrogação do crédito rural direcionados ao mutuário. O produtor rural pode encaminhar a notificação ao gerente do banco, acompanhados de laudo técnico de perdas, devidamente assinado por assistente técnico, e planilha demonstrando as receitas e despesas com a capacidade de pagamento. Caso o gerente não protocolize, o produtor pode se dirigir a um cartório notarial com três vias da carta de requerimento do alongamento e, através do tabelionato,

⁵²⁵ VAZ, José Carlos. Produtor sem condições de pagar (o crédito rural) e as exigências para que não precise pagar (agora) não previstas na Lei 7.843/1989. Portal AgroLei. Acesso em: Produtor sem condições de pagar (o crédito rural) e as exigências para que não precise pagar (agora) não previstas na Lei 7.843/1989 – AgroLei. Disponível em: 04 fev. 2022.

⁵²⁶ PEREIRA, 2008b, p. 83-85.

⁵²⁷ PEREIRA, op. cit., p. 86.

efetivar a notificação extrajudicial ao agente financeiro. Se preferir, o produtor rural tem a opção de enviar o pedido pelos Correios com carta registrada de Aviso de Recebimento (AR). O Projeto de Lei 4588/2021 propõe, inclusive, um procedimento administrativo para análise do pedido de prorrogação, com possibilidade de complementação da documentação acaso o agente financeiro entenda que não ficou demonstrado o preenchimento dos requisitos⁵²⁸.

Ainda segundo Lutero, apenas poderá ocorrer alteração no cronograma de utilização ou reembolso do financiamento “se houver plausível justificativa técnica e mediante firmação de aditivo à cédula, subscrito por ambas as partes, a saber, financiador e financiado”⁵²⁹. Em se tratando de modificação de cláusulas em cédula de crédito rural, observa-se o disposto no artigo 13 do decreto-lei 167/67: “A cédula de crédito rural admite amortizações periódicas e prorrogações de vencimento que serão ajustadas mediante a inclusão de cláusula, na forma prevista neste Decreto-lei”.

Ademais, vale frisar que a alteração do prazo final de pagamento do financiamento também modifica a data da constituição em mora no caso de inadimplemento e, por consequência, o termo inicial do prazo prescricional para ações de cobrança ou execução.

Denota-se que é possível readequar os prazos do cronograma de reembolso quando ocorrerem eventos que comprometam a renda do produtor rural e o incapacitem de adimplir o mútuo firmado com a entidade financiadora. Leva-se em conta que a atividade no setor agrícola está sujeita a diversificadas intempéries e possui elevado risco.

Vale frisar novamente que o prazo de reembolso e, por conseguinte, o de prorrogação precisam necessariamente observar as datas de obtenção de receita do mutuário. Logo, o alongamento da dívida não pode ultrapassar o tempo máximo previsto em lei ou nas resoluções do Banco Central, observado dois fundamentos básicos, o período suficiente para o produtor readquirir a sua capacidade de pagamento e a fixação no intervalo de tempo mais curto possível, a fim de propiciar maior rotatividade dos recursos financeiros.

No item 2-6-5 do MCR, explica que a referida regra é aplicável somente em alguns casos. Em outros carece de autorização e regulamentação expressa.

5 - O disposto no item 4: (Res CMN 4.883 art 1º)

a) é aplicável aos financiamentos contratados com equalização de encargos financeiros pelo Tesouro Nacional (TN), desde que as operações sejam previamente reclassificadas,

⁵²⁸ Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoes-Web/prop_mostrarintegra?codteor=2128818. Acesso em: 09 fev 2022.

⁵²⁹ PEREIRA, 2008b, p. 109.

pela instituição financeira, para recursos obrigatórios ou outra fonte não equalizável;

b) não é aplicável:

I - aos créditos de comercialização sujeitos a normas próprias aplicáveis à Política de Garantia de Preços Mínimos (PGPM);

II - aos financiamentos com recursos de fundos e programas de fomento, que estão sujeitos a normas próprias.

Consequentemente, a possibilidade de renegociação bifurca-se em duas situações diferentes. A primeira identifica proposições para o alongamento da dívida sem prévia resolução do Bacen enquanto o segundo remete a oportunidade de prorrogação aos créditos sujeitos a normas próprias, sendo que apenas desfrutam do alongamento do item 2.6.4 se o Conselho Monetário Nacional ou o Poder Legislativo instituírem normas que excetuem a restrição imposta pela alínea “b”.

A regra geral estipula que ocorre prorrogação quando verificada uma das hipóteses descritas nas alíneas do item 2-6-4, do MCR: *a)* problema de comercialização; *b)* frustração de safra; ou, *c)* fato prejudicial à produção; com a incapacidade de adimplemento devidamente provada e somente quando os recursos são equalizáveis pelo Tesouro Nacional. Contudo, precisando ser reclassificadas para recursos obrigatórios ou outra fonte não equalizável. Excepcionalmente, o CMN pode determinar que o Banco Central baixe uma resolução ampliando o alcance da medida para financiamentos de outras fontes de recurso.

Considerando a diversidade das fontes, finalidades e modalidades de crédito, o Banco Central estipula o prazo máximo da renegociação e alongamento do financiamento rural para cada tipo de empreendimento. Ao fixar os prazos, a instituição segue dois preceitos básicos, que o tempo seja suficiente para o produtor readquirir a sua capacidade econômica, porém no menor intervalo de tempo possível para possibilitar a circulação de recursos entre os beneficiários.

O Manual de Crédito Rural (2.6.4, *caput*) dispõe ser admissível o alongamento da dívida “desde que o mutuário comprove a dificuldade temporária para reembolso do crédito em razão de uma ou mais entre as situações abaixo e que a instituição financeira ateste a necessidade de prorrogação e demonstre a capacidade de pagamento do mutuário”.

O produtor rural é o maior interessado em ver seu pedido de prorrogação deferido e deve medir esforços para formar um conjunto probatório convincente. Conforme já visto em capítulos anteriores, para que o financiamento seja liberado é necessário que o produtor apresente ao agente bancário o orçamento ou projeto explicando como será desenvolvida a atividade. O cadastro constante no

banco precisa fazer referência à idoneidade do tomador. Também foi apurado ser obrigação do mutuário seguir o cronograma de utilização (sem desvio do crédito), reter os comprovantes na compra de insumos, grãos e fertilizantes, os documentos que confirmem a aquisição de veículos, máquinas e equipamentos e apresentar ao banco ou agende de crédito. Todos esses elementos ajudam a evidenciar que o produtor rural conduziu bem o seu negócio e, por vontade alheia, não obteve êxito.

Para comprovar o correto gerenciamento da atividade assistida, a instituição financeira tem a competência de fiscalizar e oferecer assistência técnica ao mutuário a fim de averiguar o bom desenvolvimento do empreendimento, pois, caso não cumpra a delegação imposta pelo CMN, pode responder pelos prejuízos que causar.

Portanto, o agente financeiro e o mutuário possuem responsabilidades distintas e ônus diferentes impostos pela própria legislação, cuja distribuição precisa ser respeitada em um requerimento administrativo ou judicial. Deste modo, o mutuário poderá requerer ao banco nas demandas judiciais a apresentação dos documentos, laudos e pareceres técnicos que estiverem em seu poder.

A legislação especial estabelece que a fiscalização pode ser prestada por um indivíduo do próprio banco ou mediante convênio com pessoa física ou jurídica especializada, como por exemplo, engenheiros agrônomos, institutos estaduais de assistência técnica e extensão rural (Emater), e Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa). Todavia, nunca deve ser feita por um fiscal contratado pelo mutuário ou de empresa que o mesmo participe direta ou indiretamente.

Assim, se o produtor não tiver condições financeiras ou por outros motivos não tenha meios de contratar assistente técnico que produza laudos constatando a perda da safra, problema na comercialização ou outro evento prejudicial, o mais lógico é que o agente bancário ofereça esse serviço – haja vista a lei obrigar a fiscalização do uso do recurso financeiro liberado –, até mesmo para comprovar que não concorreu para o dano.

Contudo, caso não seja possível obter o laudo ou perícia especializada, o produtor pode juntar ao pedido de prorrogação fundamento teórico de fonte idônea – como livros especializados, artigos científicos, teses, dissertações ou sites oficiais –, que forneça informações básicas sobre o empreendimento (por exemplo, se for plantio de soja, pode comunicar as épocas de semeadura, colheita, o tipo de solo e clima favorável à cultura, ou qual costuma ser o preço médio da saca), e contrapô-lo com dados, também retirados de fontes fidedignas, que demonstrem os motivos ensejadores da frustração da safra (como estiagem prolongada ou enchente), a diminuição na comercialização (queda brusca do preço

da saca, por exemplo) ou a eventual ocorrência prejudicial ao desenvolvimento da exploração (como casos de praga ou epidemia). Ainda, o mutuário pode fazer menção ao decreto de calamidade ou situação de emergência, quando houver.

Tais documentos podem contribuir para a verossimilhança do direito pleiteado. O foco principal do mutuário deve ser a demonstração do nexo de causalidade entre a incapacidade de pagamento do financiamento e a frustração de safra, problema de comercialização ou outro fator prejudicial.

Portanto, a comprovação da dificuldade de pagamento é condição fundamental para o produtor ver seu crédito alongado. Para tanto, deverá demonstrar o nexo de causalidade entre a não obtenção de renda suficiente para adimplemento da dívida e as três hipóteses elencadas pelo ato normativo.

A dificuldade de comercialização de produtos agrícolas pode ser traduzida em diferentes situações que ocasionam a diminuição do valor ou, até mesmo, impossibilitam a compra e venda da produção, gerando receita negativa para a atividade agropecuária.

A comercialização dos produtos agropecuários para pequenos produtores rurais pode ser difícil, pois estes vendem a produção *in natura* para intermediários por preços muito baixos. Tal situação poderia ser modificada se houvesse beneficiamento do produto (“limpeza, polimento, asparas, desinfecção, seleção, classificação, embalagem ou processamento”), trabalho em conjunto dos produtores na forma de associação para diminuir os custos com compra de insumos, beneficiamento, industrialização e a venda da produção, permitindo a oferta diretamente ao mercado de consumo. Por exemplo, durante o primeiro semestre de pandemia em 2020, houve determinação para suspender as feiras livres e alguns estabelecimentos comerciais, incluindo, ceasas, o que ocasionou um problema na comercialização de hortifrutigranjeiros, outro setor fortemente atingido no período de quarentena foi da produção de flores ornamentais, tendo em vista a proibição das festas e eventos.

Outro motivo que pode ensejar o alongamento de dívida rural é a frustração de safra por fatores adversos. Embora o legislador tenha utilizado a expressão em sentido lato, é interessante estabelecer a distinção entre safra, safrinha e entressafra. A primeira noção importante consiste em entender que o ano agrícola não coincide necessariamente com o ano civil. Aquele inicia com época propícia e condições climáticas favoráveis para o desenvolvimento de determinado cultivo em uma localidade predeterminada. A cultura principal escolhida pelo agricultor nem sempre utiliza o ano inteiro para completar o seu ciclo. Nesse período de entressafra o produtor rural pode plantar outra cultura de ciclo curto, denominada de safrinha. Logo, haverá quebra de safra quando o valor do produto colhido, por fatores adversos, não for suficiente para sanar o

custo da produção, gerando redução no poder econômico do agricultor. Como exemplo de frustração de safra, temos seca, chuvas em excesso, pragas, tornados etc.

A última causa apresentada no item 2-6-4 do MCR diz respeito às “eventuais ocorrências prejudiciais ao desenvolvimento das explorações”, ou seja, outros fatores que comprometam a produção ou infraestrutura da propriedade rural, por exemplo, falta de insumos, problemas de maquinários, transporte etc.

O item 2.6.5 do Manual de Crédito Rural estabelece quando será aplicável ou não a prorrogação do item 2.6.4, dependendo da fonte de recurso lastreada no contrato, mas se trata apenas de regra geral, pois o Bacen pode baixar resoluções que estendam a possibilidade de alongamento para outras fontes de recurso ou que excluam a necessidade de análise caso a caso para realizar a renegociação do financiamento.

A prorrogação do cronograma de reembolso, com fulcro no item 2.6.5, “é aplicável aos financiamentos contratados com equalização de encargos financeiros pelo Tesouro Nacional [...]”. Segundo Lutero, a equalização de encargos financeiros corresponde à diferença entre a taxa que o mutuário deve adimplir e a taxa devida ao agente financeiro. Tal diferença é suportada pelo Tesouro Nacional justamente para não trazer nenhum prejuízo ao concedente do crédito por causa do alongamento do financiamento⁵³⁰. Ademais, acrescenta-se uma notícia extraída do *site* do Banco do Brasil⁵³¹:

Trata-se de mecanismo por meio do qual a União desembolsa recursos orçamentários para permitir que recursos financeiros captados a custo de mercado possam ser emprestados aos agricultores como recursos controlados, portanto com taxas de juros inferiores às de captação. O Governo arca com o diferencial de encargos entre o custo de captação, acrescidos dos custos administrativos e tributários dos bancos, e os cobrados dos produtores rurais.

Assim, propicia que expressivos volumes de recursos possam ser destinados ao setor rural, sem que tenha que alocar diretamente os valores dos financiamentos. Tal mecanismo atende a operações de custeio e investimento.

Ao início de cada safra, o Ministério da Fazenda edita portaria na qual define as condições das equalizações (montantes de financiamentos que serão equalizados em cada agente financeiro, fórmulas para apuração do valor da equalização, período para contratação das operações etc).

⁵³⁰ PEREIRA, Lutero de Paiva. **Dívidas bancárias**: programas especiais de renegociação. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008a. p. 19.

⁵³¹ **Banco do Brasil**. Disponível em: <http://www44.bb.com.br/appbb/portal/ra/agr/ApoioFinanceiro.jsp>. Acesso em: 08 set. 2009.

O uso da equalização dos encargos financeiros rurais está prevista no art. 1º, na lei 8.427/92:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder, observado o disposto nesta Lei, subvenções econômicas a produtores rurais e suas cooperativas, sob a forma de:

I - equalização de preços de produtos agropecuários ou de origem extrativa;

II - equalização de taxas de juros e outros encargos financeiros de operações de crédito rural.

§ 1º Consideram-se, igualmente, subvenção de encargos financeiros os bônus de adimplência e os rebates nos saldos devedores de financiamentos rurais concedidos, direta ou indiretamente, por instituições financeiras autorizadas a operar crédito rural.

§ 2º O pagamento das subvenções de que trata esta Lei fica condicionado à apresentação pelo solicitante de declaração de responsabilidade pela exatidão das informações relativas à aplicação dos recursos, com vistas no atendimento do disposto no inciso II do § 1º do art. 63 da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964.

§ 3º Os produtos extrativos de origem animal previstos no inciso I do caput deste artigo deverão ser provenientes de manejo sustentável, previamente autorizado pelo órgão ambiental competente.

Art. 1º-A. Para fins do disposto nesta Lei, o Banco Central do Brasil disponibilizará à Secretaria do Tesouro Nacional da Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia informações sobre operações de crédito rural existentes nos seus bancos de dados, na forma estabelecida em ato conjunto do Banco Central do Brasil e da Secretaria do Tesouro Nacional.

Desta maneira, é imperioso acrescentar a indagação realizada por Rizzardo⁵³². “Como se procede a equalização segundo a lei 8.427? Ou em qual parcela se verificará a subvenção do governo?”. O próprio autor responde dizendo: “Abrangerá a diferença encontrada entre o preço conseguido na venda do produto financiado, observado o preço de mercado, e os custos operacionais do financiamento”.

Portanto, a dilação do prazo de pagamento somente será possível nos financiamentos contraídos com recursos equalizados pelo Tesouro Nacional, como por exemplo, a Poupança Rural, o Fundo de Amparo ao Trabalhador e o

⁵³² RIZZARDO, 2000, p. 254.

Fundo de Investimento Extramercado. Porém, a operação deve ser reclassificada para recurso obrigatório ou para outra fonte não equalizável.

Os recursos obrigatórios são oriundos de captação bancária com percentual e taxas predeterminadas pelo governo federal. Estes estão dispostos no MCR 6-2. Deste modo, a instituição financeira tem a exigibilidade geral de destinar 25% do Valor Sujeito a Recolhimento (VSR) relativo aos recursos à vista para operações rurais, formando-se a partir de subexigibilidades pela utilização de Depósito Interfinanceiro Vinculado ao crédito Rural (DIR), como por exemplo, o Programa Nacional de Apoio ao Médio Produtor Rural (Pronamp), o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Dir-Pronaf) e o Geral (Dir-Geral).

A Revista da Federação da Agricultura e Pecuária do Estado de Minas Gerais⁵³³ aponta que há necessidade de autorização do Bacen para prorrogar o contrato de crédito rural quando for firmado com recursos oriundos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Nordeste (FNE), do Norte (FNO) ou do Centro-Oeste (FCO); do Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (Funcafé); do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); e dos casos de Empréstimo do Governo Federal (EGF). Compreendem todos do item 2.6.5.b do Manual de Crédito Rural.

A Política de Garantia de Preço Mínimo (PGPM) do produto agropecuário visa a proteção da renda do agricultor. Assim, determina que a produção não pode ser alienada por valor inferior ao fixado. Esta quantia pauta-se nos custos da produção, incluindo gastos com semente, terra, insumos, trabalho, equipamentos e máquinas, despesas de transporte e mais um percentual correspondente ao excedente e lucro, de no mínimo, 30% para o produtor, com base no artigo 85, da lei 4.504/64. Pode-se concluir que o preço final do produto sempre deve ser superior ao custo de produção, para garantir renda ao produtor rural.

Deste modo, conforme pontua Romina de Lucena e Nali de Souza⁵³⁴, a política de garantia de preço mínimo para o produto serve para proteger o setor agrícola das oscilações de preços em tempo de comercialização da safra. Segundo as autoras, a PGPM complementa-se com os Empréstimos do Governo Federal (EGF)⁵³⁵ e as aquisições do Governo Federal (AGF).

⁵³³ Faemg; Senar. **Notas Jurídicas**. Belo Horizonte, ano 4, n. 109, p. 1, 10 jul. 2009.

⁵³⁴ LUCENA, Romina Batista de; SOUZA, Nali de Jesus. **Políticas agrícolas e desempenho da agricultura brasileira: 1950-2000**. Porto Alegre: Indic. Encon. FEE, v. 29, n. 2, p.180-200. ago. 2001.

⁵³⁵ Segundo Dick (1991, p. 27), os EGFs subdividem-se em: “a) financiamentos com opção de venda (são concedidos pelo agente financeiro, geralmente à época do vencimento da operação de custeio, proporcionando, ao beneficiário, condições mais propícias para a comercialização de seus produtos, mas facultando-lhes, ainda, vendê-los à CNA, se assim entender conveniente); b) financiamentos sem opção de venda (são igualmente concedidos pelo agente financeiro, normalmente à época prevista para o pagamento do crédito de custeio e visam proporcionar ao beneficiário recursos financeiros, de modo a lhe permitir o armazenamento e a

O EGF é um contrato para crédito de comercialização dentro do ano-safra, que fornece liquidez ao setor agrícola para o transporte de produtos da safra para entressafra. Através do EGF, o Governo financia a estocagem no curto prazo, melhorando o poder de barganha do produtor na época da colheita e reduzindo as flutuações estacionais dos preços. O EGF funciona de duas formas: a primeira é o EGF COV (com opção de venda ao Governo Federal) e a segunda é o EGF SOB (sem opção de venda ao Governo). Já o AGF é um instrumento de garantia de preço mínimo para os agricultores, ao mesmo tempo em que promove a estabilidade de preços de produtos agrícolas fundamentais para o consumo da população. Ele permite a formação de estoques reguladores de passagem de anos de oferta abundante para a venda em anos de escassez. Com o AGF, o Governo compra os excedentes de produção, com base nos preços mínimos fixados antes do plantio. O AGF é exercido de duas formas: AGF Direto e o AGF Indireto (após a realização do EGF-COV).⁵³⁶

Ana Luisa Dick complementa afirmando que o EGF é operacionalizado pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural, enquanto os bancos oficiais federais são responsáveis por operar a AGF. A autora prossegue informando que “o risco operacional do EGF é da instituição operadora”, aplicando-se as normas do Manual de Crédito Rural e subsidiariamente as normas da Confederação Nacional da Agricultura (CNA).⁵³⁷

3 ENCARGOS FINANCEIROS NOS CONTRATOS DE CRÉDITO RURAL

O crédito rural possui regramento jurídico próprio, com condições especiais em relação às demais operações bancárias, uma vez que seu fim precípua é o fomento da atividade agrícola. Conseqüentemente, os encargos financeiros aplicados aos contratos de crédito rural são, em sua maioria, distintos dos créditos comuns, como será visto adiante.

Conforme capítulo 2, seção 3, do MCR, nos contratos de financiamento do crédito rural não podem ser cobradas nenhuma outra despesa além destas, exceto por autorização legal:

- a) remuneração financeira;

conservação de seus produtos, para venda futura a outras pessoas que não o Governo Federal, em melhores condições de mercado).

⁵³⁶ LUCENA; SOUZA, 2001, p.184.

⁵³⁷ DICK, 1991, p. 27-28.

- b) Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF);
- c) custo de prestação de serviços;
- d) previstas no Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (Proagro); e) prêmio do seguro rural, observadas as normas divulgadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados;
- f) sanções pecuniárias;
- g) prêmios em contratos de opção de venda, do mesmo produto agropecuário objeto do financiamento de custeio ou comercialização, em bolsas de mercadorias e futuros nacionais, e taxas e emolumentos referentes a essas operações de contratos de opção.

Vale destacar que não podem ser cobradas a taxa de cadastro (TC), a assessoria técnica e de fiscalização, a medição de lavoura e pastagem, exceto se tiver previsão na linha de crédito tomada. Além do mais, em regra, não pode ser financiado com recursos controlados do crédito rural a assistência técnica referente ao imóvel ou empresa, estudo e avaliação técnica não vinculada ao Proagro, e outros serviços de terceiros (que somente será cobrado quando demonstrada a necessidade e com prévia autorização do mutuário).

A soma de todas as despesas do contrato corresponde ao Custo Efetivo Total do Crédito Rural (CETCR) que deve ser indicado em cláusula na forma de taxa percentual anual e apresentado ao mutuário a cada renovação contratual ou na data de cada liberação de recurso.

Além do mais, Barros⁵³⁸ defende a nulidade da novação de crédito rural, ou seja, o banco não pode renegociar a dívida de crédito especial (rural) em outro contrato de crédito bancário comum, aplicando taxas de juros superiores, comissão de permanência e outros encargos não previstos na legislação agrária. O Projeto de Lei 4588/2021⁵³⁹ também veda de forma expressa a venda casada de produtos bancários para liberação do crédito rural, ficando a critério do produtor rural decidir quais produtos bancários deseja contratar.

A autora Heloísa Bagatin Cardoso⁵⁴⁰ também alerta que os contratos devem ser muito claros e informar todos os encargos financeiros e forma de cálculo, a fim de evitar divergências na apuração do saldo devedor do financia-

⁵³⁸ BARROS, Wellington Pacheco. Da nulidade na novação de crédito rural. Disponível em <https://direitoagrario.com/da-nulidade-na-novacao-de-credito-rural/>. Acesso em 09 fev 2022.

⁵³⁹ Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoes-Web/prop_mostrarintegra?codteor=2128818. Acesso em: 09 fev 2022.

⁵⁴⁰ CARDOSO, Heloísa Bagatin. Renegociação de dívida de crédito rural. In. *Direito Agrário na Prática: casos jurídicos reais sob a percepção das mulheres agraristas*. Org. Cardoso, Heloísa Bagatin. Et al. Santana do Livramento, 2021. p. 266.

mento, seja em sede de liquidação do título ou, posteriormente, em cumprimento de sentença quando discutido o débito em juízo, podendo trazer morosidade na solução judicial e elevar os custos com perícias contábeis.

3.1 CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária para Celso Marcelo de Oliveira é um instituto que visa preservar o poder aquisitivo da moeda, “este mecanismo opera através de incidência do índice de desvalorização sobre o montante anterior, de maneira sucessiva”, a majoração do *quantum debeatur* é apenas quantitativa, pois o instituto visa manter estável a relação obrigacional ao longo do tempo.⁵⁴¹ Conforme Luiz Antonio Scavone Junior, a correção monetária não reflete um “plus”, tem apenas por objetivo a simples “manutenção do valor de compra pela variação de um índice de preços que reflete o acréscimo (inflação) ou decréscimo (deflação) dos preços no mercado.”⁵⁴²

Desde 1990, o STJ pacificou o entendimento, por intermédio da Súmula nº 16, que: “A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária.” Ademais, o instituto também é previsto nos artigos 389, 395 e 404, cuja atualização monetária será procedida “segundo índices oficiais regularmente estabelecidos”, aplicável nos casos de mora, independentemente de convenção.

Em relação ao indexador para correção do débito, o STJ possui três súmulas sobre o tema, a nº 288 permite a utilização da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) para correção monetária nos contratos bancários, a nº 295 também valida a aplicação da Taxa Referencial (TR) para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada, e a nº 297 veda o uso da Taxa Básica Financeira (TBF) como indexador de correção monetária nos contratos bancários.

Na ausência de previsão contratual do indexador de correção monetária, a jurisprudência aponta no sentido de ser utilizado o mais benéfico ao produtor rural.

3.2 TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS

Conforme De Plácido e Silva os juros “são tecnicamente os frutos do capital, ou seja, os justos proventos ou recompensas que dele se tiram, consoante

⁵⁴¹ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Limite Constitucional dos Juros Bancários**. LZN Editora: São Paulo. 203. p. 200.

⁵⁴² JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Juros no Direito Brasileiro**. 3ª Ed. Editora RT: São Paulo. 2009. p. 371.

permissão e determinação da própria lei, sejam resultantes de uma convenção ou exigíveis por faculdade inscrita em lei”⁵⁴³.

