

EDIÇÃO 10 FEV/2022 - MAR/2022
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

Editor-Chefe

José Laurindo de Souza Netto

Conselho Editorial

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octavio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito em 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Revisão

Gustavo Calixto Guilherme

Letícia de Andrade Porto

Editoração e Layout

Lucas Ashikaga Bernini

Luiz Fernando Patitucci

Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, e. 10. v.1, n. 10, Curitiba, fev-2022/mar-2022.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

EDITORIAL

A interpretação do ordenamento jurídico é uma eterna construção e reconstrução de sentidos. Há muito se superou a ideia de que interpretar é apenas declarar a vontade ou o sentido da lei ou do legislador. Mas, Agostinho Ramalho Marques Neto diz, com acerto, que essa construção não é da “razão pura, evidentemente, mas da razão combinada com a experiência, da razão que participa ativamente da experiência e lhe acrescenta elementos teóricos, conceituais” (Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 12). O direito resultará de um complexo processo de conjugação de interpretações das disposições normativas, de interpretações dos fatos e dos valores sociais.

Nesse contexto, as construções de sentidos do direito reclamam a participação de vários atores e setores sociais e o papel da doutrina aqui é fundamental. Não há mais espaço para dizer que o direito é o que “decide”, em última instância, o Poder Judiciário. Até porque muitas questões, hoje, sequer chegam a ser dirimidas por esse, como ocorre, por exemplo, em casos julgados em arbitragem ou mesmo em processos administrativos não levados àquele.

Mas, a doutrina passou por um incrível processo de democratização nos últimos anos. Anteriormente, somente poucos estudiosos tinham a oportunidade de publicar suas opiniões em algumas poucas revistas. A Doutrina era feita por poucos. Hoje, ao contrário, a crescente oferta de editoras, revistas e a facilidade de realizar publicações online, possibilitou uma nova doutrina jurídica, mais aberta, mais plural.

Nesse contexto, sobressai o relevante papel da Revista Galha Azul, um importante periódico da EJUD/PR. Sua contribuição para a revitalização das discussões jurídicas é inegável, com temas atuais e relevantes e a participação de respeitados e reconhecidos professores, advogados e magistrados.

Parabéns a todos os autores, à Escola Judicial e ao Tribunal de Justiça, na pessoa de seu presidente, Des. José Laurindo de Souza Netto - aliás um dos autores presentes nesta edição - por mais essa importante contribuição doutrinária para o mundo do direito.

Octavio Campos Fischer¹

Membro do Conselho Editorial da Revista Galha Azul

¹ Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do UniBrasil Centro Universitário. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR.

SUMÁRIO

EDITORIAL	3
Desembargador Octavio Campos Fischer	
ARTIGOS CIENTÍFICOS	
ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL NA ALIENAÇÃO JUDICIAL DE VEÍCULOS: UMA QUESTÃO DE CIDADANIA	6
Hélcio Kronberg, Priscila Luciene Santos de Lima	
JÚRI E VIDEOCONFERÊNCIA: A EXPERIÊNCIA EM VARAS DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DE CURITIBA	14
Thiago Flôres Carvalho	
“CONVENCIONALIZAÇÃO” DO PROCESSO PENAL: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	23
Adriane Garcel, Anderson Ricardo Fogaça, José Laurindo de Souza Netto, Letícia de Andrade Porto	
O DIREITO CONSTITUCIONAL AO DESENVOLVIMENTO SOB AS LENTES DO HUMANISMO INTEGRAL	35
Luciana de Aboim Machado, Bruno Freire Moura, José Ricardo de Santana Filho	
UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS REQUISITOS QUE LEGITIMAM A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA	47
Guilherme Salvador Banzato Facco, Raissa de Cavassin Milanezi	
A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA DO ICMS E O CÁLCULO DA MVA NAS OPERAÇÕES DE VENDA DIRETA NO ESTADO DO PARANÁ	55
José Sebastião Fagundes Cunha, Osmar Gomes Junior	
OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E O DIREITO DO CONSUMIDOR	62
Fábio Gabriel Lascoski Ferraz, Recieri De Tarso Zenardi, Sayonara Aparecida Saukoski	
RESENHA DE OBRA	
<i>EL REALISMO JURÍDICO REDEFINIDO</i>, DE RICCARDO GUASTINI: RESUMO E COMENTÁRIOS CRÍTICOS	72
Thomé Sabbag Neto	
TEXTO DE OPINIÃO	
PIRATARIA: 173 MIL POSTOS DE TRABALHO POR ANO DEIXAM DE SER CRIADOS	82
Irini Tsouroutsoglou	
RELATO DE EXPERIÊNCIA	
DEIXA EU DIZER QUE TE AMO	84
Viviane Duarte Couto de Cristo	

ARTIGOS

ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL NA ALIENAÇÃO JUDICIAL DE VEÍCULOS: UMA QUESTÃO DE CIDADANIA

PROCEDURAL ADEQUACY IN THE JUDICIAL ALIENATION OF VEHICLES: A MATTER OF CITIZENSHIP

Hélcio Kronberg¹, Priscila Luciene Santos de Lima²

O objetivo principal deste estudo foi identificar a importância das ações ambientais do leiloeiro em prol da cidadania, através do Leilão Verde. A metodologia aplicada foi a revisão bibliográfica e pesquisa documental. A pesquisa evidenciou que a quantidade de veículos apreendidos em pátios de delegacias e quartéis das Polícias Civil e Militar são um problema recorrente ao meio ambiente e à saúde. Os espaços, que deveriam ser usados exclusivamente como estacionamento, acabam se tornando grandes depósitos de automóveis em decomposição, o que leva à proliferação de doenças, como a dengue, além de se tornarem espaços para roedores e serpentes, o que gera um grave problema ambiental. Propõe-se a realização de leilões, chamados Leilões Verdes, de todos esses veículos e sucatas armazenados nos pátios, com a intenção de reduzir os custos de armazenagem do Estado, eliminar focos de doenças e sobretudo interromper o dano ao meio ambiente por agressão ao solo pela ferrugem e vazamento de fluidos, como óleo e combustíveis. A ação também gera vantagens para a economia local, com a reciclagem de plásticos e materiais ferrosos, pois raramente esses veículos estão em condição de retorno à circulação, mas podem servir para a reciclagem de plásticos e outros materiais. Esses leilões não geram praticamente nenhum lucro financeiro, mas o interesse da ação é manter a cidade limpa e ajudar o Estado.

Palavras-Chave: Ação Ambiental; Alienação; Veículos e Sucatas; Leilões verdes; Cidadania.

The main objective of this study was to identify the importance of the auctioneer's environmental actions in favor of citizenship, through the Green Auction. The methodology applied was the literature review and documental research. The research showed that the number of vehicles seized in the courtyards of police stations and barracks of the Civil and Military Police is a recurring problem for the environment and health. The spaces, which should be used exclusively as parking, end up becoming large warehouses for decomposing cars, which leads to the proliferation of diseases, such as dengue, in addition to becoming spaces for rodents and snakes, which generates a serious environmental problem. It is proposed to carry out auctions, called Green Auctions, of all these vehicles and scraps stored in the yards, with the intention of reducing the State's storage costs, eliminating outbreaks of diseases and, above all, stopping the damage to the environment by aggression to the ground by rust and leakage of fluids such as oil and fuels. The action also generates advantages for the local economy, with the

¹ Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Possui graduação em Administração pela Fundação Getúlio Vargas - SP (1988), graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (2004), Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003) e Mestrado em Administração pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). E-MAIL: helciokronberg@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9738-894X> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/918639655963172>.

² Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE). Ex- Bolsista do Instituto Presbiteriano Mackenzie na Modalidade Isenção Integral de Mensalidades e Taxas, pela classificação entre os 4 primeiros lugares no processo seletivo da Instituição. Aprovada em 14º Lugar no Processo Seletivo de Doutorado em Direito Internacional pela Universidade de Coimbra- Portugal (UC). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Professora de Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Presencial e EAD. Integrante do Banco de Avaliadores (BASIS) do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes), pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira INEP / MEC. E-MAIL: pritysantoslima@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0798-2866> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7325012453913306>.

recycling of plastics and ferrous materials, as these vehicles are rarely in a condition to return to circulation, but they can be used for the recycling of plastics and other materials. These auctions generate practically no financial profit, but the interest of the action is to keep the city clean and help the State.

Keywords: Environmental Action; Alienation; Vehicles and Scrap Metal; Green Auctions; Citizenship.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa identificar a importância das ações ambientais do leiloeiro em prol da saúde pública, através do Leilão Verde.

Essa pesquisa evidenciou que a quantidade de veículos apreendidos em pátios de delegacias e quartéis das Polícias Civil e Militar são um problema recorrente ao meio ambiente e à saúde. Os espaços, que deveriam ser usados exclusivamente como estacionamento, acabam se tornando grandes depósitos de automóveis em decomposição, o que leva à proliferação de doenças, como a dengue, além de se tornarem espaços para roedores e serpentes, o que gera um grave problema ambiental.

Propõe-se a realização de leilões, chamados Leilões Verdes, de todos esses veículos e sucatas armazenados nos pátios, com a intenção de reduzir os custos de armazenagem do Estado, eliminar focos de doenças e sobretudo interromper o dano ao meio ambiente por agressão ao solo pela ferrugem e vazamento de fluidos, como óleo e combustíveis. A ação também gera vantagens para a economia local, com a reciclagem de plásticos e materiais ferrosos, pois raramente esses veículos estão em condição de retorno à circulação, mas podem servir para a reciclagem de plásticos e outros materiais. Esses leilões não geram praticamente nenhum lucro financeiro, mas o interesse da ação é manter a cidade limpa e ajudar o Estado.

Para o desenvolvimento deste trabalho foi utilizado o método de pesquisa dedutivo, efetuando-se uma abordagem descritiva, com a aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica. Nestes termos, consciente de que a complexidade do assunto não permite o seu esgotamento, promove-se uma breve abordagem, a fim de possibilitar discussões futuras.

1 LEILÕES VERDES E SUA EFETIVIDADE

A principal inovação consiste na metodologia de trabalho criada pelo leiloeiro, que atuou de forma proativa no desenvolvimento de uma atividade inovadora e criativa que possibilitou a adequação e adaptação do procedimento de alienação judicial.

Com resultados comprovados e experiências bem-sucedidas em várias comarcas do Estado do Paraná, a exemplo dos trabalhos realizados na cidade de Cascavel e Campo Largo, a prática promoveu a roteirização do procedimento de alienação de bens não reclamados ou perdidos em favor da União, possibilitando que seja replicado em todas as comarcas do país. Inclusive, podendo servir, para proposição ao Conselho Nacional de Justiça, na edição de uma Resolução.

Trata-se de inovação, também, adaptar para a alienação judicial os procedimentos de notificação

utilizados naquelas extrajudiciais esculpadas no artigo 328 do Código de Trânsito Brasileiro. Da mesma forma, inova-se ao transferir para o expert nomeado atribuições não apenas para realizar as notificações, mas também para requerimentos de baixa e desvinculo de débitos perante os órgãos competentes, a fim de que os bens sejam entregues aos arrematantes livres de ônus e débitos.

No entanto, compreende-se como a maior inovação abarcada pela prática as determinações judiciais para realização dos referidos procedimentos (notificações e requerimento de baixa e desvinculo de débitos) se darem através de um juízo único, acarretando, assim, na desburocratização, celeridade e eficiência do procedimento, que é normalmente caótico em razão de outras penhoras, arrestos, sequestros, mesmo nos bens oriundos de confisco.

É sabido que a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná gasta mais de 5 milhões de reais por mês para locação dos 33 (trinta e três) pátios para acautelar cerca de 30.000 (trinta mil) veículos.

A armazenagem inadequada e destinação imprevisível procedente das unidades policiais, acarreta no acúmulo excessivo de veículos apreendidos nos pátios do Estados, muitas vezes, necessitando-se recorrer ao empilhamento dos bens.

Deflui-se, portanto, tratar-se de um problema do Poder Judiciário, em especial do Tribunal de Justiça, que acaba por onerar a Secretaria de Segurança Pública, que por sua ventura onera o Estado do Paraná e, conseqüentemente, o contribuinte. Ou seja, há um grande dispêndio do dinheiro público e nenhuma iniciativa de mudança da situação, que já se arrasta há anos e, quanto mais o tempo passa, maior a desvalorização dos bens.

Ainda, há que se considerar o agravamento dos riscos ambientais, sanitários, da poluição urbanística, uma questão de saúde pública, essa última quase desconsiderada. Isto pois, configura fato notório que a permanência de automóveis em número excessivo e em más condições de conservação gera a deterioração dos bens e, conseqüentemente, danos ao meio ambiente.

Isso ocorre, pois muitos dos componentes dos veículos contêm produtos tóxicos, como, por exemplo, ácidos das baterias, óleos, líquido de arrefecimento, combustíveis, além de outros materiais que, ao decorrer do tempo sem a devida manutenção, seguramente contaminam o meio ambiente.

Além disso, vale lembrar que muitos automóveis e motocicletas acabam permitindo o acúmulo de água parada, aumentando o risco de proliferação de mosquitos da dengue, doença que há muitos anos assola o Estado do Paraná, além da proliferação de outros animais, em sua maioria roedores e ofídios, desequilibrando o ecossistema.

Com base nesse cenário, ocorreu a constatação lógica de que, se os valores monetários

representados por esses bens pudessem ser convertidos em recursos financeiros, serviriam como fonte de financiamento, se tornando uma grande oportunidade para implementação de políticas públicas, tendo em vista que a escassez de recursos nesse âmbito é uma constante e, com isso, permitindo a formação de um país mais justo e solidário.

A de se acrescentar ainda, que a criminalidade, ocasionada pela falta de opções de empregabilidade, inclusive por impossibilidade de acesso aos meios formais de educação, também pode ser beneficiada, haja vista que o gestor dos recursos obtidos (no caso o Tribunal de Justiça do Estado ou a Secretaria da Segurança Pública) poderá utilizá-los no fornecimento de cursos profissionalizantes. Por exemplo, curso de mecânica automotiva para inserção social da população que poderia utilizar-se das partes e peças de veículos disponibilizados nos leilões públicos, muitas vezes vendidos por preços acessíveis.

Importante apontar que outros equipamentos também podem ser vendidos e convertidos em valores monetários, como caixas de som, equipamentos procedentes da apreensão de termos circunstanciados do Juizado Especial Criminal, ou em contravenções de perturbações ao sossego, inclusive bens defraudados (desde que a destruição se dê na frente da autoridade pelo arrematante), como por exemplo máquinas de caça níquel, que podem ser transformadas em fardos metálicos, por processo de prensagem ou trituração e vendida pelo valor do quilograma do material ferroso.

Nessa linha, a prática contribui plenamente para o aperfeiçoamento da justiça, desburocratizando o procedimento de alienação de bens, provendo a eficiência e celeridade na prestação jurisdicional, além de reverter os valores obtidos em leilão em prol da sociedade.

Dessa forma, a prática também se mostra adequada como instrumento para cessar danos causados ao meio ambiente e à saúde pública, possibilitando a destinação ambientalmente adequada, promovendo retorno aos cofres públicos, aquecendo a economia, auxiliando a administração pública, e, sobretudo, desenvolvendo uma cultura com base em valores de igualdade e respeito, que permitam construir as bases para uma real mudança civilizatória, que implica no consequente desenvolvimento sustentável e na justiça inclusiva.

Indiscutivelmente a prática promove a defesa da igualdade e da diversidade. Isto pois, de uma forma simples, eficiente e desburocratizada, o procedimento judicial de alienação de bens permite a transformação de "lixo em ouro".

Evidente que o acúmulo de bens à espera de destinação traz malefícios sociais. Mesmo quando recolhidos para fins periciais, se não conservados adequadamente serão objetos inconclusivos quando da realização de nova perícia, provocando a lotação dos

pátios públicos e reforçando a cultura desenfreada do "só entra e nada sai".

A expropriação do bem do acusado, seja por recolhimento e decretação de perdimento a favor da União pela previsão na Lei de Drogas, seja por ser objeto, instrumento ou fruto de crime, deve ser a menos onerosa.

Dessa forma, a alienação antecipada conservará o valor monetário sem que haja a depreciação pela morosidade das decisões judiciais, que costuma privilegiar a ampla defesa e o contraditório, mas nem por isso deve justificar o dispêndio dos cofres públicos na manutenção de veículos em estado de decomposição. Ademais, a alienação desses bens possibilita a geração de riqueza e retorno à economia, o que não é possível com seu armazenamento, geralmente inadequado.

Até mesmo o material ferroso alienado, destinado à reciclagem siderúrgica, reinsere uma enorme quantidade de insumos para produção de materiais para construção civil, que recentemente tiveram uma alta generalizada de preços por falta de matéria-prima.

Da mesma forma, os veículos alienados na condição de sucata aproveitável propiciam aos adquirentes a venda de partes e peças, sendo legitimamente inclusivo, amparando-se no conceito de diversidade e igualdade na medida em que proporciona o acesso dos comerciantes a produtos ofertados a custos muito baixos e que, através da força de trabalho, conseguem agregar valor.

Ainda, em última análise, é notório o crescimento das taxas de desemprego durante a pandemia do COVID-19, portanto, a possibilidade de inclusão dessa população com problemas de empregabilidade é capaz de trazer renda, que por sua vez aquece sobremaneira a economia. Com isso, verifica-se que a prática fortalece os mecanismos institucionais para a construção de políticas de desenvolvimento igualitárias, inclusive incorporando ações voltadas à inclusão social com o intuito de aniquilar a pobreza, a marginalização e as disparidades econômicas.

2 ESTRUTURAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO

A busca de recursos e os esforços para implementação da prática iniciaram-se no ano de 2019, mas a primeira nomeação judicial do Leiloeiro Público ocorreu apenas em janeiro de 2020.

A iniciativa partiu do Conselho Comunitário de Segurança da cidade de Campo Largo que objetivava a retirada dos veículos das vias públicas e do entorno da Delegacia de Polícia e Fórum de Justiça, alguns recolhidos há mais de 15 anos, buscando, para isso, auxílio do leiloeiro em 2019.

Com o agendamento de reuniões com membros do Ministério Público, Magistrados, Secretário de Segurança Pública, Delegado de Infraestrutura, Delegado Divisional da Capital, Comandante Geral da Polícia Militar e pessoas da sociedade civil, foi possível estabelecer em 2020 o protocolo que envolveu a retirada dos bens das ruas. Promovendo, também o acondicionamento dos veículos na condição de sucata nos pátios do leiloeiro, inclusive desonerando o depositário público de tal atribuição.

Dessa forma, a implementação se deu, inicialmente, por meio de visitas, percorrendo diversas Delegacias de Polícia, em cidades como Fazenda Rio Grande, Araucária, Almirante Tamandaré, Campo Largo, Pinhais, São José dos Pinhais, Quatro Barras, Campina Grande do Sul, Rio Branco do Sul, Cerro Azul, Bocaíuva do Sul, Colombo, Contenda, Piraquara e Curitiba. E em cidades no interior do Estado do Paraná como Cascavel, Londrina, Maringá, Faxinal, Guaraniaçu, Cambará, Entre Rios, Palmas, entre outras, apurando e constatando a situação de acúmulo de veículos e outros bens.

Assim, dada a existência de milhares de veículos e outros utensílios expostos a deterioração e servindo como vetores de doenças, comprovou-se a necessidade de implementar medidas urgentes em prol da saúde pública.

Então, o leiloeiro entrou em contato marcando reuniões, em sua maioria virtuais, com Delegados, Magistrados, Promotores e demais autoridades, buscando estabelecer um diálogo interinstitucional, com a finalidade de alinhar diretrizes conjuntas que visassem a celeridade dos procedimentos de alienação dos bens, sejam eles vinculados ou não a processos judiciais, visando tanto a liberação do espaço físico quanto a garantia da preservação de valores e evitando a sua deterioração por meio de leilões judiciais, sugerindo a forma de condução dos trabalhos.

Nesse passo, apresentada a proposta de trabalho, depende-se da nomeação judicial para realizar a classificação, avaliação e alienação dos bens. A partir da nomeação do leiloeiro, a equipe realiza a vistoria in loco, utilizando-se de conhecimento técnico para verificar possíveis adulterações nos sinais identificadores dos veículos e suas condições de circulação.

Tendo em mãos as informações colhidas, elaboram-se uma planilha de avaliação, diligenciam-se em busca dos dados originais dos veículos e os classificam em 4 categorias, conforme prevê o Código de Trânsito Brasileiro e a Resolução 623 do CONTRAN, as quais sejam a) quando apresenta condições de segurança para trafegar; e b) sucata, quando não está apto a trafegar.

Os veículos classificados como sucata dividem-se em: I - sucatas aproveitáveis: aquelas cujas peças poderão ser reaproveitadas em outro veículo, com inutilização de placas e chassi em que conste o

Número de Identificação do Veículo; II - sucatas inservíveis: aquelas transformadas em fardos metálicos, por processo de prensagem ou trituração; III - sucatas aproveitáveis com motor inservível: aquelas cujas peças poderão ser reaproveitadas em outro veículo, com exceção da parte do motor que conste sua numeração, devendo ser inutilizadas as placas e chassi em que conste o Número de Identificação do Veículo.

Na sequência, confeccionam-se laudos individualizados, consultam-se o sistema DETRAN/DENATRAN para verificação de possíveis bloqueios e restrições que recaiam sobre os bens, assim como, o extrato dos débitos provenientes do veículo.

Finalmente, submetem-se os resultados à apreciação do juízo para, por fim, promover a alienação e entrega dos bens aos arrematantes, com as cautelas devidas de intimações quanto a realização do leilão, realizado de forma transparente e eletrônica. Por último, visando entregar o bem livre e desembaraçado de quaisquer ônus ao arrematante, auxilia-se em todo processo de desvinculo ou baixa de débitos.

3 A PRÁTICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A prática proporciona o engajamento da sociedade civil organizada, das autoridades policiais, judiciárias, magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos e depositários, avaliadores e leiloeiro.

O empenho dos envolvidos não se demonstrou utópico, ocorreu de fato e é o principal fator de sucesso.

Há de se perceber que esse comprometimento com a adequação procedimental gera efeitos práticos e imediatos em prol do bem-estar da coletividade, da saúde pública, além de prevenir e cessar os danos ambientais que vêm ocorrendo ao longo dos anos.

Nessa linha, o sucesso também se deve a viabilização de que recursos financeiros arrecadados por meio da alienação de veículos depositados em delegacias e pátios da polícia judiciária e ostensiva, e até mesmo pela alienação de outros tipos de bens acautelados em cartórios policiais, possam ser aplicados na formulação e implementação de projetos, políticas públicas e outras ações voltadas ao respeito à diversidade, que visem promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionando o acesso à justiça para todos e construindo instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Ao visitar os pátios das delegacias do Estado, a primeira dificuldade encontrada são as péssimas condições de acautelamento dos bens. Há um grande número de veículos empilhados, prática que se mostra extremamente perigosa, pois pode resultar em quedas, podendo ferir indivíduos.

Ademais, os veículos encontram-se sujeitos às intempéries da natureza, servindo de lar para os mais diversos tipos de pragas urbanas e muitas vezes cobertos pela vegetação, impossibilitando, assim, a perfeita identificação dos bens. Além disso, a dificuldade de identificação também é reforçada em razão de que, em geral, os veículos estão incendiados, destruídos, possuem placas clonadas, numeração de chassis adulteradas, corroídas e "pinadas", tendo, por vezes, acarretado em equívoco de classificação e alienação, eis que pareciam estar conservados, aptos à circulação, mas, na verdade, tratavam-se de sucatas.

Nesse sentido, tendo em vista a dificuldade de identificação, a verificação de vinculação do bem a procedimento de inquérito policial ou processo criminal também é prejudicada.

Logo, alguns magistrados compreendem serem incompetentes para dar a destinação final aos bens, motivo pelo qual, sugeriu-se ao Ministério Público e até a algumas ONGs da causa ambiental, que recorressem ao Poder Judiciário por meio de Ação Civil Pública, visando recorrer ao juízo cível, vez que o juízo criminal não pôde resolver (como ocorrido em Palmas e Campo Largo referente aos veículos sem vinculação criminal).

Também, sugeriu-se a instauração de inquérito policial que apurasse os danos causados ao meio ambiente, com fundamento na Lei nº 9.605/1998, assim, haveria a vinculação processual que possibilitaria a alienação pelo juízo criminal. O Ministério Público, entretanto, não concordou com a alienação através da vinculação dos veículos por meio de inquérito policial por danos ao meio ambiente porque entendeu que não existia legitimidade *ad causam* para tanto, então determinou o arquivamento do inquérito policial. Sendo assim, os veículos continuaram sem vinculação e não puderam ser alienados.

Ainda nessa perspectiva, encontra-se resistência dos magistrados em determinar a alienação de veículos que não possuem o trânsito em julgado de sentença condenatória, ou mesmo quando se tem o trânsito em julgado, mas o vínculo entre o processo penal e o bem se perdeu.

Conseqüentemente, os veículos acabam se acumulando nos pátios do Estado pois ninguém mais sabe qual a motivo de ali estarem.

Certamente muitos proprietários foram localizados e intimados a retirar seus bens, mas, possivelmente, desistiram em razão do estado de conservação. Porém, não há registros dessa informação, restando o bem atrelado à restrição de furto ou roubo, deixando de ser alienado.

Em seguida, há dificuldade na demonstração das reais condições dos veículos aos servidores do judiciário, pois muitas vezes, estão aparentemente em bom estado, mas na verdade possuem adulteração da numeração de chassi, devendo, portanto, serem

classificados como sucata inservível e serem destinados, obrigatoriamente, a reciclagem siderúrgica.

Contudo, tendo em vista que os servidores do judiciário não acompanham a vistoria dos bens *in loco*, apenas por meio de fotos, frequentemente a classificação e avaliação é contestada, como foi o caso ocorrido na comarca de Guaraniaçu. Ou ainda, por exemplo, o caso ocorrido na comarca de Cambará, na qual o magistrado contestou os valores de avaliação dos bens, acreditando estarem muito baixos e confundindo com a avaliação realizada em veículos de apreensão de trânsito.

Quando se consegue a ordem judicial para alienação e, finalmente, se dá destinação aos veículos, encontra-se como dificuldade a falta de colaboração dos órgãos de trânsito para realizarem a baixa dos registros veiculares no sistema DETRAN/DENATRAN para os bens alienados na condição de sucatas inservíveis, sobretudo de penhoras e bloqueios judiciais, alguns sob o manto de segredo de justiça.

De igual modo há falta de colaboração dos órgãos competentes pelo desvinculo dos débitos, restrições e gravames anteriores a arrematação dos bens, como a Secretaria de Fazenda do Estado. Por seu turno, há, ainda, resistência dos delegados de polícia que não autorizam a entrega dos veículos impossibilitados de perfeita identificação, mesmo após sua alienação ter se dado por determinação judicial. Foi o que ocorreu na comarca de Cascavel, na qual haviam muitos veículos completamente incendiados.

Outrossim, a prática é dificultada quando magistrados preferem que a nomeação do leiloeiro se dê de forma independente, em processo criminal de apreensão originário apensado a pedido incidental para alienação de bens.

Nessa hipótese, assiste razão ao juízo naqueles bens cuja alienação se dá de forma individualizada, como é o caso dos veículos para circulação, chamados conservados. Entretanto, quanto aos veículos classificados e avaliados na condição de sucatas, o procedimento de venda deverá, preferencialmente, se dar em procedimento de alienação conjunta, tendo em vista a unicidade do lote de material ferroso, que é alienado pelo valor do quilograma.

Por sua vez, a prestação de contas poderá ser informada em cada processo, uma vez que diante do volume total alienado, aplicando-se a regra do peso proporcional se terá a perfeita demonstração do valor de alienação individual do bem. Vale lembrar que, dada a necessidade de retornar a mesma região diversas vezes, a distância nos deslocamentos para realizar as avaliações também se mostra uma dificuldade a ser enfrentada.

Por fim, a de se acrescentar que a execução da prática se iniciou de fato em tempos de pandemia da

COVID-19 e, além desse fator, importa ressaltar a constante preocupação para a célere alienação desses bens, visando diminuir o acúmulo de veículos e a propagação de outras epidemias, a exemplo da dengue, sempre pensando no resultado útil dos processos e no bem da coletividade (meio ambiente salutar e saúde pública).

A prática requer a utilização de equipamentos específicos à identificação da autenticidade dos sinais identificadores dos veículos, em especial em relação a numeração do chassi, como por exemplo, câmeras especiais.

Além disso, utiliza-se equipamentos fotográficos, computadores, celulares, retroescavadeiras e por vezes até guindastes, necessários ao deslocamento dos veículos, a fim de possibilitar sua perfeita identificação. Ademais, faz-se utilização dos sistemas do Tribunal de Justiça do Paraná e da Justiça Federal, como PROJUDI e E-PROC, além de consultas ao sistema DETRAN/DENATRAN.

Contudo, o único instrumento que se mostra indispensável é a boa vontade dos colaboradores.

CONCLUSÃO

No que se refere a responsabilidade socioambiental, note-se que é cada vez mais comum ouvirmos falar sobre sustentabilidade e a sua importância para a sociedade em prol da cidadania. Isso porque a sociedade já percebeu que nossas necessidades são infinitas e os recursos naturais são limitados. Por esse motivo, as organizações têm investido muito em ações e programas de responsabilidade socioambiental e de cidadania.

Esse tipo de investimento propõe uma nova maneira de trabalho. As atividades exercidas pelas empresas são revistas, buscando identificar os impactos que possam causar ao meio ambiente e como podem ser reduzidos ou, até mesmo, eliminados. E não é só o meio ambiente que sai ganhando. As organizações também se beneficiam com essa prática.

Há quem acredite que a responsabilidade da população consiste no cumprimento de leis e normas relacionadas à preservação do meio ambiente nas empresas. Não é bem assim. As organizações devem obedecer às exigências legais sim, mas a responsabilidade vai além disso.

Responsabilidade é um compromisso, uma mudança que deve acontecer nas políticas da corporação e na cultura das empresas, sejam elas públicas ou privadas, pensando na preservação do meio ambiente, na saúde pública e no mundo que será deixado para as gerações futuras. Portanto, é preciso que haja uma mudança de postura dos gestores organizacionais e na forma de executarem as tarefas que lhe são inerentes.

Nessa cultura, a organização precisa estabelecer um bom relacionamento com a comunidade e os órgãos governamentais relacionados ao meio ambiente. Também é fundamental definir práticas que demonstrem aos stakeholders o compromisso da companhia com a sustentabilidade. A questão ambiental e de saúde devem ser vistas como um dos valores do negócio.

Lembre-se de que uma política de responsabilidade socioambiental é um comprometimento da organização feito, antes de tudo, com a sociedade.

As organizações que investem em políticas sustentáveis mostram ao público que são éticas e responsáveis. Com isso, conquistam um grupo de consumidores que priorizam adquirir produtos de empresas com essa política, uma vez que também se preocupam com o meio ambiente e os aspectos sociais. São os chamados "consumidores verdes".

Além disso, a companhia melhora a sua imagem corporativa, principalmente se investir em ações que melhoram a qualidade de vida das comunidades locais, seja ambientalmente ou socialmente.

Desse modo, também os empregados da empresa são estimulados, pois existe certo prazer pessoal em trabalhar em uma organização que respeita o meio ambiente e a sociedade.

Antes de adentrarmos no tema central trazido aqui, Leilões Verdes – Veículos e sucata, precisamos ter a ciência de algumas definições.

O Leilão é um instituto jurídico de grande importância para o direito brasileiro, aplicando-se, por exemplo, às partes que "tenham ajuizado ação e que após longo litígio judicial buscou por todos os meios legais receber valores fruto de uma cobrança em um determinado caso concreto em face de uma pessoa (física ou jurídica)" (GUERRA, 2020. p. 42) a qual em "um determinado momento lhe causou prejuízos financeiros, não tendo alternativa senão buscar o ressarcimento de seu crédito em uma ação que resultou na ordem judicial da penhora, avaliação, nomeação do leiloeiro pelo Juízo e a venda do bem penhorado via Leilão Judicial" (GUERRA, 2020. p. 42) para apenas então haver a quitação do débito.

O leiloeiro nomeado pelo tribunal deve ser uma pessoa particular, inscrita no registro comercial da região em que exerce a atividade, a quem tenha sido confiada à função pública delegada pelo poder judiciário (RODRIGUES, 2000).

Nesse sentido, Kronberg (2004) elucida que:

É de se ter em mente que a profissão de leiloeiro é aquela que possui fé pública e tem sua regulamentação pelo Decreto Federal 21.981 de 19/10/1932, com alterações introduzidas pelo Decreto Lei 22.427, de 01/02/1933, sendo o único profissional legalmente habilitado para

tanto. Sua nomeação é realizada pela Junta Comercial, e sua área de atuação é somente no território daquele Estado da Federação para o qual foi nomeado (KRONBERG, 2004. p. 24).

No ordenamento jurídico, o leiloeiro é percebido como auxiliar do judiciário, principalmente na fase de execução e embora não exerça função pública, possui fé pública (KRONBERG, 2004. p. 36).

Assim, insta salientar que quando um determinado ilícito é cometido e neste íterim encontram-se bens móveis, tais propriedades são apreendidas pelo Estado. Como deve ser evitado que o depósito fique em poder do acusado, a responsabilidade pela manutenção e proteção do bem apreendido caberá ao ente estatal. Este último deve, portanto, administrar adequadamente esse objeto, pois se o réu for condenado ao final da ação o valor arrecadado no leilão não será reduzido significativamente devido à depreciação, o que beneficiará mais o Tesouro; e no caso de uma absolvição, os bens podem ser devolvidos em boas condições.

Essa responsabilidade é nova para o judiciário, que enfrenta inúmeras dificuldades para administrar tal massa de ativos. Atualmente, existem armazéns, delegacias e praças lotados, com condições inadequadas de armazenamento (SAADI, 2011).

Nesse sentido, o instituto de alienação antecipada é de grande importância, apesar de ainda pouco utilizado pelo Judiciário, pois preserva o valor dos bens protegidos, o que é benéfico para o Estado, já que em muitos casos ele será o destinatário do bem apreendido em caso de condenação (ou seu equivalente em dinheiro); bem como em benefício do réu, eis que em caso de absolvição, o valor do bem apreendido será recuperado, evitando sua depreciação, o que é prejudicial tanto para o Estado quanto para o investigado.

Portanto, ao observar tal temática acima apresentada, vê-se que a demora na destinação dos bens apreendidos a leilão acarreta na diminuição do valor do objeto, eis que estes ficam parados e acondicionados de forma precária nos pátios de algumas repartições públicas (tais como delegacias), acarretando prejuízo ao Estado, acabam se tornando grandes depósitos de automóveis em decomposição, o que leva à proliferação de doenças, como a dengue, além de se tornarem espaços para roedores e serpentes, o que gera um grave problema ambiental.

Desta forma, temos como proposta do presente estudo, a realização de leilões, chamados Leilões Verdes, de todos esses veículos e sucatas armazenados nos pátios, com a intenção de reduzir os custos de armazenagem do Estado, eliminar focos de doenças e sobretudo interromper o dano ao meio ambiente por agressão ao solo pela ferrugem e vazamento de fluidos, como óleo e combustíveis. A ação também gera vantagens para a economia local, com a

reciclagem de plásticos e materiais ferrosos, pois raramente esses veículos estão em condição de retorno à circulação, mas podem servir para a reciclagem de plásticos e outros materiais. Esses leilões não geram praticamente nenhum lucro financeiro, mas o interesse da ação é manter a cidade limpa e ajudar o Estado, e exercer a cidadania.

REFERÊNCIAS

AGRASC. Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisques. 2010. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/agrasc-12207/>. Acesso em: 09 jun 2021.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. A responsabilidade socioambiental e sua importância para os negócios - FIEMG, <https://www7.fiemg.com.br/noticias/detalhe/a-responsabilidade-socioambiental-e-sua-importancia-para-os-negocios>. Acesso em: 11 jun 2021.

FERNANDES, Valdir. A dimensão ambiental em organizações produtivas: uma análise da racionalidade da Economia de Comunhão (EdC). Tese de doutorado apresentada na UFSC, Programa de Pós-Graduação em Engenharia Ambiental. Santa Catarina, 2007.

GUERRA, Romulo Sérgio de Carvalho. A experiência do leilão eletrônico no Brasil: Reflexões possíveis frente ao novo coronavírus. In: Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. v. 6, n. 1. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/articloe/view/6444/pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

KRONBERG, Helcio. Manual do Leiloeiro Público. São Paulo: Hemus, 2004.

MARIN, S. R.; QUINTANA, A. M. Adam Smith e Francis Ysidro Edgeworth. Uma crítica do utilitarismo. Nova Economia, 2011.

MARTINS, Nuno Miguel Ornelas. Ética, economia e sustentabilidade. In: Revista Prima- Facie. 3. ed. 2009. Disponível em: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?>

SAADI, Ricardo Andrade. Os bens apreendidos e sequestrados em procedimentos penais e o financiamento de atividades educacionais nos presídios. 2011.193 f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2011. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2_013-/Ricardo_Andrade_Saadi.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

JÚRI E VIDEOCONFERÊNCIA: A EXPERIÊNCIA EM VARAS DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DE CURITIBA

JURY AND VIDEOCONFERENCE: THE EXPERIENCE IN CURITIBA'S EXCLUSIVE JURISDICTION

Thiago Flôres Carvalho¹

A videoconferência é instrumento previsto na legislação processual penal há mais de década. Entretanto, apenas com a pandemia do Covid-19 é que ganhou relevância prática, notadamente porque, literalmente, evitou a interrupção do serviço judicial. Apesar disso, notadamente no tribunal do júri, a desconfiança remanesce. Tal resistência, porém, é injustificada. A experiência demonstrou que, longe de inviabilizá-lo ou de prejudicá-lo, a ferramenta, antes, potencializa o exercício de direitos fundamentais. Traz, de outro lado, inegáveis ganhos sob a perspectiva de gestão judiciária e de economia aos cofres públicos. É isso o que aponta levantamento efetuado junto às varas privativas do tribunal do júri do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

Palavras-Chave: Tribunal do Júri; Videoconferência; Eficiência; Gestão Judiciária; Cultura de Inovação.

Videoconferencing has been an instrument provided in criminal procedural legislation for over a decade. However, it was only with the Covid-19 pandemic that it gained practical relevance, notably because it literally avoided the interruption of the judicial service. Despite this, notably in the jury trial, distrust remains. Such resistance, however, is unwarranted. Experience has shown that, far from making it unfeasible or harming it, the tool, rather, enhances the exercise of fundamental rights. On the other hand, it brings undeniable gains from the perspective of judicial management and economy to public coffers. This is what a survey carried out by Curitiba's Jury Courts points out.

Keywords: Jury court; Videoconference; Efficiency; Judicial Management; Innovation's Culture.

¹ Mestrando em Direito e Poder Judiciário na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor de prática processual penal na Escola da Magistratura do Estado do Paraná - EMAP. E-MAIL: thifloresc@gmail.com ORCID: 0000-0001-7113-9710 LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7435586204307516>.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 19/98 incluiu, expressamente, como norte da administração pública, o princípio da eficiência (art. 37, caput). Impôs ao administrador, conforme detalha a doutrina, atividade *exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional* (MEIRELLES, 2013, p. 90) ou, de maneira mais direta, fazer o mais com o menos. Alguns anos depois, mas ainda nessa linha, nova Emenda, a de nº 45/2004, exigiu que a duração do processo não destoe do razoável. Conquanto não tenha estipulado prazo certo, ordenou que fosse finalizado em lapso que, dentro do contexto em que inserido, seja minimamente aceitável. A tanto, garantiu o emprego de "*meios que garantam a celeridade*" (art. 5º, LXXVIII).

Esses comandos também são direcionados ao juiz, seja na atividade puramente jurisdicional, quer na atuação atípica de administrador. Embora fácil distinguir essas funções, o cotidiano das unidades judiciárias mostra que são conceitos que não sobrevivem separados. Do magistrado reconhecido como apto ao cargo não mais se busca apenas conhecimento apurado do direito e boa técnica decisória. A adequada gestão dos recursos, humanos e materiais, é condição para que os processos tenham vazão, não só sob o aspecto quantitativo, mas também qualitativo. Dito de outro modo, o juiz que não atua como verdadeiro gestor não resiste ao volume e à complexidade dos conflitos postos à jurisdição.

É nesse contexto que se exige cultura de inovação, voltada não só à adequação às demandas atuais, mas àquelas que podem surgir em razão da dinâmica das relações sociais. É, enfim, a mudança de paradigma, para um sistema gerencial, em abandono ao legal-burocrático, que, apesar das já antigas imposições constitucionais, ainda tem grande espaço no cotidiano do serviço judicial.

Acerca do tema, aponta a doutrina que:

(...) impõe-se esclarecer que o modelo legal-burocrático (ou legal-racional), de inspiração weberiana, foi o predominante na gestão pública do século XX, pelo menos até a adoção do modelo gerencial, o que, no Brasil, ocorreu nos últimos anos da década de 1990, com a introdução da eficiência como princípio da administração pública. O modelo legal-burocrático, cujos pilares ainda se encontram densamente entranhados do ponto de vista da cultura institucional na administração pública brasileira, implicava a divisão de trabalho (com a segregação de funções), o formalismo nas comunicações, a definição de rotinas e procedimentos, a estruturação de carreiras com base hierárquica e a impessoalidade, em substituição às práticas patrimonialistas e carismáticas de outrora (CLEMENTINO, 2021, p.39).

A adoção, pois, das ferramentas disponíveis, entre elas a videoconferência, é dever do magistrado, que não pode ser rejeitada por comodidade ou para atender a interesses ou a convicções pessoais das partes.

A videoconferência é instrumento que, além de previsto em lei, viabiliza ganhos de toda natureza. Essa circunstância a coloca como ferramenta indispensável à jurisdição, em especial no processo penal e, ainda mais, no tribunal do júri. É disso que tratará o presente trabalho, em abordagem que não se reserva só à teoria, mas à experiência recente em unidades com competência especializada em julgamento popular.

1 VIDEOCONFERÊNCIA E PROCESSO PENAL

Em função da pandemia do Covid-19, o Conselho Nacional de Justiça, em março de 2020, estabeleceu plantão extraordinário, com fechamento de fóruns e vedação a atos presenciais (Resolução nº 313/2020). Todo o Judiciário passou a atuar de forma digital, em especial com a realização de audiências à distância. Apesar da desconfiança inicial, a comunidade jurídica não demorou a perceber que o então forçado sistema aumentou a produtividade, dada a facilidade que propiciou. Nem mesmo o pessimismo daqueles que questionavam a qualidade e a segurança resistiu à realidade que se instalou.

Hoje, como prova do êxito, há a Resolução nº 345/2020 do CNJ, a prever o "Juízo 100% Digital", em que "*todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores*" (art. 1º, § 1º). Outras normativas também tratam do tema, a exemplo da Resolução nº 354/2020, que "*Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências*".

Não obstante essa exposição, que sugere o seu caráter inovador, supostamente fruto da pandemia, é fato que ao menos em relação à videoconferência não se pode falar em novidade. A legislação já a prevê, expressamente, como instrumento hábil à realização de atos processuais há mais de década.

Anota-se, antes de prosseguir, que não se desconhece o estipulado pelo art. 2º da Resolução nº 354/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Ali, diferenciam-se os conceitos de videoconferência e telepresencial, conforme se trate de comunicação entre unidades judiciais ou em ambiente externo a elas. Neste trabalho, contudo, o termo "videoconferência" será utilizado indistintamente, até porque a lei processual assim refere.

Fixada essa premissa, em março de 2004, o Decreto nº 5015 promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – a conhecida Convenção de Palermo. Lá se antevê a videoconferência nos art. 18, item 18, e 24, item 2, "b".

Além disso, desde 2009, o art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal a permite, embora se refira apenas à oitiva por carta precatória. O art. 217 do mesmo Código, desde 2008, também a autoriza para garantir que a presença do réu não cause inconveniente que possa prejudicar a verdade do depoimento da testemunha. O mecanismo está presente, igual e mais recentemente, de forma até mais irrestrita, no Código de Processo Civil de 2015 (art. 236, § 3º), dispositivo que pode ser utilizado no processo penal, por força de analogia (art. 3º).

No que se refere ao interrogatório, a oitiva à distância também já é autorizada pelo Código de Processo Penal desde 2009 (art. 185, § 2º), conquanto em amplitude inferior à desejada. É que ali foi estipulada como exceção, para prevenir risco à segurança pública ou de fuga, para viabilizar a participação de réu impossibilitado por doença ou outra circunstância pessoal ou para responder a gravíssima questão de ordem pública, além de meio para evitar influência do acusado no ânimo da testemunha.

Esclareça-se que a atual redação do art. 185, § 2º, do Código de Processo Penal antecedeu discussão travada no Supremo acerca da constitucionalidade de lei estadual a prever interrogatório por videoconferência. Por maioria, o Pleno reconheceu o descompasso formal com a Constituição Federal, por entender que somente a União poderia dispor sobre a matéria, e concedeu ordem em habeas corpus. Referiu-se, ali, à lei paulista nº 11.819 de 2005. Consta na ementa do julgado:

Habeas corpus. Processual penal e constitucional. Interrogatório do réu. Videoconferência. Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal. 1. A Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. 2. Habeas corpus concedido. (HC 90900, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00747).

Na ocasião, houve início de debate também quanto à adequação material do interrogatório por videoconferência àquilo que prevê a Constituição Federal. Basicamente, discutiu-se acerca da suposta violação ao devido processo legal e, assim, a direitos e a garantias. O tema, porém, não foi exaurido, uma vez que o reconhecimento da inconstitucionalidade formal era suficiente à concessão da ordem. De todo modo, convém citar voto da então relatora, Ministra Ellen Grace, que em outubro de 2008, quando prolatado,

explicitou reais motivos para afastar eventual alegação de ofensa à defesa do acusado:

Também não vislumbro inconstitucionalidade material na regra legal que possibilita o interrogatório por videoconferência, sendo que o procedimento instituído pela referida lei estadual preserva todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive a garantia da ampla defesa e, conseqüentemente, o devido processo legal.

A possibilidade de comunicação telefônica, em tempo real, e previamente à realização do ato do interrogatório, entre acusado e seu defensor, não limita ou exclui a necessária privacidade, tratando-se tão somente de nova forma de contato direto (não necessariamente no mesmo local) entre os sujeitos do processo. Diante de tal circunstância, não considero existir desvirtuamento da natureza jurídica do ato do interrogatório, que serve de meio de defesa instrumentalizado pela garantia do exercício pleno da autodefesa.

Não convence a alegação de que haveria afronta à garantia da ampla defesa a circunstância de o interrogatório encontrar-se acompanhado de agentes de segurança do estabelecimento prisional, eis que, em se tratando de réu preso, não se admite a ausência de qualquer vigilância por parte dos agentes públicos em relação ao interrogado (ainda que no interrogatório realizado na sala de audiências do fórum).

A alegação da indispensável presença física do juiz para aquilatar determinadas impressões pessoais acerca do interrogado, com efeito, também não merece acolhida. Além de não haver diminuição da possibilidade de se verificar as características relativas à personalidade, condição socioeconômica, estado psíquico do acusado, entre outras, por meio de videoconferência, é certo que há muito a jurisprudência admite o interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem, o que reflete a ideia da ausência de obrigatoriedade do contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado para realização de seu interrogatório.

Além disso, a regra do art. 185, do CPP, ao prever o comparecimento do acusado perante a autoridade judiciária, não exclui a possibilidade da realização do interrogatório por videoconferência, eis que a ideia subjacente à regra legal é do contato direto, ainda que por outro meio que não a presença física. E, atualmente, os recursos e instrumentos tecnológicos permitem que haja o contato direto (visual e sonoro) entre juiz e interrogado, ainda que distantes fisicamente.