Scavone dispõem que os juros podem ser classificados: a) quanto à origem: convencionais ou legais; b) quanto ao fundamento: compensatórios ou moratórios; c) quanto à capitalização: calculados de forma simples ou forma composta.⁵⁴⁴

Assim, os juros legais, em sentido *lato*, decorrem da previsão legal e independem de estipulação das partes e, em sentido estrito, corresponde à taxa de juros que deve ser aplicada na ausência de contratação.⁵⁴⁵ Os juros convencionais têm origem na manifestação volitiva das partes em fixar uma compensação pelo uso do capital ou da mora na restituição.⁵⁴⁶ Os juros compensatórios “são devidos em razão da utilização do capital pelo devedor na exata medida em que constituem frutos civis do valor empregado”⁵⁴⁷, enquanto que os juros moratórios “decorrem do descumprimento das obrigações e, mais frequentemente, do retardamento na restituição do capital ou do pagamento em dinheiro.”⁵⁴⁸

Os juros ainda podem ser classificados quanto ao modo de fixação, pré-fixados, quando já existe estipulação prévia da taxa do contrato, ou pós-fixados ou flutuante, quando a taxa fica livre ao longo do contrato e é aplicada de acordo com a flutuação da taxa de mercado para o dia da operação. O Manual de Crédito Rural estabelece as fórmulas de cálculo para ambas as formas de fixação nas operações de crédito rural com recursos controlados, e permite ao beneficiário escolher no ato da contratação qual modalidade de taxa prefere, pré ou pós fixada, a depender da fonte do recurso (não é possível, por exemplo, taxa flutuante com financiamento utilizando recurso da poupança rural).

Em relação à capitalização, tem-se o cálculo na forma simples quando a “taxa de juros é aplicada apenas sobre o capital inicial, não incidindo sobre os valores nominais acumulados”, e de forma composta quando “a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior”⁵⁴⁹.

Carlos Alberto Pereira⁵⁵⁰ ensina que caberia ao Conselho Monetário Nacional a competência de regulamentar as taxas de juros compensatórios no crédito rural, com base no art. 14, Lei 4829/65, e art. 5º, *caput*, Dec.-Lei 167/67. Contudo, em razão da omissão do CMN, nos contratos de crédito rural incide a limitação da taxa de juros em 12% ao ano, com base na Lei de Usura (Decreto

⁵⁴³ DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Ed. Forense. RJ. 2005. 26 ed. p. 807.

⁵⁴⁴ JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. *Juros no Direito Brasileiro*. 3ª ED. Editora RT: São Paulo. 2009. p. 85.

⁵⁴⁵ JUNIOR, 2009. p. 86.

⁵⁴⁶ JUNIOR, 2009. p. 108.

⁵⁴⁷ JUNIOR, 2009. p. 111.

⁵⁴⁸ JUNIOR, 2009. p. 125.

⁵⁴⁹ JUNIOR, 2009. p. 194.

⁵⁵⁰ PEREIRA, Carlos Alberto. *Contratos de Crédito*. São Paulo: Centrograf, 2007, p. 34.

nº 22.626/33), sendo inaplicável aos financiamentos rurais o teor da Súmula 596 do STF. Portanto, não incide a regra de livre fixação de taxa de juros pelas instituições financeiras previstas na Lei de Reforma Bancária (art. 4º, IX, Lei nº 4.595/64).

Para cada fonte de recurso de linha de crédito existe uma limitação na taxa de juros remuneratórios, conforme previsões elencadas no Manual de Crédito Rural, de forma sucinta se elaborou os quadros a seguir para melhor elucidação:

Tabela 1: Sem vinculação a Programa Específico – MCR 7-1

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros
Obrigatório	Custeio, Comercialização, Industrialização e Obrigatórios	Até 7,5% a.a.
Poupança Rural, equalizável	Custeio, Investimento, Comercialização ao amparo do Financiamento Especial para estocagem	Até 7,5% a.a.
Poupança Rural	Investimento	Mesmos encargos para os Programas do BNDES

Tabela 2: Programa Nacional de Crédito Fundiário – MCR 7-2

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros
Fundo de Terras e Reforma Agrária Mais	Renda bruta até R\$ 20.000,00 Patrimônio até R\$ 40.000,00 Moradia no Norte e Sudene	0,5% a.a.
Fundo de Terras e Reforma Agrária Mais	Renda bruta até R\$ 40.000,00 Patrimônio até R\$ 80.000,00 Qualquer região, menos Sudene	2,5% a.a.
Fundo de Terras e Reforma Agrária Mais	Renda bruta até R\$ 216.000,00 Patrimônio até R\$ 500.000,00 Qualquer região	4% a.a.

Tabela 3: Crédito a Cooperativas de Produção agropecuária – MCR 7-3

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros
	Crédito Geral e Comercialização	Até 7,5% a.a.
	Atendimento a Cooperados	Até 7,5% a.a.
	Integralização de Cotas-Partes	Até 7,5% a.a.

Taxa de Retenção	Até 7,5% a.a.
Industrialização	Até 7,5% a.a.

O Programa Nacional de Apoio ao Médio produtor Rural (Pronamp) financia os produtores rurais com renda bruta anual de até R\$ 2,4 milhões. Financiando custeio, investimento e assistência técnica, com limite do financiamento de custeio em até R\$ 1,5 milhões, e de investimento em até R\$ 430 mil, com prazo máximo de reembolso de 8 anos e taxa de juros de 6,5% a.a.

Tabela 4: Programa Nacional de Apoio ao Médio Produtor (Pronamp) – MCR 7-4

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros Prefixada	Taxa de Juros Pós-fixada
Pronamp	Custeio e Custeio Rotativo	Até 5,5% a.a.	-
Pronamp	Investimento	Até 6,5% a.a.	1,62% a.a. + Fator de Atualização Monetária (FAM)

Tabela 5: Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (Funcafé) – MCR 7-5

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros
Funcafé	Custeio – cafeicultor e cooperativa	Até 7,0% a.a.
Funcafé	Comercialização – cafeicultor e cooperativa	Até 7,0 % a.a.
Funcafé	Aquisição de café – indústria, beneficiadores e exportadores	Até 7,0 % a.a.
Funcafé	Contratos de Opções e Operações em Mercados Futuros	Até 7,0 % a.a.
Funcafé	Capital de Giro Indústria de café solúvel e torrefação, cooperativa	Até 7,0 % a.a.
Funcafé	Recuperação de cafezais Cafeicultor com perda mínima de 10% da lavoura	Até 7,0 % a.a.

Conforme disposto no PAP, o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) consiste em uma política pública de desenvolvimento sustentável do meio rural através do apoio aos agricultores familiares, ofertando o crédito rural em condições especiais de juros, prazos e limites. Caracterizado pela baixa taxa de juros, cerca de 0,5% a 4,5% ao ano, conveniente aos que dependem da pequena agricultura.

Sendo criado em 1996, para financiar projetos individuais ou coletivos, que geram renda aos agricultores familiares e assentados em áreas concedidas pela reforma agrária, o Pronaf tem o objetivo de auferir a geração de renda e aperfeiçoamento da mão de obra familiar, financiando as atividades e serviços rurais agropecuários e não agropecuários desenvolvido em estabelecimento rural ou em áreas comunitárias próximas. Mecanismo que permite ao pequeno produtor ter acesso ao crédito rural, seja para financiar o custeio da produção ou para modernizar os empreendimentos familiares, através do financiamento de máquinas agrícolas, tratores, veículos de carga, equipamentos e tecnologias de mercado.

Para ter acesso ao Pronaf é necessário que o produtor solicite a emissão da Declaração de aptidão ao Pronaf (DAP). Dentre os requisitos necessários para emissão do DAP destaca-se que: a área rural em posse da família não pode ultrapassar quatro módulos fiscais; a mão-de-obra utilizada deve ser predominantemente familiar; renda bruta anual de até R\$ 500 mil e no mínimo 50% de toda a renda deve vir das atividades desenvolvidas na área rural em posse da família.

O Pronaf é subdividido em diversos subprogramas, conforme os regramentos administrativos expedidos, evidenciando-se os seguintes:

Pronaf Custeio, destinado ao custeio de atividades agropecuárias e de beneficiamento ou industrialização da produção para os produtores rurais que se enquadrarem conforme a apresentação da DAP ativa, sendo, portanto, uma das linhas de crédito mais utilizada.

Pronaf B, uma linha de microcrédito destinado para famílias agricultoras com Renda Bruta Anual Familiar de até R\$ 23 mil, para investimentos na implantação, ampliação e modernização da infraestrutura de produção e serviços, seja no estabelecimento rural ou em áreas comunitárias rurais próximas. Devendo o beneficiário estar com a DAP “B” ativa.

Pronaf Mais Alimentos, destinado para elevar a renda familiar, com investimentos no aumento da produção, da produtividade e na redução dos custos de produção.

Pronaf Bioeconomia, para investimentos na utilização de tecnologias de energia renovável, ambientais, arma

Pronaf Agroindústria, sendo um financiamento a agricultores e produtores rurais familiares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e suas cooperativas, destinado a aplicar investimento no beneficiamento, em armazenagem, no processamento e na comercialização da produção agrícola, extrativa, de produtos florestais e artesanais; e para apoio à exploração de turismo rural.⁵⁵¹

⁵⁵¹ RIZZARDO, 2018, p. 568.

Pronaf Floresta, destinando-se a investimentos para atividades agroflorestais, a saber, extrativismo ecologicamente sustentável, recomposição e manutenção de áreas de preservação permanente e reserva legal e recuperação de áreas degradadas para o cumprimento de legislação ambiental, bem como para o enriquecimento de áreas com cobertura florestal diversificada.

Pronaf Semiárido, com investimentos em projetos de convivência com o semiárido, pondo à frente a infraestrutura hídrica e visando a sustentabilidade dos agroecossistemas, implantando, ampliando, recuperando ou modernizando o solo.⁵⁵²

Pronaf Mulher, designado a conceder crédito as mulheres agricultoras, independente do seu estado civil, para investimento em infraestrutura de produção e serviços agropecuários e não-agropecuários no imóvel agrário, conforme o interesse da mulher produtora com projeto técnico ou proposta simplificada.⁵⁵³

Contextualizando, Thayrine Ferreira Prado⁵⁵⁴ explica que o Pronaf Mulher foi idealizado durante a segunda edição da Marcha das Margaridas - movimento de mulheres rurais reivindicando melhorias na qualidade de vida e igualdade de gênero -, com a finalidade de aumentar o acesso da mulher ao crédito, *“através de um programa do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), foi estabelecida uma portaria estabelecendo que 30% dos créditos do Pronaf seriam destinados às mulheres”*. Apesar da linha de crédito já existir há alguns anos, a Deputada Jaqueline Cassol⁵⁵⁵ expôs em palestra que muitas produtoras rurais não conhecem o programa e a possibilidade de captação de recursos com encargos financeiros mais vantajosos, de modo que sequer é esgotado o valor disponibilizado para o Pronaf Mulher.

Pronaf Jovem, destinado a jovens agricultores e agricultoras familiares (enquadrados no Pronaf) maiores de 16 anos e com até 29 anos, financiando infraestrutura de produção e serviços agropecuários e não-agropecuários no imóvel agrário, atendendo ao melhor interesse do jovem.

Pronaf Custeio e Comercialização de Agroindústrias, tendo como beneficiários, agricultores familiares, suas cooperativas e empreendimentos familiares rurais, para financiamento das necessidades de custeio do beneficiamento e industrialização de produção própria e/ou de terceiros.⁵⁵⁶

⁵⁵² Ibidem, p. 569.

⁵⁵³ Ibidem, p. 569.

⁵⁵⁴ Prado, Thayrine Ferreira. A Mulher e sua Participação nas Políticas de Crédito Rural. In. Direito Agrário na Prática: casos jurídicos reais sob a percepção das mulheres agraristas. Org. Cardoso, Heloisa Bagatin. Et al. Santana do Livramento, 2021. p. 266.

⁵⁵⁵ CASSOL, Jaqueline. Palestra proferida no II Encontro Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=GwKyeu2UHws&t=777s>. Acesso em: 09 fev 2022.

⁵⁵⁶ RIZZARDO, 2018, p. 569.

Ainda atende nos segmentos de extrativismo e produtos florestais, turismo rural e produtos artesanais, devendo observar para beneficiar-se, na pessoa física, que no mínimo 80% da produção que será beneficiada, processada ou comercializada, seja própria. Em empreendimentos familiares, rurais, devem apresentar a DAP pessoa jurídica ativa para a agroindústria familiar, com 70% no mínimo de produção própria.

Pronaf Microcrédito Produtivo Rural, concedido aos agricultores integrantes de unidades familiares de produção⁵⁵⁷ para investimentos em atividades agropecuárias desenvolvidas no estabelecimento rural, bem como para implantação, ampliação ou modernização da infraestrutura de produção e prestação de serviços agropecuários.

Pronaf Agroecologia, aos agricultores e familiares para o financiamento/ investimento dos sistemas de produção agroecológicos ou orgânicos, podendo incluir os custos de implantação e manutenção do empreendimento.⁵⁵⁸ Sendo necessária a apresentação de um projeto técnico ou de uma proposta simplificada nos moldes exigidos pelo MAPA.

Pronaf Pgpaf (Programa de Garantia de Preços para a Agricultura Familiar), instituído pelo Dec. 5.996/2006 e destinado a cobrir a defasagem do preço de comercialização do produto financiado que ficar abaixo do preço de garantia vigente, no âmbito do Programa de Garantia de Preços para a Agricultura Familiar (Pgpaf).⁵⁵⁹

Pronaf Bioeconomia, para a implantação, utilização e recuperação, entre outras funções, de tecnologias de energia renovável, como o uso da energia solar; da biomassa, eólica, miniusinas de biocombustíveis; de estações de tratamento de água; de armazenamento hídrico, como o uso de cisternas, barragens, barragens subterrâneas, caixas-d'água; e de adoção de práticas conservacionistas e de correção da acidez e fertilidade do solo, visando sua recuperação e melhoramento da capacidade produtiva, investimento para o financiamento de pequenos aproveitamentos hidroenergéticos; tecnologias e energia renovável; tecnologias ambientais; projetos de adequação ambiental; adequação ou regularização das unidades familiares de produção à legislação ambiental; implantação de viveiros de mudas de essências florestais e frutíferas fiscalizadas ou certificadas e silvicultura.⁵⁶⁰

Pronaf PNCF (Programa Nacional de Crédito Fundiário) e PRA (Programa Nacional de Reforma Agrária), destinado exclusivamente em favor das

⁵⁵⁷ Ibidem, p. 569.

⁵⁵⁸ Ibidem, p. 569.

⁵⁵⁹ RIZZARDO, 2018, p. 569.

⁵⁶⁰ Ibidem, 2018, p.569.

famílias beneficiárias pelo Programa Nacional de Reforma Agrária (PNRA) e pelo Programa Nacional de Crédito Fundiário (PNCF).⁵⁶¹

Pronaf Mais Alimentos, para atender investimento à produção, armazenagem e transporte, dentre outros produtos, de açafrão, arroz, café, centeio, erva-mate, feijão, mandioca, milho, sorgo e trigo; e à produção de fruticultura, olericultura, apicultura, aquicultura, avicultura, bovinocultura de corte, bovinocultura de leite, caprinocultura, ovinocultura, pesca e suinocultura.⁵⁶²

Pronaf Composição de Dívidas, que é uma linha de crédito para composição de dívidas oriundas de operações de financiamento de investimento ou de custeio contratadas no âmbito do Pronaf com recursos repassados pelo BNDES.⁵⁶³

Tabela 6: Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) – MCR 7-6

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros Prefixada	Taxa de Juros Pós-fixada
Pronaf PNCF	Custeio – Grupo A/C	Até 1,5% a.a.	-
Pronaf PNCF	Investimento – Grupo A e beneficiários do PNRA com renda bruta até R\$ 20.000,00, sem contratação de trabalho assalariado permanente	Até 0,5% a.a.	-
Pronaf Custeio	Custeio – cultivo de diversos produtos agropecuários com sistema de produção de base agroecológica ou exploração extrativista ecologicamente sustentável	Até 3,0% a.a.	-
Pronaf Custeio	Aquisição de Animais de recria e engorda	Até 4,5% a.a.	-
Pronaf Mais Alimentos	Investimento – manejo e proteção de recursos naturais, formação e recuperação e pastagens, infraestrutura elétrica e para água, armazenagem, exploração extrativista ecologicamente sustentável, similares	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Mais Alimentos	Demais empreendimentos e finalidades do Programa	Até 4,5% a.a.	0,29% + FAM

⁵⁶¹ Ibidem, 2018, p. 569.

⁵⁶² Ibidem, 2018, p.569.

⁵⁶³ Ibidem, 2018, p. 569.

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros Prefixada	Taxa de Juros Pós-fixada
Pronaf Agroindústria	Todos	Até 4,5% a.a.	0,29% + FAM
Pronaf Floresta	Todos	Até 3,0% a.a.	1,72% +FAM
Pronaf Semiárido	Todos	Até 3,0% a.a.	1,72% +FAM
Pronaf Mulher	Beneficiárias dos Grupos, A, A/C e B, com projetos que adotam a metodologia do PNMPO	Até 0,5% a.a.	-
Pronaf Mulher	Demais beneficiárias: manejo e proteção de recursos naturais, formação e recuperação e pastagens, infraestrutura elétrica e para água, armazenagem, exploração extrativista ecologicamente sustentável, similares	Até 3,0% a.a.	1,72% +FAM
Pronaf Mulher	Demais empreendimentos e finalidades do Programa	Até 4,5% a.a.	0,29% + FAM
Pronaf Jovem	todos	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Industrialização	todos	Até 4,5% a.a.	-
Pronaf Cotas-Partes	todos	Até 4,5% a.a.	-
Pronaf Microcrédito Produtivo	Grupo B	Até 0,5% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Bioeconomia	silvicultura	Até 4,5% a.a.	0,29% + FAM
Pronaf Bioeconomia	Demais finalidade	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Produtivo Orientado	todos	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Cotas-Partes	todos	Até 4,5% a.a.	1,72% + FAM

Além das linhas do Pronaf, são disponibilizadas outras linhas de investimento, como o Inovagro, financiamento para projetos de inovação tecnológica para propriedades rurais, visando aprimorar a gestão e ampliar a produtividade das fazendas.

O Moderagro, destinado a projetos de ampliação e modernização da produção agropecuária.

O Programa de Construção de Armazéns (PCA), com objetivo de ampliar a capacidade de armazenamento, modernizando, construindo ou reformando armazéns.

O Programa de Desenvolvimento Cooperativo para Agregação de Valor à Produção Agropecuária (Prodecoop), destina-se a tornar competitivo as cooperativas agropecuárias, com a modernização dos sistemas produtivos e de comercialização.

O Programa de Capitalização de Cooperativas Agropecuárias (Procap), para a recuperação ou reestruturação patrimonial de cooperativas agropecuárias, agroindustriais, aquícolas ou pesqueiras.

O Programa de Financiamento à Agricultura Irrigada e ao Cultivo Protegido (Proirriga), destinado ao desenvolvimento da agropecuária irrigada e sustentável, para o incentivo à produção em ambiente protegido e para proteção da fruticultura em climas temperados contra a incidência de granizo.

Tabela 7: Programas com Recursos do BNDES (MCR 7-7)

Programas	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros Prefixada	Taxa de Juros Pós-fixada
Procap-Agro	Produtores rurais, cooperativas, agroindústrias, etc. Integralização de cotas partes e capital de giro.	Até 8,0% a.a.	3,05% a.a. +FAM
Proirriga	Todos os itens	Até 7,5% a.a.	2,58% a.a. +FAM
Moderagro	Produtores rurais e cooperativas	Até 7,5% a.a.	2,58% a.a. +FAM
Moderfrota	Produtores rurais e cooperativas com renda bruta de até 45 mi de reais	Até 8,5% a.a.	3,53% a.a. +FAM
Prodecoop	Cooperativas singulares e centrais, associados para integralização de cotas-partes	Até 8,0% a.a.	3,05% + FAM

ABC	Produtores e cooperativas – regularização ambiental	Até 5,5% a.a. + FAM	0,67%
ABC	Produtores e cooperativas - Demais finalidades	Até 7,0% a.a. 2,1% + FAM	
Inovagro	Produtores rurais e cooperativas	Até 7,0% a.a. +FAM	2,1%
PCA	Produtores rurais e cooperativas, cuja capacidade total não exceda 6 toneladas por beneficiário	Até 5,5% a.a. +FAM	0,67%
PCA	Produtores rurais e cooperativas – demais investimentos	Até 7,0% a.a. 2,1% + FAM	

Tabela 8: Fundos Constitucionais de Financiamento (MCR 7-8)

Fundo / Finalidade	Receita Bruta Anual	Taxa de Juros Prefixada	Taxa de Juros Pós-fixada
FCO – Investimento Com custeio ou capital de giro	Até 16 mi	Até 6,09% a.a.	3,05% a.a. +FAM
	De 16 a 90 mi	Até 6,56% a.a.	2,58% a.a. +FAM
	Acima de 90 mi	Até 7,03% a.a.	2,58% a.a. +FAM
FCO – custeio ou capital de giro e comercialização	Até 16 mi	Até 6,23% a.a.	-
	De 16 a 90 mi	Até 6,76% a.a.	-
	Acima de 90 mi	Até 7,27% a.a.	-
FCO - Operações Florestais	-	Até 5,46% a.a.	0,63% + FAM
FNE – Investimento Com custeio ou capital de giro	Até 16 mi	Até 5,65% a.a.	0,81% +FAM
	De 16 a 90 mi	Até 5,96% a.a.	1,11% +FAM
	Acima de 90 mi	Até 6,27% a.a.	1,40% + FAM
FNE – custeio ou capital de giro e comercialização	Até 16 mi	Até 5,75% a.a.	-
	De 16 a 90 mi	Até 6,09% a.a.	-
	Acima de 90 mi	Até 6,43% a.a.	-
FNE- Operações Florestais	-	Até 5,23% a.a.	0,35% + FAM

FNO – Investimento Com custeio ou capital de giro	Até 16 mi	Até 5,66% a.a.	0,82% +FAM
	De 16 a 90 mi	Até 5,98% a.a.	1,13% +FAM
	Acima de 90 mi	Até 6,29% a.a.	1,42% + FAM
FNO – custeio ou capital de giro e comercialização	Até 16 mi	Até 5,76% a.a.	-
	De 16 a 90 mi	Até 6,11% a.a.	-
	Acima de 90 mi	Até 6,45% a.a.	-
FNO - Operações Florestais	-	Até 5,24% a.a.	0,42% + FAM

O MCR prevê que no caso de aplicação irregular ou desvio de finalidade do crédito rural, o mutuário fica sujeito a devolver a quantia com sanções pecuniárias contratadas, incidindo desde a data de sua liberação correção pela TR e taxa de juros efetiva de 24% ao ano, sem prejuízo de demais sanções previstas na legislação (MCR 2-3-11 c/c 2-5-12).

Na hipótese de omissão acerca da taxa de juros no contrato, o Projeto de Lei 4588/202⁵⁶⁴ prevê que o agente financiador fica sujeito a aplicar as menores taxas de mercado para a mesma espécie de operação no período da vigência contratual, uma vez que em caso de dúvida o contrato deve ser interpretado em favor do produtor rural.

3.3 TAXA DE JUROS MORATÓRIOS E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

Quanto aos juros moratórios, segundo Paulo Nader⁵⁶⁵, o pagamento é obrigatório quando ocorre o inadimplemento e independe da alegação de prejuízo do credor (por já ser presumido), com base no disposto no art. 407 do Código Civil.

Nos contratos de crédito rural os juros de mora são aplicados em 1% ao ano, conforme redação do parágrafo único, do art. 5º, do Dec.-Lei 167/67. Ricardo Barbosa Alfonsin frisa que qualquer estipulação contratual de juros de mora “acima de 1% ao ano é manifestamente ilegal, resultando disso a nulidade absoluta da cláusula respectiva.”⁵⁶⁶

Diante da natureza distinta dos juros compensatórios e dos moratórios é plenamente possível a cumulação de ambos, sendo devidos “até o efetivo paga-

⁵⁶⁴ Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoes-web/prop_mostrarintegra?codteor=2128818. Acesso em: 09 fev 2022.

⁵⁶⁵ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Obrigações. Vol. 2. Ed. Forense: Rio de Janeiro. 2005. p. 556.

⁵⁶⁶ ALFONSIN, 2006. p. 48.

mento da obrigação, sob pena de enriquecimento ilícito do devedor, que seria assim estimulado a não quitar suas obrigações”, conforme anota João Roberto Parizatto⁵⁶⁷.

Todavia, considerando que nos contratos de crédito rural está prevista somente a cobrança de juros de mora de 1% ao ano, Carlos Alberto Pereira resalta que não é possível a cumulação com a comissão de permanência, afirmando que “a inserção no contrato de taxas ou comissões extras em caso de inadimplemento deve ser repelida para não fazer tabula rasa da legislação específica.”⁵⁶⁸ O Projeto de Lei 4588/2021 prevê a proibição de forma expressa da comissão de permanência em contratos de crédito rural⁵⁶⁹.

3.4 CAPITALIZAÇÃO DE JUROS

Para Celso Marcelo de Oliveira “capitalização é a incorporação dos juros ao principal, para constituir um novo saldo, e sobre este incidir novos juros, caracterizada na matemática financeira pela variação dos juros em função do tempo.”⁵⁷⁰

Em relação à taxa de juros nos contratos bancários comuns e de crédito rural ocorreram diversas controvérsias ao longo do tempo. Inicialmente, entendia-se que a capitalização de juros era vedada pelo art. 4º do Decreto 22.626/33 (Lei de Usura), sendo possível apenas a sobreposição de juros anual. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 121: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”. Posteriormente, houve a liberação da capitalização de juros mensal para instituições financeiras por intermédio do art. 5º, da 17ª edição da Medida Provisória 1.963 (reeditada pela Medida Provisória 2.170-36/2001). A doutrina e a jurisprudência discutiram muito sobre a constitucionalidade de referida norma até pacificarem o entendimento no sentido de ser possível a capitalização mensal de juros desde que previamente pactuada, conforme tese firmada em Recurso Especial repetitivo 973.827/RS do STJ, e, posteriormente, deu ensejo as súmulas 539 e 541 do STJ.

No tocante ao crédito rural, a doutrina e a jurisprudência eram pacíficas em permitir a capitalização de juros de forma semestral, com base no art. 5º, *caput*, do Decreto-Lei 167/67, mesmo sem ajuste prévio. Contudo, em relação à capitalização mensal existiam posicionamentos divergentes, a tese desfavorável sustentava que a

⁵⁶⁷ PARIZATTO, João Roberto. Multas e Juros no direito brasileiro. Edipa: Minas Gerais. 3ª Ed. 1999. p. 78.

⁵⁶⁸ PEREIRA, 2007. p. 59/60.

⁵⁶⁹ Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoes-web/prop_mostrarintegra?codteor=2128818. Acesso em: 09 fev 2022.