Apesar da consistência jurídica, havia, na época, divergência no Tribunal. A bem da verdade, o projeto inicial da hoje Lei nº 11.900/2009, que alterou o Código com a atual redação do art. 185, § 2º, tinha por fim tornar regra a videoconferência para o interrogatório de réu preso, mais ou menos no molde da citada lei paulista. A proposta foi feita ainda em 2006 e, no ano seguinte, durante o processo legislativo, sofreu

mudança para a formatação atual. Naquela oportunidade, ficou claro que, ao menos aos olhos do Congresso Nacional, a emenda não se mostrou necessária por eventual contrariedade do Legislativo, mas, sim, com a possibilidade de que o próprio Judiciário não acolhesse a sua constitucionalidade sob o aspecto material. Foi essa a justificativa da modificação. Valeu-se a ressalva parlamentar de um julgado da 2ª Turma, que havia reformado decisão do Superior Tribunal de Justiça para afastar a higidez de interrogatório feito à distância, com base naquela lei estadual. No julgado, o Ministro relator, Cezar Peluso, sugeriu, de passagem, que, se houvesse lei federal, embora a tecnologia pudesse ser utilizada, haveria de ser excepcional e justificada. Constou na exposição de motivos do senador proponente:

Busco, portanto, apresentar projeto cuja redação compatibilize o entendimento do Supremo Tribunal Federal (revisando posição do Superior Tribunal de Justiça), com a inquestionável necessidade da introdução do moderno mecanismo de audiências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de presença virtual, em tempo real.

O Superior Tribunal de Justiça entendia que, não havendo prejuízos ao processo, o interrogatório poderia proceder por meio de videoconferência (...).

Posteriormente, em decisão de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 88.914-0, oriundo do Estado de São Paulo, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, decidiu por unanimidade que a realização de audiência criminal através de videoconferência é ilegal, por ausência de uma Lei Federal que regule a matéria, e que é inconstitucional em razão da ofensa ao devido processo legal e limitação do exercício da ampla defesa.

(...)
Em linhas gerais, a videoconferência pode ser uma exceção, uma possibilidade, não a regra. Parece-me mais adequado, que a regra geral seja a realização de interrogatório no estabelecimento prisional, com o deslocamento do magistrado. E que o interrogatório por meio de videoconferência seja efetivado apenas excepcionalmente. Para isso, é necessário, primeiro, que o uso da videoconferência esteja condicionado à existência de justificativa, devidamente fundamentada pelo Juiz, com vistas a garantir segurança pública, manutenção de ordem pública ou garantia da aplicação da lei penal e instrução criminal, e desde que sejam assegurados canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que permanecer no presídio e os advogados presentes nas salas de audiência dos fóruns, e entre estes e o preso.

Em outros dizeres, a despeito do debate acerca da constitucionalidade – que, na época, quando a comunicação digital não era tão natural, até poderia ter alguma razão de ser –, os benefícios práticos já custavam a ser questionados.

Ilustrativamente, em artigo intitulado *Teleinterrogatório não elimina nenhuma garantia processual*, Vladimir Aras, em setembro de 2004, elencava proveitos de atos à distância:

- I. Evita deslocamentos de réus, peritos, testemunhas e vítimas a grandes distâncias, com economia de tempo e recursos materiais;
- II. Evita o cancelamento de audiências em função de características particulares (pessoais e profissionais) das testemunhas, como enfermidades;
- III. Aumenta a segurança pública, diminuindo o risco de fugas e de resgate de presos perigosos;
- IV. Economiza recursos públicos hoje empregados na escolta e no transporte de presos;
- V. Permite que policiais civis, militares e federais e também agentes penitenciários atuem em outras missões de segurança pública e de investigação, sem perda de tempo útil em escoltas;
- VI. Acelera a tramitação dos feitos judiciais, eliminando cartas precatórias, cartas rogatórias e cartas de ordem;
- VII. Poupa o trabalho de juizes deprecados e rogados e de seus auxiliares;
- VIII. Facilita a obtenção de prova em tratados de cooperação internacional;
- IX. Propicia contato direto das partes e dos advogados com a prova que seria produzida por precatória, por rogatória ou por carta de ordem;
- X. Privilegia os princípios do juiz natural e do promotor natural e o princípio da imediação;
- XI. Aproxima o processo penal do princípio da identidade física do juiz, porquanto podem ser preservadas provas para memória futura a serem utilizadas pelo juiz processante, qualquer que seja ele;
- XII. Favorece o contato direto do réu (preso ou solto) com o seu juiz, em situações em que isto dificilmente ocorreria;
- XIII. Contribui para facilitar a tomada de depoimentos de vítimas de crimes violentos e de vítimas, testemunhas e réus colaboradores, impedindo o confronto destes com os acusados;
- XIV. Incrementa o princípio da publicidade geral, permitindo o acesso aos atos judiciais a qualquer do povo, pela Internet ou por outro sistema;
- XV. Otimiza o tempo de advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público;
- XVI. Evita prejuízos para a acusação e a defesa, no processo penal, quando da coleta de depoimentos por precatória, quando os atos são acompanhados por membros do Ministério Público designados e por defensores ad hoc, que pouco sabem sobre detalhes do feito e as estratégias e teses do caso concreto;
- XVII. Poupa recursos de réus, evitando gastos com diárias e viagens de seus defensores.

As ponderações do voto da Ministra Ellen Gracie e as do articulista, apesar de muito óbvias, precisaram de anos e, em especial, de uma grave crise sanitária para que se mostrassem e fossem compreendidas evidentes – ou menos questionáveis. É traço que revela, entre outros, conservadorismo e atraso avessos a um serviço público ágil e eficiente.

No ponto, ademais, não se perde de vista que as necessidades do Judiciário caminham em velocidade superior ao ritmo das alterações legislativas e, ainda assim, em passos curtos se comparadas à dinâmica das inovações tecnológicas. Ainda, a despeito do argumento de que a forma, no processo penal, é garantia contra abuso, também é certo que não há nulidade sem demonstração concreta de prejuízo (art. 563). Por isso, mesmo que não houvesse autorização explícita e irrestrita à videoconferência, não se poderia afirmar que ao juiz era vedado, mesmo muito antes da pandemia, a lançar mão desse instrumento.

2 VIDEOCONFERÊNCIA E TRIBUNAL DO JÚRI

As disposições do Código de Processo Penal e, com mais razão, em vista da pandemia, as regulamentações do Conselho Nacional de Justiça também se aplicam ao tribunal do júri. Nada, em absoluto, recomenda orientação diversa. Na realidade, a videoconferência é instrumento que, com maior ênfase, deve ser usado no julgamento popular.

Sob o aspecto jurídico, os arts. 222, § 3º, e 217 do Código são normas gerais, aplicáveis a quaisquer procedimentos, incluído o júri. Aliás, a demonstrar que a aplicação deles não encerra, em definitivo, invenção fruto da pandemia, o próprio Conselho Nacional, em 2019, já editara a Recomendação nº 55, cujo art. 3º expressamente aconselha o uso da videoconferência em plenário. A possível comunicação entre testemunhas (art. 210, caput) também nunca foi entrave. Todos os julgamentos são feitos meses ou, a bem da verdade, anos depois do fato. Na sessão, já é, pelo menos, a 3ª vez em que ocorre a inquirição (a 1ª na investigação e a 2ª no sumário da culpa). Na etapa antecedente, a despeito da previsão de audiência una (art. 411, § 2º, do CPP), a cisão de atos é comum. Dessa forma, existindo intenção de concertar versões, já teria havido tempo suficiente. Nenhuma dessas particularidades, contudo, obsta a precatória, por videoconferência ou não, e o fracionamento da coleta de provas. Ainda, *“A quebra da incomunicabilidade de testemunha é vício que justifica o reconhecimento de nulidade quando acompanhado de prejuízo”* e demanda arguição imediata (art. 571, VIII, do CPP), a significar que não acarreta a automática invalidade do ato. Também, diferente de uma audiência em que os participantes apenas se encontram virtualmente, todos, à exceção da testemunha e/ou vítima, estarão – ou poderão estar – no mesmo local.

Em relação ao interrogatório, a autodefesa por videoconferência não é incompatível com o júri. Aliás, o próprio art. 474, caput, do CPP é expresso ao dizer que *“(…) será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código”*, com remissão, justamente, entre outros, ao interrogatório telepresencial. Entender de modo

diverso reclama negativa de vigência ao Código ou, necessariamente, declaração de inconstitucionalidade material. Esta, porém, conforme já se explanou, não se sustenta, o que, inclusive, tem sido reconhecido por inúmeros julgados anteriores e posteriores à pandemia:

Não há falar em violação do art. 185, § 2º, I e II, do CPP se o interrogatório foi realizado por videoconferência em razão da dificuldade de comparecimento do acusado em Juízo, haja vista a sua prisão em outra comarca, a grande distância necessária ao deslocamento e a impossibilidade de escolta. A nulidade do ato processual não foi deduzida em momento oportuno e não houve comprovação do prejuízo concreto à defesa, pois os agravantes, pessoalmente, tiveram a oportunidade de narrar sua própria versão dos fatos ao Juiz e foram assistidos por defensor (AgRg no REsp 1410824/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019).

INTERROGATÓRIO – VIDEOCONFERÊNCIA – FIGURINO LEGAL – OBSERVÂNCIA. Não há ilegalidade na realização, por meio de videoconferência, de interrogatório de réu preso (HC 135430, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 03-08-2021 PUBLIC 04-08-2021).

Foi por essa razão, aliás, que, em 2020, ao comentar proposta de regulamentação de *“júri com apoio de videoconferência”* – autos nº 4587-94.2020.2.00.0000, já se havia dito que *“(…) a pretensa regulamentação nada inovou. Apenas, sob olhar que foge do anacronismo, ajustou-o às restrições sanitárias”*. Referida proposta de ato normativo, mais tarde abandonada em função do arrefecimento da pandemia, rendeu inúmeras e, agora, com mais razão se conclui, injustas críticas ao Conselho Nacional de Justiça. Na época, o órgão buscava soluções para a paralisação dos julgamentos, que então durou exatos 6 (seis) meses – de 17.03.2020 a 16.09.2020 –, emperrando a pauta de diversas varas do tribunal do júri país afora.

De qualquer maneira, a erupção de questionamentos trouxe, além da sempre saudável discussão acerca de um processo penal que se quer democrático, a constatação de que as recusas têm por base, no mais das vezes, apego a teorias que não existem na lei.

Tornou-se recorrente, por exemplo, a alegação de que não seria apenas a técnica o fio condutor, mas, igualmente e até com maior peso, *“(…) o calor do momento e as emoções do autor e vítima; e exatamente por não se basearem no tecnicismo fundam seus julgamentos nos sentidos, todos eles*. Como desdobramento, articulou-se, somente a presença física seria suficiente a dar vazão à plenitude de defesa. Todavia, o argumento não vai adiante.

É verdade que o conselho de sentença é formado por juízes de fato, leigos, que tem percepção diversa da do juiz togado. Porém, há que se apontar verdade que parece ser ignorada. A quase integralidade das comunicações e, por consequência, das relações comerciais, de ensino e semelhantes – que determinam e viabilizam a sociedade – não é presencial. Nem por isso deixa de ser realizada com legitimidade e segurança. Não pode o Judiciário, negando validade a essa premissa, deixar de implantar a ferramenta em julgamento perante o júri.

Em acréscimo, alegações dessa natureza subestimam a capacidade e o discernimento do jurado. A ele, cabe dirimir a matéria fática ou, em outro dizer, reconhecer se o fato aconteceu, se o acusado o praticou e se deve ser absolvido, bem como se presentes causas de diminuição ou de aumento de pena e circunstâncias qualificadoras (art. 483). Embora a análise não seja, realmente, a mais técnica – até porque, se assim fosse exigido, a Constituição não atribuiria essa competência ao júri, mas a deixaria na mão do magistrado –, não se quer crer que o trabalho da defesa, promovido por profissional habilitado, seja limitado ou principalmente pautado pelo sentimentalismo, como se fosse impossível de ser feito de outro modo ou sem esse ingrediente. Seja como for, mesmo para aqueles que entendem que o júri dispensa técnica – pensamento que, lamenta-se, é corrente até mesmo entre parcela dos que atuam na área –, não há empecilho. O jurado vive no mesmo mundo em que os demais atores do julgamento. Ferramentas tecnológicas também são por ele usadas no cotidiano. Argumentar que, numa videoconferência, seria inviável a percepção acerca do “calor” e das “emoções” é excluir o conselho de sentença de realidade que projeta relações afetivas e até mesmo sexuais pela internet. Não é isso, pois, que impede a compreensão do contido dos autos, em especial da profundidade das teses expostas pelas partes.

No enfoque prático – ou, aqui, leia-se, de gestão –, a maneira como formatado o tribunal do júri o torna, sem dúvida, ato processual de superior complexidade. Há, ao menos, sem prejuízo de outras variáveis, 2 (dois) motivos determinantes a tanto: a) não existe possibilidade de cisão de atos, o que faz com que cada sessão de julgamento, por mais simples que seja, dure inúmeras horas; b) uma só sessão mobiliza, sem exagero, mais de centena de pessoas – juiz, Secretaria, jurados, escolta policial, serviço de copa, vigilância e limpeza, Ministério Público, defesa, réu, testemunhas e outros. Tudo isso faz com que a designação contemple o trabalho concatenado de vários setores e, em decorrência, elevados gastos. Como consequência, é sempre maior o risco de que, por falha ou ausência de algum dos envolvidos, a sessão tenha que ser adiada e refeito todo o serviço.

Em 2019, a propósito, o Conselho Nacional de Justiça publicou aquilo que denominou de *“Diagnóstico de Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri”*. Entre outros pontos, o estudo constatou que, na média nacional, dentro dos processos em que houve julgamento, 59% (cinquenta e nove por cento) tiveram mais de uma sessão, número motivado, entre outros, por adiamentos diversos. No mesmo exame, indicou-se que o tempo médio de duração da distribuição até a efetiva realização da sessão é de 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses.

Em sequência a esse raciocínio, exige-se do juiz – e não só dele, mas de todos os envolvidos – postura que imponha a efetiva realização da sessão e a redução de gastos, o que bem pode ser auxiliado com a prática de atos à distância. Listam-se, abaixo, de maneira não exauriente, em complemento às facilidades comuns aos demais procedimentos, algumas mais específicas quanto ao julgamento popular.

O art. 461, § 1º, do Código prevê que o não comparecimento da testemunha arrolada com cláusula de imprescindibilidade impõe a condução ou o adiamento. Em tese, cabe ao juiz ordenar ao oficial de justiça que vá até o local indicado pela parte para que a traga ao plenário. Em casos mais extremos, em comarcas de dimensões maiores, a dificuldade de deslocamento pode forçar o adiamento como primeira opção. Com a videoconferência, a questão pode ser resolvida por meio de contato telefônico ou congêneres e remessa de link. Evitam-se, aí, gastos para o Judiciário e demora ou postergação para o julgamento.

No júri, *“a testemunha residente em comarca diversa não é obrigada a se deslocar para a cidade na qual ocorre a sessão de julgamento”*, motivo pelo qual o art. 473, § 3º, do Código permite a leitura (ou a exibição da mídia) do depoimento respectivo, se colhido anteriormente por carta precatória. Com a tecnologia, mesmo que esteja em outro país, pode ser inquirida em sessão e, inclusive, indagada pelos jurados, possibilidade inexistente se descartada a videoconferência.

A duração alongada das sessões obriga, por vezes, que testemunhas e outras pessoas aguardem horas ou, literalmente, dias para que sejam ouvidas. Entre elas, não é raro que estejam, por exemplo, servidores públicos (policiais, peritos, etc.). Com a oitiva à distância, bem podem continuar a realizar seus trabalhos, apenas comparecendo, online, no momento em que convocadas. Apesar da referência a servidores públicos, a lógica se sustenta também para quaisquer pessoas convocadas, que igualmente têm afazeres além do julgamento.

Em relação ao acompanhamento remoto do réu preso, além de vantagens outras, notadamente quanto à diminuição de gastos com transporte, escolta e afins e à manutenção da segurança, a videoconferência garante,

de fato e sem intermediário, irrestrito conhecimento e participação na produção da prova. Não é raro, sobretudo em crimes contra a vida, em especial homicídios, praticados normalmente no contexto de tráfico de drogas e de facções criminosas, que a pessoa a ser ouvida não queira prestar depoimento frente ao acusado. Com a oitiva à distância, sem que o depoente o visualize, o réu pode acompanhar e, se o caso, por meio do defensor, confrontar de pronto a narrativa, algo que, na prática, a par do contido no art. 217, caput, do Código, não costuma ocorrer.

Como exemplo a mais dos benefícios, vale citar algo que somente quem se ocupa de júris quotidianamente percebe com mais facilidade. Quanto maior o número de pessoas presentes no fórum, maior o trabalho para coordená-las, exigindo do juiz e dos servidores cuidado redobrado. Em função disso, despende-se tempo para, ilustrativamente, organizar essa dinâmica, que compreende trazê-las e levá-las da sala que lhes é reservada enquanto aguardam até o plenário ou, também para ilustrar, dar atendimento com alimentação. Esse mesmo raciocínio se estende à escolta, que a cada intervalo ou pedido de testemunha nos termos do art. 217, caput, do Código tem que retirar e depois colocar novamente o acusado junto à bancada de defesa. Parece algo insignificante, mas que, se somado, no final de horas de julgamento, principalmente quando há inúmeras sessões em dias seguidos, representa economia de tempo que reflete no grau de exaustão dos envolvidos e, assim, na qualidade dos trabalhos.

Por fim, não são raros os requerimentos de adiamento em virtude de alegada impossibilidade de comparecimento de réu solto, vítima sobrevivente, testemunhas, peritos e outros, assim como pleitos de substituição calcados no art. 451 do Código de Processo Civil, aplicável ao júri por conta do art. 3º do Código de Processo Penal. Com a pandemia e a contaminação ou suspeita de Covid-19, muitas inquirições foram feitas por videoconferência, evitando adiamentos ou discussões de nulidade que, não fosse a ferramenta, poderiam prosseguir de maneira infundável em recursos e expedientes congêneres. Também foram reduzidos debates acerca da substituição de testemunhas, que, uma vez deferida, implicaria novo trabalho para intimações, cumprimento de prazos e congêneres.

Tudo isso ganhou comprovação no mais de 1 (um) ano em que, em muitos tribunais do júri, a videoconferência se tornou quase regra, o que será objeto de análise do tópico abaixo.

3 VÍDEOCONFERÊNCIA NO JÚRI: A EXPERIÊNCIA DAS VARAS PRIVATIVAS DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

Do dia 17 de março de 2020 até o dia 16 de setembro desse mesmo ano, as sessões do tribunal do

júri, em vista da pandemia do Covid-19, foram suspensas (vide Resolução nº 313/2020 do Conselho Nacional de Justiça). Nesse intervalo, atentos às definições das autoridades sanitárias, o Conselho e os tribunais estudaram saídas para a retomada dos serviços presenciais, entre eles o julgamento popular.

Na capital do Estado do Paraná, que conta com 2 (duas) Varas Privativas do Tribunal do Júri, além da observância de medidas sanitárias e do contido nos Decretos nº 400 e 401 de 2020 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, as sessões foram feitas, ilustrativamente, a porta fechada (art. 792, § 1º), mas com transmissão ao vivo pela internet. A videoconferência, ao menos nos processos presididos por este autor, tornou-se regra para réus presos, exceto quando, por qualquer motivo, o Executivo não dispôs de estrutura (por exemplo, vaga disponível em salas no estabelecimento penal). Quanto às demais pessoas a serem ouvidas, facultou-se a inquirição à distância, opção que constou no mandado de intimação e que, em número significativo, foi eleita pela pessoa convocada. A fim de proceder a uma análise dos resultados, levantaram-se todos os júris presididos por este autor no período de outubro de 2020 a outubro de 2021, na 1ª Vara, e de setembro de 2020 a setembro de 2021, na 2ª Vara, nos quais houve, ao menos, uma inquirição ou interrogatório por videoconferência. Orientou-se pelo conceito de que há necessidade de, quantitativamente, conhecer os dados relacionados ao objeto de trabalho, a fim de que dele se possam, uma vez processados, extrair um significado (GICO JR; ARAKE, 2019, p. 2):

"O que não é medido, não é gerenciado" é a frase atribuída a Robert Kaplan e David Norton, criadores da conhecida metodologia de gestão estratégica chamada de Balanced Scorecard. A ideia é que a gerência de qualquer instituição ou projeto depende de parâmetros e métricas bem estabelecidas.

Nesse norte, para apurar o êxito ou não da experiência, levantou-se o número de recursos ou impugnações congêneres em que se discutiu o uso da ferramenta, sob alegações abstratas ou concretas, e a taxa de reversibilidade junto à 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, colegiado competente para o julgamento de expedientes relacionados aos crimes dolosos contra a vida.

De outubro de 2020 a outubro de 2021, foram realizadas 31 sessões plenárias, na 1ª Vara Privativa, e 19 (dezenove) na 2ª Vara Privativa. Esclarece-se, vez mais, que esses números não abarcam júris presididos por outros juízes nem tampouco feitos em que não houve videoconferência.

Na 1ª Vara, dos 31 (trinta e um) júris em que concretamente houve videoconferência, 8 (oito) decisões receberam algum tipo de questionamento perante a instância revisora. À exceção de 1 (uma) delas,

na qual a relatoria concedeu liminar para ordenar que se levasse o acusado presencialmente, todas as demais foram mantidas. As impugnações foram todas feitas de maneira preventiva, por meio de correição parcial ou de habeas corpus, e sempre quanto ao acompanhamento e interrogatório do acusado. Não houve questionamento posterior, por meio de apelação, e nem, em qualquer momento, em relação à oitiva de testemunhas ou de outras pessoas convocadas a depor. Todas as investidas foram feitas pela defesa e todas, até porque preventivas, não trouxeram, além de considerações abstratas acerca da alegada impossibilidade, argumentos sobre o caso concreto.

Na 2ª Vara, dos 19 (dezenove) júris em que concretamente houve videoconferência, 3 (três) decisões foram impugnadas. À exceção de 1 (uma) delas, na qual a relatoria concedeu liminar para ordenar que se levasse o acusado presencialmente, todas as demais foram mantidas. As impugnações foram todas feitas de maneira preventiva, por meio de correição parcial ou habeas corpus, e sempre quanto ao acompanhamento e interrogatório do acusado. Não houve questionamento posterior, por meio de apelação, e nem, em qualquer momento, em relação à oitiva de testemunhas ou de outras pessoas convocadas a depor. Todas as investidas foram feitas pela defesa e todas, até porque preventivas, não trouxeram, além de considerações abstratas acerca da alegada impossibilidade, argumentos sobre o caso concreto.

Esses números permitem, se não conclusão absoluta, até porque dizem respeito a um universo de sessões presididas por um só juiz, numa só Comarca e num espaço de 13 (treze) meses, a indicação de que: a) 78% das decisões não foram impugnadas, o que leva a crer que a maior parcela foi de pronto aceita pelas partes; b) entre as 11 (onze) impugnações, apenas 2 (duas) tiveram êxito liminarmente - o que tornou prejudicado o julgamento do mérito -, somando mais de 82% (oitenta e dois por cento) de insucesso das investidas; c) 100% (cem por cento) das investidas versaram, abstratamente, sobre o descompasso com a legislação, sem apontar prejuízo concreto; d) não houve questionamento posterior, por meio de apelação, quanto à, por exemplo, qualidade da comunicação no interrogatório, a apontar que não se visualizou prejuízo; e) nenhum júri, até o momento, foi anulado. Todos os habeas corpus e correições parciais manejados preventivamente contra o interrogatório por videoconferência já foram julgados. Em relação às apelações, algumas ainda pendem de julgamento colegiado. Entretanto, conforme se expôs, nenhuma versa sobre a videoconferência. Eventual anulação, conquanto possível, dependerá, nas que ainda não foram analisadas, de atuação de ofício da Câmara Criminal.

Por fim, visando novamente a ilustrar como a ferramenta não inibe nem a resolução de questões

outras, que, apesar de nem tão comuns, encontram-se dentro das variáveis de um julgamento, cita-se ocorrência verificada em 1 (um) dos júris. Na oportunidade, o Ministério Público requereu que se submetesse ao jurado quesitação acerca de possível crime de falso testemunho em depoimento prestado por videoconferência. O conselho de sentença, no final, reconheceu o delito e, apesar da ausência de prisão em flagrante, peças foram remetidas à autoridade policial para seguimento da persecução penal, exatamente da mesma maneira como aconteceria se presencialmente a pessoa estivesse na sessão.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal impõe ao agente público agir com eficiência (art. 37, caput) e, assim, na mesma linha, exige que o processo tenha duração dentro de prazo, embora não exatamente previsto, aceitável. Essas variáveis têm relevância também para o Judiciário, tanto quando exerce função atípica administrativa quanto em atos estritamente judiciais. É a figura do denominado juiz gestor, capaz de organizar os recursos humanos e materiais disponíveis a favor da jurisdição.

O tribunal do júri tem hoje procedimento conhecido por sua complexidade, a envolver inúmeros atos e diversos atores. Também por isso sofre com a lentidão no trâmite processual e o retrabalho nas varas. Os comandos constitucionais, pois, conjugados à realidade da lei e da prática, reclamam cultura de inovação ou, ao menos, de irrestrita aplicação das ferramentas de que se dispõem.

Apesar de prevista há anos no ordenamento, a videoconferência no Judiciário ganhou notoriedade com a pandemia. A crise sanitária trouxe irreparáveis danos, mas, a exemplo de qualquer outra instabilidade, propiciou oportunidade de evolução e aperfeiçoamento. A ferramenta, nesse contexto, além da compatibilidade com a Constituição e com a lei processual, consolidou-se pela economia aos cofres públicos, ganho de tempo e, assim, eficiência.

Essa realidade, logo, também vale para o tribunal do júri e nele tem mais razão de ser. A experiência revelou resultados positivos, mostrando - diferente da resistência que já foi maior, mas que ainda remanesce - que poucas ou nenhuma das críticas encontram amparo naquilo que efetivamente ocorre num plenário de julgamento.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Teleinterrogatório não elimina nenhuma garantia processual. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-set-28/teleinterrogatorio_nao_elimina_nenhuma_garantia_processual?pagina=2. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>.

BRASIL. "Farsa processual", consideram entidades sobre Tribunal do Júri por videoconferência. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/329596/farsa-a-processual---consideram-entidades-sobre-tribunal-do-juri-por-videoconferencia>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Revista Consultor Jurídico. Tribunal do Júri por videoconferência inviabiliza defesa, avaliam advogados. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-06/tribunal-juri-videoconferencia-inviabiliza-defesa-avaliam-advogados>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 971.119/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 13/08/2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 34.020/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 03/10/2005, p. 334. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 88914, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/08/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00037 EMENT VOL-02292-02 PP-00393 RTJ VOL-00202-03 PP-01154 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 505-520). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASILEIRO, Renato. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CARVALHO, Thiago Flôres. É injustificada a resistência à videoconferência no júri durante a Covid-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/thiago-carvalho-juri-covid-19-videoconferencia>. Acesso em: 14 jan. 2022.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Princípios da inovação judicial. In: LUNARDI, Fabricio Castagna; MIRANDA, Marco Bruno Clementino. (Org.). Inovação Judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Brasília: ENFAM, 2021. P. 39.

GICO JR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki Cavalcante. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. v. 14. n. 1. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/issue/view/1422>.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lkl/content/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-productividade-na-pandemia/18319?inheritRedirect=false.

“CONVENCIONALIZAÇÃO” DO PROCESSO PENAL: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

“CONVENTIONALIZATION” OF THE CRIMINAL PROCEDURE: THE ROLE OF THE BRAZILIAN JUDICIAL POWER

Adriane Garcel¹ Anderson Ricardo Fogaça² José Laurindo de Souza Netto³ Letícia de Andrade Porto⁴

A proteção dos direitos humanos é inerente à democracia, à justiça e ao desenvolvimento social. Ao contemplar a nova ordem jurídica pautada no *human rights approach*, necessária a realização da filtragem convencional do ordenamento jurídico interno, de modo a compatibilizá-lo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a interpretação concedida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse norte, a pergunta de pesquisa limita-se em saber: O processo penal brasileiro encontra-se convencionalizado, de acordo com princípios humanizados? Sabe-se que existem inconveniências dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Desponta, aqui, o importante papel do Poder Judiciário em exercer o controle de convencionalidade, como forma de garantir os direitos humanos no âmbito interno. Desse modo, o modelo garantista de Luigi Ferrajoli e a concepção humanística de Vives Antón colaboram para a aproximação e harmonização dos direitos humanos na região.

Palavras-Chave: Direitos Humanos; Controle de Convencionalidade; Poder Judiciário; Humanização do Processo Penal; Human Rights Approach.

The protection of human rights is inherent to democracy, justice and social development. When contemplating the new legal order based on the human rights approach, it is necessary to perform the conventional filtering of the domestic legal system, in order to make it compatible with the American Convention on Human Rights, as well as the interpretation granted by the Inter-American Court of Human Rights. In this direction, the research question is limited to knowing: Is the Brazilian criminal procedure conventionalized, according to humanized principles? It is known that there are unconventionalities within the Brazilian legal system. Emerges, here, the important role of the Judiciary

¹ 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 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Mediadora Judicial. E-MAIL: adriane.garcel@tjpr.jus.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.

² Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Juiz de Direito em 2º grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-MAIL: andersonfog1977@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8495-9443> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9343656785887913>.

³ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR e do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil – CONSEPRE. E-MAIL: jln@tjpr.jus.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.

⁴ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR e em Direito Constitucional pela ABDCONST. Bacharel em Direito e em Relações Internacionais. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-MAIL: leticia.porto21@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7625-6139> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4957444327036996>.

Power in exercising the control of conventionality, as a way to guarantee human rights in the domestic sphere. In this way, Luigi Ferrajoli's guarantee model and Vives Antón's humanistic concept collaborates to approximate and harmonize human rights in the region.

Keywords: Human rights; Conventionality Control; Judicial Power; Humanization of the Criminal Process; Human Rights Approach.

INTRODUÇÃO

A defesa dos direitos humanos é indispensável para a promoção da democracia, da justiça e do desenvolvimento social brasileiro. Nessa senda, ao se submeter à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, o Brasil se comprometeu a observar os ditames previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como, a interpretação autorizada pela Corte IDH.

Dessa forma, é necessária a compatibilização entre os diplomas internacionais em direitos humanos e a ordem jurídica nacional, como forma de garantir a melhor interpretação *pro persona*. Salienta-se que o controle de convencionalidade consubstancia-se em importante instrumento para a realização de tal harmonização, garantindo a consecução dos direitos humanos.

Lado outro, o exercício do controle de convencionalidade promove diferentes respostas no ordenamento pátrio, impactando e transformando a realidade jurídica por meio de novas interpretações e adequações legislativas. Nesse norte, objetiva-se estudar o papel do juiz na realização do controle de convencionalidade, assim como os impactos encontrados no processo penal brasileiro.

Desse modo, a pergunta de pesquisa cinge-se em saber: O processo penal brasileiro encontra-se convencionalizado, de acordo com princípios humanizadores?

Para responder a problemática proposta, investiga-se a teoria da ação significativa. Cuida-se de uma nova perspectiva, que parte de uma ruptura com o modelo ontológico de ação penalmente relevante para um modelo significativo de ação, em um processo mais ágil e cognitivamente aberto, sem negligenciar as garantias individuais.

As teorias tradicionais já não atendem as necessidades da sociedade moderna. Faz-se necessário um giro metodológico, para que a ação expresse seu significado de modo a guardar correspondência com a evolução histórico-social da sociedade. O professor Tomás Salvador Vives Antón propõe uma mudança metodológica na concepção de ação para legitimar uma concepção extraída da filosofia da linguagem, com base no pensamento segundo Wittgenstein, e na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, para então, transferir ao Direito Penal o sentido e o significado de uma ação penalmente relevante.

A filosofia da linguagem percebe a linguagem como um dado de pesquisa filosófico-linguístico que incita concepções e métodos de ambas as áreas do conhecimento filosófico e linguístico, objetivando manejar questões que versem sobre o significado, parâmetros e possibilidades da linguagem - como a realidade concreta e abstrata humana.

Em relação à teoria da ação comunicativa, Habermas desenvolve sua tese em um diálogo constante com autores de linhas teóricas distintas. Ao incorporar tal diálogo, uma série de questões e contribuições foram desenvolvidas, como a teoria do funcionalismo. Dessa forma, Habermas revela de forma natural seu caráter interparadigmático, retratando, assim, um processo interessante de incorporação e, também, de superação de paradigmas.

Como metodologia, será utilizado o método dialético, mediante análise jurisprudencial e de normativas que permitam estabelecer um ponto de equilíbrio para a harmonização do processo penal brasileiro em relação aos tratados internacionais em direitos humanos. Da mesma maneira, serão estudadas as teorias de Vives Antón, no que concerne à humanização do processo penal, e ao giro metodológico da ação, em razão da evolução social.

1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O PODER JUDICIÁRIO

O controle de convencionalidade consubstancia-se em uma ferramenta que busca harmonizar diferentes ordens jurídicas – internacional, regional e nacional – em prol da garantia de um grau mínimo protetivo em direitos humanos.

Logo, ao se falar em controle de convencionalidade e da harmonização de ordens jurídicas, revela-se necessário o estudo quanto à permeabilidade dos tratados em direitos humanos no Brasil. Isso porque tal matéria ainda desperta dúvidas em razão do *status* que esses diplomas assumem ao integrar o ordenamento jurídico nacional – se emenda constitucional ou posição de supralegalidade. Tal dicotomia dificulta a interpretação e aplicação dos tratados e convenções, gerando espaço para interpretações dissonantes à ordem perquirida pelo *human rights approach*.

Sabe-se que o rol de direitos humanos previsto na Constituição Federal é exemplificativo. Dessa forma, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ostentar natureza material constitucional, a partir do disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, integrando o *bloco de constitucionalidade* (FOLTRAN, BOLZANI, FRANCISCO, 2019, p. 227), ou revelarem-se materialmente e formalmente constitucionais (PIOVESAN, 2010), em razão do quórum estabelecido no art. 5º, §3º da Constituição de 1988, para a aprovação dos tratados em matéria de direitos humanos.

Entretanto, tal divergência de posicionamento hierárquico não pode dirimir o alcance e a garantia dos direitos humanos. Ao integrar o ordenamento jurídico nacional, as normas protetivas devem permear o arcabouço normativo, na sua integralidade. Sobre o tema, o Min. Edson Fachin defendeu a desnecessidade

do controle de convencionalidade em virtude da incorporação dos tratados em direitos humanos no bloco de constitucionalidade. Conforme voto vencido do HC 141.949/DF,

A leitura conjunta de ambos os diplomas normativos é indispensável para que se leve a sério o disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, também conhecido por "cláusula de abertura". **Não deve o intérprete partir do pressuposto de que há eventual incompatibilidade entre a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica, como se, por meio de uma simples referência à hierarquia normativa, a *ratio decidendi* das decisões dos órgãos de direitos humanos pudesse simplesmente ser olvidada.**

É desnecessário, pois, falar-se em controle de convencionalidade no direito brasileiro, porquanto a cláusula constitucional de abertura, art. 5º, § 2º, da CRFB, incorpora no bloco de constitucionalidade os tratados de direitos humanos de que faz parte a República Federativa do Brasil (Grifo Nosso) (BRASIL, 2018, p. 16).

Os direitos humanos são caracterizados por sua universalidade, não comportando limites ou barreiras entre Estados, razão pela qual o rol exposto na Constituição é meramente exemplificativo, admitindo alargamento a fim de atingir a maior proteção *pro persona*, a promoção da dignidade humana, a efetivação da cidadania e a maior inclusão social.

Importante rememorar que o critério da dignidade da pessoa humana consubstancia-se como basilar para a construção de um conceito material de direitos humanos, ampliando-se, com isso, o bloco de constitucionalidade, em uma verdadeira "fusão progressiva das diferentes peças do conjunto" (FAVOREU, 1990, p. 59-60). É nesse sentido de alargamento que se pronuncia José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 811-812):

[...] o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores que informam a ordem constitucional global.

Nesse panorama, o controle de convencionalidade traduz-se em uma harmonização dos sistemas nacionais com os *standards* regionais. Na lição de Flávia Piovesan (2017, p. 63),

"[...] A powerful catalyzer of judicial dialogue is the conventionality control. It is the obligation to exercise and ex officio "control for conformity with the Convention" between domestic law and the American Convention. All public officials, including judges and other bodies involved in the administration of justice at all levels, are entrusted with carrying it out. This makes the domestic judges an inter-American judge. The

logistics of which judges – whether all of them or only apex court judges – can use inter-American legal standards to challenge domestic law is a matter for domestic regulation".

Assim, o controle de convencionalidade se consubstancia em uma ferramenta que busca a aproximação da justiça às vítimas, garantindo celeridade processual, por meio do papel subsidiário da Corte Interamericana "ao mesmo tempo que os juízes nacionais reforçam sua posição como garantidores primários de proteção" (ALVARADO, 2015, p. 70).

Por certo que o mecanismo do controle de convencionalidade, inicialmente realizado no panorama internacional, por meio dos Tribunais internacionais de Direitos Humanos, como a Corte Interamericana, evoluiu ao ponto de a própria Corte IDH delegar tal missão aos Estados Parte – convencionando o controle de convencionalidade de matriz nacional. Atribuído, de pronto ao Poder Judiciário, o mecanismo vem ganhando espaço de discussão entre novos atores, como autoridades administrativas, Ministério Público e Defensoria Pública (RAMOS, 2015, p. 489).

Em 2006, o caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* ratificou o entendimento da Corte IDH, no sentido de oportunizar o controle de convencionalidade aos órgãos do Poder Judicial nacional ex officio,

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. **En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.** Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (Grifo Nosso) (CORTE IDH, 2006).

No mesmo norte, a interpretação da Corte IDH no Parecer Consultivo n. 21/14, denota a importância do exercício do controle de convencionalidade e da norma convencional interpretada,

31. Do mesmo modo, a Corte considera necessário recordar que, conforme o Direito Internacional, **quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este tratado obriga todos os seus órgãos, incluindo os poderes judicial e legislativo, de maneira que a violação**

por parte de algum destes órgãos gera responsabilidade internacional para o Estado. É por essa razão que a Corte considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade, também em relação ao que se indique no exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva, a qual, inegavelmente, compartilha com sua competência contenciosa o propósito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de “proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”. Por sua vez, a partir da norma convencional interpretada através da emissão de um Parecer Consultivo, todos os órgãos dos Estados Membros da OEA, incluindo os que não são partes da Convenção mas que se obrigaram a respeitar os direitos humanos em virtude da Carta da OEA (artigo 3.l) e da Carta Democrática Interamericana (artigos 3, 7, 8 e 9), contam com uma fonte que, de acordo com sua própria natureza, contribui também, e especialmente de maneira preventiva, para alcançar o eficaz respeito e garantia dos direitos humanos e, em particular, constitui um guia a ser utilizado para resolver as questões sobre a infância no contexto da migração e assim evitar eventuais violações de direitos humanos (Grifo nosso) (CORTE IDH, 2014, p. 13).

Ao estabelecer que o Poder Judiciário Nacional esteja submetido aos ditames da Convenção Americana, entende-se que o *standard* mínimo em direitos humanos seja permeável no ordenamento jurídico brasileiro. O Poder Judiciário brasileiro, por exemplo, conta com Tribunais - Federal, Regionais Federais e Estaduais - e Varas estabelecidas em diversas comarcas, o que compreende desde grandes metrópoles a longínquos municípios. Tal capilaridade, permite que o controle de convencionalidade seja exercido, por Juízes, no julgamento de casos concretos (PORTO, 2021).

Sobre o papel dos juízes, leciona David Bilchitz (2007, p. 128-129),

[...] if a society is justified in recognizing fundamental rights, and has good reasons for granting judges review powers, then the society is justified in allowing its judges to ensure that resources are allocated in accordance with the demands of fundamental rights. (...) Judges are given the power to review such decisions as to their conformity with the set of priorities mentioned in the Constitution. Judges are thus required to evaluate the allocation of resources against an area in which they have expertise: the application of human rights standards”.

A evolução da visão humanista do Direito, sobretudo no Direito Internacional, trouxe a necessidade de adaptação do Poder Judiciário. O juiz de garantia, ou juiz de proteção - na lição de Paola Alvarado -, foi inicialmente idealizado como o principal ator para a efetivação de um diálogo multinível, que

participa da ampliação do catálogo de direitos humanos, garantindo a sua efetividade. Este juiz exerce suas funções em diferentes níveis - nacional, supranacional e internacional -, objetivando o objetivo comum de tutelar os direitos fundamentais (ALVARADO, 2015).

2 A CONVENCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Na visão do professor Nestor Pedro Saguéz, a Constituição nacional deve ser analisada sob a ótica convencional, preterindo-se elementos que não se compatibilizam com diplomas internacionais em direitos humanos. A Constituição deve passar pelo filtro convencional, de modo a conformar-se - ou reciclar-se -, levando em consideração a CADH e a jurisprudência da Corte IDH. Segundo o autor,

[...] el “control de convencionalidad” de una Constitución, debe conceptualmente preceder al “control de constitucionalidad” de leyes, decretos, reglamentos, etc., que el mismo juez tiene que hacer, a partir de tal constitución convencionalizada (SAGUÉZ, 2011, p. 150).

No caso paradigmático *Almonacid Arellano y otros Vs Chile*, a Corte IDH expôs a necessidade da adequação das normas internas estabelecidas pelos Estados signatários da Convenção, enfatizando a imprescindibilidade do exercício do controle de convencionalidade (CORTE IDH, 2006).

Por consequência, o exercício do controle de convencionalidade pode promover mudanças no ordenamento jurídico nacional. Conforme elucida Nestor Pedro Saguéz,

El control de convencionalidad puede tener dos resultados. a) El primero, es represivo, o destructivo. Cuando la norma doméstica opuesta al pacto o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es inconvencional o anticonvencional, tiene un resultado de mínima: no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo. Como señaló aquella Corte en *Almonacid Arellano* (considerando 123), si un Estado mantiene normas internas opuestas a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, el Poder Judicial local “debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”. Pero también desde *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana se torna más severa en cuanto a la norma local cuestionada, ya que añade que ella **carece, “desde su inicio”, “de efectos jurídicos”**. Esto parece rozar la inexistencia del precepto en cuestión. b) Después del caso *Rosendo Radilla Pacheco* (considerandos 338 a 340, ratificado por ejemplo en Comunidad indígena *Xákmok Kásek*, considerando 311, y en *Cabrera García-Montiel Flores*, considerando 233), la Corte Interamericana dibuja otra función del control de

convencionalidad, con un efecto positivo o constructivo. **En esta etapa, los jueces deben aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del Pacto de San José de Costa Rica, y según, también, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto justifica relecturas adaptativas del derecho nacional, de tipo armonizante, en consonancia, esto es, “conforme”, con el Pacto y tal jurisprudencia.** Obliga también a distinguir entre interpretaciones “convencionales” e interpretaciones “inconvencionales” del derecho doméstico (las primeras, acordes con el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Las segundas, opuestas uno de ellos, o a ambos). El operador-juez tendrá que buscar y emplear solamente a las primeras. En concreto, **debe consumir un exhaustivo reciclaje del material normativo local**, aunque bien puede partir de la presunción de que éste no se opone, y que en principio es adaptable, al Pacto y a aquella jurisprudencia (grifo nosso) (SAGUÉZ, s.d., p. 04-05).

Dessa forma, o controle de convencionalidade assume dois resultados: destrutivo e construtivo. Sob o aspecto destrutivo, a norma inconvencional não deve mais ser aplicada, devendo ser declarada inválida em face da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, razão pela qual a norma “carece” de efeitos jurídicos.

Por outro lado, o resultado construtivo é marcado pela harmonização da norma, estabelecida em consonância com a CADH. Aqui, revela-se muito importante o papel do juiz ao promover verdadeiro filtro das normas inconvencionais, de modo a torná-las convencionais.

Sabe-se que a legislação brasileira, em matéria penal e processual penal, é constituída por uma compilação de diplomas. Em alguns casos, tais normas não refletem a atual transformação social e jurídica, colidindo, inclusive, com tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

Ao realizar o filtro convencional, por certo despontam *inconvencionalidades*. No que tange ao direito das mulheres, a inconvencionalidade das chamadas “escusas absolutórias” repousa na isenção da pena dos autores de crimes patrimoniais praticados em determinadas circunstâncias (art. 181, inc. I, do CP), entre elas “*o cônjuge que comete ilícito patrimonial em detrimento do outro consorte, na constância da sociedade conjugal*”, como, por exemplo, o marido que subtrai dinheiro da carteira da esposa ou, ainda, o companheiro que, em posse do cartão bancário da esposa, efetua saques sem o consentimento dela (PORTO, FACHIN, HEEMANN, 2021). Tais exemplos remarcam o caso de norma inconvencional, por violação ao art. 7º e alíneas da Convenção de Belém do Pará.

Portanto, é de concluir que as escusas absolutórias previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal, por afastarem a punição ao autor dos crimes de violência patrimonial no âmbito doméstico e familiar, estão contaminadas pela inconvencionalidade, diante da sua incompatibilidade com a Convenção de Belém do Pará. (VERAS, ARAUJO, 2018)

Destaque, também, para a previsão constitucional de prisão do depositário infiel, em rota de colisão com a Convenção Americana de Direitos Humanos, com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703/RS e 466.343/SP, exerceu o controle de convencionalidade, e pacificou o tema pela impossibilidade da prisão, justificada na proteção do direito fundamental à liberdade. Esse exercício de controle convencional impulsionou a edição da súmula vinculante nº 25, que declarou a ilicitude da prisão do depositário infiel (CAMBI, PORTO, FACHIN, 2020).

Imperioso destaque para a atuação do Poder Judiciário brasileiro quando da realização do controle de convencionalidade em seus julgados. Em uma conjuntura de proteção dos direitos humanos, o julgamento do Habeas Corpus nº 1.358.323-2, de relatoria do Des. José Laurindo de Souza Netto, elucida o importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário para o alcance desse objetivo. A saber,

[...] não basta a compreensão epistemológica da jurisdição como instrumento de efetividade, sendo também necessários a caracterização dos meios que propiciem aos encarregados da jurisdição –os juízes – efetivarem esta proteção. [...] o juiz, que se destaca neste contexto, como representante do poder Judiciário, tem a obrigação de não só conhecer a proteção internacional, mas aplicá-la mediante controle de convencionalidade difuso, não podendo se furtrar de realizá-lo (PARANÁ, 2015).

Na oportunidade, o magistrado realizou o controle de convencionalidade, em razão da previsão da audiência de custódia em múltiplos diplomas internacionais - ratificados pelo Brasil -, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, além da própria CADH. Além de constituir direito fundamental - a apresentação do preso, sem demora, à autoridade judiciária-, tal garantia impacta na redução do encarceramento em massa no Brasil. Isso porque o magistrado decide “pela manutenção, ou não, da prisão, com base nos princípios da legalidade e necessidade” (PARANÁ, 2015, p. 11). A decisão aproxima diferentes ordens jurídicas, criando uma rede protetiva, pautada na compreensão dialógica.

Na mesma senda, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal

Federal, em sede do julgamento da ADPF nº 347, expôs inúmeras violações de direitos humanos, em virtude de falhas estruturais e da falência de políticas públicas em atender o sistema penitenciário nacional. Na oportunidade, o Ministro Relator Marco Aurélio alertou para a observância obrigatória da audiência de custódia, em razão dos ditames expostos no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, além do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 2015).

Para corroborar tal situação, a Corte IDH emitiu resoluções de medidas provisórias envolvendo o Brasil, como nos casos do Presídio de Pedrinhas (CORTE IDH, 2018), Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira (CORTE IDH, 2006), Complexo Penitenciário de Curado (CORTE IDH, 2018) e Penitenciária Urso Branco (CORTE IDH, 2004), ponderando sobre a infraestrutura e condições precárias de detenção, atendimento de saúde e elevado número de mortes de presos. Sabe-se que tais situações contrariam as Regras de Mandela (ONU, 2015), documento internacional que regulamenta regras mínimas para o tratamento de presos (FERREIRA, ARAÚJO, 2016, p. 67-82; CAMBI, MATTOS, PORTO, 2020).