⁵⁷⁰ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Limite Constitucional dos Juros Bancários. LZN Editora: São Paulo. 2003. p. 102.

legislação agrária descreve o intervalo de seis meses para a sobreposição de juros (considerando justamente o período médio entre safras) e, também, questionava a constitucionalidade da MP nº 1693-17. Entretanto, a controvérsia restou superada em 2014 com o julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.333.977/MT do STJ, que firmou a seguinte tese: “A legislação sobre cédulas de crédito rural admite o pacto de capitalização de juros em periodicidade inferior à semestral”.

Portanto, depreende-se que é possível a capitalização de juros em periodicidade mensal em contratos de crédito rural, desde que firmados após a MP nº 1693-17, e expressamente prevista no contrato ou ante a pactuação de juros anuais superiores ao duodécuplo da taxa mensal, conforme orientação da jurisprudência.

3.5 MULTA MORATÓRIA

João Roberto Parizatto define multa como sendo a “pena pecuniária imposta a alguém em virtude de infringência de determinada obrigação legal ou contratual, essa obrigação pode ser de fazer ou não fazer, ou de pagar quantia certa em uma data previamente ajustada”⁵⁷¹. Portanto, a multa moratória decorre do inadimplemento da obrigação no vencimento convencionado, sendo que a quitação da obrigação somente se dá após o adimplemento do principal e da multa moratória convencionada, cuja incidência é única (independentemente do tempo da mora), aplicando-se a correção monetária sobre o valor do débito (total) ou da prestação vencida quando a obrigação for diferida.⁵⁷²

O mesmo autor⁵⁷³, ainda, explica que nos contratos de mútuo se aplicava a regra do art. 8º do Decreto nº 22.626/33, cujo limite máximo da multa era de 10% sobre o principal, pois tinha como finalidade atender as despesas judiciais e honorários advocatícios. Entretanto, com o advento da Lei nº 9.298/96 foi alterado o parágrafo primeiro do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor reduzindo o limite da multa moratória para no máximo 2%. Segundo o autor a alteração ocorreu em razão da estabilidade inflacionária do país, mantida na faixa de 1% ao mês, logo seria desproporcional fixar em 10% a multa, uma vez que a finalidade é de apenas compelir o devedor a quitar a obrigação no tempo ajustado. Ademais, os honorários advocatícios passaram a ser tratados como remuneração do advogado e a ele pertencendo, art. 22 da Lei nº 8.906/1994, portanto a multa perdeu a função de subsidiar o valor da verba honorária. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal por intermédio da súmula 616 pacificou o entendimento de que é possível a cumulação da multa contratual com honorários advocatícios.

⁵⁷¹ PARIZATTO, João Roberto. Multas e Juros no direito brasileiro. Edipa: Minas Gerais. 3ª Ed. 1999. p. 01.

⁵⁷² PARIZATTO, 1999, p. 18.

⁵⁷³ PARIZATTO, 1999, p. 12-13.

O Superior Tribunal de Justiça editou duas súmulas sobre o assunto, a primeira de nº 285 sedimenta a aplicabilidade da multa moratória prevista no CDC aos contratos bancários, e a segunda de nº 297 deixa clara a sujeição das instituições financeiras à legislação consumerista.

Desse modo, nas avenças firmadas a partir de 02 de agosto de 1996 (ou seja, da vigência da Lei nº 9.298/96, que modificou a redação do art. 52, §1º do CDC) deve ser aplicada a multa de apenas 2%, sob pena da cláusula ser nula de pleno direito. Além do mais, o Projeto de Lei 4588/2021⁵⁷⁴ prevê de forma expressa a limitação da multa em 2% nos contratos de crédito rural, independentemente da aplicação da legislação consumerista.

4 TÍTULOS DE CRÉDITO RURAL E GARANTIAS ATRELADAS AS OPERAÇÕES DE CRÉDITO

Conforme bem disciplina Renato Buranello em sua obra, *Manual do Direito do Agronegócio*, “é por meio das denominadas Cédulas de Crédito Rural que se dá a operacionalização do SNCR”.⁵⁷⁵

Sendo as Cédulas rurais as representações escritas do crédito rural, que decorrem de um financiamento, ou empréstimo rural, ou demais modalidades de concessão de crédito, abarcando, ainda, a representação de uma compra e venda a prazo, pactuada entre produtores rurais, entres estes e cerealistas, moinhos, cooperativas ou por destes com terceiros.⁵⁷⁶

Tais instrumentos são regulados pelo Decreto-lei nº 167/1967, que disciplinou dentre os títulos de financiamento rural, a cédula rural pignoratícia (CRP), a cédula rural hipotecária (CRH), a cédula rural pignoratícia e hipotecária (CRPH) e a nota de crédito rural (NCR). Todas enquadradas como promessa de pagamento em dinheiro, sendo as três primeiras com garantia real credulamente constituída, e a última sem qualquer garantia real, sendo assim, as três primeiras são classificadas como cédulas de crédito rural, e a NCR como cédula de crédito pessoal rural.

Importante salientar que o mesmo decreto disciplina outros dois títulos, sendo eles: a nota promissória rural e a duplicata rural, os quais se destinam a venda a prazo de produtos agrícolas, de circulação irrestrita entre os demais agentes da cadeia agroindustrial.

⁵⁷⁴ Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoes-web/prop_mostrarintegra?codteor=2128818. Acesso em: 09 fev 2022.

⁵⁷⁵ BURANELLO, Renato. *Manual de Direito do Agronegócio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.192.

⁵⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito do Agronegócio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 506.

Podendo ser utilizada também a Cédula de Crédito Bancário (CCB) para formalizar operações de crédito rural, ou até mesmo mediante contratos, desde que cumpram os requisitos formais dispostos na lei específica e seja inviável a realização da operação pretendida por meio de outros títulos previstos.

As Cédulas de Crédito Rural de um modo geral são caracterizadas como promessa de pagamento em dinheiro, destinadas a concessão do financiamento rural pelos órgãos integrantes do SNCR aos produtores rurais (pessoa física ou jurídica) e suas cooperativas. Sendo, portanto, títulos, líquidos, certos e exigíveis, incluindo as multas, correção monetária, juros e demais despesas que incumbirem ao credor para garantir a segurança, a regularidade e a realização de seu direito creditório. Deste modo, são ainda, títulos negociáveis, o que permite que o credor possa endossá-las a terceiros.

Já a Lei nº 8.929/1994 instituiu a Cédula de Produto Rural (CPR), uma cédula diferente de todas as demais, pois promete a entrega de um determinado produto rural, podendo estar atrelada a uma garantia real ou não, como forma de garantir que o produto descrito na cédula será definitivamente entregue, conforme menciona em seu art. 1º “fica instituída a Cédula de Produto Rural (CPR), representativa de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia credulamente constituída”. (Essa cédula não é utilizada no financiamento público, portanto, não é objeto de estudo do presente trabalho. Mas é importante ao menos mencioná-la, já que é um dos títulos aptos a utilizar o patrimônio rural em afetação como modalidade de garantia).

4.1 GARANTIAS ATRELADAS AS OPERAÇÕES DE CRÉDITO RURAL

O Decreto nº 58.380/1966 que trata da regulamentação da Lei que institucionaliza o Crédito Rural, apresenta em seu art. 30, as possibilidades de constituição de garantia das operações de crédito rural, quais sejam: Penhor Agrícola, Penhor Pecuário, Penhor Mercantil, Penhor Industrial, Bilhete de Mercadoria, *Warrants* e conhecimentos de depósitos, Caução, Hipoteca, Fidejussórias, além de outras que o Conselho Monetário Nacional venha a admitir como forma de garantia.

4.2 CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA

A Cédula Rural Pignoratícia pode ser conceituada como o contrato de penhor rural propriamente dito, pois é um título de crédito atrelado a uma

garantia real de um penhor rural ou mercantil. Sendo tais bens que podem ser objetos do penhor agrícola e pecuário elencados nos arts. 1.442 e 1.444 do Código Civil, são eles: “máquinas e instrumentos de agricultura; colheitas pendentes, ou em via de formação; frutos acondicionados ou armazenados; lenha cortada e carvão vegetal; animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola; e os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios” e do penhor mercantil mencionados no art. 1.447 do CC: “máquinas, aparelhos, matérias, instrumentos instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias-primas e produtos industrializados”. Portanto, tal instrumento é utilizado para assegurar a ausência do pagamento, mediante a garantia de bens móveis provenientes da atividade rural ou comercial.

Devendo conter no instrumento de formalização da CRP, os seguintes requisitos indicados no art.14 do Decreto-lei nº 167/1967:

I - Denominação “Cédula Rural Pignoratícia”.

II - Data e condições de pagamento; havendo prestações periódicas ou prorrogações de vencimento, acrescentar: “nos termos da cláusula Forma de Pagamento abaixo” ou “nos termos da cláusula Ajuste de Prorrogação abaixo”.

III - Nome do credor e a cláusula à ordem.

IV - Valor do crédito deferido, lançado em algarismos e por extenso, com indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização.

V - Descrição dos bens vinculados em penhor, que se indicará pela espécie, qualidade, quantidade, marca ou período de produção, se for o caso, além do local ou depósito em que os mesmos bens se encontrarem.

VI - Taxa dos juros a pagar, e da comissão de fiscalização, se houver, e o tempo de seu pagamento.

VII - Praça do pagamento.

VIII - Data e lugar da emissão.

IX - Assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário.” (BRASIL, 1967)

4.3 CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA

A Cédula Rural Hipotecária é um título, certo, líquido e exigível, que tem como garantia a hipoteca de um bem imóvel, sendo a hipoteca disciplinada nos arts. 1.473 a 1.505 do CC, enquanto os aspectos procedimentais, na Lei nº 6.015/1973, que trata dos Registros Públicos. Portanto, tratando de uma garantia de um imóvel, que pode ser rural ou urbano, e conseqüentemente, todos os acessórios introduzidos nele integram a hipoteca: máquinas e instalações, benfeitorias, construções, nos termos do art. 22 da Lei de Registros Públicos. Desta feita, fica evidenciado que em uma fazenda hipotecada, as máquinas agrícolas, benfeitorias, construções, bem como as melhorias efetuadas no imóvel durante a vigência da cédula, integram a hipoteca, devendo ser aplicada à hipoteca cédular, de forma subsidiária, os princípios que regem a legislação ordinária sobre hipoteca no que não colidir com o Decreto-lei nº 167/1967.⁵⁷⁷

Importante ressaltar, conforme dispõe o Código Civil, que as embarcações e aeronaves, embora sejam bens móveis poderão ser hipotecadas, desde que, mediante contrato, sendo inviável, portanto, ajustá-las em Cédulas de Crédito Rural.

Por todo o exposto, trata-se de uma hipoteca convencional, por meio de uma cédula, para um financiamento rural executado pelas instituições financeiras integrantes do SNCR, com os seguintes requisitos presentes, em conformidade com o art. 20 do Decreto-lei nº 167/1967:

I - Denominação “Cédula Rural Hipotecária”.

II - Data e condições de pagamento; havendo prestações periódicas ou prorrogações de vencimento, acrescentar: “nos termos da cláusula Forma de Pagamento abaixo” ou “nos termos da cláusula Ajuste de Prorrogação abaixo”.

III - Nome do credor e a cláusula à ordem.

IV - Valor do crédito deferido, lançado em algarismos e por extenso, com indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização.

V - Descrição do imóvel hipotecado com indicação do nome, se houver, dimensões, confrontações, benfeitorias, título e data de aquisição e anotações (número, livro e folha) do registro imobiliário.

VI - Taxa dos juros a pagar e a da comissão de fiscalização, se houver, e tempo de seu pagamento.

⁵⁷⁷ BURANELLO, Renato. *Manual de Direito do Agronegócio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.196.

VII - Praça do pagamento.

VIII - Data e lugar da emissão.

IX - Assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário” (BRASIL, 1967)

4.4 CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA

A Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária por sua vez, reúne os dois títulos mencionados, ocorrendo quando o emitente do título oferece em garantia bens móveis e imóveis, portanto, deverá ser emitida a Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária, aplicando-se as mesmas regras das Cédulas Pignoratícias e das Cédulas Hipotecárias. Seguindo os requisitos mencionados no art. 25 do Decreto-lei nº 167/1967:

“I - Denominação “Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária”.

II - Data e condições de pagamento havendo prestações periódicas ou prorrogações de vencimento, acrescentar: “nos termos da cláusula Forma de Pagamento abaixo” ou “nos termos da cláusula Ajuste de Prorrogação abaixo”.

III - Nome do credor e a cláusula à ordem.

IV - Valor do crédito deferido, lançado em algarismos e por extenso, com indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização.

V - Descrição dos bens vinculados em penhor, os quais se indicarão pela espécie, qualidade, quantidade, marca ou período de produção se for o caso, além do local ou depósito dos mesmos bens.

VI - Descrição do imóvel hipotecado com indicação do nome, se houver, dimensões, confrontações, benfeitorias, título e data de aquisição e anotações (número, livro e folha) do registro imobiliário.

VII - Taxa dos juros a pagar e da comissão de fiscalização, se houver, e tempo de seu pagamento.

VIII - Praça do pagamento.

IX - Data e lugar da emissão.

X - Assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário.” (BRASIL, 1967)

4.5 NOTA DE CRÉDITO RURAL

A Nota de Crédito Rural representa um financiamento ou empréstimo bancário, porém diferencia-se dos títulos anteriores, por não estar atrelada a nenhuma garantia real, sendo, portanto, vinculada a uma garantia fidejussória, pessoal, e nos termos do art. 28 do Decreto-lei nº 167/1967, seu crédito goza de privilégios sobre os demais créditos não sujeitos a garantias em outros títulos, ou não preferenciais, como o caso dos fiscais e trabalhistas. Devendo atender os requisitos do art. 27 do supra decreto:

I - Denominação “Nota de Crédito Rural”.

II - Data e condições de pagamento; havendo prestações periódicas ou prorrogações de vencimento, acrescentar: “nos termos da cláusula Forma de Pagamento abaixo” ou “nos termos da cláusula Ajuste de Prorrogação abaixo”.

III - Nome do credor e a cláusula à ordem.

IV - Valor do crédito deferido, lançado em algarismos e por extenso, com indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização.

V - Taxa dos juros a pagar e da comissão de fiscalização se houver, e tempo de seu pagamento.

VI - Praça do pagamento.

VII - Data e lugar da emissão.

VIII - assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário.” (BRASIL, 1967)

4.6 NOTA PROMISSÓRIA RURAL

A Nota Promissória Rural, classifica-se como título civil, uma espécie do gênero Nota Promissória, utilizado nas vendas a prazo de bens agrícolas, extrativo ou pastoril. É um título que consiste em uma promessa de pagamento a prazo do valor da compra, ou entrega de um bem agrícola, com a função de ensejar contratos de compra e venda na cadeia agroindustrial.

Podendo a Nota Promissória Rural ser utilizada nas situações dispostas no art. 42 do Decreto-lei nº 167/1967: “Nas vendas a prazo de bens de natureza agrícola, extrativa ou pastoril, quando efetuadas diretamente por produtores rurais ou por suas cooperativas; nos recebimentos, pelas cooperativas, de produtos da mesma natureza entregues pelos seus cooperados, e nas entregas de

bens de produção ou de consumo, feitas pelas cooperativas aos seus associados”. Com instituição contendo os seguintes requisitos nos termos do art. 43 do Decreto-lei nº 167/1967:

- “I - Denominação “Nota Promissória Rural”.
- II - Data do pagamento.
- III - Nome da pessoa ou entidade que vende ou entrega os bens e a qual deve ser paga, seguido da cláusula à ordem.
- IV - Praça do pagamento.
- V - Soma a pagar em dinheiro, lançada em algarismos e por extenso, que corresponderá ao preço dos produtos adquiridos ou recebidos ou no adiantamento por conta do preço dos produtos recebidos para venda.
- VI - Indicação dos produtos objeto da compra e venda ou da entrega.
- VII - Data e lugar da emissão.
- VIII - assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca do signatário.” (BRASIL, 1967)

4.7 DUPLICATA RURAL

Assim como a Nota Promissória Rural, a Duplicata Rural, é um título utilizado nas vendas a prazo de produtos agrícolas por produtores rurais e suas cooperativas. Porém a Nota Promissória Rural é um título emitido pelo comprador no ato da venda, enquanto a Duplicata Rural é emitida pelo vendedor. Devendo conter os requisitos mencionados no art. 48 do Decreto-lei nº 167/1967:

- “I - Denominação “Duplicata Rural”.
- II - Data do pagamento, ou a declaração de dar-se a tantos dias da data da apresentação ou de ser à vista.
- III - Nome e domicílio do vendedor.
- IV - Nome e domicílio do comprador.
- V - Soma a pagar em dinheiro, lançada em algarismos e por extenso, que corresponderá ao preço dos produtos adquiridos.
- VI - Praça do pagamento.
- VII - Indicação dos produtos objeto da compra e venda.
- VIII - Data e lugar da emissão.
- IX - Cláusula à ordem.

X - Reconhecimento de sua exatidão e a obrigação de pagá-la, para ser firmada do próprio punho do comprador ou de representante com poderes especiais.

XI - assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário.” (BRASIL, 1967)

4.8 CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

A Cédula de Crédito Bancário, é um título de crédito que pode ser emitido por pessoa física ou jurídica, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operações de crédito, de qualquer modalidade, podendo ser emitida com ou sem garantia, real ou fidejussória cedularmente constituída, pelas instituições credoras integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Sendo um título executivo extrajudicial, que representa uma dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível. A CCR deve conter os seguintes requisitos essenciais, em conformidade com art. 29 da Lei nº 10.931/2004:

“I - A denominação “Cédula de Crédito Bancário”;

II - A promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

III - A data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

IV - O nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

V - A data e o lugar de sua emissão; e

VI - A assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.” (BRASIL, 2004)

Desse modo, conforme bem elucidada Renato Buranello:

“Em consonância com a Carta Circular n. 3.203, de 30 de agosto de 2005, do Bacen, que trata da formalização de operações de crédito rural, a qual, tendo em vista o disposto na Lei nº 10.931/2004, esclarece que a Cédula De Crédito Bancário pode ser utilizada na formalização de operações de crédito rural de que trata o MCR.”⁵⁷⁸

⁵⁷⁸ BURANELLO, Renato. *Manual de Direito do Agronegócio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.193.

Portanto, passando então a integrar o MCR como instrumento apto a contratar crédito rural, e, portanto, um verdadeiro alicerce para as instituições financeiras. Pois trata-se de uma verdadeira Cédula “coringa”, uma vez que além de ser permitida em quaisquer modalidades de financiamento bancário, admite-se uma gama de garantias, como é o caso da alienação fiduciária, modalidade de garantia que não é vinculada nos títulos anteriormente mencionados, uma vez que é inadmissível em Cédulas de Crédito Rural, nos termos do MCR 3-1-4.

5 A LEI DO AGRO, O PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO E A CÉDULA IMOBILIÁRIA RURAL

A Lei do agro (Lei nº 13.986/2020) foi introduzida no ordenamento jurídico com o objetivo de captar mais recursos para a cadeia produtiva do agronegócio, modernizando o crédito rural e o elevando à categoria de “agro digital”, trazendo a emissão, o depósito, a escrituração e as assinaturas eletrônicas ao financiamento do agronegócio, com novas modalidades de garantia, modificações em diversas leis e a criação de um novo título de crédito, a Cédula Imobiliária Rural (CIR), possibilitando acesso desburocratizado e taxas de juros atrativas ao crédito rural.⁵⁷⁹

Enquanto as mudanças trazidas na CPR, o título de crédito mais utilizado no financiamento do agronegócio brasileiro, sendo atualmente um instrumento voltado para o financiamento privado, possibilitou diversificar as opções de financiamento dos produtores agrícolas, provocando um processo de desintermediação bancária no financiamento do setor, o que contribuiu para o fortalecimento dos Complexos Agroindustriais do País, em especial, o segmento de grãos, o que conseqüentemente ocasionou em aumento de liquidez e maior atração de investidores institucionais.⁵⁸⁰

Com o aprimoramento do Crédito Rural, possibilitou-se facilitar sua contratação, o que em contrapartida demandou garantias mais robustas, com um procedimento executório mais célere, garantindo aos credores/investidores do setor maior segurança jurídica quanto ao recebimento do valor aplicado. Destravando assim, o Crédito Rural, e conseqüentemente com a aplicação dessas garantias também na CPR, possibilitou-se uma maior captação de recursos do financiamento privado, com vistas a atrair capital estrangeiro em algumas modalidades, uma tendência de transição do mercado que vem se mostrando necessária nos últimos anos, uma vez que o SNCR sozinho não se mostra suficiente para atender toda a necessidade de investimento do setor. Pois com um

⁵⁷⁹ Cf. REIS, Marcus. *Crédito Rural: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 251.

⁵⁸⁰ Cf. REIS, Marcus. *Crédito Rural: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 103.

mercado externo cada vez mais competitivo e exigente, existe a necessidade de uma grande alavancagem de recursos para que Brasil assuma o protagonismo na produção mundial de alimentos.

Dentre as novidades trazidas na Lei do Agro, merece destaque a Cédula Imobiliária Rural e o Patrimônio Rural em Afetação, que serão dispostos a seguir.

5.1 O PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO (PRA)

O Patrimônio Rural em Afetação, consiste em uma nova modalidade de garantia, onde o proprietário do imóvel rural, pessoa natural ou jurídica, detém a possibilidade de submeter seu imóvel ou parcela dele ao regime de afetação, este que possibilita, o terreno, as acessões e benfeitorias, exceto as lavouras, os bens móveis e os semoventes, constituir PRA, sendo esta modalidade vinculada a uma CPR ou a uma CIR em operações financeiras, conforme dispõe a Lei nº 13.986/2020 que o instituiu.

Outro ponto que merece destaque, é o que delimita o art. 10º, §2º da mesma lei, que trata da inalienabilidade do imóvel afetado, pois enquanto estiver sujeito ao regime de afetação, mesmo que de modo parcial, não poderá ser objeto de compra e venda, doação, parcelamento ou qualquer outro meio translativo de propriedade por iniciativa do proprietário. Importante ainda suscitar que o bem que constituiu PRA não poderá ser utilizado para realizar ou garantir o cumprimento de qualquer outra obrigação assumida pelo proprietário, se tornando impenhorável e não podendo ser objeto de constrição judicial.

Ainda conforme disposto na Lei nº 13.986/2020, o imóvel em regime de afetação não é atingido pelos efeitos da decretação de falência, insolvência civil ou recuperação judicial do proprietário do bem imóvel afetado, não se aplicando às obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais do proprietário.

Observa-se que o PRA possui um grande diferencial, pois possibilita fracionar um imóvel, sem a necessidade constituir sua totalidade como garantia real, como ocorre na hipoteca ou na alienação fiduciária, sendo ainda, uma modalidade de garantia extremamente robusta a fim de satisfazer o adimplemento junto ao credor.

Desse modo, observa-se que o instituto se assemelha à alienação fiduciária, uma vez que inadimplido o crédito, não demanda intervenção judicial para consolidação da propriedade pelo credor. Consistindo o principal diferencial na possibilidade de o produtor/proprietário dispor apenas de parcela do seu imóvel rural, e não de sua totalidade, como ocorre na alienação.

Por outro lado, espera-se com isso que o bem afetado seja proporcional ao valor da dívida.⁵⁸¹

5.2 CÉDULA IMOBILIÁRIA RURAL (CIR)

Anteriormente a CIR, o produtor rural, ao contrair um financiamento ou um empréstimo, via-se obrigado, em suma maioria das vezes, ofertar em garantia um imóvel rural com valor superior ao do próprio financiamento por ele garantido.⁵⁸²

Desse modo, o produtor rural, passava a carecer de novos financiamentos, uma vez seu patrimônio encontrava-se travado em empréstimos anteriores. Sendo frequente a necessidade de refinanciamento e renegociação em razão de quebras de safra ou outros motivos corriqueiros ao mundo do agro, e mesmo ao pagar parcialmente uma dívida, o produtor só conseguia liberar a garantia de maneira completa após a quitação total.⁵⁸³

A partir desse cenário, surgiu a CIR para solucionar essa problemática, permitindo juntamente com a CPR, a garantia do patrimônio rural em afetação, que possibilita ao produtor/proprietário fracionar seus imóveis rurais, atendendo cada fração ao tamanho correspondente do financiamento. Desse modo, o produtor/proprietário consegue planejar e dividir de maneira adequada, em uma mesma matrícula imobiliária, diversos financiamentos que não se comunicam entre si, seja em razão dos valores e vencimentos, ou até mesmo da necessidade de prorrogação, solucionando esses pontos que até então eram desconfortáveis ao crédito rural.⁵⁸⁴

Sendo a Cédula Imobiliária Rural, um título de crédito nominativo, transferível e de livre negociação, representativo de uma promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operações de crédito de qualquer modalidade, podendo ser emitida por proprietário de imóvel rural, pessoa natural ou jurídica, que houver constituído patrimônio rural em afetação. Consistindo também em uma obrigação de entregar em favor do credor, bem imóvel rural, ou sua fração, vinculado ao patrimônio rural em afetação, nas hipóteses em que não houver ocorrido o pagamento da operação até a data de vencimento.

Por fim, conforme dispõe o art. 21. da Lei nº 13.986/2020, “a CIR, é um título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e

⁵⁸¹ Cf. REIS, Marcus. *Crédito Rural: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 508 e 509.

⁵⁸² Cf. REIS, Marcus. *Crédito Rural: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 251.

⁵⁸³ REIS, Marcus. *Crédito Rural: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 252.

⁵⁸⁴ REIS, Marcus. *Crédito Rural: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 252.

exigível, correspondente ao valo nela indicado ou ao saldo devedor da operação de crédito que representa”.

Contendo os seguintes requisitos necessários para sua instrumentalização, nos termos do art. 22 da mesma lei:

- I - A denominação “Cédula Imobiliária Rural”;
- II - A assinatura do emitente;
- III - O nome do credor, permitida a cláusula à ordem;
- IV - A data e o local da emissão;
- V - A promessa do emitente de pagar o valor da CIR em dinheiro, certo, líquido e exigível no seu vencimento;
- VI - A data e o local do pagamento da dívida e, na hipótese de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação;
- VII - A data de vencimento;
- VIII - A identificação do patrimônio rural em afetação, ou de sua parte, correspondente à garantia oferecida na CIR; e
- IX - A autorização irretratável para que o oficial de registro de imóveis processe, em favor do credor, o registro de transmissão da propriedade do imóvel rural, ou da fração, constituinte do patrimônio rural em afetação vinculado à CIR, de acordo com o disposto no art. 28 desta Lei.** (grifo nosso) (BRASIL, 2020)

Tem-se ainda a possibilidade do vencimento antecipado da CIR, independentemente de aviso ou interpelação judicial ou extrajudicial, quando descumprida a obrigação de preservação do patrimônio rural em afetação, ou nos casos de insolvência civil, falência ou recuperação judicial do emitente, ou ainda quando for constatada prática comprovada de desvio dos bens e administração ruinosa do imóvel afetado vinculada a CIR.