Diante desse cenário, Siddharta Legale propôs o fenômeno do Estado de Coisas Inconvencional, em razão das inúmeras violações à Convenção Americana de Direitos Humanos, decorrente das omissões do Brasil quanto à tutela deficiente dos direitos fundamentais, sobretudo no contexto do sistema penitenciário brasileiro. Destaca-se que a expressão "Estado de Coisas Inconvencional" não existe na jurisprudência da Corte IDH. Trata-se de uma proposta da doutrina para o exercício de uma espécie de "controle de convencionalidade por omissão construtivo", apto a buscar soluções para as inúmeras violações que chegam como denúncias à Corte IDH (FERREIRA, ARAÚJO, 2016, p. 67-82).

Outra contribuição importante do controle de convencionalidade decorre da observância da jurisprudência da Corte IDH e de seus *standards* mínimos em direitos humanos – os quais, somados aos tratados em direitos humanos compõem o *corpus iuris* interamericano.

Em relação ao processo penal, a demora irrazoada do processo – e da investigação – já foi objeto de apreciação pela Corte IDH, resultando em condenações ao Brasil. Em 2017, o caso da Favela Nova Brasília Vs. Brasil gerou impacto transformativo nas resoluções n. 129/2015 e n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, no que concerne ao afastamento de "barreiras de acesso à justiça" e "à garantia de investigação isenta dos casos envolvendo jovens negros" (BRASIL, 2019).

Na oportunidade, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 201/2019, em exercício de controle de convencionalidade em relação ao *standard* firmado na condenação pela Corte IDH. Dos pontos que se destacam, sublinham-se "regras

mínimas de atuação do Ministério Público no controle externo de investigações e de processos criminais, ampliando as diligências para a oitiva de familiares da vítima e testemunhas eventualmente não arroladas nos autos" (CAMBI, PORTO, 2020, p. 25). Da mesma forma, a Resolução n. 201/2019 concretiza regras expostas no Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10), "ao incumbir o Ministério Público de averiguar, além da notícia da violência passível de configuração típico-penal, a violência sistêmica, estrutural, psicológica e moral, entre outras" (CAMBI, PORTO, 2020, p. 25).

Necessário um olhar humanista e democrático do sistema penal, em conformidade com o princípio da humanidade e das garantias constitucionais. Discute-se, para além do devido processo legal, a existência de um devido processo convencional. Neste ponto, a presença de uma espécie de "filtragem convencional do ordenamento processual" (SILVA, 2016) implicaria na harmonização entre tratados internacionais em direitos humanos e normativas nacionais, em razão do controle de convencionalidade e do bloco de constitucionalidade previsto na Constituição Federal.

Consoante lição de Ticiano Alves Silva (2016, p. 09),

[...] parece intuitivo que, (1) se o devido processo convencional é a síntese normativa da multiplicidade de direitos humanos processuais específicos e (2) se estes direitos estão previstos em convenções internacionais, a interpretação que se deve conferir na aplicação desses direitos precisa ser aquela realizada pelas cortes internacionais, sob pena de não se aplicar os direitos humanos segundo eles são pela ordem jurídica internacional, mas sim o que os tribunais nacionais entendem que eles são, o que é o mesmo que permitir (1) o descumprimento do compromisso internacional e (2) o fracionamento da ordem jurídica internacional, que perderia unidade, considerando o mosaico de interpretações possíveis oriundas dos Estados signatários. Não é por outra razão que a CIDH, ao determinar que o Judiciário realize o controle de convencionalidade no plano nacional, ressaltou que, além de se basearem no texto da convenção, os juízes devem seguir a interpretação conferida ao texto pela Corte Interamericana, a quem compete dar a palavra final sobre a interpretação da convenção.

Logo, a exegese do devido processo convencional repousa no somatório dos tratados internacionais em direitos humanos e das interpretações conferidas pelas Cortes internacionais a seu respeito.

Importante rememorar que a questão da soberania estatal, e da independência funcional dos juízes encontra-se superada ao tratar dos direitos humanos. Isso é,

[...] quando um Estado reconhece formalmente a competência jurisdicional de uma corte internacional, esse reconhecimento não vincula apenas o Executivo e o Legislativo, mas também, e evidentemente, o Judiciário, que deve ser um fiel aplicador dos dispositivos das convenções internacionais tal como interpretados pela corte criada com esse objetivo (SILVA, 2016, p. 10).

A Constituição Federal e todas as leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro devem passar pelo filtro convencional. Da mesma forma, a aproximação com uma ordem marcada pelo *human rights approach* desponta princípios humanistas, os quais devem refletir nas leis e na interpretação realizada.

3 A VISÃO HUMANISTA DO PROCESSO PENAL EM VIVES ANTÓN

Na seara Penal, importa considerar a conduta em seu aspecto global, não como ato isolado, mas como um conjunto de atos sucessivos, cuja ordenação produz a ação. Ou seja, na realidade, o que se faz é tentar uma compreensão humanista do fenômeno da ação através da consideração em seu âmbito do contexto geral onde tem lugar o fato que se põe à apreciação do Direito Penal (VIVES ANTÓN, 1998, p. 181)

O direito penal e o direito processual penal, necessariamente, devem se amoldar à evolução dos direitos humanos. Aqui, aproxima-se Vives Antón, ao conceber "uma dogmática penal alinhada aos direitos e garantias fundamentais do ser humano" (FONSECA, 2017, p. 192).

O tipo penal, na concepção proposta por Vives, cumpre uma função político-criminal muito mais ampla, de expressar o perfil do Estado na medida em que atende às determinações dos princípios de Direito Penal, principalmente o de legalidade. Além disso, o tipo é criado em função da necessidade de tutelar bens jurídicos, pelo que, deve haver uma necessária correlação entre o tipo e o dano ou perigo a um ou mais bens jurídicos (BUSATO, 2005, p. 211).

Nota-se, de fato, uma concepção inteiramente nova de delito – situação que acontece raras vezes ao longo de um século e, cuja proposta está destinada a receber no futuro uma ampla acolhida na doutrina científica e na práxis dos tribunais (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999, p. 03).

A busca pela garantia e respeito aos direitos humanos e, em consequência, por condenações mais justas, são alguns dos anseios que levam os estudiosos e pesquisadores do direito a ampliar os estudos sobre a teoria do delito. Todavia, para se aprofundar em um tema tão desmedido, necessário que sejam observadas as ciências filosóficas, a fim de encontrar fundamentos sólidos que estruturam o conceito de crime.

É com este objetivo que Tomás Salvador Vives Antón dá início ao desenvolvimento da sua Teoria da Ação Significativa, na Europa, por meio da base filosófica em Ludwig Joseph Johann Wittgenstein. Essa teoria não rompe com as ideias finalistas já estabelecidas, mas, sim, vai ao seu encontro, propondo uma reestruturação e adequação às concepções filosóficas de linguagem.

A teoria da ação significativa propõe uma nova análise conceitual da conduta penalmente relevante, com fundamento em princípios de liberalismo político, unindo ação e norma para a concepção da liberdade de ação. Entende-se a ação como o significado do que as pessoas fazem. Há, na ação penalmente relevante, um sentido a ser interpretado segundo as regras, motivo pelo qual é necessário, mais do que descrevê-la, compreendê-la.

O direito penal humanitário representa o período de transição entre a Idade Média e a Modernidade, sob o viés de uma perspectiva positiva associada à condição humana. Isto é, o ser humano passa a ser compreendido como sujeito de direitos, e o Estado consubstancia-se na manifestação do poder político, devendo respeitar os direitos naturais. Aqui, não se permite que o direito positivo tutele práticas desumanas. Ao celebrar a transição para uma nova época – do Renascimento para o Iluminismo –, fundamentada nas novas ideias, na ciência e na vontade do povo, rompeu-se, teoricamente, com a ideia de prevalência de poder político soberano e desumano.

Sob um viés crítico, fundamentado na Criminologia Crítica, cria-se uma verdadeira bifurcação, na medida em que este processo criminológico das massas se fortaleceu durante o desenvolvimento do modelo jurídico e político do Estado Democrático de Direito. Por óbvio que a criminalidade representa um fenômeno complexo. Nesse universo humanista, também se questiona o papel do sistema penal para sua prevenção. Cezar Roberto Bitencourt defende haver falência da pena de prisão (BITENCOURT, 1993), vez que "não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tampouco ressocializa" (LOPES JR, 2011, p. 20). Sobre o fracasso da pena e o Estado Democrático de Direito, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 73-74) lecionam que,

Quanto à ressocialização, especialmente mediante "tratamento" nas chamadas "instituições totais" (instituições onde o sujeito passa toda a sua vida: manicômios, prisões, asilos, internatos, etc.), nos últimos anos se estudou o efeito destas instituições sobre a personalidade (especialmente a partir de Goffman) e insistiu-se na inevitável deterioração psíquica – às vezes irreversível – que acarreta uma prolongada privação de liberdade, o que contribuiu para evidenciar a suspeita de que o "tratamento" era um produto de justificação ideológica, o que foi reforçado pela ação direta dos próprios

prisioneiros, denunciando sua situação e suas técnicas de sobrevivência (organizações de presos, comissões internas nos cárceres, dirigentes e porta-vozes em motins). Isto levou a que hoje se fale abertamente no mundo do "fracasso da prisão" e da franca crise da "ideologia do tratamento", que batem em aberta retirada inclusive nos países em que realmente se quis realizá-la.

Sobre a dignidade da pessoa humana e a tutela penal, importante posicionamento de Daniel Sarmiento (2016, p. 104),

[...] E ninguém se despe de dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular.

Sabe-se que o Direito Penal busca a proteção de bens jurídicos, por meio de instrumentos de controle social. Entretanto, é necessário que o sistema seja "seguro o bastante para fazer a proteção do homem, inclusive para protegê-lo do próprio Sistema Penal" (FONSECA, 2017, p. 224), composta pelas garantias constitucionais e convencionais. Ademais, a estrutura penal segura deve comportar a "evolução do Direito e de novos conceitos sociais neste sistema, para que não fique estancado a ponto de impedir a aplicação da justiça" (FONSECA, 2017, p. 224).

Nesse norte, Habermas defende a fundamentação do Estado de Direito e da Democracia que possam garantir a realização dos direitos humanos e da integração social, através dos pressupostos comunicativos e da formação democrática da opinião e da vontade. Para demonstrar e comprovar a existência de um nexos interno entre Estado de Direito e Democracia, Habermas prossegue com o esclarecimento de três proposições: "(I) o direito positivo não pode ser submetido simplesmente à moral; (II) a soberania do povo e os direitos humanos pressupõem-se mutuamente; (III) o princípio da democracia possui raízes próprias, independentes da moral" (HABERMAS, 2003)

Habermas pressupõe a reconstrução do Direito com base numa autêntica democracia, na qual o consenso aparece na figura de um acordo normativo, em oposição ao imperativo coercitivo. O autor acredita na aplicação da teoria da ação comunicativa nas questões jurídicas e concebe o direito como um meio de integração social. Por outro lado, faz a defesa de uma esfera pública independente e autônoma em relação aos sistemas e subsistemas sociais, a exemplo do

sistema político, econômico e da mídia, e aposta no poder comunicativo dos atores da sociedade civil que devem ser ao mesmo tempo autores e destinatários das leis (BLAY, 2006).

No que se refere à metodologia de apresentação do sistema na teoria da ação comunicativa e na teoria do discurso de Habermas é que são extraídos os fundamentos da teoria da ação significativa, em que Vives Antón se assenta.

Ludwig Joseph Johann Wittgenstein desenvolveu duas filosofias bem distintas: uma exposta na obra *Tractatus Lógico-Philosophicus*, de 1921, e outra em *Investigações filosóficas*, publicado postumamente, em 1953.

As contribuições de Wittgenstein para a proposta de Vives estão nos pressupostos de que o significado de uma linguagem é dado em seu uso, e como são usos diferentes. Wittgenstein fala em jogos de linguagem. Desse modo, não aprendemos o nome dos objetos, mas um comportamento expressivo que substitui o comportamento natural (SALATIEL, 2021, p. 03).

A filosofia da linguagem mostra sua proeminência ao analisar a sociedade como uma estrutura de comunicação: "A filosofia da linguagem mostra sua grande contribuição ao direito neste momento; mesmo que de forma tardia, ao contrário das outras ciências sociais, propostas como a contribuição de Habermas e Wittgenstein (BUSATO, 2005, p. 213-251).

Vive-se em um momento de ruptura de paradigmas no que tange à Teoria do Delito. O sistema penal deve se harmonizar às garantias fundamentais (BUSATO, 2012) e aos direitos humanos - seja no ordenamento jurídico nacional, quanto no regional e internacional. Neste ponto, inegáveis considerações trazidas a partir da concepção garantista de Luigi Ferrajoli, assim como a percepção de Vives Antón, "que se funda na moderna filosofia da linguagem justamente porque se plasma a partir da interação entre ação e norma, em um modelo comunicativo que só existe pela inclusão do ser humano" (BUSATO, 2012).

Irromper com a dogmática dominante é, pois, condição necessária para instaurar-se uma nova metodologia no Direito Penal, avançando o conceito de ação da posição ontológica do causalismo e do finalismo para uma concepção de interpretação e interação social.

CONCLUSÃO

O Direito Penal, como existe, ainda está enquadrado por um desejo punitivo que impõe encarceramentos cada vez menos ressocializantes. A busca pela punição recai sobre a população que vive à margem, sejam pobres, negros, os analfabetos e sem emprego - aqueles que são tipicamente penalizados por um Direito Penal Elitizado.

Com o advento da Filosofia da Linguagem e com a Teoria da Comunicação Social, transfere-se para o Direito penal uma nova perspectiva partindo de uma ruptura com o modelo ontológico de ação penalmente relevante para um modelo significativo de ação.

Em que pese a proposta seja avançar a dogmática penal, não se trata de pôr fim às teorias tradicionais, nem fazer de uma nova concepção uma pretensão universal da ação. O que se pretende é entender a ação como um agir comunicativo, um processo de comunicação social, objetivo e subjetivo, como algo em que os homens sejam julgados não apenas pelo movimento físico em si (causalismo), ou apenas pelo que pensam em fazer (finalismo), mas de acordo com os sentidos que expressam seu comportamento perante as normas sociais com suas alterações constantes.

Diante desse novo cenário, é necessário caminhar para a humanização do sistema penal, buscando a convencionalização do ordenamento jurídico interno brasileiro. Tal fenômeno ocorre em função da ratificação dos Tratados internacionais em direitos humanos e do dever de obrigação e cumprimento desses diplomas, consoante as obrigações previstas no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, importando na proibição do retrocesso aos direitos humanos.

Ao remontar à pergunta de pesquisa, que se limita em saber: O processo penal brasileiro encontra-se convencionalizado, de acordo com princípios humanizados? Infere-se que a convencionalização é fenômeno que ainda avança lentamente quanto à permeabilidade nos diplomas normativos brasileiros. As chamadas "inconveniências" normativas despontam diariamente no sistema jurídico, cabendo aqui, ao judiciário e aos órgãos da justiça combater violações em direitos humanos.

A filtragem convencional é um paradigma fundado no human rights approach (PIOVESAN, 2013), por meio do diálogo entre a humanização do indivíduo no processo penal e a dignidade da pessoa humana. Dessa feita, não se pode conceber direitos e garantias a menos (PORTO, 2021, p. 112). Imperioso papel do Poder Judiciário, que compõe a arquitetura do Estado Democrático de Direito, como instituição que se engaja na luta diária para a consecução de direitos e garantias fundamentais-humanos.

REFERÊNCIAS

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*. Tese de Doutorado. Universidad Complutense de Madrid. FACULTAD DE DERECHO INSTITUTO

UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET. 2015.

BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/NY, Oxford University Press, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. São Paulo, RT, 1993.

BLAY, Renato Toller; HABERMAS, Jürgen: A esfera Pública no processo democrático de legitimação do Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito – UNIMEP, 2006.

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.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848/1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL. Plenário. 09 set. 2015. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 201, de 4 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/porta/images/Resolucoes/Resoluo-n-201.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. STF. HC 141.949/DF. Voto Vogal Min. Edson Fachin. Segunda Turma. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314183493&ext=.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021. p. 16.

BUSATO, Paulo César. Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BUSATO, Paulo César. A evolução dos fundamentos da teoria do delito. 22 nov. 2012. Grupo Nacional de Membros do Ministério Público. Disponível em: <http://www.gnmp.com.br/publicacao/156/a-evolucao->

dos-fundamentos-da-teoria-do-delito. Acesso em: 27 ago. 2021.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. A (in)convencionalidade da prisão diante do não recolhimento do ICMS. In.: NORONHA, João Otávio de. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 1. ed. 2020.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. A impetração do Habeas Corpus Coletivo e a valoração das provas por amostragem. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1025, p. 145, 2021.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. Proteção dos direitos humanos e a nova lei de abuso de autoridade. In.: CAMBI, Eduardo. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Abuso de autoridade. Belo Horizonte: D'Plácido. 2020.

CAMBI, Eduardo; MATTOS, Fernando da Silva; PORTO, Leticia de Andrade. Covid-19 e a população carcerária: impactos na atuação do Ministério Público. In.: CAMBI, Eduardo. GIACÓIA, Gilberto. BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. Covid-19 e Ministério Público. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)* Vs. Perú. Sentencia de 24 de *noviembre* de 2006 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_158_esp.pdf. Acesso em: 18 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de março de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do complexo penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf. Acesso em 10 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Solicitação de medidas provisórias apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos com respeito ao Brasil. Caso das pessoas privadas de liberdade na penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira" em Araraquara, São Paulo, Brasil. Resolução de 30 de setembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_02_por.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil: Assunto do complexo penitenciário de Curado. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de julho de 2004. Medidas provisórias a respeito da República Federativa do Brasil: Caso da penitenciária Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

FAVOREU, Louis. *El bloque de la constitucionalidad*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n.4, p.59-60, jan./mar. 1990.

FERREIRA, Siddharta Legale. ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. Revista Publicum. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2016, p. 67-82.

FOLTRAN, Francisco; BOLZANI, Giulia Fontani; FRANCISCO, Guilherme Ozório Santander. Sistema Constitucional Brasileiro de proteção dos direitos humanos. In.: FACHIN, Melina Girardi (Org.). Guia de proteção dos Direitos Humanos: Sistemas internacionais e sistema constitucional. Curitiba: Intersaberes, 2019.

FONSECA, Pedro. H.C. Teoria da Ação Significativa: uma crítica sob o viés do finalismo. Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito - Delictae, v. 2, n. 2, jan./jun. 2017.

HABERMAS, Jürgen. Teoria de la acción comunicativa. 4. ed. Madrid: Santiliana, 2003.

LAZARI, Rafael de; PIRES, Hugo. Estado de coisas inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 100, mar/abr. 2017.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2011, 8 ed.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La *'Concepción significativa de la acción'* de T. S. Vives e su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del tipo". 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos (Regras de Mandela). Viena, 2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em 12 jul. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus nº 1.358.323-2, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 3ª Vara Criminal. Relator Des. José Laurindo de Souza Netto. 23 abr. 2015. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf. Acesso em: 13 ago. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives*. In.: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. Transformative constitutionalism in Latin America: The emergence of a New *Ius Commune*. Oxford, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Ius commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos*. In.: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*. México, Porrúa, 2013.

PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de Convencionalidade e perspectiva de gênero. Jota. 2 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/controle-de-convencionalidade-e-perspectiva-de-genero-02072021>.

PORTO, Leticia de Andrade. Diálogo multinível: o dever de exercício do controle de convencionalidade pelo Ministério Público[meio eletrônico]. Curitiba, 2021. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021. Orientadora: Melina Girardi Fachin.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAGUÉZ, Néstor Pedro. *EL "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD" EN EL SISTEMA INTERAMERICANO, Y SUS ANTICIPOS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS ECONÓMICO-SOCIALES. CONCORDANCIAS Y DIFERENCIAS CON EL SISTEMA EUROPEO*. s.d. Disponível em: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/Néstor-Pedro-Sagués-El-Control-de-Convencionalidad.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2021.

SALATIEL, José Renato. Filosofia analítica - Wittgenstein e o argumento da linguagem privada. Pedagogia e Comunicação, p. 3, 2021.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. Revista de processo. 2016, v. 259. Set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RPro_n.259.02.PDF. Acesso em: 13 ago. 2021.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. Valência, Tirant lo Blanch, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 9. ed. 2011.

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO DESENVOLVIMENTO SOB AS LENTES DO HUMANISMO INTEGRAL

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO DEVELOPMENT UNDER THE LENS OF INTEGRAL HUMANISM

Luciana de Aboim Machado¹ Bruno Freire Moura² José Ricardo de Santana Filho³

O presente artigo busca examinar o direito constitucional ao desenvolvimento, abordando-o sob três aspectos: socioeconômico (art. 3º, III, da CF/88); universalizante (art. 3º, IV, da CF/88) e ecologicamente sustentável (art. 225, caput, da CF/88). O exame desses desdobramentos do direito ao desenvolvimento se dará à luz da Teoria do Humanismo Integral, do filósofo francês Jacques Maritain, e da Doutrina Social da Igreja Católica. Para tanto, será realizada uma investigação do fenômeno do Humanismo no Ocidente (dos clássicos gregos até a Doutrina Social), tendo por base encíclicas papais e obras específicas sobre a temática humanista, com o escopo de buscar conexões entre a perspectiva filosófica Integral e o direito ao desenvolvimento consagrado em nossa Constituição Federal. Quanto à metodologia, empregou-se o método descritivo analítico, com o uso de revisão bibliográfica da literatura específica sobre o tema em análise. Outrossim, concluiu-se que o modelo de desenvolvimento econômico, social e ambiental consagrado na Constituição Federal possui estreitos laços com a doutrina do Humanismo Integral, devendo sua interpretação e concretização serem feitas sob as lentes da referida doutrina.

Palavras-Chave: Direito ao desenvolvimento; Fraternidade; Humanismo Integral; Doutrina Social.

This article seeks to examine the constitutional right to development, addressing it under three aspects: socioeconomic (article 3, III, of CF/88); universalizing (art. 3, IV, of CF/88) and ecologically sustainable (art. 225, caput, of CF/88). The examination of these developments in the right to development will be carried out in the light of the Theory of Integral Humanism, by the French philosopher Jacques Maritain, and the Social Doctrine of the Catholic Church. Therefore, an investigation of the phenomenon of Humanism in the West (from the Greek classics to the Social Doctrine) will be carried out, based on papal encyclicals and specific works on the humanist theme, with the scope of seeking connections between the Integral philosophical perspective and right to the development enshrined in our Federal Constitution. As for methodology, the descriptive analytical method was used, with the use of a bibliographic review of the specific literature on the subject under analysis. Furthermore, it was concluded that the economic, social and environmental development model enshrined in the Federal Constitution has close ties with the doctrine of Integral Humanism, and its interpretation and implementation should be made under the lens of that doctrine.

Keywords: Right to development; Fraternity; Integral Humanism; Social Doctrine.

¹ 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 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> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2113227493246846>.

² 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.

³ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Advogado. E-MAIL: jrsantana0696@gmail.com.

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, 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 transsubstanciação 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 Mundial, 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. 04) 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 divina (na obra, sepultar os mortos): "... 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).

(1999, p. 01) 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.

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.

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 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 virtudes, suas forças criadoras e a

razão, trabalhando para fazer das forças físicas do mundo um instrumento para liberdade. 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. Desse modo, Maritain (1941, p. 02) 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 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,

portanto, 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, aplacar 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. 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 com o universo, entendido como criação divina) e transcendente (relação filio paterno 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*”.

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 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. 3º 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. 225 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, absentéista 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 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.

Como 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 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 à 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. No julgamento da ADPF nº 186/DF, 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 (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 avesso 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.

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 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 socioambiental, 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) e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), 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 a exploração econômica nociva e a favor da conscientização civil (através da educação ambiental). A referida obrigação preservadora se estende a todos, independentemente 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 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, portanto, 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 toda 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.

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. Ano 51. Número 204. out./dez. 2014. p. 91-108. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509929>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://ods.cnm.org.br/agenda-2030>.

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/l12711.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 186/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26 abr. 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. 2. reimp. 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_enciclica-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_Rh_aro.pdf. Acesso em: 23 mai. 2021.

LLANO, Alejandro. El humanismo cívico y sus raíces aristotélicas. In: Reuniones filosóficas. 38, 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%20ORA%3%8DCES%20ARISTOT%3%89LICAS%2C%20ALEJANDRO%20LLANO.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

LOPES, Jorge Filipe Teixeira. A Filosofia jusnaturalista de São Tomás. 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) -PUC-SP, São Paulo, 2014.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria constitucional. 2010. Disponível em: <http://reduef.org/wp-content/uploads/2013/10/A-FRATERNIDADE-COMO-CATEGORIA-CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso: 25 mai. 2021.

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.unifio.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. Texto produzido para o II Colóquio Internacional de Direitos

Humanos. 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. Texto apresentado no 1º Seminário sobre Humanismo Integral e Desenvolvimento, realizado na PUC-SP, campus Perdizes, em 01 de dezembro de 2012. 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. vol. 71 n.º.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) – PUC/SP, São Paulo, 2013.

SAYEG, Ricardo Hasson. O capitalismo humanista no Brasil. 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. E-book.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. E-book.

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. set./dez. 2016, v. 16, n. 3, p. 817-846. 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) – PUC-SP. São Paulo, 2016.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS REQUISITOS QUE LEGITIMAM A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A CRITICAL ANALYSIS OF THE REQUIREMENTS THAT LEGITIMATE PUBLIC ORDER AS THE FOUNDATION OF PREVENTIVE DETENTION

Guilherme Salvador Banzato Facco¹ Raissa de Cavassin Milanezi²

O artigo em tela analisará os requisitos manejados pela jurisprudência e pela doutrina para embasar a prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública. Sabe-se que a ordem pública é muito questionada por parte da doutrina, por ser uma expressão muito genérica, o que permite, por parte dos operadores do direito, o uso indevido e alargado do instituto. Para tanto, serão apreciados os seguintes requisitos comumente utilizados para justificar a adequação do conceito de ordem pública: 1) A gravidade (abstrata e concreta); 2) clamor social; 3) credibilidade da justiça; 4) periculosidade; 5) reincidência; 6) risco de reiteração. Será analisado se esses fundamentos possuem ou não natureza cautelar - fundamento básico e essencial para legitimar a prisão preventiva no ordenamento jurídico pátrio. Ao final, concluiu-se que a expressão ordem pública é extremamente aberta, o que acarreta em prisões desnecessárias, bem como que os requisitos citados acima não gozam de cautelaridade, exceto o risco de reiteração.

Palavras-Chave: Requisitos da Prisão Preventiva; Ordem Pública; Cautelaridade.

The article in question will analyze the requirements used for the jurisprudence and doctrine to justify the provisional arrest based on the guarantee of public order. It is known that public order is very much questioned by the doctrine, because as it is a generic expression, which allows, by the operators of the law, the misuse of the institute. Therefore, will be analyzed the following requirements commonly used to justify the adequacy of the concept of public order: 1) The gravity (abstract and concrete); 2) social outcry; 3) credibility of justice; 4) dangerousness; 5) recidivism; 6) risk of reiteration. It will be analyzed whether these basis have a precautionary nature or not – a basic and essential ground to legitimize preventive detention in the Brazilian legal system. In conclusion, the expression public order is extremely generic, which leads to unnecessary arrests, as well as that the requirements mentioned above do not have precautionary, except the risk of reiteration.

Keywords: Preventive Arrest's Requirements; Public Order; Precautionary.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST e em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduado pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR e pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogado sócio do escritório Facco, França e Trento advocacia. E-MAIL: g.facco@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-9881-1298. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0802520734850257>.

² Pós-graduada em Ciências Criminais, pós-graduanda em Direito, Tecnologia e Inovação com ênfase em Proteção de Dados. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogada no escritório Cavassin Milanezi Advocacia. E-MAIL: raissadcm@gmail.com. ORCID: 0000-0003-1108-8266. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7079660890731850>.

INTRODUÇÃO

Conforme consta no art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro a "ordem pública" constitui um dos requisitos para decretação da prisão preventiva. Contudo, o conceito de "ordem pública" é comumente discutido na doutrina e alguns operadores do Direito chegam a afirmar que a utilização da ordem pública como fundamento da prisão preventiva é inconstitucional, mas a jurisprudência majoritária rechaça tal argumento.

A discussão ocorre, em síntese, porque a expressão ordem pública é extremamente aberta e diversas prisões são decretadas com base em tal requisito, o que certamente leva à banalização do instituto. Assim, o objetivo do presente artigo é o de analisar alguns dos requisitos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para embasar o decreto preventivo com base na garantia da ordem pública.

Os requisitos usualmente utilizados para defesa da ordem pública, segundo análise feita a partir da leitura de entendimentos jurisprudências e doutrinários são os seguintes: 1) a gravidade, que se divide em abstrata e concreta; 2) o clamor social; 3) a credibilidade da justiça; 4) a periculosidade; 5) a reincidência e 6) o risco de reiteração.

O presente artigo verificará se os fundamentos expostos acima são compatíveis com a natureza da prisão preventiva, ou seja, se possuem natureza cautelar.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um instituto presente no ordenamento processual penal de diversos países, incluindo o Brasil, e tem por finalidade a cautela. Desse modo, estamos diante do primeiro problema: o que especificamente a prisão preventiva visa cautelar?

Para uma corrente, que tem como expoente Aury Lopes Júnior, a prisão provisória busca tutelar unicamente o processo, possuindo somente caráter instrumental processual.

Para outros autores, como Chemim Guimarães, a prisão preventiva não poderia ter um caráter unicamente instrumental, devendo também cumprir o princípio da vedação da proteção insuficiente. Esta ideia pressupõe que as prisões cautelares não estão voltadas somente para o processo, mas também pretendem proteger bens essenciais para a humanidade como, por exemplo, a vida humana e a dignidade sexual.

Parte da doutrina entende que a prisão preventiva é ilegítima e nunca deve ser usada. Nesse sentido, tem-se como expoente Ferrajoli, que sustenta que "toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio" (FERRAJOLI, 2014, p. 511).

Independente de qual concepção adotada, o requisito "ordem pública" sofre inúmeras críticas, mesmo para aqueles que legitimam a prisão preventiva e acham ela necessária. Isso ocorre porque a definição de "ordem pública" é utilizada de maneira muito ampla e se faz necessário adotar um critério mais restritivo, especialmente para os casos em que a prisão é fundamentada com base na reiteração delitiva, gravidade em concreto ou periculosidade do agente.

Inclusive, alguns estudiosos, como por exemplo, Felipe Lazzari da Silveira, sustentam a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública. O principal fundamento é de que ela é antidemocrática, tendo em vista que remonta ao nazifascismo, quando se buscava uma autorização geral e aberta para prender. Também sustentam que é um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer significado semântico.

Nessa perspectiva, a garantia da ordem pública é desprovida de natureza cautelar, sendo que é uma medida tipicamente de polícia, usada como uma forma de garantir a segurança pública, posição doutrinária que tem como expoente Lopes Junior e Tavares. Outrossim, a decisão que reconhece o dano à ordem pública não utiliza os dados objetivos definidos pelo legislador, é simplesmente uma opção política do julgador.

Ainda que o presente artigo não tenha por objetivo analisar a inconstitucionalidade do decreto preventivo para fins de garantir a ordem pública, mas sim de apreciar os requisitos que preenchem esse conceito vago e verificar se eles possuem natureza cautelar, importante trazer à baila que para aqueles que sustentam a inconstitucionalidade desse instituto tem-se a afirmação de que é inadmissível no Estado Democrático de Direito prender alguém, por tempo indeterminado, apenas com indícios de autoria e com base em uma expressão genérica.

Ainda, para aqueles que defendem a inconstitucionalidade, o principal argumento é que o instituto também ofende o princípio da taxatividade, desdobramento do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para outros doutrinadores (e.g. Leonardi), embora o conceito de ordem pública seja extremamente vago e genérico, tal requisito não ofende o princípio da legalidade, uma vez que o julgador delimita, no caso concreto, o significado dessa expressão.

Contudo, tal argumento é frágil, porque o primado da taxatividade impõe ao legislador, e não ao julgador, o uso de conceitos e expressões mais certas, precisas e determinadas.

Ora, o legislador não pode conceder o poder de dizer o que é ou não ordem pública ao Judiciário, e, no momento de criação da norma, devem-se adotar

conceitos, expressões e palavras que sejam menos vagas possíveis, até mesmo para evitar eventual abuso de poder por parte do Estado, conforme entendimento de Silveira.

De acordo com o levantamento feito por Rubens Casara, a maioria dos julgadores criminais brasileiros são adeptos do discurso da defesa social e defendem a própria atuação como o de agentes garantidores da segurança pública. Em pesquisa realizada com 27 (vinte e sete) juízes criminais que atuam na Comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro, constatou que das 25 (vinte e cinco) pessoas que responderam ao questionário se levavam em consideração a segurança pública ao decidirem, 21 (vinte e uma) disseram que "sim" a essa questão (CASARA, 2015, p. 208). Na prática, tem-se que essa postura conduz ao fato de que tais julgadores usam de forma mais elástica o conceito de ordem pública, elevando o número de pessoas presas preventivamente.

Faticamente é possível observar que diversas decisões de prisão preventiva são fundamentadas na ordem pública. Porém, a fundamentação utilizada é tão somente para preencher a expressão com discursos retóricos e normalmente voltadas para a ideologia da defesa social e para o combate à criminalidade, uma vez que a amplitude de tal expressão permite a utilização de tais discursos evasivos.

2 A PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E OS REQUISITOS QUE A LEGITIMAM

Neste capítulo, serão analisados os requisitos mais utilizados pela jurisprudência e pela doutrina para definir o genérico conceito de ordem pública, bem como verificar se tais requisitos possuem ou não natureza cautelar.

2.1 A GRAVIDADE

Os Tribunais brasileiros costumam dividir a gravidade entre gravidade abstrata e concreta, sendo admitido como fundamento da ordem pública somente a gravidade concreta, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Primeiramente, a divisão da gravidade em abstrata e concreta é uma questão de retórica. A rigor, todo delito é grave, abstrata e concretamente, caso contrário não seria crime, em razão do princípio da intervenção mínima, que também é imperativo na fase legislativa.

Sempre é possível encontrar fundamento para legitimar a gravidade em concreto do delito, principalmente nos casos de crimes mais violentos, como, por exemplo, homicídio doloso, estupro, estupro de vulnerável, roubo. Encontram-se os seguintes

argumentos: o modus operandi demonstra a gravidade concreta da ação; o delito foi praticado à luz do dia, diante dos olhares de várias pessoas; a forma como o crime foi cometido demonstra a frieza do acusado configurando a gravidade concreta do delito; a quantidade de droga apreendida demonstra a gravidade concreta do delito.

Portanto, a diferença entre a gravidade abstrata e concreta, será a criatividade do julgador para "fundamentar" o decreto preventivo com base na gravidade em concreto do delito. A gravidade, seja ela qual for, não é uma medida cautelar, mas sim um juízo de mérito, de condenação e de reprovação, que deve ser afastado na ocasião da fundamentação da prisão.

Aquilo que a jurisprudência chama de "gravidade concreta", nada mais é do que uma condenação antecipada, uma censura e uma reprovação, que poderia ser usada na dosimetria da pena, no quesito culpabilidade, mas não como fundamento para a prisão provisória, tendo em vista que é despida de qualquer cautelaridade.

A gravidade, seja ela abstrata ou concreta, é fundamento inidôneo para fundamentar a prisão preventiva como garantia da ordem pública, haja vista a ausência de pressupostos cautelares, configurando uma medida de pena antecipada, bem como uma reprovação e censura antecipadas.

2.2 O CLAMOR SOCIAL

O clamor social, o clamor público ou a repercussão social do delito, embora seja rechaçado pelos Tribunais Superiores, ainda pode ser encontrado nos Tribunais brasileiros como sendo um dos fundamentos para a prisão preventiva como garantia da ordem pública.

A ideia de prender alguém para acalmar o sentimento social ou comunitário decorrentes da prática do delito, embasa o fundamento do clamor social/público. Entretanto, o Poder Judiciário não foi feito para atender aos anseios sociais, caso contrário, não precisaria do Poder Público Estatal e a sociedade agiria conforme a própria vontade.

A prisão cautelar não deve se pautar na vontade popular, que muitas vezes é influenciada pelos meios de comunicação.

Quando a prisão tem como fundamento o clamor público pautado nas justificativas evidenciadas acima, tem-se que o instituto em tela é utilizado com a finalidade de agradar a população, o que é totalmente inadmissível no Estado Democrático de Direito.

A prisão preventiva decretada para satisfação do clamor social representa verdadeira antecipação de pena, violando, obviamente, a presunção de inocência. Não bastasse isso, a vontade de aclamar o clamor público está ligada com as funções da pena, quais sejam, prevenção e retribuição (LOPES JÚNIOR). Tanto

esta como aquela são fundamentos exclusivos da pena criminal, não tendo qualquer relação com a natureza cautelar da prisão preventiva, conforme entendimento de Silveira.

Vejamos o entendimento de Aury Lopes Júnior:

“é inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 842)

Portanto utilizar o clamor social, por vezes também definido como clamor público ou a repercussão social, para embasar o decreto preventivo para garantir a ordem pública, é incompatível com os fins cautelares da prisão em comento.

2.3 A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA

De igual forma, a credibilidade da justiça é comumente utilizada como fundamento para garantir a ordem pública na ocasião em que a prisão preventiva é decretada e isso acontece mesmo com o entendimento dos Tribunais Superiores no sentido de que a motivação é inidônea.

O conceito de credibilidade da justiça está atrelado ao fato de que prender provisoriamente alguém ajuda a manter a imagem de uma justiça eficiente perante a sociedade de um modo geral.

Claramente visa reforçar a confiança da população no sistema de Justiça Estatal, para evitar reações privadas à ocorrência do delito. Assim como no clamor social, quando tal fundamentação é utilizada, tem-se o Poder Judiciário utilizado com o fito de agradar o senso comum, olvidando-se que, em boa parte das decisões criminais, o Judiciário irá adotar posições contramajoritárias.

Nota-se que através do conceito de credibilidade da justiça, é possível prender o acusado em qualquer Ação Penal, tendo em vista que em todos os processos a justiça deve ser “confiável”, conforme explanado por Choukr. Obviamente, não se trata de uma decisão cautelar, mas apenas de um argumento para reforçar o Poder Judiciário e banalizar o instituto da prisão preventiva.

Sobre o fundamento da credibilidade da justiça, “configura uma distorção na utilização do instrumento, uma vez que as instituições públicas dificilmente poderão ser ameaçadas por um crime cometido por um civil” (SILVEIRA, 2015, p. 16).

Assiste razão ao autor, haja vista que as prisões não foram destinadas para garantir a credibilidade do Poder Judiciário, assim como essa

instituição não é frágil a ponto de precisar da prisão de alguém para ter credibilidade.

Ainda, é preocupante do ponto de vista das conquistas democráticas a crença de que as instituições jurídicas dependem das pessoas, pois “quando os poderes públicos precisam lançar mão das prisões para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policalesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 114).

De acordo com Guilherme Madeira, o argumento de credibilidade da justiça para fundamentar a ordem pública é inaceitável, pois a liberdade ou a prisão de alguém não tem o condão de afetar a credibilidade da justiça, posto que a credibilidade vem da própria aplicação da norma constitucional e infraconstitucional.

Dessa forma, resta demonstrado que o argumento da credibilidade da justiça não é compatível com a cautelaridade das prisões preventivas.

2.4 A PERICULOSIDADE

A periculosidade do agente também é motivação comumente utilizada para prender alguém preventivamente em nome da garantia da ordem pública. O termo periculosidade é muito utilizado por diversos julgadores no decreto preventivo e refere-se à assunção de reconhecer o acusado como uma pessoa perigosa. Contudo, quando isso ocorre, existe uma presunção de periculosidade que acaba transformando a prisão cautelar em uma medida de segurança pública – entendimento de Choukr e Lopes Júnior.

Ao utilizar a periculosidade para prender provisoriamente alguém, fica nítido que o julgador adota o discurso da defesa social, com uma visão maniqueísta, em que coloca de um lado o “cidadão de bem, pessoa normal, mocinho”, e de outro o “bandido, vilão, a pessoa perigosa”, sendo este apto a causar abalo na ordem social.

Trata-se de Direito Penal de autor, ou seja, situação em que a pessoa é punida ou presa provisoriamente pelo que ela é, e não pelo que ela fez. Olha-se para o indivíduo, e não para o fato, já que “este direito penal supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 131).

A periculosidade está ligada com a ideia de defesa social, que teve seu auge na segunda metade do século XIX, tendo Lombroso como o principal expoente, momento em que foram criados modelos penais behavioristas e antissecularizados. Na esteira das doutrinas da defesa social, além da legalidade e da ofensa concreta aos bens jurídicos, o desvio se qualifica pelo caráter imoral e antissocial da conduta (CARVALHO, 2015, p. 207).

Observa-se que tal modelo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que se trata de um Direito Penal de autor, próprio de ditaduras, bem como há um desprezo pelos direitos e garantias fundamentais do cidadão conquistadas ao longo da secularização, tão enfatizada na época das luzes, preponderando o discurso da periculosidade e do combate ao inimigo social.

Por fim, ressalta-se que a periculosidade pode ser fundamento para medidas de segurança, mas não para penas e nem para prisões preventivas, conforme entendimento de Cirino dos Santos.

Conclui-se que o uso da periculosidade como fundamento das prisões cautelares é indevido, haja vista a ausência de pressupostos cautelares.

2.5 A REINCIDÊNCIA

Na legislação brasileira, a reincidência traz uma série de consequências negativas para o acusado e para o apenado, sendo a principal delas a agravante prevista no artigo 63 do Código Penal. No processo Penal, é comum notar a reincidência como fundamento para o decreto preventivo visando garantir a ordem pública.

Observa-se que o instituto da reincidência remete a um Direito Penal de autor, uma vez que é verificado o passado do agente, ou seja, olha-se para o que ele é, e não para o fato em si. É um status pessoal (GIAMBERARDINO; ZILIO, 2014, p. 115), uma etiqueta imposta na pessoa e que, em algum momento posterior, pode ser usada de forma desfavorável à pessoa rotulada, reforçando o caráter de Direito Penal de autor que o instituto possui.

Assim sendo, segundo André Giamberardino e Jacson Zilio, "a agravação da pena por conta de condenações anteriores somente se sustenta, em termos de justificação, quando operamos, abertamente, em um modelo de direito penal de autor" (GIAMBERARDINO; ZILIO, 2014, p. 117).

Também está muito atrelada com a periculosidade, pois prende-se alguém que teve condenações criminais passadas, passando a ser visto como uma pessoa perigosa para o meio social, que poderá praticar novos delitos.

Dentro do contexto processual penal e, seguindo esse mesmo raciocínio, é inconcebível que se prenda preventivamente alguém com base no seu passado ou em ações passadas que não guardam nenhuma relação com o fato atual.

O agravamento da pena, ou a prisão provisória pela reincidência, parte da ideia de que a repetição do delito indica um grau de perigo, motivada por circunstâncias psicológicas ou sociais (GIAMBERARDINO; ZILIO, 2014, p. 117).

A reincidência é muito criticada por parte da doutrina. Para Salo de Carvalho, por exemplo, é

inconstitucional porque apresenta "contradição lógica com o princípio da proibição da dupla incriminação (ne bis in idem) (CARVALHO, 2015, p. 397).

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, "esta institución no sólo es incompatible com la Constitución, sino también com la civilización" (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 774).

Cirino sustenta que a reincidência demonstra a "falha do projeto técnico-corretivo da prisão". Para Tavares, a reincidência fere a dignidade da pessoa humana, uma vez que ela impede "a elaboração de normas discriminatórias, que tratem desigualmente autores primários e reincidentes (...)". Rodrigo Duque Estrada Roig argumenta que esse instituto é pautado no imaginário positivista "presente em nossos Tribunais, que possui caráter eminentemente neutralizador do indivíduo e defensivo social, que transcende o sistema penal e propõe a eliminação de toda e qualquer ameaça à ordem jurídica" (ROIG, 2015, p. 193).

Todas essas críticas ao instituto da reincidência são plausíveis, bem fundamentadas e coerentes. Embora o foco de todas essas considerações seja sobre a agravante, elas também são válidas para os demais efeitos que a reincidência provoca no ordenamento jurídico como, por exemplo, a prisão preventiva como garantia da ordem pública pelo fato do acusado ser reincidente.

Tanto a reincidência como os antecedentes criminais violam o direito ao esquecimento que o acusado possui. Esses institutos estão voltados para o passado, ou seja, pelas condenações pretéritas.

O direito ao esquecimento não está expressamente previsto na legislação brasileira, mas é possível encontrá-lo implicitamente dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, III da Constituição brasileira.

Esse direito pretende preservar a proteção do passado, ou seja, é o direito de deixar de ser lembrado por uma ou várias condutas ou fatos pretéritos, que de alguma forma devem ser esquecidos.

Nota-se que a discussão relativa ao direito ao esquecimento é recente e foi trazida na 6ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, precisamente em seu enunciado 531 (MACHADO DA LUZ, 2019, p. 87-89).

Embora tenha surgido no Direito Civil, é possível aplicar o direito ao esquecimento dentro da esfera criminal, especificamente no que tange à reincidência e aos antecedentes criminais.

A pessoa que terminou de cumprir a pena criminal tem o direito de que esqueçam de que algum dia ela esteve em débito com a justiça penal. Portanto, a reincidência, bem como os antecedentes criminais, violam a dignidade da pessoa humana e não devem ser utilizados.

Desse modo, conclui-se que a reincidência não possui natureza cautelar, não configurando um requisito

adequado para a prisão preventiva como garantia da ordem pública.

2.6 O RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA

O risco de reiteração delitiva é um dos requisitos mais usados pelos Tribunais brasileiros para o decreto preventivo pautado na garantia da ordem pública.

Diferente da reincidência e dos antecedentes criminais, que estão voltados para o passado, o risco de reiteração visa o futuro, ou seja, prende-se cautelarmente alguém para evitar que a pessoa pratique novos delitos.

A princípio, o risco de reiteração delitiva possui natureza cautelar, tendo em vista que é possível prender preventivamente alguém para evitar a prática de novos delitos: "se trata de uma detenção por uma suspeita não provada, tanto no que diz respeito ao fato punível cometido quanto ao que ainda se espera que seja cometido" (GOMES SILVA; CHAVES JUNIOR, 2020, p. 15).

Ocorre que esse requisito apresenta problemas, bem como é muito deturpado pelos Tribunais.

Primeiramente, nota-se que o decreto preventivo para garantir a ordem pública fundamentado no risco de reiteração delitiva por parte do segregado, está ligado a uma função de polícia do poder público, e não ao processo penal e seu objetivo, conforme entendimento de Aury Lopes Júnior. Segundo o autor, o risco de reiteração criminosa está voltado para o futuro, sendo impossível fazer tal previsão, salvo se o julgador tiver bola de cristal.

Além disso, remete-se a uma presunção de que a pessoa irá praticar novos delitos, sendo inaceitável, haja vista que a única presunção aceita no processo penal é a de inocência, que permanece intacta em relação a fatos futuros.

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Júnior explica que a prisão preventiva decretada com base no argumento de perigo de reiteração reflete o anseio mítico do Direito Penal do futuro:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de "perigo de reiteração" bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer

solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal (...) (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 845).

Também é possível verificar uma distorção do conceito de risco de reiteração, uma vez que é confundido com a reincidência. São institutos diferentes. O primeiro é voltado para o futuro e o segundo para o passado.

Em muitas decisões é possível perceber que, com base no passado (reincidência e antecedentes criminais), prende-se provisoriamente alguém para garantir a ordem pública e evitar a reiteração delitiva.

O fato de alguém ter praticado delitos no passado, tendo sido condenado e já ter cumprido a pena, não significa que irá cometer novos crimes. A presunção de que a pessoa reincidente e que possui antecedentes irá praticar futuros delitos é inaceitável, violando, obviamente, a presunção de inocência, que deve ser aplicada para todos os acusados, inclusive para os reincidentes e aqueles que possuem antecedentes criminais.