Conforme determina o art. 28. da Lei nº 13.986/2020, uma vez vencida a CIR e não liquidado o crédito que ela representa, o credor poderá exercer de imediato o direito à transferência, para sua titularidade, do registro da propriedade da área rural que constituiu o patrimônio rural em afetação, ou de sua fração, vinculado a CIR no cartório de registro de imóveis correspondentes.

5.3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Conforme bem define Melhim Namem Chalhub, a fidúcia enquanto garantia, exerce função correspondente às garantias reais em geral, sendo, porém, dotada de mais eficácia, pois, enquanto nos contratos de garantias em geral, como

a hipoteca, o devedor grava um bem ou direito para garantia, mas o mantendo em seu patrimônio, já na fidúcia, difere-se, pois o devedor transmite ao credor a propriedade ou titularidade do bem ou direito, que, então, permanecerá no patrimônio do credor como propriedade-fiduciária, até que seja satisfeito o crédito.⁵⁸⁵

5.4 FIDÚCIA E NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

A fidúcia originou-se a partir do direito romano, na Lei das Doze Tábuas, onde conforme disciplinava a sexta tábua, se alguém empenhava alguma coisa em presença de testemunhas, firmava-se uma convenção com força de lei.⁵⁸⁶

Conforme exprime Arnaldo Rizzardo, dentre as três espécies no antigo direito romano, registradas por Paulo Restiffe Neto, destaca-se a *fidúcia cum creditore*, onde o devedor, por força de um contrato, transferia a propriedade da coisa ao credor, a fim de garantir o pagamento de uma dívida, ficando comprometido o credor a retransmitir a propriedade ao devedor após o recebido do que lhe era devido.⁵⁸⁷

Do mesmo modo, menciona Melhim Namen Chalhuh, conforme define Gaio, a fidúcia seria como uma *mancipatio* pactuada com a obrigação do adquirente de remancipare, indicando que a mesma se fazia pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*. Sendo a *fidúcia cum creditore*, uma modalidade com conteúdo assecuratório, uma garantia ao credor, pois nessa modalidade, o devedor vendia o bem ao credor sob condição de reaver o bem se, dentro do prazo estabelecido, liquidava-se a dívida.⁵⁸⁸

Portanto, tratava-se de um ato solene, mediante um *pactum conventum*, tendo o fiduciário o direito de dispor da coisa, na posição de proprietário pleno, devendo restituí-la ao fiduciante, caso este salda-se a dívida, e caso o mesmo não efetuasse o pagamento dentro do prazo estipulado, possuía o fiduciário o direito de vender a coisa para dispor do seu crédito, sem concorrência de demais credores do fiduciante, cabendo ao fiduciante exigir o valor excedente se houvesse.

Desse modo, fica constatada, a essencialidade da boa-fé diante do pacto fiduciário. Sendo, portanto, a fidúcia, um acordo de boa-fé, onde o fiduciante transferia ao fiduciário um direito propriedade resolúvel, condicionado a um pagamento. Tendo a fidúcia, dois requisitos, a entrega da coisa ao fiduciário e

⁵⁸⁵ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 38.

⁵⁸⁶ Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1273.

⁵⁸⁷ Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1273.

⁵⁸⁸ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 40.

o acordo de vontade, o qual obrigava o fiduciário a restituir a coisa ou lhe dar determinada destinação pactuada.

Conforme síntese do instituto dada por Otto de Souza Lima, como “a convenção pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *in jure cessio*, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação”.⁵⁸⁹

Enquanto os termos *mancipatio* e *in jure cessio*, Arnaldo Rizzardo, define como “dois modos solenes ou formais presentes no direito romano, de translação do domínio adquirido. Sendo seu efeito, a transferência da plena titularidade do direito, ou da propriedade”.⁵⁹⁰

Já o negócio fiduciário, consiste no negócio jurídico em que o fiduciante transmite a titularidade de um direito ou a propriedade de uma coisa ao fiduciário, este ficando obrigado a lhe dar determinada destinação, e uma vez cumprido o encargo, retransmitir a coisa ou o direito ao fiduciante, ou aquele que o mesmo indicar no pacto fiduciário. Portando, o negócio fiduciário pode ser sintetizado, pelo próprio significado da fidúcia, estando vinculada em uma relação negocial.⁵⁹¹

Nesse mesmo sentido, define Pontes de Miranda⁵⁹²:

“sempre que a transmissão tenha um fim que não seja a transmissão da mesma, de moda que ela sirva a negócio jurídico que não venha a ser de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia, ou negócio fiduciário”.

Ademais, atenta Tullio que Ascarelli que o objetivo fim das partes não corresponde ao fim típico do negócio fiduciário. Pois sua principal característica se encontra no fato de obrigar uma transmissão de propriedade, onde ainda introduz o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode fazer proveito da propriedade que adquiriu, apenas para o fim firmado entre as partes, sendo obrigado devolvê-la desde que o fim seja preenchido. Enquanto os efeitos do direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, ultrapassam as intenções das partes, pois as convenções obrigacionais objetivam reestabelecer o equilíbrio, assim possibilitando o uso da transferência da propriedade para fins de garantia, de mandato, de depósito. Posto isso, nota-se que

⁵⁸⁹ Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1274.

⁵⁹⁰ Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1274.

⁵⁹¹ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 65.

⁵⁹² (1954, p. 123, apud RIZZARDO, 2019, p. 1274)

em alguns casos de negócio fiduciário, a transmissão da propriedade é utilizada pelas partes, não com a finalidade de troca, mas sim de garantia.⁵⁹³

No Brasil, o negócio fiduciário é admitido pela doutrina e pela jurisprudência, por outro lado, no direito positivo, não é contemplado uma regulamentação sistêmica da matéria, mas apenas normas legais de forma isolado em algumas situações específicas. Reconhecendo a jurisprudência apenas os negócios fiduciários propriamente ditos, fundando-se na liberdade contratual e na autonomia da vontade, pois desde que negócios jurídicos inominados não afrontem o ordenamento jurídico, a ordem pública ou moral, são válidos e eficazes.⁵⁹⁴

5.5 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL EM GARANTIA E O PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO ENQUANTO FERRAMENTAS DE FOMENTO DA CADEIA AGROINDUSTRIAL

O instituto da alienação fiduciária sobre bens imóveis foi introduzido no ordenamento jurídico através da Lei nº 9.514/1997, para estimular o financiamento imobiliário e demais operações de crédito com garantia imobiliária, pois tratava-se de um mecanismo mais ágil, eficiente e seguro para os investidores do setor imobiliário, uma vez que permitia a recomposição da mora de forma célere quando comparado as demais modalidades de garantia já conhecidas pelo mercado financeiro.

Deste modo, o conceito de alienação fiduciária de bem imóvel em garantia, sintetiza-se como o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la tão logo venha a ocorrer o acontecimento a que se subordinara tal obrigação, ou tenha solicitado a restituição. Portanto, se trata de um negócio fiduciário de garantia, onde o devedor transfere para o credor a propriedade de uma coisa, imóvel. Em conformidade com a definição dada pelo art. 22 da Lei nº 9.514/1997, que define o instituto da alienação fiduciária como o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Enquanto essa propriedade se constitui mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título, nos termos do art. 23 da lei que o instituiu, obedecendo os requisitos do contrato presentes no art. 24 da mesma lei para ter eficácia plena, e com isso gerando efeitos reais de garantia.

⁵⁹³ (1945, p. 106, apud RIZZARDO, p.1275)

⁵⁹⁴ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 94.

Sendo assim, tal instituto é um direito real de garantia em que o devedor, proprietário de um bem imóvel, aliena fiduciariamente ao credor, tornando-se então depositário e possuidor direto, enquanto o credor, possuidor indireto e com domínio resolúvel, tenha garantido o seu crédito, podendo vender o imóvel no caso de inadimplência do devedor, ou na hipótese de saldada a dívida, ficando obrigado a transferir o bem ao devedor.

Pois trata-se de uma propriedade resolúvel, ocorrendo o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, conforme determina o art. 25 da Lei nº 9.514/1997. Dispondo o fiduciário, de um prazo de trinta dias da liquidação da dívida, para fornecer o respectivo termo de quitação ao fiduciante, este à vista do oficial competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Ademais, determina o art. 26 a 27 da referida lei, que vencida a dívida e não paga, consolida-se a propriedade no nome do fiduciário, podendo este proceder com a execução extrajudicial do imóvel, atendendo, portanto, a satisfação do crédito com a celeridade desejada pelo mercado financeiro.

Do mesmo modo, o Patrimônio Rural em Afetação, institucionalizado pela Lei nº 13.986/2020, parte da premissa de fomento da atividade agrária e do setor agroindustrial, seja através do financiamento agrícola exercido por meio da CIR, ou pelos mais diversos negócios jurídicos realizados dentro da cadeia do agronegócio, através da CPR. Sendo o PRA, modalidade que ganha destaque, já que possibilita fracionar uma mesma área para constituir diversas garantias.

Portanto ganha um espaço importante dentro do setor agroindustrial, uma vez que apresenta maior segurança jurídica, celeridade, e transparência para os que compõem o setor, uma vez que segue o mesmo rito de execução presente na alienação fiduciária, mas sem a necessidade de compor gravame de ônus real sob a totalidade do imóvel.

Observa-se então que essas modalidades de garantia, por serem mais robustas e céleres, quando comparada as outras modalidades presentes, como a hipoteca, atendendo, portanto, as necessidades do mercado financeiro do setor agroindustrial e das instituições financeiras componentes do SNCR, e embora não sendo admitida a alienação fiduciária nas cédulas de crédito rural, poderiam utilizar-se do instituto como garantia atrelada as cédulas de crédito bancário para financiar a atividade agrária.

O que conseqüentemente vem atraindo a atenção do SNCR, pois com essas modalidades de garantia com mais segurança jurídica, agilidade e eficiência, passa a ter preferência para os credores do agro, fomentando assim a concessão de custeio, investimento, comercialização ou industrialização do

setor, bem como possibilitando a incidência de juros e encargos mais atrativos, e conseqüentemente facilitando o acesso ao crédito.

6 CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS (ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO)

6.1 EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Uma vez vencida e não saldada a dívida, estabelece o art. 1364 do CC, que “fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor”. Em conformidade com o que exprime o art. 26 da Lei nº 9.514/1997, que constitui em mora o devedor, quando vencida e não paga a dívida, consolidando a propriedade no credor automaticamente.

Portanto, a execução extrajudicial do bem imóvel alienado fiduciariamente, prossegue independentemente da vontade do devedor, pois opera-se por sub-rogação, viabilizando a expropriação do imóvel, o qual se perfez a obrigação executiva. Desde que notificado o devedor para adimplir sua dívida no prazo de quinze dias, nos termos em que determina ao art. 26 §1º, porém não afastando a mora, essa uma vez já consolidada, tendo, portanto, a mera função de dar ciência aos efeitos decorrentes do inadimplemento.

Tendo ainda, como outro requisito necessário, para consolidar a propriedade ao credor, a demonstração do inadimplemento, para que assim, o devedor possa purgar a mora. E não havendo a purgação pelo devedor, formaliza-se a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, por meio da averbação na matrícula do imóvel pelo Cartório do Registro de Imóveis competente.

Conforme acentua o art. 27, da Lei nº 9.514/1997, uma vez consolidada a propriedade em favor do credor, este pode prosseguir no prazo de trinta dias, contados da data do registro, com o primeiro leilão para alienação do imóvel, podendo ser arrematado por valor igual ou superior da avaliação estipulada no contrato, observados os requisitos mencionados no art. 24 da mesma lei. Sendo o maior lance inferior ao valor estipulado no contrato, em quinze dias será realizado o segundo leilão, onde basta que o maior valor oferecido, seja suficiente para saldar a dívida, as despesas, os prêmios de seguro, os encargos legais, tributos, e as contribuições condominiais. Entendendo-se, conforme exprime o art. 27, §3º:

“I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.”

Ademais, sendo arrematado o imóvel por um valor superior à dívida, deverá o credor entregar valor que sobejar, dentro do prazo de cinco dias. De outro modo, se no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida, considera-se extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação da devolução de valores sobejados, até porque, esses não existem na determinada situação.

Firmando-se assim, a faculdade do credor de operar com à venda extrajudicial para a obtenção de seu crédito, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer medida judicial, salvo disposição em contrário estabelecidas pelas partes. Ainda assim, é necessário a comunicação ao devedor, para que esse possa exercer o seu direito de defesa, conforme entendimento do STJ: "Deverá o devedor, ser previamente comunicado das condições da alienação para que possa exercer a defesa de seus interesses" (Resp. nº 327.291-RS, da 3ª Turma, j. em 20.9.2001, DJU de 08.10.2001).⁵⁹⁵

Evidencia-se então que na venda extrajudicial, conforme os dispositivos citados anteriormente, caso haja valor apurado superveniente à dívida, que esse seja entregue ao devedor. Porém o que ocorre que no mundo prático, por maior que sejam as parcelas satisfeitas, as financeiras nunca chegam a um saldo favorável para ao devedor, e sim o contrário, sempre restando um montante exacerbado e exigido do devedor, uma vez que os encargos embutidos nos contratos, são exageradamente altos, especialmente em relação aos juros, cuja taxas se encontram em um patamar superior a 12% ao ano, com base na capitalização diária e mensal. E caso não ocorra o pagamento das prestações, não raras vezes, os juros e outras despesas atingem patamares que ultrapassam até mesmo o valor obtido na venda extrajudicial.⁵⁹⁶

Sendo assim, embora o financiamento de crédito rural possua condições de juros especiais derivado de políticas públicas, não é distante dessa mesma realidade, uma vez que as financeiras costumam utilizar-se da alienação fiduciária em uma operação de desvirtuamento do crédito rural, através de uma renego-

⁵⁹⁵ Trata-se de entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmado na Súmula nº 245: "A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito". Contudo, no que concerne à venda extrajudicial, há precedentes no sentido de que o devedor deverá ser previamente comunicado das condições da alienação para que possa exercer a defesa de seus interesses (Resp. nº 327.291-RS, 3ª T., rel. min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2001, v.u., DJU 08.10.2001, p. 214), ou, caso efetuada a venda do bem pelo credor, terá o devedor o direito a prestação de contas (Resp. nº 67.295-RO, 3ª T., rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 26.08.1996, v.u., DJU 07.10.1996, p. 37.638).

⁵⁹⁶ Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1295.

ciação de dívida, convertendo então, uma cédula de crédito rural com juros e encargos especiais emitidos pelo PAP, para uma cédula de crédito bancário, onde se admite a utilização do instituto, e condições de juros que não são de crédito rural, elevando a dívida a patamares ainda maiores, e uma vez não liquidada, optam pela venda extrajudicial, por ser mais célere, o que consequentemente, leva o imóvel a ser leiloado por um montante abaixo do seu valor de mercado, não alcançando muitas vezes o valor almejada para saldar a dívida.

Deste modo, observa-se que o rito do procedimento de execução extrajudicial é realizado por agentes que não integram o Poder Judiciário, inerente ao modelo de execução previsto no ordenamento pátrio, observados, porém, os requisitos de intimação e demonstrativo da dívida, com discriminação dos valores a serem pagos e os prazos estabelecidos.

6.2 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E O PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Conforme exposto anteriormente, os procedimentos que constituem a garantia fiduciária provem da Lei nº 9.514/1997, dentre eles, os mecanismos de comprovação da mora, a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, o leilão extrajudicial, ou a reversão da propriedade ao fiduciante, sendo exercidos pelo Cartório de Registro de Imóveis competente, enquanto a reintegração da posse do imóvel se procede perante juízo.

Bem como os procedimentos constituintes do patrimônio rural em afetação presente na Lei nº 13.986/2020, em que uma vez vencida a CIR que constituiu o patrimônio rural em afetação e não líquido o crédito, o credor prosseguirá com a transferência do imóvel afetado para sua titularidade perante o cartório de registro de imóveis que constituiu a CIR, bem como o desmembramento da área afetada em relação a área total do imóvel rural, estabelecendo a matrícula própria correspondente, sendo realizada de ofício pelo oficial de registro de imóveis. Ademais, conforme determina art. 28, § 2º e 3º, da Lei nº 13.986/2020, vencida a CIR e não liquidado o crédito, aplica-se no que couber os arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997, portanto, seguindo o mesmo rito da alienação fiduciária para satisfação do crédito, respeitado, porém o que dispõe o § 3º, onde determina que no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida, somado ao das despesas, dos prêmios de seguro e dos encargos legais, incluídos os tributos, o credor poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.

Posto isso, evidencia-se a necessidade de apreciação dos procedimentos extrajudiciais adotados no rito da alienação fiduciária (Lei nº 9.514/1997) e do patrimônio rural em afetação (Lei nº 13.986/2020), uma vez que o procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade e leilão é matéria de discussão no Recurso Extraordinário 860.631-SP em decorrência do que estabelece a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, incisos XXXV, LIV, e LV, onde efetiva os princípios, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e da inafastabilidade da jurisdição, o que polariza a doutrina à respeito da constitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais adotados.

6.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Importando assim, o efetivo exame das normas que regulamentam os procedimentos extrajudiciais à luz do princípio do devido processo legal, incurso no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, segundo os quais a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão, impedindo que alguém seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e assegurando o contraditório e a ampla defesa.⁵⁹⁷

Esses incisos distintos se assentam em uma mesma e única base, a do devido processo legal, este presente desde as constituições anteriores, garantindo o direito de ação e reservando ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito. Deste modo, consideram-se os três princípios um conjunto, pois são indissolúvelmente articulados entre si, de tal moda que a afronta a um deles sempre repercute de algum modo nos demais.

Sendo assim, quando um determinado procedimento restringe o campo da defesa, não admitindo a cognição ao juiz de todas as questões, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni “se alguma questão pertinente a um caso conflitivo não pôde ser conhecida em razão da limitação da cognição, deve estar aberta, obrigatoriamente, outra oportunidade para o seu debate”.

Do mesmo modo, não obstante alguns procedimentos limitem a cognição do juiz, há de ser inconstitucional nas hipóteses que impossibilitem a efetiva tutela jurisdicional, conforme menciona Melhim Namem Chalhuh:

“[...] os procedimentos que limitam a defesa, obrigando à propositura de ação inversa, devem estar em consonância com as necessidades do direito substancial e de acordo com os valores da Constituição. Ou seja, a limitação do direito à cognição do conflito de interesses somente pode

⁵⁹⁷ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 563.

acontecer em razão de exigências do direito material e da realidade posta pela Constituição”.⁵⁹⁸

Nesse sentido, importante salientar que a decisão que reconhece a repercussão geral do RE 860.631-SP ressalta que, embora a Lei nº 9.514/1997 disponha sobre procedimento extrajudicial, seu objeto é a alienação fiduciária em garantia, que “não guarda identidade com a tratada no RE 627.106 – Tema 249 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal”, cujo objeto é a execução hipotecária regulada pelo Decreto-lei nº 70/1966; não obstante, reconhece que a questão relacionada à execução de crédito com garantia fiduciária também “apresenta densidade constitucional e transcende os interesses subjetivos das partes, sendo relevante do ponto de vista econômico, jurídico e social para milhões de mutuários do Sistema Financeiro Imobiliário”.⁵⁹⁹

Sendo de grande valia a distinção entre a hipoteca e a alienação fiduciária, uma vez que embora integrem a categoria dos direitos reais de garantia, a hipoteca e a alienação fiduciária distinguem-se substancialmente no modo constituição e de execução do crédito.

Pois na hipoteca o devedor onera seu imóvel, mas não admitindo da propriedade, portanto, conservando seu patrimônio, respaldado de todo o feixe de direitos subjetivos que a caracteriza.

Enquanto a alienação fiduciária se caracteriza como negócio jurídico de transmissão condicional, conforme exprime os arts. 125 e seguintes do Código Civil, bem como o art. 22 da Lei nº 9.514/1997, onde o devedor fiduciante transmitente se demite da propriedade e a transfere ao adquirente, credor fiduciário, em caráter resolúvel, o que o torna sob condição suspensiva, titular do direito aquisitivo.⁶⁰⁰

Sendo assim, enquanto permanecer a condição suspensiva, o devedor fiduciante tem direito expectativo à aquisição da propriedade, sendo esta efetivada nos termos do art. 25 da Lei nº 9.514/1997, onde determina que o pagamento da dívida importa na resolução da propriedade fiduciária e, *ipso facto*, na reversão da propriedade plena ao devedor fiduciante.⁶⁰¹

Por outro lado, caso o devedor deixe de pagar, se procederá com à intimação do devedor fiduciante através do Registro de Imóveis ou de outros meios

⁵⁹⁸ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 563.

⁵⁹⁹ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 564.

⁶⁰⁰ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 564.

⁶⁰¹ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 564.

indicados pela lei, para que purgue a mora, importando a purgação da mora no convalidamento do contrato, já a não purgação caracteriza o inadimplemento absoluto da obrigação garantida, o que consequentemente resulta na consolidação da propriedade no credor, mediante averbação no Registro de Imóveis, nos termos do art. 26 e parágrafos, da Lei nº 9.514/1997.

Determinando o art. 27 e seus parágrafos, que o credor, no prazo máximo de trinta dias após a consolidação, deverá ofertar o imóvel à venda, por meio de leilão, e entregando ao devedor o *quantum* que sobejar, se houver. Ademais, se, no leilão não se alcançar o valor da dívida, o credor dará a quitação ao devedor, exonerando-o do pagamento de eventual resíduo, condição que não é estendida a CIR caso vencida e satisfeita mediante leilão, correndo a execução em relação ao saldo remanescente, nos termos do art. 28, § 2º e 3º, da Lei nº 13.986/2020.

Desse modo, conforme exprime Melhim Namem Chalhub, o exame da compatibilidade entre as normas procedimentais de consolidação da propriedade e de leilão e a garantia do devido processo legal recomendam que se tenha presente a natureza do direito material em questão, se atentando para distinção entre o direito real de propriedade fiduciária em garantia e a os demais direitos reais de garantia. Uma vez que alienação fiduciária, se caracteriza como negócio jurídico de transmissão condicional, pois enquanto não se verificar a condição suspensiva, permanece em suspenso a sua incorporação ao patrimônio do titular, na categoria de uma expectativa de direito, ou de um direito meramente virtual. Pois o negócio condicional está constituído, mas o direito não é adquirido.⁶⁰²

6.4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Tais meios especiais de realização de garantias objetivam dispor ao ordenamento jurídico, mecanismos capazes de propiciar a rápida recomposição da mora, em prazos compatíveis com as necessidades de manutenção do fluxo de retorno dos empréstimos, com vistas ao interesse coletivo de permanente oferta de crédito, uma vez que os meios tradicionais não se mostram capazes de atender o agronegócio brasileiro, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade executiva.

Pois a oferta de crédito, é o elemento primordial para propulsar a produção agrícola, o que demanda mecanismos dotados de plena capacidade e eficácia célere para a recuperação dos créditos. Portanto, os mecanismos adotados pelas normas especiais se adequam a essa necessidade, o que harmoniza o interesse

⁶⁰² Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 566.

coletivos da oferta de crédito e da segurança alimentar com as garantias individuais emanadas da Constituição.

Por outro lado, independente da celeridade específica, reclamada no campo da atividade creditícia, a sociedade clama igualmente pela efetiva prestação jurisdicional, no sentido que se procede a reformulação do Código de Processo Civil, a partir de 1994, objetivando a superação dos problemas advindos da sobrecarga do judiciário, da burocratização e, enfim, de tudo que posso dotar de morosidade no processo, do modo como adverte Ada Pellegrini Grinover, “a crise da justiça (...) com a sobrecarga dos tribunais, a morosidade do processo, a burocratização dos juízes, a complicação procedimental, corresponde, na verdade, à denegação da justiça”.⁶⁰³

Oportuna portanto, a corrente doutrinária a que se refere o Ministro Ilmar Galvão, no voto proferido no RE 223075-DF, preconiza a execução de dívida ativa do Estado na esfera administrativa, na medida em que se reveste ela, na verdade, de atos de natureza meramente administrativa, reservando-se ao Judiciário tão somente a apreciação e o julgamento de impugnações, com o que estaria preservado o monopólio do Poder Judiciário. O mesmo se dá com a arbitragem, disciplinada pela Lei nº 9.307/1996, que, contemplando, embora, a solução de conflitos independente da intervenção do Judiciário, não fere o princípio do juiz natural, ficando sempre preservado o monopólio do Judiciário para apreciação de eventual lesão de direito.⁶⁰⁴

No mesmo sentido, conforme Melhim Namen Chalhub, o Professor Arruda Alvim reconhece a necessidade de mecanismos plenamente eficazes para recomposição de situações de mora do devedor, como forma de garantir a manutenção dos sistemas de crédito, em benefício de toda coletividade. Contudo, atento à garantia constitucional de acesso ao Judiciário, chama a atenção para que a possibilidade de provimento antecipado da tutela atua em favor do devedor, o que torna efetiva a garantia constitucional.⁶⁰⁵

Conforme ainda menciona o referido Professor:

“Com a possibilidade de antecipação, parcial, ou mesmo total da tutela, não se pode negar que, mesmo praticamente, abriu-se caminho máximo e pronto/instantâneo de acesso ao Judiciário, tudo dependendo da iniciativa do interessado. Anote-se, ademais, que a antecipação de tutela, do art. 273,

⁶⁰³ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 583.

⁶⁰⁴ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 583.

⁶⁰⁵ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 584.

foi criada como instituto geral, aplicável a todas as hipóteses. E, acrescente-se, ainda, que o art. 461, *mutatis mutandis*, para os casos de obrigação de fazer ou não fazer, disciplinou o assunto com os mesmos objetivos. Desta forma, pois, se houvesse algum resquício de fundamento, no sentido de que a alienação extrajudicial ‘arranharia’ o princípio do contraditório, esse se esvaneceu total e inteiramente. Esses textos, por excelência, colimam prevenir o dano, acima de tudo”.⁶⁰⁶

Desse modo, Melhim Namem Chalhub esclarece que não resta dúvidas de que qualquer dos procedimentos extrajudiciais considerados, tais como as tutelas de urgência e de evidência dos arts. 294 e seguintes do Código de Processo Civil, podem, eventualmente, dar causa a lesão de Direito, inclusive pela mera inobservância de requisitos ou formalidades do procedimento e, nesse caso, abre-se ao interessado a possibilidade eventual, mas efetiva, de postular a intervenção judicial ou interpor os recursos cabíveis, se utilizando da garantia constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A agricultura é um complexo bioeconômico, composto por aspectos de ordem pessoal, ecológica e institucional. Estes a conferem um caráter aleatório com inerência de risco e incerteza, fazendo jus à tutela estatal. Assim, a década de 1960 foi o marco para a história do direito agrário brasileiro, porquanto surgiram diversas legislações regrando a matéria.