Ademais, conforme já exposto, a reincidência é um instituto obsoleto, arcaico, de Direito Penal de autor e incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, o requisito risco de reiteração delitiva possui, de certa forma, natureza cautelar, mas não deve ser utilizado, tendo em vista que é indemonstrável.

CONCLUSÃO

O requisito para a prisão preventiva "ordem pública" é alvo de controvérsias entre os estudiosos e operadores do processo penal, conforme exposto ao longo do presente trabalho.

Por ser uma expressão excessivamente aberta, é possível encontrar vários argumentos que a justificam, o que legitima o fundamento da sua inconstitucionalidade, haja vista que afronta a legalidade.

Ao longo do trabalho, foram analisados os requisitos comumente usados na jurisprudência e na doutrina para preencher o vazio do jargão "ordem pública". Dentre eles está: 1) a gravidade (abstrata e concreta); 2) o clamor social; 3) a credibilidade da justiça; 4) a periculosidade; 5) a reincidência; 6) o risco de reiteração.

Contudo, observou-se que a utilização da prisão cautelar com fundamento na ordem pública é utilizada de maneira genérica, o que comprova o autoritarismo do sistema penal vigente. Ainda que o

Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido o sistema carcerário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional (ADOF 347, STF), continua deliberadamente prendendo pessoas para produção de corpos úteis e doces.

Dos requisitos analisados, apenas o risco de reiteração pode ter natureza cautelar. Os demais são utilizados de forma equivocada, como se fosse uma punição antecipada, medidas de polícia, de segurança pública e de direito e processo penal de autor, o que comprova que o instituto da prisão preventiva é comumente deturpado e na maioria das vezes não é utilizado de forma cautelar.

Em relação ao requisito risco de reiteração, embora possa ter natureza cautelar, apresenta alguns problemas, sendo o principal deles a sua indemonstrabilidade. Assim, em que pese a reiteração delitiva possa ter natureza cautelar, na prática ela é de difícil aplicação, visto que o julgador não tem a capacidade de fazer exercício de futurologia (LOPES JUNIOR, 2013, p. 115).

Em razão do que foi analisado, conclui-se que é impossível prender alguém preventivamente para garantir a ordem pública, tendo em vista que o único requisito (risco de reiteração) que pode ser usado como medida cautelar é indemonstrável.

No que se refere à prisão preventiva de um modo geral, ainda é possível encontrar críticas pela falta de um prazo peremptório para o seu término e alguns limites como, por exemplo, a possibilidade de ser utilizada somente para delitos mais graves, em que ocorra violência ou grave ameaça à pessoa humana.

Esses fatos também contribuem para a banalização do instituto, podendo ser encontradas no país pessoas que estão presas provisoriamente de forma indevida e por um longo período de tempo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 580.216/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 547.495/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 48.974/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 19/08/2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 58.255/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado

em 15/10/2015, DJe 05/11/2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 122.408/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93315, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00660 RTJ VOL-00207-02 PP-00708. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99072, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-05 PP-01051. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 154883 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 07-08-2018 PUBLIC 08-08-2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 174979 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 27/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 15-10-2019 PUBLIC 16-10-2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 181675 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 506.418/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 25/06/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 121750, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BUENO, Vani Antônio; PANACHUK, Lara Pastorello. Considerações Sobre a Ordem Pública: Aplicação da Prisão Preventiva nos Crimes Contra a Dignidade Sexual. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 5, nº 9. Dezembro de 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. 6. ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal. Parte Geral. 7. ed., revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

DEZEM MADEIRA, Guilherme. Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed., revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GIAMBERARDINO, André; ZILIO, Jacson. Teoria da Pena. Reincidência. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

GOMES SILVA, Luciana Bittencourt. Garantia da Ordem Pública como Critério de Encarceramento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: Uma análise teórico-empírica. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 6, n. 2, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/7105/pdf>. Acesso em 10 jul. 2021.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. "Crônicas de Estupros e Mortes Anunciadas" e a Tese de que a "Prisão Preventiva Para Garantir a Ordem Pública é Inconstitucional". Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 4, nº 7. Dezembro de 2017.

LEONARDI, Lucas Cavini. A Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública no Processo Penal Brasileiro. Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciência Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 9. ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. ed. 4, revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

MACHADO DA LUZ, Pedro Henrique. Elementos do Direito ao Esquecimento. Editora UFPR. Curitiba, 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HCC - 1394978-3 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Regional de Mandaguacu - Rel.: Desembargador Antonio Loyola Vieira - Unânime - J. 06.08.2015. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 3ª C.Criminal - 0012515-51.2020.8.16.0000 - Toledo - Rel.: Juíza Ângela Regina Ramina de Lucca - J. 21.04.2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 3ª C.Criminal - 0051360-89.2019.8.16.0000 - Cruzeiro do Oeste - Rel.: Desembargador João Domingos Küster Puppi - J. 21.04.2020). Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 4ª C.Criminal - 0013786-95.2020.8.16.0000 - Londrina - Rel.: Desembargador Carvílio da Silveira Filho - J. 20.04.2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 4ª C.Criminal - 0049250-54.2018.8.16.0000 - Campo Largo - Rel.: Desembargador Celso Jair Mainardi - J. 13.12.2018. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 5ª C.Criminal - 0015065-19.2020.8.16.0000 - Laranjeiras do Sul - Rel.: Desembargador Luiz Osório Moraes Panza - J. 18.04.2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Revista Faculdade Direito UFMG, Minas Gerais, v. 66, 2015.

TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. 1. ed. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2. ed. 10 reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editora Ediar, 2017.

A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA DO ICMS E O CÁLCULO DA MVA NAS OPERAÇÕES DE VENDA DIRETA NO ESTADO DO PARANÁ

THE PROGRESSIVE TAX SUBSTITUTION OF ICMS AND THE CALCULATION OF MVA IN DIRECT SALES OPERATIONS IN THE STATE OF PARANÁ

José Sebastião Fagundes Cunha¹ Osmar Gomes Junior²

A atividade de venda porta-a-porta – catálogo – realizada por pessoas físicas diretamente ao consumidor, sem a emissão de notas fiscais, redonda em problemática para a cobrança do ICMS. O Estado do Paraná se utiliza da substituição tributária prevista no artigo 113 do Regulamento do ICMS do Estado para fazer incidir o imposto estadual. Nesse sentido, qual seria a base de cálculo do imposto? O valor real da operação, ou seja, o valor pelo qual o produto é vendido ao consumidor? O valor descrito no catálogo dos produtos ou um valor médio do que se pratica no mercado? No Estado do Paraná o legislador optou por fixar a base de cálculo, para fins de substituição tributária, com base na margem de valor agregado, conforme previsão do artigo 114 e seu § 1º do Regulamento do ICMS. O presente trabalho tem como objetivo analisar se o cálculo realizado pelo Estado para firmar a base de cálculo através da margem de valor agregado, alcança realmente o objetivo da justa tributação, de forma a tributar a realidade do fato tributário e não prejudicar injustamente o contribuinte.

Palavras-Chave: Tributário; Venda Direta; ICMS; Substituição Tributária; Base de Cálculo; Margem de Valor Agregado.

The activity of door-to-door sales - catalog - carried out by individuals directly to the consumer, without issuing invoices, results in problems for the charge of ICMS. The State of Paraná uses the tax substitution provided in article 113 of the State's ICMS Regulation to apply the state tax. In this sense, what would be the basis for calculating the tax? The real value of the transaction, that is, the value at which the product is sold to the consumer? The value described in the product catalog or an average value of what is practiced in the market? In the State of Paraná, the legislator chose to establish the calculation basis, for purposes of tax substitution, based on the value-added margin, as provided in article 114 and its § 1 of the ICMS Regulation. The present work aims to analyze whether the calculation carried out by the State to establish the calculation basis through the value-added margin actually achieves the objective of fair taxation, in order to tax the reality of the tax fact and not unfairly harm the taxpayer.

Keywords: Tax; Direct Sale; ICMS; Tax Replacement; Calculation basis; Added Value Margin.

¹ Pós-PhD pela Universidade de Coimbra, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Presidente da 3ª Câmara Cível (Tributário) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual - IPDP. Professor Visitante do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. E-MAIL: desembargador@fagundesjunior.org.br. ORCID: 0000-0001-9838-4513. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1610736588429169>.

² Pós-graduado em Direito Empresarial Contemporâneo. Chefe de Gabinete de Desembargador. Secretário de Eventos do Instituto Paranaense de Direito Processual - IPDP. E-MAIL: osmargj@gmail.com. ORCID: 0000-0001-7863-2655. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1487962323146143>.

INTRODUÇÃO

A revenda de produtos porta-a-porta – por catálogo – é uma das mais antigas modalidades de comércio praticada no Brasil e vem demonstrando sua importância até os tempos atuais.

Os exemplos mais comuns desse tipo de negócio estão relacionados ao ramo de comércio de cosméticos, de utensílios de cozinha, de roupas íntimas e de bijuterias.

De acordo com Berta Marusa Nunes Mendes (2009, p. 34) a venda direta diferencia-se da venda a distância, na medida que neste último, a venda se realiza através dos canais de marketing direto, como correio, telemarketing e canais de comunicação diretos como por exemplo a televisão. Por outro lado, a venda direta necessita da presença de um vendedor, que de forma ativa demonstra os produtos e torna-se responsável pela transação.

Segundo informações publicadas no site da ABEVD (2019) – Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas, o setor movimentou R\$ 45 bilhões no ano de 2019 e envolve cerca de 4 milhões de empreendedores independentes que levam comodidade aos consumidores que não precisam se deslocar até lojas físicas.

Por se tratar de atividade comercial de circulação de mercadorias, a legislação brasileira prevê incidência do ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (artigo 155, II, da CF).

A atividade de venda porta-a-porta popularizou-se, de certa forma, pela sua informalidade, eis que o revendedor apenas atua como vendedor e, desta forma, está desobrigado a emitir notas fiscais ou recolher o imposto, obrigação que cabe diretamente às empresas fabricantes dos produtos na qualidade de substitutos tributários.

A problemática que se verifica nos casos concretos – motivo de inúmeras ações judiciais – diz respeito a efetiva base de cálculo do imposto. Seria o preço sugerido no catálogo ou o preço praticado pelos revendedores? Qual seria a medida adequada a evitar a injustiça tributária? A metodologia utilizada pelo Estado para fixação da base de cálculo fere algum princípio?

Considerando que a competência para legislar sobre o ICMS cabe a cada Estado da Federação e que, nesse viés, as legislações estaduais tratam a questão de formas diferentes, o presente trabalho se restringirá à reflexão de como o Estado do Paraná tem enfrentado esta problemática e qual seria a média indicada.

1 O ICMS E A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Conforme leciona a professora Regina Helena Costa (COSTA, 2020, p.39): *“Dentre as múltiplas incumbências a cargo do Estado está a tributação, que consiste, singelamente, na atividade estatal abrangente da instituição, da arrecadação e da fiscalização de tributos”*, ou seja, a atividade de arrecadação é indisponível, pois se trata de fundamento do interesse público.

Segundo Ruy Barbosa Nogueira (NOGUEIRA, 1995, p. 155) os tributos são receitas que o Estado recolhe do patrimônio dos indivíduos, baseado no seu poder fiscal e fundamento em normas de direito público. Já o artigo 3º do Código Tributário Nacional, nos termos do entendimento do Professor Paulo de Barros (CARVALHO, 2019, p.60), complementa a previsão constitucional e explicita a compulsoriedade da exigência do tributo, afastada qualquer cogitação de prestação voluntária.

Quanto a importância fundamental da arrecadação de tributos, Flavio Galdino (GALDINO, 2002, 139) pontua que *“considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”*.

Dada a necessidade fundamental da arrecadação tributária, o artigo 145 da Constituição Federal determina que A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, podem instituir três tipos de tributos: impostos; taxas e contribuição de melhoria. Igual redação, quanto às espécies de tributo, traz o artigo 5º do Código Tributário Nacional: *“Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria”*.

Nesses termos, denota-se que a Constituição Federal outorga a competência tributária – poder de criar tributos – aos entes federados, dentro da esfera territorial que lhe é conferida e nos limites da parcela de poder impositivo que lhes foi atribuída pela Constituição (SABBAG, 2019, p. 480).

O artigo 155, incisos I a III, outorga aos Estados e a ao Distrito Federal a competência tributária para instituir impostos sobre a transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos – ITCMD; sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior – ICMS, e sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA.

No que interessa ao presente estudo, convém tecer considerações a respeito do ICMS – imposto sobre circulação de mercadorias e serviços.

Considerado o imposto mais importante dos Estados Membros e do Distrito Federal, eis que

responsável pela maior parte das suas receitas tributárias, possui, de certa forma, feição nacional, muitas vezes motivo de "guerra tributária" em razão de seu caráter multifásico – incidência em cada operação – vedada a cumulatividade (COSTA, 2020, p. 402).

A regulamentação do ICMS tem previsão na Lei Complementar nº 87/96 – mais conhecida como Lei Kandir – que traz aspectos gerais de incidência, fato gerador, imunidades, base de cálculo e, em especial, define o sujeito passivo do tributo – aquele a quem cabe o pagamento do tributo – nos seguintes termos: a) pessoas que pratiquem operações relativas à circulação de mercadorias; b) importadores de bens de qualquer natureza; c) prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; d) prestadores de serviços de comunicação; sendo autorizada, ainda, no contexto da substituição tributária, a escolha de uma pessoa para recolher o tributo antes da ocorrência do fato gerador (SABBAG, 2019, p. 1372).

De acordo com o Professor Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2019, apud SOUZA, 1954, pg. 56) a substituição tributária ocorre quando *"em virtude de uma disposição expressa de lei, a obrigação tributária surge desde logo contra uma pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica com o ato, ou negócio tributado: nesse caso, é a própria lei que substitui o sujeito passivo direto por outro indireto"*.

Trata-se da chamada substituição tributária progressiva ou "para frente", na qual ocorre a presunção de ocorrência do fato gerador, antes mesmo que o fato tenha se realizado, ou seja, se presume a ocorrência de fato futura e provável, fazendo surgir o nascimento antecipado da obrigação tributária (COSTA, 2020, p. 242).

Nesse contexto, a conclusão que se apresenta é que o regime de substituição tributária do ICMS somente existe por razões de praticabilidade tributária, uma vez que a prática de atos de fiscalização e controle perante um único responsável tributário se torna muito mais cômoda e eficaz do que se pratica no universo varejista, por exemplo.

Imperioso, contudo, destacar que, conforme pontua a Professora Regina Helena Costa (COSTA, 2020, p. 246), a prática do instituto da substituição tributária, com a presunção do fato gerador, pode trazer consequências patrimoniais gravosas ao substituto tributário, isso porque a base de cálculo do tributo – valor da operação – será calculada em abstrato, não refletindo o seu valor à vista do caso concreto.

O fato gerador do ICMS relativo a operações de circulação de mercadorias (SABBAG, 2019, p. 1374) decorre de qualquer negócio em que ocorra a circulação de mercadorias, independe da natureza jurídica de cada um, devendo entender-se o termo "circulação" como a mudança de titularidade do bem e não a mera movimentação física e "mercadoria" como bem ou coisa móvel que se constitui objeto de venda.

Nesse passo, tem-se que a cada etapa da operação de circulação da mercadoria há incidência do tributo, em razão de seu caráter multifásico (VASCONCELLOS, 2014, p. 650), sendo comum que as fases do mesmo processo produtivo sejam realizadas em diferentes regiões do país.

Em decorrência dessa característica, deve ser observada na incidência do tributo o princípio da não cumulatividade, o qual, nas palavras do professor Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2019, p. 199) *"impõe técnica segundo a qual o valor de tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores"*.

Cito como exemplo uma indústria de sapatos que vende seus produtos ao distribuidor, que, por sua vez, revende ao estabelecimento varejista, que, por fim, revende ao consumidor final. Considerando que a cada etapa de transferência o produto agrega valor maior, a cada etapa incidirá o ICMS, sempre com desconto do valor que já foi pago na operação anterior.

2 DO ICMS INCIDENTE SOBRE AS VENDAS DIRETAS NO ESTADO DO PARANÁ

Conforme abordado na introdução deste trabalho, a atividade de venda porta-a-porta popularizou-se, de certa forma, pela sua informalidade, eis que o revendedor apenas atua como vendedor e, desta forma, está desobrigado a emitir notas fiscais ou recolher o imposto, obrigação que cabe diretamente às empresas fabricantes dos produtos na qualidade de substitutos tributários.

No Estado do Paraná, a norma que rege atualmente a substituição tributária para as operações com mercadorias destinadas a revendedores para venda porta-a-porta está prevista no artigo 113 do Regulamento do ICMS do Estado. Confira-se:

Art. 113. As empresas estabelecidas neste ou em outro Estado, que utilizem o sistema de "marketing" direto na comercialização de seus produtos, ficam responsáveis, na condição de contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes praticadas por (Convênios ICMS 45/1999 e 6/2006; Convênios ICMS 92/2015 e 139/2015; Convênio ICMS 155/2015):

I – revendedores estabelecidos neste Estado que operem na modalidade de venda porta-a-porta exclusivamente a consumidores finais ou em bancas de jornais e revistas;

II – contribuintes regularmente inscritos (Convênios ICMS 45/1999 e 6/2006).

A venda direta por revendedores informais impõe uma série de dificuldades ao fisco na arrecadação do ICMS, justamente porque não há possibilidade fática de a fiscalização tributária atingir tais pessoas, uma vez que os revendedores autônomos não estão obrigados a emitir notas fiscais, recibos,

escriturar informações em livros contábeis, emitir GIA/ICMS, ou seja, não estão sujeitos ao cumprimento das mais diversas obrigações acessórias ligadas ao imposto estadual em exame, razão pela qual, a nosso entender, foi a opção do legislador estatal.

Segundo o Professor Eduardo Sabbag (SABBAG, 2019, p. 866), três fatores foram preponderantes para que fosse criado o instituto da substituição tributária: a) dificuldade de fiscalização de contribuintes pulverizados; b) necessidade de se evitar a evasão fiscal e c) necessidade de otimização da arrecadação.

A informalidade desse ramo de atividade tem origem na própria inércia do Estado que não cria regras e, de forma confortável, impõe aos fabricantes o cumprimento de todas as obrigações fiscais – inclusive as assecuratórias do recolhimento integral do ICMS devido na cadeia econômica/comercial.

Denota-se, assim, que as empresas que pretendem se valer da prática mercantil da venda direta no Estado do Paraná, são erigidas pela norma como substitutas tributárias do recolhimento antecipado do ICMS, antes mesmo que a venda seja efetuada pelos revendedores.

No caso da venda direta, a simples figuração como substituto tributário não teria tamanha relevância econômica se, verdadeiramente, houvesse apenas a responsabilidade de "antecipação do recolhimento do tributo".

A grande problemática que emana da aplicação do instituto no caso concreto é a formação da base de cálculo do ICMS, posto que, em uma operação normal, a base de cálculo seria o valor real da operação, simples assim. Contudo, no regime de substituição, deve a substituta recolher antecipadamente o valor do tributo, fazendo incidir a alíquota sobre uma base de cálculo presumida, ou seja, aquela que o Fisco entende como reflexo do valor que seria praticado pelo revendedor.

Como exemplo, se pode citar a situação em que a consultora adquire um produto para revenda, contudo, por situações econômicas diversas, não consegue vender e utiliza o produto para consumo próprio ou para a sua família. Neste exemplo, o fato gerador que se presumia não se realizou, contudo já foi antecipadamente tributado, tratando-se de clara antecipação financeira que provocará impactos para o substituto tributário e para o substituído.

A correta formação da base de cálculo é fator imprescindível para a formação do tributo.

O mestre Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2019, p. 362) conclui que a base de cálculo tem três funções essenciais: *"a) função mensuradora, pois mede as proporções reais do fato; b) a função objetiva, porque compõe a específica determinação da dívida; e c) a função comparativa, porquanto, posta em comparação com o critério material da hipótese, é*

capaz de confirmá-la, infirmá-la ou afirmar aquilo que consta no texto da lei, de modo obscuro".

A Professora Regina Helena Costa (COSTA, 2020, p. 242) pontua de forma profícua que *"a utilização de abstrações generalizantes, tais como as presunções e ficções, deve ser efetuada com parcimônia e apenas nas hipóteses em que não seja possível a prova direta do fato, sem demasiado custo ao Poder Público"*, tudo em homenagem ao princípio da verdade material ou da realidade.

A abstração da base de cálculo induz à abstração do próprio imposto a ser pago, resultando num montante fictício que contraria veemente os princípios da segurança e da certeza do crédito tributário (MELO, 2005, p. 185).

Buscando reduzir possíveis discrepâncias ocorridas pela discricionariedade da Administração Pública na fixação da base de cálculo presumida, o legislador entendeu que seria necessário a elaboração de um fator único, capaz de prever a margem de agregação a ser adicionada ao valor do produto, já considerando o consumidor final, o qual chamou de Margem de Valor Agregado – MVA.

A Lei Complementar nº 87/96, de âmbito nacional, dispõe que a MVA deverá observar os preços usualmente praticados no mercado considerado, sendo que, a partir destes montantes, deve-se aplicar uma média ponderada:

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

A Lei Estadual nº 11.580/96, então, tratou da base de cálculo para fins de substituição tributária, fazendo referência à maneira de calcular a MVA:

Art. 11. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes. § 3º A margem a que se refere a alínea 'c' do inciso II deste artigo será estabelecida com base nos seguintes critérios:
I - levantamentos, ainda que por amostragem, dos preços usualmente praticados pelo substituído final no mercado considerado;
II - informações e outros elementos, quando necessários, obtidos junto a entidades representativas dos respectivos setores;
III - adoção da média ponderada dos preços coletados.

Com efeito, o que se observa das normas é a necessidade de que o preço de cada produto individualizado observe aquilo que é efetivamente praticado no mercado, com as devidas comprovações das operações, fazendo-se uma média ponderada com prudência, considerando o peso de cada valor, as circunstâncias inerentes a cada produto, as circunstâncias inerentes ao consumidor final e, por fim, uma análise atenta e detalhada de todos estes elementos, não de forma isolada, mas em conjunto, de forma a chegar na MVA praticada nas operações reais.

A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, bem como a Margem de Valor Agregado exigido pelo Estado do Paraná para produtos comercializados através de venda direta estão previstos no artigo 114 e seu § 1º do Regulamento do ICMS. Confira-se:

Art. 114. A base de cálculo do imposto, para fins de Substituição Tributária - ST, será o valor correspondente ao preço de venda ao consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente ou, na falta desta, o preço sugerido constante de catálogos, listas de preços ou similares, emitidos pelo fabricante ou remetente, ou utilizados pelos revendedores, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço (Convênios ICMS 45/1999 e 6/2006).

§ 1º Na falta dos valores de que trata o "caput", a base de cálculo do imposto será o preço por ele praticado, incluídos os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, do frete e das demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de MVA estabelecido em Resolução do Secretário de Estado da Fazenda (Convênios ICMS 45/1999 e 6/2006).

Da leitura do caput do artigo supra colacionado, extrai-se que o Estado do Paraná prevê que a base de cálculo do ICMS-ST, no caso de venda direta, será fixada de duas formas: 1ª) mediante o valor correspondente ao preço de venda ao consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente, ou, na falta desta: 2ª) com base no preço sugerido constante de catálogos, listas de preços ou similares, emitidos pelo fabricante ou remetente, ou

utilizados pelos revendedores, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço.

Desde logo se descarta o uso da primeira hipótese: a um porque a norma não define qual seria o órgão competente para emití-la e a dois porque o tabelamento de preços fere o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo previamente inconstitucional e, portanto, sem aplicação imediata.

Com relação à segunda opção que impõe o uso dos valores indicados em catálogos ou congêneres como montante de base de cálculo, da mesma forma não se revela a medida mais justa.