O Estatuto da Terra – lei 4.505/64 – estabeleceu a política agrícola como um conjunto de providências para amparar a atividade agropecuária e garantir o emprego e a industrialização do país. O crédito rural é uma dessas providências de amparo. Funciona por intermédio de agentes bancários especializados que injetam recursos em atividades agrárias – seja no âmbito de custeio, investimento, comercialização ou industrialização (agroindustrialização) – e serve para auxiliar o produtor ou a empresa rural no desenvolvimento satisfatório de seu trabalho de acordo com a modalidade de financiamento e tempo de liberação. O recurso financeiro pode ser concedido tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, não sendo necessário que o beneficiário seja proprietário da área cultivada ou onde se desenvolve a atividade. O importante é que atue na exploração agrária, pecuária, extrativa ou afins.

Para administrar esse instrumento da política agrícola, a lei 4.595/64 impôs ao Conselho Monetário Nacional a competência para fixar as diretrizes do crédito rural e ao Banco Central do Brasil o dever de executá-las, além de

⁶⁰⁶ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 584.

gerenciar a atuação dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural. Para cumprir sua designação, o Bacen elaborou o Manual de Crédito Rural, no qual estão reunidas as principais normas relacionadas aos financiamentos, investimentos, projetos e fixação do valor básico das safras.

Com a Lei 4.829/65, institucionalizando o crédito rural, o Decreto-Lei 167/67 e a Lei 13.986/2020 e o MCR, regulamentando as cédulas de crédito rural a serem utilizados no financiamento público do agronegócio, bem como as garantias aptas a serem fixadas em cada título, sendo elas: a) Cédula Rural Pignoratícia, com o penhor agrícola ou mercantil como modalidade de garantia; b) Cédula Rural Hipotecária, com hipoteca sobre um bem imóvel firmada; c) Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária, utilizando tanto do penhor agrícola ou mercantil, como uma hipoteca gravada; d) Nota de Crédito Rural, utilizando-se de uma garantia fidejussória, e não reais como as demais; e) Nota Promissória Rural, sendo uma promessa de pagamento, ou entrega de um produto agrícola; f) Duplicata Rural, título também utilizado nas vendas a prazo de produtos agrícolas como a nota promissória rural, mas emitido pelo vendedor; h) Cédula de Crédito Bancário, embora não regulamentado pelo Decreto-Lei 167/67, passou a integrar o MCR, que admite uma gama de garantias, como por exemplo, a alienação fiduciária; i) Cédula Imobiliária Rural, devendo estar vinculada ao Patrimônio Rural em Afetação.

Durante a exposição, foi abordado o contexto histórico do crédito rural no ordenamento jurídico brasileiro, sua estrutura, funcionamento, linhas de financiamento, beneficiários, concessão, encargos financeiros e possibilidades do financiamento público do agronegócio, bem como suas problemáticas, tecendo comentários sobre alguns temas polêmicos: i) venda casada, uma prática abusiva vedada, porém, muitas vezes utilizada por instituições financeiras; ii) prorrogação x renegociação do crédito rural, como demonstrado, institutos que diferem-se, devendo o advogado observar e ponderar quais dessas medidas atenderá de sobremaneira a expectativa do produtor rural cliente; iii) a (in)constitucionalidade da execução extrajudicial, mecanismo este que não contraria as normas elencadas na CRFB/88.

Portanto, depreende-se a importância do crédito rural para o país, existindo regramento especial para as operações bancárias desta natureza, com condições mais favoráveis ao produtor, em especial, quanto aos encargos financeiros aplicáveis aos contratos de mútuo, justamente para fomentar a atividade agrícola. Assim, incentiva o produtor rural a permanecer na labuta e enfrentar o risco e a incerteza inerentes à atividade, mas cujos resultados da produção convertem em benefício para toda a nação e cumprem o legado de alimentar a população.

Em contrapartida, tem-se a necessidade de garantias dotadas de segurança jurídica, para que investidores continuem apostando no agronegócio brasileiro, preferencialmente com métodos extrajudiciais, que dão a dinamicidade que o mercado exige. Observado que são inúmeros, os infortúnios e as intempéries que assolam o campo e fogem do controle do produtor rural, não cabendo ao investidor a assunção desses riscos, mas sim as políticas públicas que devem contornar essas situações, possibilitando ao produtor recobrar suas perdas e estabilizar-se novamente, como por exemplo, o instituto da prorrogação no crédito rural.

Desse modo, examinando a compatibilidade das normas procedimentais de consolidação da propriedade e de leilão frente a garantia do devido processo legal, conforme orienta Melhim Namem Chalhub, recomenda-se que tenha presente a natureza do direito material em questão, atentando-se para a distinção entre o direito real de propriedade fiduciária em garantia e a os demais direitos reais de garantia.⁶⁰⁷

Sendo a alienação fiduciária, caracterizada como negócio jurídico de transmissão condicional, onde o devedor fiduciante transmite ao credor fiduciário a propriedade resolúvel, de modo que enquanto não verificada a condição suspensiva, permanecerá suspensa a sua incorporação ao patrimônio do titular, portanto, uma mera expectativa de direito, pois embora o negócio condicional esteja constituído, o direito não é adquirido.

Do mesmo modo, no outro polo da relação fiduciária, a propriedade adquirida pelo credor fiduciário extinguir-se-á tão logo implementada a condição que independente de interpelação judicial, verificada a condição suspensiva, opera de pleno direito sobre o vínculo jurídico, valendo por si só e dispensando a intervenção do judiciário.⁶⁰⁸

Uma vez que se mostram complementares as condições suspensiva e resolutiva, conforme exemplifica Aderbal da Cunha Gonçalves “a todo proprietário sob condição suspensiva corresponde um proprietário sob condição resolutiva, e reciprocamente”, de modo que pelo implemento da condição a que está subordinado o direito do devedor fiduciante (cumprimento da obrigação garantida) de incorporar a propriedade ao seu patrimônio, simultaneamente, extinguindo a propriedade resolúvel do fiduciário, se ocorre a falha da condição (inadimplemento da obrigação garantida), irá se incorporar a propriedade ao patrimônio do fiduciário e simultaneamente extinguindo a expectativa de direito

⁶⁰⁷ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 566.

⁶⁰⁸ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 566.

do devedor fiduciante. Portanto, sendo esses os efeitos normais da propriedade resolúvel, que operam independentemente de interpelação, em razão da regra *dies interpellat pro homine*, quando se trate de obrigação a termo, operando-se a consolidação independente de intervenção judicial, nos termos dos arts. 1.359 e 1.360 do Código Civil.⁶⁰⁹

Enquanto em relação à alienação fiduciária de bens imóveis, os efeitos da condição se operam através do procedimento extrajudicial pelo qual o oficial do Registro de Imóveis averba a reversão da propriedade ao devedor fiduciante ou sua incorporação ao patrimônio do credor fiduciário fundado no procedimento estabelecido na lei nº 9.514/97, nos arts. 25 a 27, e uma vez sendo procedida essa averbação, o oficial nada mais faz do que constatar, certificar e anotar na matrícula do imóvel a ocorrência do evento que caracteriza o implemento ou a falha da condição.⁶¹⁰

Conforme bem analisa Melhim Namem Chalhub, esse procedimento traduz, no plano do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, a regra geral do art. 474 do Código Civil, acrescida dos requisitos do prazo de tolerância e da abertura de prazo para purgação da mora estabelecidos pela Lei nº 9.514/1997, tendo como precedentes vários outros procedimentos extrajudiciais de resolução de pleno direito de contratos subordinados a condição, tais como os de compromisso de compra e venda de lotes de terreno, seguida de cancelamento do registro por ato do oficial do Registro de Imóveis competente, a promessa de venda de imóveis não loteados, e a promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, seguida de leilão extrajudicial do imóvel do adquirente inadimplente realizado pelo incorporador ou pela comissão de representantes dos adquirentes. E em comum a esses procedimentos de resolução de pleno direito, independentemente de intervenção judicial, o direito positivo já regulamentava a perda da propriedade mediante procedimento extrajudicial de usucapião, e, ainda, mediante legitimação fundiária ou legitimação de posse, que investe o possuidor na propriedade, entre outros procedimentos extrajudiciais de execução e expropriação de bens.⁶¹¹

Tratando-se de uma tendência do direito moderno em transferir para o âmbito administrativo, por meio de ato notarial ou registral, o cumprimento de resolução de diversos contratos e a desconstituição de situações jurídicas, que

⁶⁰⁹ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 567.

⁶¹⁰ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 567.

⁶¹¹ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 567.

antes eram administradas pelo Poder Judiciário, o que conseqüentemente afasta a necessidade de intervenção judicial.

Humberto Theodoro Jr observa que “muitas medidas que no passado figuravam no rol dos procedimentos ditos de jurisdição voluntária têm migrado para a competência de órgãos administrativos, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade”, onde cita, entre outros, o procedimento de resolução de pleno direito regulado pelos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997.⁶¹²

Procedimentos que se alinham com a proposta do atual Código de Processo Civil, que exclui do rol dos procedimentos de jurisdição voluntária a extinção da propriedade fiduciária oriunda de fideicomisso, nos termos do art. 725, VI, do CPC, quando ocorrer antes do evento que caracterizar a condição resolutória. De modo que demonstra que uma vez verificada a condição resolutiva, incorpora-se a propriedade ao patrimônio do fideicomissário mediante simples averbação da ocorrência do evento pelo oficial do Registro de Imóveis, bastando para esse fim que lhe seja apresentado o respectivo documento comprobatório.⁶¹³

O que é constatado também em relação ao implemento ou à falha da condição resolutiva a que está subordinada a garantia fiduciária de bens imóveis, onde os arts. 25 e 26 da Lei nº 9.514/1997 regulamentam procedimento de averbação no Registro de Imóveis. Sendo assim, a reversão da propriedade ao patrimônio do devedor fiduciante e sua consolidação no patrimônio do credor fiduciário são atos tipicamente registrais, de averbação da ocorrência do evento correspondente ao implemento ou à falha da condição estabelecida em lei, em plena conformidade com a natureza da transmissão condicional.

Portanto, não é demonstrado no procedimento de averbação qualquer inconstitucionalidade, não somente por não haver barreiras ao exercício do direito de ação do devedor fiduciante, mas, também, por ser possível no início do procedimento viabilizar a deflagração do contraditório a qualquer momento, desde a intimação para purgação da mora, presente no art. 26 da referida lei, do mesmo modo em que está assegurado o direito de ação em relação aos demais procedimentos que regulamentam a extinção do contrato por efeito da falha da condição ou até mesmo em caso de perda da propriedade por usucapião extrajudicial (Lei nº 6.015/1973, art. 216-A) e, ainda, a legitimação fundiária ou legitimação de posse (Lei nº 13.465/2017).⁶¹⁴

⁶¹² Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 568.

⁶¹³ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 568.

⁶¹⁴ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 569.

Pois o processamento desses atos no Registro de Imóveis da situação do imóvel, se justifica pela própria natureza do negócio jurídico de transmissão condicional. Uma vez que a condição opera seus efeitos de pleno direito, pela simples ocorrência do evento que a caracteriza. Conforme dispõe o art. 26 e seus parágrafos da Lei nº 9.514/1997 em relação à propriedade fiduciária de bem imóvel decorrente de alienação fiduciária, no mesmo sentido que dispõe o art. 725, VI, do Código de Processo Civil, sobre o cancelamento da propriedade fiduciária constituída em fideicomisso, que também é processado no Registro de Imóveis mediante simples averbação do evento que caracteriza a condição.

Especificamente no caso da propriedade fiduciária em garantia, uma vez caracterizada a mora, o devedor fiduciante goza de prazo para purgar a mora e assegurar o convalidamento do contrato e a preservação do seu direito aquisitivo. Pouco importando se o procedimento se desenvolve no plano administrativo, pois o devedor fiduciante é notificado para purgar a mora e no período que se inicia da data da intimação até a data da averbação da consolidação da propriedade, podendo assim, evitar a expropriação do seu direito aquisitivo, seja através da purgação da mora, ou da instauração do contraditório na ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a seu direito.

Pois o pressuposto do contraditório é a efetiva possibilidade de reação, a partir do momento em que a parte toma ciência de algum ato que lhe possa ser desfavorável, de modo que para o cumprimento dessa exigência constitucional do contraditório, basta que seja oferecida a oportunidade para que em algum momento as partes possam pedir, alegar ou provar algo, pois é através da efetividade das oportunidades para participarem, sempre mediante do conhecimento que a parte tenha do ato a ser atacado. Diz-se então que o contraditório se exerce mediante reação aos atos desfavoráveis, seja que da parte contrária ou do juiz.⁶¹⁵

Sendo importante frisar que o contraditório se perfaz na sua forma substancial. Pois não basta apenas seja oportunizado, mas que o oferecimento dessa oportunidade detenha do real poder de influenciar a decisão, garantindo assim o real exercício do direito de defesa, elemento essencial para a compreensão desse princípio constitucional.

Desse modo, quando o Oficial do Registro de Imóveis notifica o devedor, efetivamente transmite a informação que lhe dará conhecimento do prazo para purgação da mora e da eventualidade de expropriação do seu direito aquisitivo, constatando que diante dessa informação, o devedor fiduciante tem à sua disposição todos os meios legais para opor resistência à implementação desses atos, evidenciando assim, os elementos essenciais do contraditório. Pois

⁶¹⁵ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 570.

é através dessa reação do devedor que o possibilitará utilizar-se dos meios judiciais necessários, uma vez que a notificação manifesta a informação que possibilita ao devedor opor sua resistência se houver lesão ou ameaça de lesão a seu direito.

O simples fato do procedimento se proceder no plano extrajudicial não significa que esteja afastado o controle judicial ou, como se poderia pensar, erroneamente, a ampla defesa e o devido processo legal, pois esses vetores são exercidos não somente *a posteriori*, mas, também, no curso do procedimento da execução, para impedir e reprimir, utilizando dos meios processuais próprios.⁶¹⁶

Portanto, o no que tange aos procedimentos relativos à propriedade fiduciária de bens imóveis em garantia, bem como do patrimônio rural em afetação, é admissível o recurso ao controle judicial em dois momentos e com duas finalidades fundamentais, uma logo no início quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim, sendo lícito ao devedor fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor, seja negando a mora, ou até mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária, podendo ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão. Tudo com apoio na promessa constitucional de acesso à justiça.⁶¹⁷

Sendo assim, é possível constatar que o sistema atual de garantia ao crédito rural, seja através da alienação fiduciária de bens imóveis ou do PRA, não se chocam com o devido processo legal, nem mesmo afronta o acesso à justiça, garantias constitucionais elencadas no art. 5º, incs. LIV e LV da CRFB/88.

Uma vez que conforme demonstra Melhim Namem Chalhub, o recurso ao controle jurisdicional pode ser utilizado em pratica tanto na fase da intimação para purgação da mora como na fase de averbação da consolidação da propriedade no patrimônio do credor ou, ainda, nos atos precedentes ao leilão, e efetivamente tem sido implementado o poder do devedor negar a mora e apontar a inobservância algum requisito ou modalidade, consignar em pagamento, requerer tutela de urgência antecedente, na qual suscite controvérsia sobre o valor em cobrança e pague o valor incontroverso, nos termos do CPC, art. 330, § 2º e 3º, do CPC.⁶¹⁸

⁶¹⁶ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 571.

⁶¹⁷ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 571.

⁶¹⁸ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 572.

Portanto, em qualquer dessas medidas é assegurada a efetividade do processo em razão da possibilidade de tutela provisória de urgência ou evidência, nos termos dos arts. 294 e seguintes do CPC, meios aptos a evitarem a lesão mediante a pronta atuação do Poder Judiciário, sustando o procedimento desde o seu início, pela intimação para purgação da mora, como evidenciam decisões proferidas em inúmeras medidas judiciais intentadas por devedores fiduciários a partir da intimação para purgação da mora ou cientificados do leilão.⁶¹⁹

Ademais, além da possibilidade de intervenção judicial ao ato que possa causar lesão a direito do devedor fiduciante, tem a presença do inevitável controle jurisdicional posterior, no contexto da ação de reintegração de posse de que trata o art. 30 da Lei nº 9.514/1997, quando o juiz examinará, em sua plenitude, a observância dos requisitos legais dos procedimentos de comprovação da mora, da consolidação da propriedade, da venda no leilão extrajudicial, e, se for o caso, irá impor a responsabilização cabível a quem de direito. Do mesmo modo que ocorre em qualquer dos outros procedimentos extrajudiciais regulados pelo direito positivo, o procedimento submete-se ao mais rigoroso controle judicial dos atos, isso desde a intimação do devedor fiduciante até após o leilão do imóvel.⁶²⁰

Conforme bem expõe Melhim Namem Chalhub, o Supremo Tribunal Federal ratificou seu posicionamento pela constitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais do Decreto-lei nº 70/1966 em varias decisões, como no RE 223.075-DF, decisão unânime, sendo relator o Ministro Ilmar Galvão fundamentado com que além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda do imóvel pelo devedor, esse não fica impedido de alegar eventual ilegalidade perpetrada no curso de venda do imóvel, e seja de logo, reprimida pelos meios processuais próprios. Fazendo o Acórdão alusão a outras situações de venda do bem objeto da garantia, diretamente pelo credor, como é o caso do art. 774, III, do CC de 1916, concluindo pela não violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.⁶²¹

Posteriormente a esse julgamento, a mesma 1ª Turma, também em votação unânime, deu provimento ao RE 148.872-RS, do qual foi relator o Ministro José Carlos Moreira Alves, onde reconhece a recepção do Decreto-lei nº 70/1966 pela CF/88.⁶²²

⁶¹⁹ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 572.

⁶²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 572.

⁶²¹ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 580.

⁶²² CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 580.

Portanto, no processo de execução, o devedor é chamado, em tese, para pagar, e não para contestar o direito expresso no título executivo. E nessa hipótese a instauração do contraditório, bem como o exercício do direito de defesa garantido pela Constituição, depende da iniciativa do próprio devedor, para propor a ação de embargos. Inclusive a jurisprudência do STJ já se consolidou no sentido de que o procedimento extrajudicial de leilão não inibe o direito de ação assegurado ao devedor.⁶²³

Por todo o exposto, evidencia-se, que cumpre ao credor ou ao agente fiduciário, agir com total rigor ético e com a observância dos demais requisitos legais, de modo a evitar e não causar lesão ou ameaça de lesão a direito do devedor, para que assim alcancem um ponto de equilíbrio entre a função social do crédito, a função social da propriedade rural, e a garantia dos direitos individuais do devedor. (CHALHUB, 2021)

Pois nesse mesmo sentido, o direito positivo vem incorporando cada vez mais outros meios extrajudiciais de solução de conflitos, exemplo disso, é a própria lei do agro, que instituiu o Patrimônio Rural em Afetação, onde se autorizam a livre negociação entre credores e devedores, objetivando mitigarem o desequilíbrio econômico-financeiro do devedor e a preservação da produção agrícola. Ao mesmo passo que permitem que as partes possam agir de modo simples e célere para a continuação do negócio, como forma de assegurar a circulação de riquezas, a manutenção da renda dos trabalhadores e o cumprimento da função social do contrato e do crédito.⁶²⁴

Portanto, a atuação direta das partes não faz substituir a função jurisdicional, uma vez que não afasta a intervenção do Judiciário, pois este só interviria na ocorrência de lesão a direito ou ameaça de lesão a direito das partes contratantes. Devendo ser respeitado os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, mas o recurso ao poder judiciário só ocorrerá nas hipóteses de ameaça de lesão ou lesão a direito.

Conforme observa Melhim Namem Chalhup, no caso específico da venda extrajudicial do imóvel dado em garantia, as normas não são, em si mesmas, incompatíveis com os princípios constitucionais do art. 5º, XXXV, LIV e LV, pois pode ser exercido o direito de ação pelo devedor sempre que ocorrer lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive se verificada por inobservância dos requisitos legais consubstanciados nos princípios de aplicação geral e nas normas específicas, que delineiam o regime legal peculiar de cada modalidade de

⁶²³ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 580.

⁶²⁴ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 585.

venda privada, sejam através das normas do Código Civil, relativas ao penhor, ou aquelas contidas na legislação especial. De modo que a inobservância dessas normas, se causarem lesão ou ameaça de lesão a direito, ensejará a atuação judicial, não somente como forma de reprimir ou impedir a prática de ato lesivo, mas também, para impor a reparação de danos causados por fraude de qualquer natureza, como que prevê os arts. 40 e 41 do Decreto-lei nº 70/1966.⁶²⁵

Desse modo, não somente o mercado financeiro anseia por respostas, mas também todos aqueles que integram e operam no sistema agroindustrial, a fim de garantir segurança jurídica nas relações contratuais da cadeia produtiva do agronegócio. Frisando a essencialidade do produtor rural e/ou proprietários terem total ciência dos riscos e responsabilidades incumbidas perante as cédulas que assinam, uma vez que as garantias atreladas as operações caminham para um cenário de modalidades mais robustas e seguras aos credores, a fim de garantir a manutenção do sistema creditório, bem como a captação de recursos e o acesso ao crédito.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. **Crédito rural**. Cuiabá-MT: UFMT, 1995.
- ALFONSIN, Ricardo Barbosa. **Dívidas agrícolas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ALVARENGA, Octavio Mello, 1974 apud ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. **Crédito Rural**. Cuiabá-MT: UFMT, 1995.
- BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Agrário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é comunicação Rural**. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 19-20.
- BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de Crédito**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 497-499.
- BURANELLO, Renato Macedo, SOUZA, André Ricardo Passos de; PERIN JUNIOR, Ecio (Coord.).
- BURANELLO, Renato. **Cédula de produto rural: mercados agrícolas e financiamento da produção** Londrina, PR: Thoth, 2021.
- BURANELLO, Renato. **Manual do Direito do Agronegócio**. 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁶²⁵ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 586.

- Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2128818 Acesso em: 09 fev 2022.
- CARDOSO, Heloísa Bagatin. Renegociação de dívida de crédito rural. In. Direito Agrário na Prática: casos jurídicos reais sob a percepção das mulheres agraristas. Org. Cardoso, Heloísa Bagatin. Et al. Santana do Livramento, 2021. p. 266.
- CASSOL, Jaqueline. Palestra proferida no II Encontro Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=GwKyeu2UHws&t=777s>. Acesso em: 09 fev 2022.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário**. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DICK, Ana Luisa Ullmann. **Manual do Crédito Agrário**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 25.
- FIGUEIREDO, Ticiane. Banco Central cria Bureau Verde e Sinaliza o futuro do crédito rural. Disponível em <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Opinioao/Vozes-do-Agro/noticia/2021/07/banco-central-cria-bureau-verde-e-sinaliza-o-futuro-do-credito-rural.html>. Acesso em 09 fev 2022.
- JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. **Juros no Direito Brasileiro**. 3. ed. Editora RT: São Paulo. 2009.
- MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: obrigações. v. 2 Ed. Forense: Rio de Janeiro. 2005. p. 510.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Limite Constitucional dos Juros Bancários**. LZN Editora: São Paulo. 2003.
- PARIZATTO, João Roberto. **Multas e Juros no direito brasileiro**. Edipa: Minas Gerais. 3ª Ed. 1999.
- PEREIRA, Carlos Alberto. **Contratos de Crédito**. São Paulo: Centrograf, 2007. p. 21.a
- PEREIRA, Lutero de Paiva. **Crédito Rural Limites da Legalidade**. Tomo I. Curitiba: Juruá, 1992. p. 85-96.b
- PEREIRA, Lutero de Paiva. **Financiamento Rural**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 57.
- PEREIRA, Lutero de Paiva. **Legislação Especial do Direito Agrofinanceiro**. Curitiba: Juruá, 2.008. p. 31.
- Prado, Thayrine Ferreira. A Mulher e sua Participação nas Políticas de Crédito Rural. In. Direito Agrário na Prática: casos jurídicos reais sob a percepção das mulheres agraristas. Org. Cardoso, Heloísa Bagatin. Et al. Santana do Livramento, 2021. p. 266.

- Produtor vai ficar sem financiamento e terá que buscar opções mais caras. Canal Rural. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/produtor-vai-ficar-sem-financiamento-e-tera-que-buscar-opcoes-mais-caras/>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- PROENÇA, Alencar Mello. **Direito Agrário**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 106.
- REIS, Marcus. **Crédito Rural – Teoria e Prática**. Ed. Forense, 2019. p. 10.
- REIS, Marcus. **Crédito Rural: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000. p. 255.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito do agronegócio**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- Sem recursos, Tesouro suspende contratação de linhas com subsídio no crédito rural. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2022/02/05/sem-recursos-tesouro-suspende-subsidio-ao-credito-rural.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
- TENÓRIO, Igor. **Curso de direito agrário brasileiro**: com formulários. São Paulo: Saraiva, 1984.
- TORMA, Francisco. A nova prorrogação do crédito rural. Portal AgroLei. Disponível em: A nova prorrogação do crédito rural – AgroLei. Acesso em 04 fev. 2022.
- TORMA, Francisco. Diferenças entre crédito rural e financiamento privado, **AgroLei**, nov. 2019. Disponível em: <https://agrolei.com/2019/11/26/diferencas-entre-credito-rural-e-financiamento-privado>. Acesso em 28 mai. 2021.
- VAZ, José Carlos. Produtor sem condições de pagar (o crédito rural) e as exigências para que não precise pagar (agora) não previstas na Lei 7.843/1989. Portal AgroLei. Disponível em: Produtor sem condições de pagar (o crédito rural) e as exigências para que não precise pagar (agora) não previstas na Lei 7.843/1989 – AgroLei. Acesso em: 04 fev. 2022.

DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO, COMBUSTÍVEIS SUSTENTÁVEIS E DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Pâmella Cunha Lima¹, Alejandro Knaesel Arrabal²,
Paulo Junior Trindade dos Santos³, Vinicyus Rodolfo Wiggers⁴

RESUMO

O presente artigo procura observar o cenário dos avanços tecnológicos em relação a matriz energética de combustíveis e como essa realidade contribui (ou não), para a concreção do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Realizado por meio de revisão bibliográfica, o estudo aponta que, diante do reconhecimento do meio ambiente saudável como direito fundamental, torna-se ainda mais imperativo

¹ Acadêmica de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. E-mail: pclima@furb.br

² Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do 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. E-mail: arrabal@furb.br

³ Pós-Doutor em Direito pela Unoesc/SC (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede – 2019). Pós-Doutor (direito, novas tecnologias e transdisciplinariedade – 2019), Doutor (filosofia do direito processual como gênese do direito – 2018) e Mestre (filosofia do direito processual como gênese do direito – 2014) em Direito pela Unisinos, com auxílio de Bolsas Capes e CNPq. Ganador do Prêmio Caed-JUS 2019 de Teses (Filosofia do Direito Processual (da Jurisdição ao Processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito). Grupos de Pesquisa em que atua: 1) Virada de Copérnico – Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional, do(a) Universidade Federal do Paraná; 2) Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias – Unoesc; 3) Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa – Unoesc; 4) Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder – Unisinos. Pesquisador nas áreas: 1) Direito Público com ênfase em “Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional” e em Direito Processual Civil; 2) Direito Privado: ênfase em Direito Civil e sua Contemporaneidade; 3) Constitucionalização do Direito; 4) Filosofia do-no Direito e 5) Direito e Tecnologia. Advogado e Professor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc (direitos fundamentais e sua relação com o direito privado, e efetivação de direitos). E-mail: pjtrindades@hotmail.com

⁴ Doutor em Engenharia Química pela Universidade Estadual de Campinas. Professor do curso de Engenharia Química (graduação e doutorado) da Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Coordenador da Agência de Inovação Tecnológica da FURB (AGIT FURB). Bolsista de Produtividade em Desenvolvimento Tecnológico e Extensão Inovadora nível II do CNPq (304560/2020-0). Atua em pesquisa, desenvolvimento e ampliação de escala de processos químicos e novas tecnologias, com financiamento público e privado voltados para inovação e ao mercado, na área de petróleo, gás e biocombustíveis, com ênfase nos processos de craqueamento térmico e recuperação energética de resíduos. E-mail: vwiggers@furb.br

agenciar condições para o desenvolvimento de tecnologias sustentáveis, o que implica na constituição de políticas públicas de incentivo à P&D, no fortalecimento de uma cultura pautada em ações antrópicas, bem como na instituição de um cenário regulatório orientado à redução do uso de combustíveis fósseis e à integração de um maior número de fontes renováveis às matrizes energéticas nacionais.

Palavras-chave: Tecnologia; Inovação; Combustíveis; Sustentabilidade; Meio Ambiente.

ABSTRACT

This article seeks to observe the scenario of technological advances in relation to the energy matrix of fuels and how this reality contributes (or not) to the realization of the fundamental right to an ecologically balanced environment. Conducted through a literature review, the study points out that, given the recognition of a healthy environment as a fundamental right, it becomes even more imperative to create conditions for the development of sustainable technologies, which implies the establishment of public policies to encourage R&D, in the strengthening of a culture based on anthropic actions, as well as in the establishment of a regulatory scenario oriented to the reduction of the use of fossil fuels and the integration of a greater number of renewable sources to the national energy matrices.

Key words: Technology; Innovation; fuels; Sustainability; Environment.

1 INTRODUÇÃO

O pensamento histórico sobre a relação entre a humanidade e o meio ambiente é marcado por duas concepções estruturalmente antagônicas: a *cosmológica*, que evidencia a superioridade das forças da natureza⁵ sobre o homem contido e submisso; e a *antropocêntrica*, para a qual o homem ostenta atributos e liberdade que o colocam no domínio do que o circunda⁶. Contudo, uma terceira

⁵ “as sociedades primitivas reconheciam uma íntima relação entre o homem e a natureza, uma imbricação constitutiva cuja concepção foi expressa ‘em noções como o totemismo, que define as relações do homem com animais e até sua identificação com eles; [...] e as noções de politeísmo e da divindade dos objetos naturais’. O pensamento cosmológico grego subordinou o homem à ordem natural. Não era permitido transgredir ou transformar arbitrariamente a natureza, mas adequar-se a ela, mimetizá-la. Branco observa que ‘as características comuns a todos os deuses gregos deram a conhecer a sua relação com os fenômenos da natureza’. Os mitos gregos evidenciam o sincretismo entre forças cósmicas naturais e predicados antropológicos no plano das representações divinas, embora neguem aos humanos o status das deidades. Na Teogonia de Hesíodo, Caos é o vazio primitivo, Gaia é a mãe terra, Chronos é o tempo, Tártaro a escuridão, deuses todos eternos cujas representações, entre outras, exaltam componentes naturais (cósmicos), vistos como indomáveis pela ação humana” (ARRABAL; CARDOSO, 2018, p. 284).

⁶ “Na Idade Moderna, destaca-se o pensamento antropológico de Kant, para quem homem é sinônimo de liberdade e, por isso, um ser portador de dignidade. O que caracteriza a pessoa é a sua capacidade de

via emergiu com vigor a partir da segunda metade do século XX, na medida que a ingerência humana desmedida sobre a natureza revelou seu risco para a sobrevivência da própria humanidade.

Ao denunciar as consequências nefastas do emprego indiscriminado de pesticidas sintéticos nos anos 60, a bióloga Rachel Carson, contribuiu para a construção da consciência ambiental moderna⁷.

Essa consciência não nega o papel criativo e transformador ao homem, mas, ao mesmo tempo, exige cautela na consecução dos processos produtivos, de modo que as agendas locais e globais devem privilegiar ações e inovações que mitiguem impactos nocivos ao meio-ambiente.

O conceito de desenvolvimento sustentável integrou a pauta internacional contemporânea na década de 80 a partir do *Relatório Brundtland* (Nosso Futuro Comum) elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU. Nesse relatório consta que “o conceito de desenvolvimento sustentável implica limites - não limites absolutos, mas limitações impostas pelo estado atual da tecnologia e organização social sobre recursos ambientais e pela capacidade da biosfera de absorver os efeitos das Atividades” (UNITED NATIONS, 1987, p. 24).

Por sua vez, o ideário da Inovação de cariz Schumpeteriano, amplamente difundido pela OECD (2018) durante a segunda metade do século XX, reconhece o desenvolvimento e difusão de novas tecnologias como fator determinante para a economia global. Damasceno e outros (2011, p. 120) consideram que o ideário da inovação, além fomentar o incremento à competitividade, tem oportunizado o desenvolvimento de “tecnologias focadas em sustentabilidade, de modo a alcançar equilíbrio entre o ambiental, o social e o econômico.”

Considerando esses aspectos, o presente artigo procura observar os avanços tecnológicos em relação a matriz energética de combustíveis e como essa realidade contribui (ou não), para a concreção do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Realizado por meio de revisão bibliográfica, o artigo está estruturado em três unidades. A primeira explora o conceito de desenvolvimento sustentável e sua relação com a tecnologia. A segunda discorre sobre a caracterização do

agir livremente, sendo a sua autonomia a característica mais marcante. Neste sentido, Kant fundamenta sua antropologia não somente sob o prisma filosófico, mas também pragmático, uma vez que a moral kantiana conceituará o homem como aquele que tem o fim em si mesmo e suas ações voltadas para a liberdade. Ademais, somente o homem é capaz de tomar consciência dessa liberdade e, com isso, do mundo que o cerca.” (OLIVEIRA JÚNIOR; MENDONÇA; ABRANTES, 2021, p. 94).

⁷ Na sua obra “primavera silenciosa”, Carson (1962, p. 16) afirmou que as substâncias químicas, “[...] difundidas sobre terras de cultivo, ou sobre florestas, ou sobre jardins, fixam-se por longo tempo no solo; dali, entram nos organismos vivos; passam de um ser vivo a outro ser vivo; e iniciam uma cadeia de envenenamentos e de mortes.”

ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Por fim, a terceira trata dos conceitos de matriz energética e de combustíveis sustentáveis, bem como a interpelação desses conceitos, observando o “case” e a experiência tecnológica chinesa de conversão de CO₂ em combustíveis.

2 DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO SUSTENTÁVEL

A palavra sustentabilidade refere-se a tudo que é mantido ou se mantém íntegro, a despeito de sua condição existencial dinâmica. O que é sustentável não está sujeito a termo final, perdura em razão de fatores que revigoram sua estrutura e atributos. A vida planetária compreende uma ampla e sofisticada estrutura na qual ocorrem inúmeros processos interativos e ciclos de revitalização, conferindo ampla capacidade de resiliência à fauna e à flora. Essa estrutura é amplamente conhecida como “ecossistema”. Trata-se de um termo próprio da biologia, mas que encontrou solo fértil na ecologia emergente da metade do século XX.

Odum e Barret (2020, p. 18) observam que a categoria foi proposta inicialmente por Tansley em 1935, embora ideias semelhantes a respeito da unidade entre organismos e o ambiente sejam referidas em tempos remotos. No final da década de 50, Odum afirmou que:

Os organismos vivos e seu ambiente de vida (abiótico) estão inseparavelmente inter-relacionados e interagem entre si. Qualquer área da natureza que inclua organismos vivos e substâncias não vivas interagindo para produzir uma troca de materiais entre as partes vivas e não vivas é um sistema ecológico ou ecossistema (ODUM, 1959, p. 10).

Um ecossistema, portanto, compreende as diversas interações e interdependências que envolvem a vegetação, os animais e os micro-organismos com a luz solar, a temperatura, o solo e a água. A respiração é uma das interações que animais e plantas realizam, proporcionando trocas de gases (oxigênio e carbono) com a atmosfera (NATIONAL GEOGRAPHIC BRASIL, 2022). O reconhecimento de que o mundo compreende um todo integrado, “e não uma coleção de partes dissociadas” é o pressuposto básico da visão ecológica, a partir da qual não se pode admitir a existência humana alienada dos processos cíclicos da natureza. (CAPRA, 2000, p. 25).

Diante dessa realidade, o equilíbrio ecológico que caracteriza os diversos ecossistemas “pode ser desestabilizado, pela ação humana, seja por poluição ambiental, por eliminação, ou introdução de espécie animais ou vegetais”. (MACHADO, 2006, p. 119). Ao dispor dos recursos naturais de modo irrestrito, comprometendo a estrutura ecológica da qual integra, a humanidade percebe

que não só é capaz de transformar as condições ambientais em que vive, mas pode interferir de maneira excessiva, degradando os fatores determinantes para a sua existência.

Buarque (2012, p. 109) observa que:

O avanço técnico adquiriu um poder quase ilimitado do ponto de vista da transformação da natureza, sendo capaz de manipular um abrangente espaço físico, podendo criar fortes deseconomias e desequilíbrios. Ao mesmo tempo, as necessidades de consumo cresceram de forma vertiginosa, sem qualquer respeito às limitações naturais e aos efeitos negativos do processo produtivo sobre o meio ambiente.

É imperativo que as expectativas humanas orientadas ao desenvolvimento de novas tecnologias que transformam as condições de vida, procurem seguir em equilíbrio com os diversos ecossistemas naturais. Sen (1993, n. p.) adverte que “o desafio do desenvolvimento humano requer atenção a uma variedade de questões setoriais e a uma combinação de processos sociais e econômicos”.

Os equipamentos produzidos pela humanidade e com os quais são firmadas relações de dependência, resultam “de um longo processo de acumulação de conhecimentos a respeito das propriedades dos corpos, dos materiais e dos fenômenos da natureza.” (VIEIRA PINTO, 2005, p. 72). O desenvolvimento da Ciência, da Tecnologia e da Inovação compreende, portanto, um diálogo histórico entre as forças da natureza e o homem, e dele próprio em sociedade, cuja harmonia é fundamental para a preservação ecossistêmica, a redução das desigualdades sociais e a concretização da dignidade existencial.

Nessa perspectiva, as agendas econômica e ecológica precisam integrar-se em uma perspectiva que fortaleça o sincretismo entre a inovação tecnológica e a sustentabilidade ambiental. Durães, Fachini e Ribeiro (2019, p. 876) consideram que “o desenvolvimento sustentável é possível e quando aliado à tecnologia para a redução dos resíduos sólidos ou mesmo a alteração no consumo de bens, conduz a uma melhoria nas condições ambientais”. Capra (2000, p. 23) reconhece que “há soluções para os principais problemas de nosso tempo, algumas delas até mesmo simples. Mas requerem uma mudança radical em nossas percepções, no nosso pensamento e nos nossos valores”.

Partindo do pressuposto ecossistêmico, Sachs (1993, p. 37) considera que o desenvolvimento implica cinco dimensões de sustentabilidade: a social, a econômica, a ecológica a espacial e a cultural.

A sustentabilidade social, fundamentada numa sociedade com a melhor distribuição de renda, buscando diminuir a desigualdade social, melhorando os direitos e as condições

da população; a **sustentabilidade econômica**, baseada numa destinação e administração mais competente dos recursos públicos e privados; a **sustentabilidade ecológica**, apoiada em um melhor uso do potencial de bens dos diferentes ecossistemas de maneira não-agressiva ao meio ambiente, [...]; a **sustentabilidade espacial**, alicerçada em uma composição com mais equilíbrio entre o rural e o urbano, com uma distribuição territorial de assentamentos humanos e atividades econômicas; e a **sustentabilidade cultural**, em que os processos de mudanças devem proteger a cultura de cada contexto, o ecodesenvolvimento e as raízes endógenas de cada local (MAIA; REIS, 2021, p. 12).

A título de exemplo, no campo do desenvolvimento das Tecnologias de Informação, a partir de Lunardi, Frio e Brum (2011) afirmam Fernandes e Adorno (2018, p. 283) que as práticas de TI Verde⁸ são motivadas por questões econômicas e socioambientais, levando atualmente empresas do setor a definir políticas claras “[...] quanto à aquisição de equipamentos, controle de consumo energético e emissão de gases e calor, reciclagem e reaproveitamento de produtos,” dentre outros fatores.

O esforço em promover condições materiais e culturais orientadas a sustentabilidade tem encontrado espaço junto aos discursos, propósitos e práticas que caracterizam os mais diversos campos do desenvolvimento tecnológico. Contudo, a caminhada para a redução dos impactos nocivos de escala planetária, a exemplo do que diz respeito a novas fontes de produção de energia, encontra-se ainda em curso.

3 AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O reconhecimento da fundamentalidade de certos direitos é uma construção que emergiu no ventre dos Estados Nacionais modernos e da própria noção de Estado de Direito. Observa Agra (2018, p. 168) que os direitos fundamentais “correspondem a um sistema de valores cujo caráter teleológico legitima a ordem legal positiva do Estado. A legitimidade do ordenamento jurídico, portanto, manifesta-se na medida em que o ordenamento reflete os direitos fundamentais”.

⁸ “A TI Verde não é um conceito bem definido, nem um conjunto de práticas uniformemente aceitas. Na linguagem dos executivos, a TI Verde tem sido associada na maioria das vezes às tecnologias e iniciativas para reduzir os custos de energia, refrigeração e estado real com as operações de TI [...], o que tem feito com que pesquisadores proponham a necessidade de uma nova subárea de TI, denominada *Energy Informatics* [...]. Essa preocupação tem se refletido nos principais fornecedores de tecnologia (como IBM, HP, Dell, Sun Systems, dentre outros) que têm continuamente proposto iniciativas para melhorar o desempenho energético de seus projetos de tecnologia.” (LUNARDI; SIMÕES; FRIO, 2014, p. 6).

Pinho (2020, p. 94) considera que os direitos fundamentais são indispensáveis à pessoa humana, “necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes”.

Partindo-se da prioridade dispensada aos direitos fundamentais em razão da necessidade de assegurá-los para que cada indivíduo possa viver dignamente, a Constituição Brasileira de 1988 (art. 255) confere a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e imputa ao Estado, bem como a todos os cidadãos o dever de preservá-lo visando as futuras gerações.

Marmelstein (2019, p. 51) ressalta que a positivação desse direito sofreu influência da Declaração de Estocolmo de 1972, aprovada no âmbito das Nações Unidas, cujo texto contempla expressamente o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental de toda a humanidade e prevê princípios para regerem as relações de desenvolvimento visando a preservação do meio ambiente:

Princípio 1

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

[...]

Princípio 13

Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população.

[...]

Princípio 18

Como parte de sua contribuição ao desenvolvimento econômico e social deve-se utilizar a ciência e a tecnologia para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente, para solucionar os problemas ambientais e para

o bem comum da humanidade.” (UNITED NATIONS, 1972, tradução livre).

Ainda sobre a Declaração de Estocolmo de 1972 que impulsionou mudanças, em seu 20º princípio dispõe sobre o dever comum dos países, principalmente os desenvolvidos em realizar pesquisas referentes aos problemas ambientais:

Princípio 20

Devem-se fomentar em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento, a pesquisa e o desenvolvimento científicos referentes aos problemas ambientais, tanto nacionais como multinacionais. Neste caso, o livre intercâmbio de informação científica atualizada e de experiência sobre a transferência deve ser objeto de apoio e de assistência, a fim de facilitar a solução dos problemas ambientais. As tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma carga econômica para esses países. (UNITED NATIONS, 1972, tradução livre)

Afirma Elkington (2012) que “o movimento ambiental global está passando por uma mudança de paradigma [...] expandindo suas atividades de análise de problemas para a identificação, refinamento e implementação de soluções”. Nesse sentido destaca que “organizações como o Greenpeace estão passando de uma atitude de confronto para uma de estratégias mistas que incluam abordagens de parcerias inovadoras com corporações líderes - projetadas para moldar e, cada vez mais, ‘fazer’ mercados”.

Em 2021, a Resolução 48/13 do Conselho de Direitos Humanos da ONU (UNITED NATIONS, 2021), reconheceu que ambiente limpo, saudável e sustentável é um direito de todas as pessoas. Embora não tenha caráter vinculante, para a ONU esse instrumento representa um “catalisador para ações mais ambiciosas em todas as questões ambientais [...], colocando os direitos humanos no centro da ação climática, da conservação, do combate à poluição e da prevenção de futuras pandemias.” (ONU, 2021, n. p.).

Diante da necessidade de um meio ambiente adequado à perpetuação da vida humana na Terra, a Organização das Nações Unidas – ONU em sede de Assembleia Geral no dia 28 de julho de 2022 declarou que todo e qualquer indivíduo tem direito a um meio ambiente saudável, reconhecendo-o assim como um direito humano.

Nesse sentido, o Estado deve implementar políticas públicas que busquem a manutenção do meio ambiente, bem como fomentar a adoção de tecnologias que visem a sustentabilidade ambiental somada ao incentivo de ações antrópicas.

4 MATRIZES ENERGÉTICAS E COMBUSTÍVEIS SUSTENTÁVEIS: O “CASE” E A EXPERIÊNCIA TECNOLÓGICA CHINESA DE CONVERSÃO DE CO₂ EM COMBUSTÍVEIS E INTERMEDIÁRIOS QUÍMICOS

Não escapa ao imaginário coletivo o emprego da palavra “energia” em diversos contextos cujo sentido em comum está relacionado à movimento, influência, estado emocional e vigor. Embora a energia seja domínio da Física e participe de outros campos das ciências naturais, a palavra passou a integrar também discursos de apelo metafísico, referindo-se em geral a fatores que determinam o mundo material, embora com ele não se confundam. Assim, nos relacionamentos interpessoais é comum pessoas se referirem a “energias positivas” como um gesto comunicativo de empatia e solidariedade.

Contudo, seu emprego científico “tem um significado bem definido e preciso: potencial inato para executar trabalho ou realizar uma ação. Qualquer coisa que esteja trabalhando, movendo outro objeto ou aquecendo-o, por exemplo, está gastando (transferindo) energia” (ELETRO NUCLEAR, 2022, n. p.). Nesse sentido, energia não é um objeto, mas um atributo, ou seja, a qualidade do que proporciona movimento e transformação.

Oliveira, Machado e Sousa (2015, p. 150) observam que, para além da física, essa categoria simboliza o desenvolvimento tecnocientífico da modernidade, “possibilitando pensar na tecnologia que permitiu das máquinas térmicas à bomba atômica, chegando, na contemporaneidade, à noção de energia como algo indispensável ao futuro da humanidade no planeta”.

Dependemos de energia para praticamente todas as nossas necessidades. A produção de energia deve aumentar progressivamente, uma vez que o acesso a novas tecnologias e o processo de redução de desigualdades aumentam o consumo.

De fato, não há como conceber a realidade econômico-social sem a existência de matrizes energéticas para o desenvolvimento de atividades produtivas. Atualmente existem as seguintes fontes de energia que configuram diferentes matrizes⁹ em cada país: petróleo e derivados; carvão mineral e vegetal; derivados da cana-de-açúcar; gás natural, nuclear; hidráulica; biomassa; solar, eólica, geotérmica, maremotriz, entre outras. A matriz energética global é composta aproximadamente por 80% de fontes não renováveis, compreendendo petróleo e derivados, carvão mineral e gás natural. No caso do Brasil, o índice reduz para aproximadamente 55% tendo em vista o emprego de fontes renováveis derivadas de cana-de-açúcar, lenha e carvão vegetal e hidráulica (EPE, 2022a).

⁹ Uma matriz energética é composta por um conjunto de fontes diferentes de energia, o que pode variar de país para país em razão de fatores geográficos, econômicos e culturais.

Segundo a *U.S. Energy Information Administration* (2021, p. 1), “se as tendências atuais de política e tecnologia continuarem, o consumo global de energia e as emissões de dióxido de carbono relacionadas à energia aumentarão até 2050 como resultado da população e crescimento econômico”. Por sua vez, a *International Energy Agency* (2022, p. 32) considera que a crise energética global de hoje é significativamente mais ampla e complexa do que as ocorridas anteriormente.

Os choques na década de 1970 foram sobre o petróleo, e a tarefa dos formuladores de políticas era relativamente clara (se não necessariamente simples de implementar): reduzir a dependência do petróleo, especialmente das importações de petróleo. Por outro lado, a crise energética hoje tem múltiplas dimensões: gás natural, mas também petróleo, carvão, eletricidade, segurança alimentar e clima. Portanto, as soluções são igualmente abrangentes. Em última análise, o que é necessário não é apenas diversificar a partir de uma única commodity energética, mas mudar a natureza do próprio sistema de energia, e fazê-lo mantendo o fornecimento seguro e acessível de serviços de energia.

Em grande parte o transporte de bens e pessoas no mundo é realizado a partir do emprego de combustíveis baseados em petróleo e derivados. A combustão consiste na reação química de oxigênio com substâncias (em outras palavras, a queima de combustíveis) a fim de produzir energia térmica (calor) que, por sua vez, movimenta turbinas e motores (EPE, 2022a).

No quadro das fontes de energia renováveis, a biomassa se apresenta como potencial substituta dos combustíveis fósseis, pois é capaz de produzir combustíveis líquidos, sólidos e gasosos¹⁰. Para fins energéticos, pode-se dividir a biomassa em materiais lignino-celulósicos, triglicéricos e a base de açúcares. Diversas são as tecnologias empregadas para conversão da biomassa em combustíveis e fonte de produtos químicos (CHIARELLO *et al.*, 2022).

Diferente da energia térmica e mecânica promovida por combustão, a energia por eletricidade implica no movimento de elétrons (corrente elétrica) que gera um fluxo capaz de promover trabalho ou movimento. As baterias e células a combustível podem converter a energia química diretamente em eletri-

¹⁰ Faria *et al.* (2021, p. 9) consideram que “existe uma demanda muito grande e crescente pela maior participação de fontes energéticas renováveis e menos poluentes na matriz energética mundial, sendo os biocombustíveis uma alternativa promissora e em crescente utilização no Brasil. A utilização de biocombustíveis em motores a combustão interna, apesar de favorecer a redução de poluentes, gera alguns problemas técnicos associados à sua menor estabilidade e suscetibilidade à degradação quando comparado a combustíveis fósseis. Como alternativa, aditivos podem ser aplicados de forma a garantir estabilidade e manutenção das propriedades físico-químicas dos biocombustíveis e suas misturas com combustíveis fósseis.”

cidade. Diferentemente das baterias, que necessitam ser recarregadas, as células a combustível podem gerar eletricidade continuamente, desde que mantido o fluxo dos reagentes (hidrogênio e oxigênio) (ROSA, 2015). O hidrogênio é tido como principal reagente das células a combustível, seja puro, proveniente de eletrólise, ou derivado de hidrocarbonetos, álcoois, etc. (REIS, 2003).

Segundo estudos realizados pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE (2022b), no Brasil, “entre 2021 e 2031, projeta-se um aumento de 3,4% a.a. para a atividade do transporte de cargas. Já para a atividade de transporte de passageiros, a taxa de aumento é de 5,4% a.a.”. A respeito da demanda energética relacionada, estima-se o crescimento médio de 2,5% a.a. com destaque para o crescimento do uso “de óleo diesel, do etanol hidratado e do querosene de aviação (QAV)”.

Em que pese a tendência¹¹ no emprego de motores elétricos no setor automobilístico, a EPE considera que o segmento “ainda requer investimentos expressivos, tanto por parte de governos quanto da indústria automotiva e de setores de distribuição de energia e de serviços de mobilidade.”

Desta forma, antes de 2030, tecnologias como a bateria e a célula combustível a hidrogênio não deverão deslocar parcelas significativas de demanda em razão da necessidade de insumos, investimentos e infraestrutura para que sejam economicamente viáveis ao consumo em larga escala. Para os segmentos de caminhões mais pesados, a eletrificação deve levar mais tempo para ser competitiva frente aos veículos tradicionais (EPE, 2022b).

Diante dos inúmeros problemas decorrentes do emprego de combustíveis fósseis, dentre os quais destaca-se o seu caráter não renovável e a liberação de dióxido de carbono (CO₂) responsável pelo efeito estufa, laboratórios de pesquisa no mundo¹² tem empenhado esforços para desenvolver alternativas sustentáveis.

Nesse sentido, pesquisadores da *University of Science and Technology of China* (USTC), sob a liderança de Jie Zheng, estudam “formas de converter o dióxido de carbono liberado pelas fábricas de cimento, siderurgia e petroquímicas em combustíveis líquidos e produtos químicos usando energia elétrica”.

Segundo Wang *et al.* (2022), tecnologias para converter CO₂ em compostos com 1 átomo de carbono, como monóxido de carbono, metanol, ácido

¹¹ Cabe observar que a sustentabilidade em relação ao emprego de carros elétricos pressupõe o desafio em lidar com a destinação dos metais presentes nas baterias. Sem que sejam tomadas medidas nesse sentido, essa tecnologia pode ser tão prejudicial quanto a queima de combustíveis fósseis.

¹² No âmbito da Universidade Regional de Blumenau – FURB, o grupo de pesquisa CraçTerm vinculado ao programa de Pós-graduação em Engenharia Química tem atuado em pesquisa e desenvolvimento de tecnologias relacionadas a produção de combustíveis alternativos. (FURB, CraçTerm, 2022)

fórmico ou metano, devem desempenhar um papel importante no fechamento do ciclo do carbono. Porém a hidrogenação do CO₂, ainda possui enormes desafios, como energia elétrica renovável de baixo custo. Zeng afirma que sua equipe “testou várias gerações de uma tecnologia que combina o uso de catalisadores, condições operacionais de alta temperatura e pressão e dispositivos eletroquímicos para produzir ácido fórmico a partir de CO₂ e água. Esse ácido poderia então ser usado como fonte de combustível em baterias.” (O’MEARA; YE, 2022, tradução livre).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No plano das relações humanas, pensamentos e sentimentos discursivamente compartilhados mobilizam ações. Guardadas as necessárias diferenças, os processos comunicativos produzem “energia”, há semelhança de reações químicas e eletroquímicas, na medida que proporcionam “movimento e transformação”, não de objetos ou máquinas, mas de pessoas.

Inovações tecnológicas demandam investimentos significativos até que revelem condições objetivas de viabilidade econômica. No campo da produção de energia, esse fator, somado às expectativas globais de redução de dióxido de carbono na atmosfera, lança aos Estados Nacionais a responsabilidade de agir dialeticamente com iniciativa privada, a fim de instituir condições adequadas à sustentabilidade das respectivas matrizes energéticas, em harmonia com a realidade global.

Embora os países sejam Estados independentes, o meio ambiente é comum a todos, exigindo, portanto, ações conjuntas de todos em favor de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos.

As pesquisas realizadas por Jie Zheng e sua equipe somam-se a outros esforços em P&D¹³, com vistas a propor soluções aos problemas decorrentes do estado da técnica no campo da produção de energia. Porém, seu ingresso na realidade socioeconômica representa uma expectativa, cuja concretização ainda não pode ser categoricamente confirmada.

No contexto da agenda global dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2022), a questão das fontes de produção de energia sustentável diz respeito a, pelo menos, quadro dos dezessete objetivos: energia limpa e acessível (objetivo 7); cidades e comunidades sustentáveis (objetivo 11); consume e produção responsáveis (objetivo 12); e ação contra a mudança global do clima (objetivo 13).

¹³ Segundo Goldemberg (2000, p. 91), há três importantes frentes de desenvolvimento de P&D no segmento: “eficiência energética; aumento da participação de fontes renováveis de energia; e novas tecnologias”.

O agir comunicativo (HABERMAS, 2012) orientado a agenciar condições para a produção de tecnologias sustentáveis, entre outros aspectos, implica o desenvolvimento de políticas públicas de incentivo (de caráter fiscal, por exemplo), bem como a instituição de quadros normativos que determinem a redução do uso de combustíveis fósseis e/ou a implementação de percentuais de combustíveis “verdes” nas matrizes energéticas.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARRABAL, Alejandro Knaesel; CARDOSO, Amilton Fernando. Economia ecológica e complexidade: uma proposta de conciliação entre a humanidade e a natureza. In: ROEDEL, Tamyl (Org.). **Proteção ao meio ambiente**: aspectos legais, iniciativas empresariais, ações de educação ambiental. Joinville: Manuscritos, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 abr. 2022.

BUARQUE, Cristovam. **Da ética à ética**: minhas dúvidas sobre a ciência econômica. Curitiba: Ibplex, 2012.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. 9. ed. Tradução Newton Roberval Eicheberg. Cultrix: São Paulo, 2000.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2. ed. Tradução de Raul de Polillo. Lisboa: Portico, 1962.

CHIARELLO, Luana Marcele; PORTO, Tuanne Gomes; WIENHAGE, Gabriel Henrique; BOTTON, Vanderleia; WIGGERS, Vinicyus Rodolfo. Pyrolysis of triglycerides for fuels and chemical production. In: ISLAM, Shahid-ul; SHALLA, Aabid Hussain; KHAN, Salman Ahmad. **Handbook of biomass valorization for industrial applications**. Wiley Online Library, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/9781119818816.ch6>. Acesso em: 5 nov. 2022.

DAMASCENO, Silvia Mara Bortoloto; AQUINO, Danielly Silva de; VASCONCELOS, Patrício Henrique; REIS, Dálcio Roberto dos; BARCELOS, Alexandre Dias. Sustentabilidade no foco da inovação. **Revista gestão industrial**, v. 7, n. 3, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.3895/S1808-04482011000300008> Acesso em: 8 ago. 2022.

DURÃES, Cintya Maria Nishimura; FACHINI, Elaine Cristina Sotelo; RIBEIRO, Maria de Fátima. Desenvolvimento sustentável e tecnologia: análise à luz da teoria da complexidade. **Meritum**, v. 14, n. 2, p. 858-878, jul./dez., 2019. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7061> Acesso em: 5 jun. 2022.

ELETRO NUCLEAR. O que é Energia, 2022. Disponível em: <https://www.eletro-nuclear.gov.br/Sociedade-e-Meio-Ambiente/Espaco-do-Conhecimento/Paginas/O-que-e-Energia.aspx> Acesso em: 30 out. 2022.

ELKINGTON, John. **Sustentabilidade, canibais com garfo e faca**. São Paulo: M. Books Brasil, 2012.

EPE. Empresa de Pesquisa Energética. ABCDEnergia: matriz energética e elétrica. 2022a. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica>. Acesso em: 4 ago. 2022.

EPE. Empresa de Pesquisa Energética. Caderno de Demanda Energética do Setor de Transportes. Estudos do plano decenal de expansão de energia 2031. **Superintendência de Derivados de Petróleo e Biocombustíveis**, fev, 2022b. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/plano-decenal-de-expansao-de-energia-2031> Acesso em: 4 ago. 2022.

FARIA, Eduardo C. M.; SILVA, Aline M.; CAVALCANTI, Eduardo H. S.; FERREIRA, Kesio F.; B. NAPOLITANO, Hamilton B. Qualidade de combustíveis e as novas políticas ambientais. **Revista Processos Químicos**, v. 15, n. 29, 28 out. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.19142/rpq.v15i29.625> Acesso em: 5 out. 2022.

FERNANDES, Sandra do Carmo; ADORNO, Maria Luísa Gomes. Tecnologia da informação: a sustentabilidade na TI verde. **Revista Mirante**, v. 11, n. 7, jun. 2018. Disponível em: <https://www.revista.ueg.br/index.php/mirante/article/view/7987> Acesso em: 4 ago. 2022.

FURB. Universidade Regional de Blumenau. **CraqTerm - Craqueamento Térmico e Biocombustíveis**. Grupo de Pesquisa CNPQ, 2022. Disponível em: <https://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3135540397442992> Acesso em: 3 out. 2022.

GOLDEMBERG, José. Pesquisa e desenvolvimento na área de energia. **São Paulo em Perspectiva**, v. 14, n. 3, jul. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392000000300014> Acesso em: 5 ago. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2012, v. 1.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. **World Energy Outlook 2022**. Paris: IEA, 2022 Disponível em: <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2022> Acesso em: 30 out. 2022.

LUNARDI, Guilherme Lerch; SIMÕES, Renata; FRIO, Ricardo Saraiva. TI verde: uma análise dos principais benefícios e práticas utilizadas pelas organizações. **READ. Revista Eletrônica de Administração**, v. 77, n. 1, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-23112014000100001>. Acesso em: 7 ago. 2022.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAIA, Gabriela Meira; REIS, Clóvis. Comunicação organizacional e desenvolvimento sustentável: uma análise do relacionamento do Instituto Federal Catarinense com os seus públicos. **Latin American Journal of Business Management**, v. 12, n. 2, p. 10-18, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://www.lajbm.com.br/index.php/journal/article/view/677/317>. Acesso em: 7 ago. 2022.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs> Acesso em: 14 out. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. ONU declara que meio ambiente saudável é um direito humano. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/192608-onu-declara-que-meio-ambiente-saudavel-e-um-direito-humano> Acesso em: 7 nov. 2022.

NATIONAL GEOGRAPHIC BRASIL. O que é um ecossistema? 24 ago. 2022. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2022/08/o-que-e-um-ecossistema> Acesso em: 20 set. 2022.

O'MEARA, Sarah; YE, Yvaine. Turning industrial CO2 into battery fuel. **Nature, Spotlight**, 5 abr. 2022. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-022-00803-2> Acesso em: 20 out. 2022.

ODUM, Eugene P. **Fundamentals of ecology**. Philadelphia: W. B. Saunders Company, 1959.

ODUM, Eugene P; BARRET, Gary W. **Fundamentos de ecologia**. São Paulo: Cengage Learning, 2020.

OECD. **Oslo Manual 2018**: guidelines for collecting, reporting and using data on innovation. 4. ed. Paris: OECD Publishing; Luxembourg: Eurostat, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264304604-en> Acesso em: 10 jun. 2022.

OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto de; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; ABRANTES, Renato Moreira de. Humanismo cristão e efetivação dos Direitos Fundamentais numa perspectiva epistemológica: a pessoa humana no centro do Direito. **Revista Jurídica da UFERSA**, v. 5, n. 9, 8 ago. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v5.n9.p88-110.2021> Acesso em: 10 jun. 2022.

OLIVEIRA, Carmen; MACHADO, Maria Auxiliadora Delgado; SOUZA, Gouvêa Guaracira. Representações de energia que circulam na mídia e sua natureza no contexto da educação em ciências. **Revista Inter Ação**, v. 40, n. 1, p. 149-169, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5216/ia.v40i1.28680>. Acesso em: 11 nov. 2022.

ONU. A longa jornada pelo reconhecimento do meio ambiente saudável como um direito humano. **Nações Unidas Brasil, Notícias**, 20 out. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/152415-longa-jornada-pelo-reconhecimento-do-meio-ambiente-saudavel-como-um-direito-humano> Acesso em: 20 set. 2022.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Direito constitucional**: teoria geral da Constituição e direitos fundamentais. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

REIS, Lineu Belico dos. **Geração de energia elétrica**: tecnologia ambiental, planejamento, operação e análise de viabilidade. 3. ed. Barueri: Manole, 2003.

ROSA, Aldo Vieira da. **Processo de energias renováveis**. 3. ed. Tradução Paula Santos Diniz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel (org.). **Para pensar o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 29-56.

SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova**, v. 28, n. 29, abr. 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451993000100016> Acesso em: 20 out. 2022.

U.S. ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION. **International Energy Outlook 2021**. Washington, DC: U.S. Department of Energy, out. 2021. Disponível em: https://www.eia.gov/outlooks/ieo/pdf/IEO2021_Narrative.pdf Acesso em: 30 out. 2022.

UNITED NATIONS. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment** (Stockholm Declaration), 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf> Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **48/13. The human right to a clean, healthy and sustainable environment**. Resolution adopted by the Human Rights Council on 8 October 2021. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf> Acesso em: 20 set. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **A/42/427. Development and international Economic Co-operation: Environment**. Report of the World Commission on Environment and Development. 4 August 1987. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N87/184/67/img/N8718467.pdf> Acesso em: 20 set. 2022.

VIEIRA PINTO, Álvaro. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, v. I.

WANG, Menglin; LUO, Lei; WANG, Chuanhao; DU, Junjie; LI, Hongliang; ZENG, Jie. Heterogeneous Catalysts toward CO₂ Hydrogenation for Sustainable Carbon Cycle. **Accounts of Materials Research**, 3, 6, p. 565-571, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1021/accountsmr.2c00006> Acesso em: 20 out. 2022.

VIOLÊNCIA, EQUIDADE DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Eduardo Cambi¹, Silvana Aparecida Plastina Cardoso²,
Liége Novaes Marques Nogueira³

INTRODUÇÃO

Vislumbra-se que, no transcorrer da história humana, especialmente nas últimas décadas, o desenvolvimento intelectual, pessoal e profissional das mulheres alcançou centralidade e destaque nos debates políticos, jurídicos, econômicos e sociais.

Não obstante, ainda há discriminações, preconceitos, manutenção irrefletida de estereótipos e outras formas de exclusão da mulher na sociedade contemporânea. Gradativamente, a luta pela igualdade de direitos tem se fortalecido, na direção da valorização do ser humano, sem distinção de qualquer natureza, conforme consagra a Constituição da República Federativa do Brasil desde 1988.

A proteção aos direitos humanos das mulheres é reforçada desde a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); porém, em razão do patriarcado estrutural enraizado na cultura brasileira, persiste a dominação masculina, especialmente na esfera pública, onde evidencia-se diversas formas de discriminação. Apesar dos Tratados Internacionais consagrarem a igualdade formal dos seres humanos, é preciso avançar para a busca de equilíbrio entre os princípios da isonomia substancial e do reconhecimento pela diferença das mulheres, a fim de proteger a sua integridade física, psíquica, moral, sexual e patrimonial, bem como possibilitar o seu desenvolvimento integral (econômico, profissional, cultural, social, político, moral e espiritual).

Diante da presunção de vulnerabilidade, é preciso reconhecer todas as formas de discriminação contra as mulheres e criar medidas adequadas para prevenir, punir e erradicar toda e qualquer forma de violência de gênero.

¹ Pós-doutor em Direito pela *Università degli Studi di Pavia*. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Desembargador TJPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065>.

² Mestranda em Ciências Jurídica pela UENP. Pós EAD pela FAAT (2013). Pós Filosofia Política Jurídica - UEL (2009). Graduada em Direito - ICES (2007) Ciências Sociais - FAFICLA (1982). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9952430523138466>.

³ Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP. Graduada em Direito pela UENP (2010). Especializada em Direito do Trabalho pela UNIFIO (2019). Advogada desde 2010. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6078295996468726>.

A presente pesquisa concentra-se na proteção da mulher vítima de violências, a partir do exame das potencialidades protetivas trazidas, principalmente a partir da previsão legislativa resultante da exposição do caso Maria da Penha junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que culminou com a elaboração da Lei nº 11.340/2006.

Tal legislação instituiu diversos mecanismos protetivos com o escopo de coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. O Estado passa a atuar de forma integrativa e coordenada com os demais poderes e órgãos governamentais e não governamentais, prestando assistência à mulher por meio de políticas públicas que procuram garantir os direitos humanos das mulheres, de modo a possibilitar, inclusive a potencializar a concretização de medidas protetivas e assistenciais que preservam sua integridade física e psíquica.

A violência de gênero é um problema não somente jurídico, mas também social, de educação e de saúde. Assim, políticas públicas devem ser empreendidas, até para que se evite a revitimização da mulher, inclusive com a conscientização da população acerca das condutas descritivas que configuram violência doméstica e familiar, como forma de conscientização social e prevenção, voltadas para reduzir todas as formas de discriminação e intolerância causadas pela ignorância dos direitos humanos, que alimenta o ódio e impede o exercício da cidadania e da justiça.

2 VIOLÊNCIA DE GÊNERO

2.1 GÊNERO E VIOLÊNCIA

A diferença entre o gênero masculino e feminino está sedimentada socialmente e “não importa a forma como as culturas se organizaram” (PRIORE, 2013, p. 6). Desde o Brasil Colônia, e até em algumas situações contemporâneas, o homem ocupa uma posição social de destaque hierarquicamente superior à mulher. Seu domínio é expressivo e fácil de visualizar em diversos campos da vida.

O conceito de gênero é diverso e amplo; todavia, para os fins propostos para o presente trabalho, qual seja, a violência de gênero, adota-se o conceito cunhado por Maria Teles e Mônica Melo, onde explicam:

[...] uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Ou seja, não

é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam de criar e preservar este-reótipos que reforçam a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar os desejos, as opiniões e a liberdade de ir e vir das mulheres. (TELES; MELO, 2017, p. 9).

Extraí-se desse conceito alguns elementos importantes que levam a compreender a violência de gênero como uma relação de submissão da mulher e dominação do homem, sendo essa relação historicamente estrutural na sociedade (patriarcal e conservadora) que impôs o papel social do homem e da mulher de forma distinta. Está calcada na ideia de hierarquia e poder do homem, chefe de família, enquanto que a mulher era e é considerada ainda nos dias atuais como sexo frágil, apta a ser dona de casa e cuidadora do lar.

A injusta discriminação entre o masculino e feminino potencializa a desigualdade de forma ampla, na sociedade em geral, e propaga a ideia da naturalização da inferioridade feminina.

Os movimentos feministas difundem a perspectiva da equidade de gênero e a coexistência harmônica entre a igualdade substancial e o reconhecimento pela diferença.

Simone de Beauvoir impulsionou a crítica ao papel das mulheres na sociedade, merecendo a transcrição do seguinte trecho:

No dia em que for possível à mulher amar em sua força, não em sua fraqueza, não para fugir de si mesma, mas para se encontrar, não para se demitir, mas para se afirmar, nesse dia o amor se tornará para ela, como para o homem, fonte de vida e não perigo mortal. Enquanto isso não acontece, ele resume sob sua forma mais patética a maldição que pesa sobre a mulher encerrada no universo feminino, a mulher mutilada, incapaz de se bastar a si mesma. As numerosas mártires do amor testemunharam contra a injustiça de um destino que lhes propõe, como derradeira salvação, um inferno estéril. (BEAUVOIR, 1967, p. 604 - 605).

Nesse sentido, “há que se ressaltar, ainda, que a violência de gênero é uma espécie de violência contra a mulher que, por sua vez, é uma espécie de violência doméstica”. (BIANCHINI, 2014, p. 33).

É justamente essa sensível relação que gerou os comandos normativos internacionais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A efetivação dessas normas protetivas é indispensável na luta pela emancipação das mulheres. Por exemplo, na esfera política, em meados de 2021, a representação feminina na Câmara dos Deputados, considerando as 513 cadeiras, equivalia a 15%, ao passo que no Senado Federal, 14% das 81 vagas eram ocupadas por mulheres ⁴. Tais números são discrepantes quando se observa que 52,2% da população brasileira são de mulheres ⁵.

O direito ao voto à mulher, ainda que sob os “burburinhos” de pensamentos conservadores, machistas e retrógrados, até em razão da época e dos costumes que imperava, iniciou-se na Assembleia Constituinte de 1891 (BIANCHINI, 2014, p. 48). Porém, foi somente em 1932, por meio do Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que inaugurou o Código Eleitoral, que se previu no artigo 2º que “é eleitor o cidadão maior de 21 anos, *sem distinção de sexo*, alistado na forma deste Código” (*sic*), o que foi posteriormente reconhecido na Constituição de 1934. A história do voto feminino no mundo e no Brasil é, pois, mais uma conquista obtida a partir da luta pela cidadania das mulheres.

Em relação à violência doméstica, foi em 1996, com a promulgação no ordenamento jurídico interno da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, que se passou a proteger, de forma ainda mais expressa, as mulheres contra diversas formas de violência de gênero.

Em 2002, houve a promulgação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, passando o Estado Brasileiro, a partir daí, internalizar a adesão já realizada, contra a discriminação da mulher, que conforme artigo 1º da convenção significa:

[...] toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (ONU, 1979).

Outrossim, a pressão da sociedade civil, a partir da não-apuração e efetiva punição dos crimes cometidos contra Maria da Penha Maia Fernandes pelo seu então marido, junto à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos⁶, ensejou à elaboração pelo Congresso Nacional da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006:

⁴ “Com pouca representatividade política, mulheres ainda buscam direitos”. – (MELLO, 2021).

⁵ “IBGE: mulheres somavam 52,2% da população no Brasil em 2019” – (GANDRA, 2021).

⁶ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas. Tem sua sede em Washington, D.C. (EUA).

Em 1998, enviamos, eu e duas instituições de peso, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional, CEJIL, e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, CLADEM, o meu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), protestando contra a demora quanto a uma decisão definitiva da justiça brasileira em relação ao processo. A Comissão Interamericana publicou, em abril de 2001, um relatório, emanado da OEA, que citava o Estado brasileiro como responsável pela violação de direitos humanos, o que teve repercussão internacional. Foi um incentivo para que se debatesse amplamente o tema (FERNANDES, 2012, p. 80).

Nesse sentido, no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quando do recebimento da mencionada denúncia, consubstanciado no Caso nº 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes e relatório nº 54/2001, responsável por, ao final, recomendar certas medidas que o Brasil deveria implementar para a adequada tutela dos direitos e garantias humanas fundamentais das mulheres, a referida Comissão reiterou ao Estado brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciais correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

Ademais, cumpre salientar que o outro órgão que compõe o sistema regional é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José, Costa Rica.

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
 - b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
 - c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
 - d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
 - e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.
5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana (OAB, 2001).

Com isso, reconheceu-se e criou-se, formalmente, por lei infraconstitucional, mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. Aliás, tal previsão está consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226, § 8, *ipsis literis*: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

A previsão legislativa foi importante para consagrar formalmente a proteção da mulher contra as mais diversas formas de violência, já que a lei traz em seu bojo as respectivas modalidades, que não se esgotam nela, posto que se trata de um rol exemplificativo, além de mecanismos preventivos e repressivos, inclusive na esfera criminal.

Porém, Leila Linhas Basterd pontua (2011, p. 14):

A luta legislativa por igualdade, incluindo a igualdade nas relações familiares, teve destaque importante nessa agenda na medida em que significava o rompimento com a lógica patriarcal da subordinação feminina. A conquista por direitos formais foi, assim, o passo inicial do feminismo brasileiro. No entanto, essa luta não se esgota no reconhecimento formal de direitos, especialmente porque a declaração de direitos não traz de imediato o usufruto dos mesmos ou a ampliação do poder de decisão das mulheres sobre suas vidas. O reconhecimento formal de direitos também não significa, no que se refere às mulheres, que essas passem a se sentir titulares e vivenciem os direitos expressos nas Constituições democráticas ou nos tratados e convenções internacionais. A titularidade significa não só ter direitos, mas, também, poder usufruir desses direitos.

Além da proteção legislativa, é imprescindível e essencial a tutela concreta da mulher contra toda e qualquer tipo de violência, principalmente quando advinda daqueles a quem se confere confiança, como ocorre no âmbito doméstico.

O artigo 7º da Lei Maria da Penha traz o rol de formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, que, em conjunto com os artigos 5º e 6º, formam o núcleo estruturante da legislação, já que estabelece como formas de violência, exemplificativamente, as de natureza física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

O legislador, nestes dispositivos, trouxe elementos conceituais e descritivos que corroboram para uma melhor compreensão acerca dos diferentes tipos de violência.

Cinco são as formas de violência mencionadas expressamente na Lei: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. O rol é meramente ilustrativo, visto que o dispositivo faz menção à expressão “entre outras”. Nem todas elas, entretanto, constituem uma agressão à constituição física da pessoa. Percebe-se, então, que a Lei Maria da Penha, ao mesmo tempo que restringe o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, igualmente o amplia. A restrição decorre do fato de que nem toda violência contra a mulher encontra-se abrangida no âmbito de proteção da Lei Maria da Penha (somente a baseada no gênero e desde que praticada no contexto doméstico ou familiar ou em uma relação íntima de afeto); a ampliação, por seu lado, dá-se em relação ao sentido da palavra violência, o qual é utilizado para além daquele estabelecido no campo do direito penal. É o que ocorre quando, por exemplo, a Lei Maria da Penha elenca, como violência patrimonial, a

destruição de documentos pessoais da mulher pelo agressor (art. 7.º, IV). (BIANCHINI, 2014, p. 47).

A violência física (art. 7.º, inciso I) é toda ofensa à integridade física e corporal praticada com o emprego de força, podendo abranger “[...] socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*” (CUNHA; PINTO, 2011, p. 58). Esse tipo de violência é a mais comum e aparente, e, por isso, em muitos casos, pressupõe a existência das demais (FEIX, 2011, p. 204).

Já, o artigo 7.º, inciso II, consagra as condutas causadoras de violência psicológica. Trata-se de violação da intimidade psíquica e emocional da mulher, que se configura pela imposição do homem, mediante chantagens emocionais, controles comportamentais e outras formas de intimidação, que impedem o exercício da autonomia privada, inviabiliza e limita a plena liberdade da mulher.

Desse modo, Virgínia Feix pondera que:

A violência psicológica está necessariamente relacionada a todas as demais modalidades de violência doméstica e familiar contra a mulher. Sua justificativa encontra-se alicerçada na negativa ou impedimento à mulher de exercer sua liberdade e condição de alteridade em relação ao agressor. É a negação de valor fundamental do Estado de Direito, o exercício da autonomia da vontade e, portanto, da condição de sujeito de direitos conquistada pelos homens, nas revoluções burguesas, americana e francesa, já no século XVIII. (FEIX, 2011, p. 205).

A rigor, a prática deste tipo de violência, que pode ser exercida conjunta ou separadamente com outros tipos, ocorre em razão da necessidade de afirmação e dominação masculina.

Ainda mais emergente, é a violência sexual (art. 7.º, inciso III), que coloca a mulher em situação de vulnerabilidade no ambiente doméstico. Nota-se que a sociedade possui preconceitos enraizados em relação ao papel sexual do homem, havendo falsas crenças de que a mulher deve se submeter aos desejos masculinos, como se não pudessem ou não tivessem os seus próprios.

A mulher deixa de ser sujeito de direitos para ser compreendida como objeto de satisfação do desejo sexual do homem. A sexualidade da mulher é anulada e reprimida. No seio da família, impera a falsa ideia de que, consumado o matrimônio, a mulher deve estar à disposição para o sexo, independentemente de sua vontade. Em qualquer relação afetiva, a escolha do exercício da relação sexual e da própria sexualidade, é da mulher e não pode ser usurpada

ou subtraída de si. O sexo não consentido configura violência sexual e pode ensejar a responsabilização criminal.

Nota-se que a existência do papel de um chefe de família do gênero masculino como provedor, apesar de abolido tanto na Constituição Federal (art. 226, § 5º) quanto no Código Civil (art. 1.511), ainda se apresenta como corriqueira na sociedade, o que reduz o espaço da mulher ao espaço doméstico, como mera dona de casa, responsável pela criação dos filhos e cuidados do lar. Neste sentido, cabe a ele ser instrumento da realização do marido e dos filhos. Isso é reflexo do patriarcado e do machismo estruturais que precisa ser superado para que a mulher não fique sobrecarregada nas atividades domésticas para poder se dedicar aos estudos, participar da vida pública e realizar-se profissionalmente. Afinal, é pela conquista da independência financeira que a mulher consegue o poder econômico para emancipar-se socialmente e exercer a plenitude de sua cidadania.

No entanto, conforme estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2021), a participação da mulher no mercado de trabalho, com o aumento do seu poder econômico, resulta em aumento de tensão entre casais, refletindo em agressões à mulher. “De acordo com a pesquisa, o índice de violência contra mulheres que integram a população economicamente ativa (52,2%) é praticamente o dobro do registrado pelas que não compõem o mercado de trabalho (24,9%)”.

É preciso aqui destacar que o empoderamento econômico das mulheres é um fenômeno recente, e que a retirada dos obstáculos legais, burocráticos e culturais para a livre disposição de seus bens, inclusive rendimentos, ainda está sendo conquistada. Disso decorre que, em muitas situações, os homens permanecem na condição de chefia da família, administrando os bens e monopolizando o poder econômico da comunidade familiar, o que pode ser considerado moeda de troca ou vantagem na imposição de sua vontade e manutenção de relação desigual de poder. (FEIX, 2011, p. 208).

Por isso, é importante prevenir e reprimir a violência patrimonial (art. 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha), porque o impedimento da mulher de fazer uso de seus bens “a colocam em situação de vulnerabilidade, atingindo diretamente a segurança e dignidade, pela redução ou impedimento da capacidade de tomar decisões independentes e livres” (FEIX, 2011, p. 208).

Além disso, a proteção contra a violência moral (art. 7º, inciso V) reflete na reputação da mulher na sociedade, já que consiste em imputações de fatos criminosos sabidamente falsos (calúnia), desonrosos (difamação) ou que lhe

diminuam por meio de qualidades negativas (injúria). Tais conceitos são os mesmos do Código Penal. Todavia, mais que enfatizar e reproduzir a relevância da tutela criminal, ao se tutelar a honra subjetiva e objetiva da mulher, de modo amplo, permite que outras formas de responsabilização (civil, trabalhista, administrativa, política etc.) sejam admitidas, inclusive para fins pedagógicos e culturais, voltados a inibir práticas discriminatórias que contribuam para a vitimização terciária de gênero na sociedade.

2.2 PONDERAÇÕES ACERCA DO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei Maria da Penha visa promover a equidade de gênero, tendo como especial incidência o contexto doméstico ou familiar e tem como pressuposto a existência de uma relação íntima de afeto (BIANCHINI, 2014, p. 34).

É certo que a violência no espaço público também não pode e não é tolerada, não sendo menos importante que aquela praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Ora, os adágios do tipo “roupa suja deve ser lavada em casa” e “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, são ultrapassados e, ainda que possam estar indiscutivelmente enraizados na cultura brasileira, tais atitudes não devem ser mais ignoradas.

O artigo 5º da Lei Maria da Penha define o espaço doméstico e familiar como local específico onde os tipos de agressões já relatadas anteriormente podem acontecer, em seus incisos I e II, até porque são no íntimo do seio familiar e por pessoas de confiança que a violência ocorre.

Para Fabiane Simioni e Rúbia Abs da Cruz (2011, p. 189), “o conceito de comunidade familiar proposta pela Lei é amplo”. No mesmo sentido, Alice Bianchini (2014 p. 38) afirma que “[...] a família pode ser formada por vínculos de parentesco natural (pai, mãe, filha etc.) ou civil (marido, sogra, cunhada etc.), por afinidade (primo, cunhado, tio) ou de afetividade (amigos que dividem o mesmo apartamento)”.

Porém, basta a existência de uma relação íntima entre agressor e vítima para a incidência da lei, sendo indiferente a coabitação, o tempo e a durabilidade da relação. Aliás, mesmo que o relacionamento já tenha terminado, ocorrida a violência por pessoa com quem a mulher tenha mantido uma relação íntima, mesmo que momentânea, aplica-se a Lei Maria da Penha.

Veja que, em seu artigo 5.º, inciso III, traz a expressão “em qualquer relação íntima de afeto”, sem critérios temporais ou outras exigências de determinados tipos de relacionamentos. Tal interpretação à luz do princípio da máxima proteção da mulher vítima de violência doméstica é a mais adequada e conforme

a Constituição, já que defender o contrário violaria a a dignidade humana da mulher vítima de agressão.

Merece destaque, ainda, o parágrafo único, do artigo 5º da Lei Maria da Penha que estabelece que “a relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Dessa maneira, Maria Berenice Dias e Thiele Lopes Reinheimer ponderam:

A única referência legal à natureza familiar das uniões homoafetivas encontra-se na Lei Maria da Penha. Diz o seu art. 2.º: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...], goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. O parágrafo único do art. 5.º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso significa que o legislador reconhece as uniões de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (DIAS; REINHEIMER, 2011, p. 214).

Logo, “[...] para ser considerada a violência como doméstica, o sujeito ativo tanto pode ser um homem como uma mulher. Basta estar caracterizado o vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade” (SOUZA, 2007, p. 47).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a aplicação das medidas protetivas requeridas por transexual, descritas nos termos do artigo 22 da Lei n. 11.340/2006, diante de agressões do seu pai na residência da família. Com efeito, o STJ possibilitou que a Lei Maria da Penha incidisse para reprimir a violência contra mulher trans (STJ, 2022).

Tal decisão representa grande avanço na busca pela efetividade dos direitos humanos-fundamentais, ao conferir maior alcance e efetividade à Lei Maria Penha. Potencializa sua força normativa como importante instrumento de prevenção e repressão às agressões de gênero praticadas no âmbito familiar.

Nesse contexto de proteção das vítimas de violência de gênero, é importante a elaboração, aplicação e fiscalização de políticas públicas eficazes, aptas a concretização da dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos por instrumentos internacionais.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

3.1 ASSISTÊNCIA À VÍTIMA

A preocupação central da Lei Maria da Penha é a proteção da mulher em situação de violência doméstica e/ou familiar. Todavia, é possível, como visto no exemplo trazido no tópico anterior, conceber a extensão dessa lei a outras vítimas de violência em razão de gênero. Noutros termos, “nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino” (DIAS, 2007, p. 41). Nesse sentido, a aplicação da Lei Maria da Penha independe da orientação sexual (SIMIONI; CRUZ, 2011, p. 206).

Além disso, há diversas outras formas de violência de gênero fora do contexto doméstico, como as existentes no âmbito do mercado de trabalho, acadêmico, político, no encarceramento de mulheres e na experiência da população LGBTQ+, que, muitas vezes, não recebe o tratamento adequado.

Infelizmente, essas formas de violência de gênero são corriqueiras e nem sempre encontram a devida proteção jurídica. Por exemplo, o fato ocorrido, em abril de 2022, no município Arapongas, no Estado do Paraná, na qual, após a prisão, uma travesti teve seu cabelo raspado e colocada em unidade masculina⁷.

Acrescenta-se que é possível a extensão protetiva conferida pela legislação específica aos membros da família da vítima, como se vê das previsões dos artigos 19, § 3º, 22, inciso III, alínea “a” e “b”; e 30⁸.

⁷ “Mulher trans é presa em unidade masculina e tem cabelo raspado em Arapongas, no Paraná”. DIAS, Pâmela. In.: O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/mulher-trans-presa-em-unidade-masculina-tem-cabelo-raspado-em-arapongas-no-parana-25474039>. Acesso em: 21 mai. 2022.

⁸ Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. § 3.º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

De qualquer forma, o combate efetivo à violência de gênero depende da atuação preventiva e repressiva por meio de políticas adequadas e de investimentos públicos.

A assistência às vítimas se inicia com a própria apresentação dos direitos das mulheres, de modo que elas saibam que estão sendo vítimas de violência de gênero, auxiliando-as a identificar a forma de violência sofrida (já que aquelas que não são físicas são de mais complexa identificação). A violência doméstica, por exemplo, pode ser furtiva e de difícil constatação pela própria vítima, quando há um comportamento controlador reiterado do homem de vigiar, perseguir, constranger, limitando a liberdade da mulher ou apropriando-se da sua renda.

O dever de informação, por parte dos serviços de assistência pública às vítimas, deve abarcar os conceitos e descrições de condutas abusivas e criminosas, para ajudar a compreensão pelas vítimas das situações vivenciadas, saindo do senso de que se trataria de atitudes comuns e socialmente aceitáveis. Educar toda a sociedade e difundir os instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres é prevenir a violência de gênero, em especial, e a violação da dignidade das mulheres, em geral.

O artigo 8.º da Lei Maria da Penha propõe a promoção de medidas pelo Poder Público, na pessoa dos entes federados, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e de entidades não governamentais. Mais do que uma questão de segurança pública, a violência doméstica é um problema de saúde social, necessitando de trabalhos educativos de modo a conscientizar toda a população, principalmente a mulher vítima, de modo que tenha conhecimento dos seus direitos, seja encorajada a denunciar e possa romper os ciclos de violência, que, não raro, escalam para a prática de feminicídios.

Portanto, há necessidade de que eles se dirijam à proteção das vítimas no sentido do seu empoderamento e à diminuição do isolamento em situações comprovadas de risco. A implementação de estratégias de empoderamento constitui uma intervenção indispensável para se romper com o silêncio, quebrar o medo que paralisa vítimas, e, sobretudo, para que se encontrem saídas não violentas para por fim ao ciclo de violência que as enreda. (BIANCHINI, 2011, p. 229).

A atuação do Estado e de entidades não governamentais deve se dar por profissionais capacitados, a fim de que “não seja vivenciada pela mulher uma segunda vitimização, agora, pelos aparelhos do Estado” (BIANCHINI, 2011, p. 226), conhecida como vitimização secundária.

Não se deseja, com isso, valorizar o poder punitivo e a interferência penal mais gravosa, mas sim destacar a exis-

tência de uma seletividade penal com recorte de gênero. A construção teórica (...)lança luz sobre a importância de se orientar a temática da violência doméstica contra a mulher da esfera privada para a pública. Esta tarefa de redimensionamento do problema possibilitará ao Estado lançar mão de instrumentos para que esta proteção se dê da forma mais eficaz possível. Neste ponto, não se propõe o uso amplo da prerrogativa de aprisionamento, mas sim justificá-la quando parecer ser a melhor forma de garantia do direito. (LAVIGNE; PERLINGEIRO, 2011, p. 302).

O atendimento prioritário e de urgência à vítima é essencial para cessação da violência e preservação da integridade física e psicológica. A criação de programas assistenciais de acolhimento auxilia na superação da violência, o que permite a existência de aparatos seguros de manutenção e reinserção social. Ademais, é necessário preservar todo o meio social que a mulher está inserida, por exemplo, o vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local do trabalho por conta da violência doméstica.

A assistência jurídica também deve ser disponibilizada pelo Estado, a fim de que tenha acesso às informações técnicas a respeito das violências sofridas, das medidas protetivas disponíveis e dos meios para a realização do divórcio ou da dissolução da união estável, com as repercussões no âmbito familiar (guarda dos filhos, concessão de alimentos, resguardo do direito à moradia e partilha dos bens comuns).

Infelizmente, as políticas assistenciais necessárias ao atendimento das vítimas ocorrem após a prática da violência de gênero, cabendo à autoridade policial, que normalmente é a primeira a ser acionada, a adotar as providências legais cabíveis para salvaguardar a vida e integridade física e psíquica da mulher, reconhecendo-a como pessoa vulnerável em condição peculiar.

Alice Bianchini, ao tratar das políticas previstas no artigo 3º, § 1º, da Lei Maria da Penha, explica:

As políticas mencionadas no art. 3.º consubstanciam-se por meio de medidas de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar e são de três ordens: (1) medidas integradas de proteção (art. 8.º); (2) medidas de assistência à mulher (art. 9.º) e (3) medidas voltadas ao atendimento pela autoridade policial (arts. 10 a 12). Dos três conjuntos de ações acima mencionados, o primeiro (medidas integradas de proteção) incide no momento anterior à violência, contando, assim, com um a maior efetividade na redução e/ou eliminação da violência contra a mulher. O segundo dirige-se à mulher que já se encontra

em situação de violência doméstica e familiar, trazendo um rol de programas e ações assistenciais; já o terceiro também se dirige à mulher já vítima de violência, porém se volta para ações de atendimento a ser realizadas pela autoridade policial. (2014, p. 86 - 87).

É importante salientar as Políticas Públicas como instrumento apto e indispensável para busca pela efetivação dos direitos fundamentais das mulheres, especialmente os de natureza social, econômica e cultural, que dependem da prestação positiva do Estado. Desse modo, Osvaldo Ferreira de Carvalho esclarece que:

Os direitos fundamentais (incluídos os direitos sociais), a partir da sua consagração jurídico-constitucional, apresentam-se como fundamento das políticas públicas de desenvolvimento e interessa-se pela visão que enquadra os direitos sociais como marco de ação das políticas públicas. Assim sendo, a natureza constitucional dos direitos sociais esparge a sua força ao contribuir decisivamente para a forma como as políticas públicas são implementadas, que são o mais importante dos instrumentos de operacionalização dos deveres positivos de direitos fundamentais, ou seja, é por meio das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais e, desse modo, protege, garante e promove o acesso individual aos bens jusfundamentais. (CARVALHO, 2019, p. 790).

Dessa forma, a assistência prevista na Lei Maria da Penha pode ser compreendida da seguinte maneira: políticas públicas de assistência social, proteção ao trabalho e proteção à saúde, em favor da vítima e dirigidas ao Poder Público. Além disso, quando a política pública é inexistente ou ineficiente, caracterizada a omissão do Estado, a tutela dos direitos fundamentais pode ser obtida com a intervenção do Poder Judiciário (CASTILHOS, 2011, p. 235).

Uma política pública que merece destaque é a criação da denominada “rede de atendimento”, na qual há a concentração de diferenciados serviços assistenciais de orientação e enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse sentido, deve ser enfatizado o ligue 180, que se trata de uma Central de Atendimento à Mulher⁹. A “constituição da rede de atendimento busca dar conta da complexidade da violência contra as mulheres e do caráter multidimensional do problema, que perpassa diversas áreas, tais como: a saúde, a educação, a segurança pública, a assistência social, a cultura, entre outros” (CASTILHOS, 2011, p. 238).

⁹ “O que é Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180?”. In.: Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/o-que-e-central-de-atendimento-a-mulher-2013-ligue-180>. Acesso em: 23 mai.2022.

Ademais, desde meados de 2007, como forma de política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres, foi criado o “Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher”, que está sob a coordenação do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos¹⁰. Ele prevê um plano de ações, metas e diretrizes a serem executadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma integrativa com demais órgãos governamentais e não governamentais.

Com efeito, as políticas públicas, principalmente, as de natureza preventiva, revelam-se como medidas adequadas ao enfrentamento da violência de gênero, a fim de diminuir as desigualdades, reconhecer o princípio da diferença e valorizar os papéis sociais da mulher no âmbito público e privado.

A propósito, no Estado do Paraná, a Polícia Militar conta com uma unidade técnica de patrulha especializada, agindo de forma cooperada com outras unidades, inclusive com a colaboração da Guarda Municipal, conhecida como Patrulha Maria da Penha¹¹.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em 2011, criou a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – CEVID, como forma de elaboração e execução de políticas públicas no âmbito do Poder Judiciário. Referido órgão, além de contribuir com toda a estrutura e aprimoramento do Judiciário no combate à violência doméstica e família, oferece diversas oficinas educativas, com realização de projetos sociais, palestras, assistência à mulher vítima de violência de gênero entre outras atuações diretas e indiretas no combate à violência doméstica e família. Possui, ainda, banco de dados próprio com informações sobre casos e concessões de medidas protetivas¹².

Tais iniciativas se integram aos esforços realizados pelo sistema de justiça brasileiro, que, de modo sistemático, procuram estabelecer políticas institucionais de proteção integral e de promoção de direitos e apoio às vítimas, como ocorre com a Resolução 253 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça e a Resolução 243 de 2021 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Diante disso, observa-se que uma rede de proteção estadual e nacional das mulheres vítimas de violência praticada no âmbito doméstico e familiar, obviamente a luta ainda está longe do fim, mas isso já demonstra um processo de valorização, previsão e proteção dos direitos fundamentais sociais das mulhe-

¹⁰ “Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher”. In.: Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/violencia/pacto-nacional>. Acesso em: 23 mai. 2022.

¹¹ “Patrulha Maria da Penha”. In. Polícia Militar do Paraná. Disponível em: <https://www.pmpr.pr.gov.br/Pagina/Patrulha-Maria-da-Penha>. Acesso em 24/05/2022.

¹² CEVID. In.: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/web/cevid>. Acesso em 24/05/2022.

res, a fim de que, desse modo, os índices de agressões diminuam e a dignidade humana deixe de ser apenas um princípio escrito e concretize-se realmente.

3.2 A FIGURA E A NECESSIDADE DA RECUPERAÇÃO DO AGRESSOR

O Instituto Igarapé traz um relevante estudo, denominado como EVA: evidências sobre a violência e alternativas para mulheres e meninas¹³. Como demonstrado no bojo desse artigo, é preciso identificar as condutas tidas como agressivas, para que a mulher possa tomar conhecimento de que pode ser uma vítima de violência doméstica e familiar, de modo a procurar assistência e efetuar a denúncia, bem como para receber as medidas protetivas legais e adequadas ao seu caso.

Por outro lado, é importante identificar o agente ativo dessas agressões, isto é, quem é o agressor, seja para reprimir a prática da violência, seja para compreender o fenômeno abusivo e construir políticas preventivas.

Há disposições na Lei Maria da Penha voltadas ao agressor, principalmente de caráter punitivo, como o afastamento do lar. A partir de 2019, houve a inclusão da obrigação de ressarcimento, pelo agressor, aos custos do Sistema Único de Saúde (SUS) com os tratamentos e dos dispositivos de segurança destinados ao monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar, uma vez que os parágrafos 4º e 5º, do artigo 9º, foram incluído pela Lei n.º 13.871, de 2019.

De acordo com Winck e Strey “quando um homem agride física ou psicologicamente a uma mulher, o faz também porque sua autoimposição é permitida culturalmente, em uma postura socialmente reificada e naturalizada” (2008, p. 116). Por isso, a recuperação e reeducação do agressor, por programas específicos com essa finalidade é essencial ao combate preventivo à violência doméstica, bem como sua inclusão em grupos de apoios que trabalhem a questão de gênero, “no sentido de também nele se investir em novas subjetividades, consoantes com práticas propiciadoras de relações igualitárias com o sexo feminino (BIANCHINI, 2014, p. 18).

Tal questão é tão importante que o legislador fez constar, expressamente, na Lei Maria da Penha, ao alterar o artigo 22 da Lei 11.340/2006, Lei n.º 13.984, de 2020. Apesar de ser considerada uma medida protetiva de urgência, está voltada tanto para a vítima e como para o agressor, que terá acompanhamento psicossocial por equipe multidisciplinar.

¹³ “EVA - Evidências sobre Violência e Alternativas para mulheres e meninas”. In.: Instituto Igarapé. Disponível em: <https://eva.igarape.org.br/>. Acesso em 24/05/2022.

De qualquer forma, a educação é um meio apto a romper o comportamento histórico discriminatório, próprio do patriarcalismo profundamente enraizado na sociedade brasileira, para quebrar o estereótipo da dominação masculina sobre a feminina, nas esferas pública e privada, pregando a superação do machismo estrutural, do sexismo e da misoginia, para a promoção da equidade de gênero e a afirmação dos direitos humanos de grupos vulneráveis, como as meninas, as mulheres e a população LGBTQ+.

CONCLUSÃO

As razões e os motivos para a violência de gênero estão presentes na história, na cultura e vida pessoal de muitas famílias brasileiras. Por vezes, situações de violência tem início ainda na infância, culminando em um ciclo complexo de perpetuação da violência doméstica. Dados do Conselho Nacional de Justiça afirmam que, até julho de 2022, foram oferecidas mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres, e, no mesmo período, foram contabilizadas mais de 128 mulheres mortas por feminicídio, número 20% maior que do ano anterior.

A luta feminina passa pela busca da coexistência harmônica entre os princípios da igualdade e do reconhecimento pela diferença, com a finalidade de implementar a máxima efetivação dos direitos humanos-fundamentais.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha, desde sua elaboração, criou diversos mecanismos repressivos e preventivos, além da previsão da estruturação de políticas públicas. A existência da lei permite assegurar medidas protetivas de urgência em favor das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, à assistência e acolhimento.

As políticas públicas preventivas devem ser incentivadas em conjunto com o trabalho integrativo e cooperativo entre Estado, entidades governamentais e não governamentais, agindo de modo a dar acesso à informação e conhecimento às vítimas de violências, considerando a sua condição de vulnerabilidade, com atenção também para a conscientização e reeducação dos agressores, além da sociedade de um modo geral, que precisa ser educada para a cultura da paz, com respeito às diferenças e as necessidades dos grupos sociais mais vulneráveis.

Políticas públicas adequadas e eficientes são meios aptos para concretização dos direitos fundamentais das mulheres, com ganhos para toda a sociedade, na medida que a justiça social é produto do diálogo, do respeito aos direitos dos outros e da construção de práticas solidárias que minimizem o ódio, os preconceitos e as discriminações, que atrasam o desenvolvimento e violam a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- BASTERD, Leila Linhas. **Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de *advocacy* feminista**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução: Sérgio Milliet. 2. ed. 2. v. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BIANCHINI, Alice. **Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 8º**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6., n. 3., 2019.
- CASTILHOS, Ela Wiecko de. **Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 9º**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DEL PRIORE, Mary. **Histórias e Conversas de Mulher**. 1.ed. São Paulo: Planeta, 2013.
- DIAS, Maria Berenice; REINHEIMER, Thiele Lopes. **Da violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos – artigo 6º**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FEIX, Virginia. **Das formas de violência contra a mulher – artigo 7º**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi: posso contar**. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.
- LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Das medidas protetivas de urgência - artigos 18 a 21. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso nº 12.051**. Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil, 4 de abril de 2001. Relatório n. 54/2001. Washington, DC: Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (2002). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 21 out. 2022.

SIMIONI, Fabiane; CRUZ, Rúbia Abs da. Da violência doméstica e familiar – artigo 5.º. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba, Juruá, 2007.

STJ NOTÍCIAS. Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma. **STJ Notícias**, 6 abr. 202, 8:30. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 24 jun. 2022.

TELES, Maria A. de Almeida; MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 2017.

WINCK, Gustavo Espíndola; STREY, Marlene Neves. A voz mais alta, mas na hora certa: a naturalização da violência de gênero enquanto recurso legitimado ao homem. **Revista Ártemis**, n. 9., 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/11815>. Acesso em: 24 mai. 2022.

AUTORES

ACCÁCIO CAMBI
ADRIANE GARCEL
ADRIANO VOTTRI BELLÉ
AGENOR DE LIMA BENTO
ALBERTO LUIZ HANEMANN BASTOS
ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL
ALETHEIA CRISTINA BIANCOLINI D'AMBROSIO
ALEXANDRE BLANK
ALEXANDRE JARSCHER DE OLIVEIRA
ALEXANDRE NASSER DE MELO
ANA CARLA KARMATIUK MATOS
ANA CRISTINA CREMONEZI
ANDERSON RICARDO FOGAÇA
ANDREA FABIANE GROTH BUSATO
ANDRÉ LUIZ PEREIRA SPINIELI
ANTONIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO
BERENICE MIRANDA BATISTA
BRUNO FREIRE MOURA
CARLA GRAIA CORREIA
CARLA NOURA TEIXEIRA
CIBELE FERNANDES DIAS
CLAYTON MARANHÃO
CLAYTON REIS
CLESTON AUGUSTO DE LIMA FRANCO
CLÁUDIO SMIRNE DINIZ
CRISTIANE SANTOS LEITE
CYNTHIA PELUZZO DE OLIVEIRA
DANIELA DAJANE DE SOUZA LEAL
DOUGLAS ALEXANDER PRADO
EDUARDO CAMBI
EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE
ELCIO DOMINGUES DA SILVA
FELIPE CAZUO AZUMA
FERNANDO GUSTAVO KNOERR
FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE
FLÁVIA JEANE FERRARI
FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA
FRANCISCO TAKMONY FERNANDES DANTAS
FREDSON BERNARDO DA SILVA
GESSUELYTON MENDES DE LIMA
GREGÓRIO MEHLER NADOLNY
GUSTAVO CALIXTO GUILHERME
GUSTAVO RABAY GUERRA
HELIO JOSÉ CAVALCANTI BARROS
HELOÍSA BAGATIN CARDOSO
HELOÍSA REGINA GAZZONI
HENRIQUE KURSCHIEDT
HERON FERREIRA DA SILVA
HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ
HUMBERTO LUCAS ALMEIDA
JENYFER MICHELE PINHEIRO LEAL
JORGE HECTOR MORELLA JUNIOR
JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR
JOSÉ IVAN VERAS DO NASCIMENTO
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
JOSÉ SEBASTIÃO FAGUNDES CUNHA
JOÃO VICTOR NARDO ANDREASSA
JULIANA DE CARVALHO FONTES
JULIANA LETICIA SUTTLI CARNIEL
JULIANO JARONSKI
JULSON ARANTES
JÚLIA DE OLIVEIRA MARIANO
KAREN PAIVA HIPPERT
KLAUS ALMEIDA STRUECKER
LEONARDO RA
PHEL CARVALHO DE MATOS
LIÉGE NOVAES MARQUES NOGUEIRA
LUCCA GROTH BUSATO
LUCIANA DE ABOIM MACHADO
LUIZA ANDREZA CAMARGO DE ALMEIDA
LUIZ ANTONIO FERREIRA
LUIZ EDUARDO GUNTHER
LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM
MAIARA PRESTES
MARCIANITA LOPATA DE LIMA
MARIELE ZANCO LAISMANN
MATEUS SIMIONI DE BITTENCOURT
MICHELLE APARECIDA GANHO ALMEIDA
MIGUEL KFOURI NETO
PATRÍCIA PRÉCOMA PELLANDA
PAULO CESAR DE LARA
PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS
PEDRO TRICHES NETO
POLIANA MARIA CREMASCO FAGUNDES CUNHA
PRISCILLA GARBELINI JARONSKI
PÂMELA ADRIÉLLE PERTILE DOS PASSOS
PÂMELLA CUNHA LIMA
RACHEL LOPES QUEIROZ CHACUR
RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA
RICARDO RAPOSO XAVIER LEITE
ROBERTO PORTUGAL BACELLAR
ROGÉRIA FAGUNDES DOTTI
SANDRO GORSKI SILVA
SILVANA APARECIDA PLASTINA CARDOSO
TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO
VALMIR CÉSAR POZZETTI
VINICYUS RODOLFO WIGGERS
ZULMAR FACHIN