Conforme registra BERTA (2019, p. 39), *"Em qualquer modelo de venda direta, o vendedor assume uma condição de empresário independente, sendo inteiramente responsável pela gestão do seu próprio negócio. Ele adquire os produtos da empresa por um preço de atacado (ou com desconto) e pode revendê-los pelo preço sugerido pela empresa de venda direta ou não, auferindo o lucro que deseja obter em cada transação". (...) Neste caso, o revendedor efetua a compra dos produtos, a preço de atacado, diretamente do fabricante e repassa o valor do produto para o consumidor final com uma margem de lucro que varia entre 20% a 50%, dependendo da empresa".*

Nesse contexto, a regra que prevalece é a de que o preço de catálogo se trata de mera sugestão ao revendedor, tanto o é, que no próprio artigo 114 do Regulamento do ICMS consta a expressão "preço sugerido" e há previsão expressa em seu § 5º da possibilidade de comprovação, pelo substituído, de tal circunstância:

§ 5º Para o substituto tributário que comprovar, com base nos critérios de determinação de base de cálculo estabelecidos no art. 13 deste Regulamento, que o preço ao consumidor final constante em catálogo não é o usualmente praticado no mercado paranaense em condições de livre concorrência, poderá ser aplicado sobre o preço constante do catálogo o percentual de redução apurado, que será divulgado em ato expedido pelo Diretor da CRE.

Ultrapassada a viabilidade das hipóteses de base de cálculo imposta no caput do artigo 114 do Regulamento do ICMS, o seu § 1º traz a previsão de que, nesse caso, a base de cálculo do ICMS-ST *"será o preço por ele praticado, incluídos os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, do frete e das demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de MVA estabelecido em Resolução do Secretário de Estado da Fazenda".*

De fato, em pesquisa ao site da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, encontra-se facilmente a resolução SEFA nº 571/2019 que estabelece os percentuais de MVA - Margem de Valor Agregado original a serem utilizados nas operações com

mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Contudo, o conteúdo da norma traz apenas tabelas com a numeração do item descrito, com os códigos CEST e NCM/SH, com a descrição da mercadoria e seus protocolos junto ao Confaz e, por fim, o valor a ser aplicado a título de MVA, nada mais. A precariedade das informações é de tal tamanho, que sequer há descrição das siglas utilizadas, cabendo ao leitor um exercício de adivinhações ou deduções.

Nesse liame, constata-se que o ato administrativo que fixa as margens de valor agregado a serem observadas pelo substituto tributário, conforme determina o § 1º do artigo 114 do RICMS, contraria as disposições do § 4º do artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96 e também o que prevê o artigo 11, inciso II, alínea "c" da Lei Estadual nº 11.580/96, na medida em que não traz qualquer informação a respeito da forma que se alcançaram os percentuais de MVA, quais foram os estudos e análises de mercado realizados ou qual a fórmula de cálculo que deu origem a tais valores.

A ausência de informações que fundamentam a norma, fere o princípio da segurança jurídica tributária, o qual, segundo lição da professora Regina Helena Costa (2020, p. 88) consagra que: *"Na seara da tributação, a segurança jurídica expressa-se, especialmente, pelas noções de legalidade, formal e material (arts. 5º e 150, I, CR), de isonomia e pelo caráter vinculado da atividade administrativa de cobrança do crédito tributário"*.

Há que se ponderar, ainda, que a referida resolução não observa o Princípio da Praticabilidade Tributária, que, nas palavras da Professora Regina (2020, p. 102) apresenta a seguinte formulação: *"as leis tributárias devem ser exequíveis, propiciando o atingimento dos fins de interesse público por elas objetivado, quais sejam, o adequado cumprimento de seus comandos pelos administrados, de maneira simples e eficiente, bem como a devida arrecadação de tributos"*.

No intuito de complementar o presente estudo, no sentido de demonstrar a imprecisão das normas que tratam da base de cálculo do ICMS-ST nas vendas diretas, imperioso trazer à reflexão a recente decisão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento do recurso de apelação cível nº 0002907-08.2006.8.16.0004, que conheceu e deu provimento ao recurso de apelação da Natura S/A para acatar os termos da conclusão do laudo pericial e fixar o valor cabível à Margem de Valor Agregado no percentual de 40,57%.

O laudo pericial produzido nos autos chegou à conclusão de que a MVA real era de 40,57% com base em densa pesquisa de material contábil, em entrevistas com 1.412 consultoras da Natura, bem como com 22 visitas a encontros de consultoras, concluindo o perito que muitos produtos eram adquiridos para consumo e

que a maioria das vendedoras concediam descontos sobre o preço de catálogo, razão pela qual não poderia ser mantido o percentual de 72% praticado pelo Estado do Paraná.

CONCLUSÃO

O instituto da substituição tributária progressiva relativo ao ICMS, em que pese represente inovação na efetividade da fiscalização tributária, carece de normas claras e de necessária adequação aos princípios da segurança jurídica, da praticabilidade tributária, da eficiência, da publicidade e da capacidade contributiva.

A formulação de normas fiscais que prescindem de estudos técnicos e fundamentados, impondo obrigações que não retratam a realidade dos fatos tributários, contraria os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e do desenvolvimento social, pois elevam sobremaneira a carga tributária de setores essenciais à sociedade.

Não se nega a essencialidade da arrecadação tributária para a promoção dos objetivos do Estado, contudo, se esta passa a prejudicar injustamente o contribuinte cidadão, deixa de cumprir o seu papel fundamental: o bem-estar social.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Coord. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas. Disponível em: <https://www.abevd.org.br/>.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. Lei Complementar nº 87/1996. LEI KANDIR. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 30 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ESTADO DO PARANÁ. Lei Orgânica do ICMS - 11.580/1996. Secretaria de Estado e Fazenda, 2019. Disponível em <http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=464>. Acesso em: 08 set. 2020.

ESTADO DO PARANÁ. Regulamento ICMS - Decreto 7.871/2017. Secretaria de Estado e Fazenda, 2019. Disponível em: <http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=464>. Acesso em: 08 set. 2020.

ESTADO DO PARANÁ. Resolução SEFA nº 571/2019. Secretaria de Estado e Fazenda, 2019. Disponível em: <http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=580>. Acesso em: 08 set. 2020.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In Torres, Paulo Lobo (org). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELO, Eduardo Soares de. ICMS: teoria e prática. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MELO FILHO, João Aurino de. Racionalidade legislativa do processo tributário. Salvador. Juspodivm, 2018.

MENDES, Bertha Marusa Nunes. Venda direta: a fidelização dos revendedores como estratégia competitiva. Dissertação de mestrado. Fortaleza, Universidade Federal do Ceará. Disponível em http://www.ppac.ufc.br/images/Corpo_Discen te_ - _Mestrado_Profissional/bertha_marusa_nunes_mendes_2009.pdf. Acesso em: 09 set. 2020.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VASCONCELLOS, Mônica Pereira Coelho de. ICMS: distorções e medidas de reforma/ Mônica Pereira Coelho de Vasconcellos – Vol XIII - São Paulo: Quartier Latin, 2014.

OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANNED OBSOLESCENCE AND CONSUMER LAW

Fábio Gabriel Lascoski Ferraz¹ Recieri De Tarso Zenardi² Sayonara Aparecida Saukoski³

O presente artigo apresenta possíveis direitos que possam proteger os consumidores brasileiros da Obsolescência Programada, tendo em vista o atual mercado consumidor, no qual as fabricantes vêm diminuindo de forma intencional a vida útil dos produtos. Com os hábitos de consumo aumentando exponencialmente, um dos pontos que colaboram para isso, é a proposital decisão de mercado que consiste em encurtar a vida útil dos produtos. Sendo geralmente notada em eletrodomésticos e eletrônicos, a Obsolescência Programada faz com que os produtos quebrem ou deixem de funcionar antes do esperado e o consumidor tenha que substituí-los por novos com certa frequência. Desta forma, será explanado acerca da Obsolescência Programada, como se manifesta a referida prática e serão analisados dispositivos legais, como o Código de Defesa do Consumidor, com a finalidade de verificar se há proteções legais que possam resguardar os consumidores desse fato.

Palavras-Chave: Consumidor; Direito; Obsolescência Programada; Vulnerabilidade.

This article presents possible rights that may protect brazilian consumers from planned obsolescence, considering the current consumer market, in which manufacturers have been intentionally reducing the useful life of products. With consumption habits increasing exponentially, one of the points that contribute to this is the deliberate market decision that consists of shortening the useful life of products. Being generally noticed in appliances and electronics, programmed obsolescence causes products to break or stop working sooner than expected and the consumer has to replace them with new ones with a certain frequency. Thus, it will be explained about the planned obsolescence, how this practice manifests itself and it'll be analysed legal provisions, such as the Consumer Code, in order to verify if there are legal protections that can protect consumers from this fact.

Keywords: Consumer; Law; Planned Obsolescence; Vulnerability.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santa Amélia - UNISECAL. Técnico em Informática pelo Instituto Federal do Paraná - IFPR. Estagiário da Secretaria da Direção do Fórum da Comarca de Irati. E-MAIL: gabriellascoskiferraz@gmail.com.

² Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Graduado em Direito pela Faculdade União. Professor do curso de Direito no Centro Universitário Santa Amélia - UNISECAL. Advogado no escritório Koprovski e Zenardi Advogados Associados. Juiz Leigo pelo 3º Juizado Especial da Comarca de Ponta Grossa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR, E-MAIL: recieri.zenardi@professorsecal.edu.br.

³ Mestre em Ciências Jurídico Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, validado pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Professora no Centro Universitário Santa Amélia - UNISECAL. Advogada. E-MAIL: sayosau@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Sendo uma prática mercadológica amplamente utilizada, principalmente em dispositivos eletrônicos, como celulares, computadores e tablets, a Obsolescência Programada consiste em reduzir a vida útil do produto, fazendo com que apresente defeitos após certo prazo ou até mesmo que se torne tecnologicamente ultrapassado. Assim, a Obsolescência Programada influi os consumidores de muitos aparelhos a realizarem a troca dos mesmos o quanto antes, seja porque aparentam estar velhos ou porque se tornaram inutilizáveis.

Essa estratégia dos fabricantes, além de gerar grandes quantidades de lixo eletrônico na natureza devido ao aumento do consumismo, também causa prejuízos à população, a qual precisa estar periodicamente desembolsando dinheiro para adquirir um novo aparelho ou, para os mais insistentes, gastando em diversos consertos até não haver mais peças de reposição disponíveis no mercado ou esgotarem as possibilidades de reparo. Deste modo, verificar-se-ão os dispositivos legais brasileiros, como o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal, com o fim de analisar sua capacidade de resguardar os consumidores dessa prática agressiva e prejudicial empregada principalmente por empresas de tecnologia.

1 OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A Obsolescência Programada, ou planejada, como se referem alguns autores, teve seus primeiros indícios em torno do século XX, num contexto onde a economia estadunidense passava por uma de suas principais recessões, a Grande Depressão de 1929. Nesse período, a população passou a utilizar seus objetos por muito mais tempo, sem sentir a necessidade de adquirir novos produtos, o que corroborava ainda mais para que novos produtos ficassem estagnados em portos, armazéns e fábricas. Desta maneira, a economia ficou cada vez mais estagnada. De acordo com o autor:

A Obsolescência Programada - o fabricante interrompe/programa a vida útil dos produtos intencionalmente - aparece, pela primeira vez, na década de 1930 como uma solução ao desemprego e à crise econômica que atingiu, principalmente, os Estados Unidos e, em seguida, vários países do mundo. A crise de 29, que levou os Estados Unidos a registrar 25% de desemprego da sua PEA - População Economicamente Ativa - teve início na segunda década do século XX, mais precisamente a partir de 1925, quando a euforia pelo consumo deu lugar à depressão. A crise tem suas bases na mecanização que gerou muito desemprego, ou

seja, a mudança da composição orgânica do capital, preconizada por Karl Marx no século XIX (Marx, 1996), e no aumento da produção, enquanto o salário permanecia nos mesmos patamares (MAGERA, 2012, p. 96).

Em meio à crise, e como uma ação desesperada para manter um fluxo de vendas constante, bem como um maior faturamento, os fabricantes começaram a injetar produtos de baixa longevidade em um mercado saturado de produtos duráveis, o que, devido ao retorno obtido, veio a se tornar uma prática mercadológica presente até os dias atuais, sendo principalmente notada em produtos de tecnologia como smartphones, computadores e eletrodomésticos (HONORATO, 2017, p. 17).

Um dos primeiros registros dessa prática, considerado como um marco para sua elucidação, ocorreu no mercado de lâmpadas incandescentes, onde diversas fabricantes se reuniram em uma espécie de cartel, intitulado *Phoebus*, formado por grandes empresas globais como a *Osram*, *Philips*, *Companie des Lampes* e a *General Electric*. Todas as empresas possuíam um objetivo em comum: delimitar a vida útil do filamento dessas lâmpadas, assim fazendo com que elas quebrassem após certo tempo de uso e surgisse a necessidade de substituí-las por outras novas em pouco tempo. Como explicado pelo autor:

Os primeiros passos para a obsolescência planejada foram dados em 1924. Um grupo de fabricantes de lâmpadas dos Estados Unidos e Europa se reuniram para determinar a vida útil das lâmpadas. O cartel S. A Phoebus determinou que as lâmpadas deveriam ter uma vida útil de 1.000 horas, contra as 3.000 horas das que estavam sendo produzidas na época. As empresas Osram e Philips comandavam a reunião e os fabricantes que não seguissem a determinação do grupo (cartel) seriam punidos com multas (Revista Printer's, v. CXL III, n. 6, New York, 10 mai. 1928). Portanto, a lâmpada que foi inventada por Thomas Edison, em 1881 (neste período com 1.500 horas de vida), foi a primeira vítima da Obsolescência Programada (MAGERA, 2012, p. 96).

Recentemente, em 2014, O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor realizou uma pesquisa em parceria com a *Market Analysis*, acerca do hábito de consumo dos brasileiros e suas percepções relativas ao descarte de produtos, considerando que há diversas práticas comerciais realizadas pelas fabricantes com o objetivo de aumentar a compra de novos objetos, devido a eles estarem "ultrapassados". O quadro 1 apresenta alguns dos produtos aventados pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor caracterizados pela estratégia da Obsolescência Programada.

Quadro 1. Tempo de uso de cada equipamento, de acordo com os entrevistados.

Equipamentos	Menos de 3 anos	Equipamentos	Mais de 10 anos
Celulares e Smartphones	54%	Lavadoras de Roupas	33%
Câmeras	32%	Fogões	41%
Impressoras	27%	Geladeiras	49%
Computadores	29%	Televisões	34%
Micro-ondas	20%	-	-
DVD ou Blu-Ray	30%	-	-

Fonte: IDEC (2014).

Ao desenvolver a pesquisa, o IDEC chegou ao resultado acima, onde pode-se notar o quão determinados produtos estão sujeitos à estratégia da Obsolescência Programada, sendo os celulares e smartphones os mais afetados, pois no prazo de três anos a probabilidade de haver necessidade de troca, devido a defeitos ou defasagem de funções, é de 54%. Além disso, ainda de acordo com o estudo, um em cada três celulares ou smartphones foram substituídos por falta de funcionalidades e três em cada dez eletrodomésticos foram substituídos devido a defeitos, mesmo que todas as suas funções não estivessem comprometidas.

Tratando-se de um problema atual no cenário nacional, iniciamos pela conceituação do termo Obsolescência Programada.

1.2 CONCEITUAÇÃO

Podendo ser definida pelo sentido literal de seu nome, a Obsolescência Programada consiste no ato de fazer um determinado produto tornar-se obsoleto após um certo período de tempo programado pela fabricante. Assim, o ciclo de vida, que é o tempo médio o qual se espera que o produto execute normalmente suas funções, é propositalmente encurtado, podendo-se verificar tal ato tanto no que se refere a durabilidade, onde o objeto deixaria de funcionar, quanto no sentido de ultrapassado, onde há limitações impostas intencionalmente para serem sanadas na próxima edição, a fim de incentivar o consumidor a sempre precisar comprar outro produto. Como bem sugeriu Silva:

A Obsolescência Programada, para os que ainda não estão familiarizados com o conceito, é uma estratégia da indústria para "encurtar" o ciclo de vida dos produtos visando a sua substituição por novos e, assim, fazendo, como já foi dito, "girar a roda" da sociedade de consumo. Poderíamos dizer que há uma lógica da descartabilidade programada desde a concepção dos produtos. Em outras palavras, as coisas já são feitas para durarem pouco (SILVA, 2012, p. 01 apud HONORATO, 2017, p. 11).

Apesar da prática já existir anteriormente, o conceito de Obsolescência Programada só surgiu em 1932, por meio de um folheto denominado *Ending the Depression Through Planned Obsolescence*, que em tradução literal significa "Acabar com a Depressão através da obsolescência planejada", criado pelo investidor imobiliário estadunidense Bernard London como forma de uma resposta à crise em curso, que além de envolver produtos duráveis estagnados nas prateleiras, também era motivada pela baixa oferta de opções e criatividade, o que deixava os consumidores desinteressados e sem dar-lhes a necessidade de comprar novos produtos (MAGERA, 2012, p. 97).

Entretanto, mesmo sendo algo nocivo ao consumidor, a Obsolescência Programada foi uma prática de grande importância na economia, pela necessidade de mantê-la "girando". Considerando que consumidores com produtos duráveis não seriam novos compradores tão cedo, a redução da vida útil dos produtos conseguiu criar um interesse e necessidade da população em manter seus hábitos de consumo em dia, já que precisariam obter novos produtos antes do esperado, devido ao antigo ter parado de funcionar ou ficado ultrapassado rapidamente, levando as empresas a conseguirem aumentar de forma expressiva seus lucros, pelo grande aumento tanto no volume quanto na frequência de vendas (MAGERA, 2012, p. 97).

Ademais, as fabricantes também conseguiram reduzir consideravelmente os custos de produção de seus bens de consumo, pois como se utilizavam de peças de menor qualidade, menos duráveis ou mesmo de tecnologias já ultrapassadas, os custos tornavam-se mais baixos, o que, conseqüentemente, poderia refletir tanto em produtos mais baratos ao consumidor ou simplesmente lucros maiores na venda no varejo. Além do mais, a popularização da precariedade dos produtos também possibilitou a emergência de um consumismo desenfreado, como abordaremos adiante (HONORATO, 2017, p. 17).

Os desejos de consumo vêm sendo estimulados todos os dias por meio de peças publicitárias com os mais diferentes tipos de abordagens, as quais procuram vincular felicidade e realização pessoal com o ato de comprar. Independentemente de quaisquer conseqüências ambientais ou de possíveis endividamentos, o Consumismo é praticamente um estilo de vida, é o hábito de consumir de modo desenfreado, pelo mero desejo e impulso de obter felicidade através da compra de um determinado produto, mesmo que ele não seja necessário naquele momento ou que o consumidor realmente precisasse dele (EFING; PAIVA, 2016, p. 120).

Esse estilo de vida resulta em altas demandas para os fabricantes, os quais mantêm uma produção constante e cada vez maior dos mais diversos tipos de produtos, o que acarreta futuros e imediatos danos

ambientais para que sua produção seja efetivada, especialmente no ramo tecnológico, onde um mero computador ou smartphone já se torna obsoleto meses depois de seu lançamento no mercado consumidor, gerando um grande desperdício de recursos naturais e o acúmulo de lixo (EFING; PAIVA, 2016, p. 121).

De qualquer maneira, ao contrário desse consumo exorbitante existente, há o Consumerismo, o qual baseia-se em um modo de consumo mais consciente, fundamentando-se na seletividade, e levando sempre em consideração questões ambientais, valores sociais e a real necessidade em se obter um novo bem de consumo, assim sendo uma contribuição voluntária e solidária que vem a garantir a sustentabilidade. Entretanto, essa prática de consumerismo não é muito frequente no cotidiano das pessoas, visto que a Obsolescência Programada contribui para produção de consumidores em larga escala social (EFING; PAIVA, 2016, p. 122).

Situar e melhor discutir esse problema é o que será feito a seguir no presente texto.

1.3 CLASSIFICAÇÃO

A Obsolescência Programada pode se manifestar das mais distintas formas aos consumidores durante a vida e o uso do produto adquirido, onde há de se destacar três principais que são frequentemente aplicadas pelas fabricantes em seus projetos: a obsolescência funcional, a de durabilidade e a de deseabilidade (SILVA, 2018, p. 56).

1.3.1 OBSOLESCÊNCIA FUNCIONAL

Esta é a forma mais comum e a mais utilizada de Obsolescência Programada, a qual consiste em o fabricante lançar um novo produto no mercado com o objetivo de substituir um antigo, porém que execute suas funções de forma melhor e com mais eficiência que o anterior (SILVA, 2018, p. 57).

Contudo, deve-se salientar que, ao contrário do processo natural da evolução tecnológica que acaba causando esse tipo de obsolescência, esta situação se torna um problema ao consumidor quando o fabricante força essa condição, optando propositalmente por reter o uso de novas tecnologias que já tenha desenvolvido, não implementando-as em seu portfólio atual de dispositivos e deixando para lançar posteriormente essas melhorias em um novo aparelho, fazendo com que o consumidor tenha comprado um produto que estará defasado em pouco tempo (HONORATO, 2017, p. 16).

Essa obsolescência é bastante perceptível no mercado de smartphones, onde as empresas mesmo dispendo de toda a tecnologia necessária, tanto em software quanto em hardware, para implementar determinado recurso em um celular, decidem fazer isso

somente na geração seguinte daquele aparelho, com o fim de estimular o consumidor a adquirir aquela versão mais recente do produto com as novas funções e/ou melhorias que, entretanto, já poderiam ter sido lançadas nos aparelhos antigos da fabricante.

Ademais, deve-se efetuar a distinção acerca da forma em como ocorre essa obsolescência, já que ela pode se manifestar de forma natural, devido ao avanço da tecnologia, bem como de modo forçado, que pode ser chamado também de obsolescência técnica, onde ocorre a proposital retenção de tecnologias com o objetivo de lançá-las posteriormente em um novo aparelho, mantendo-se, desta forma, um fluxo contínuo de vendas (HONORATO, 2017, p. 17).

Como exemplificação desta obsolescência técnica, vislumbra-se a Apple, que lançou em 2019 o iPhone 11, um smartphone que possui entre suas características técnicas, uma tela de resolução levemente superior ao HD, a qual já era tecnologicamente defasada tendo em vista outros smartphones de precificação e categorias semelhantes de outras fabricantes lançados naquele mesmo ano. Posteriormente, em 2020, foi lançado o iPhone 12, o qual possui uma tela de resolução Quad HD, que equivale a aproximadamente quatro vezes a resolução do aparelho antigo, resultando em uma imagem muito mais nítida.

Ocorre que a tecnologia empregada na tela de seu último lançamento já existia e era amplamente difundida no mercado, porém a empresa optou intencionalmente por não utilizá-la antes, com a intenção de incluir e lançar em um novo aparelho, assim tornando todos os modelos anteriores defasados de forma proposital e, conseqüentemente, fomentando os consumidores a comprarem o novo dispositivo. Além da obsolescência funcional, há também a obsolescência de qualidade.

1.3.2 OBSOLESCÊNCIA DE QUALIDADE

A obsolescência de qualidade ou durabilidade, como se referem alguns autores, caracteriza-se pelo uso de peças de baixa qualidade nos produtos fabricados, de modo que sua vida útil, que é o tempo que se espera que determinado produto funcione corretamente, seja propositalmente encurtado, assim criando a necessidade de o consumidor precisar adquirir um novo (SILVA, 2018, p. 57).

Devido os fabricantes utilizarem certas técnicas ou materiais de baixo custo, muitas vezes com o pretexto de baratear o valor de venda dos produtos, os bens de consumo apresentam falhas em pouco tempo de uso, geralmente ao fim do período de garantia, ao tentar executar as funções básicas para o qual se destinam, assim necessitando de reparos, os quais inclusive podem demandar peças que chegam a ser tão caras quanto o próprio equipamento ou até mesmo difíceis de encontrar no mercado, fazendo com que o

consumidor cogite a compra de um novo ao invés de consertar o seu antigo (SILVA, 2018, p. 57).

É possível verificar o uso dessa obsolescência sendo posta em prática com formação do cartel *Phoebus*, onde o filamento das lâmpadas teve sua qualidade reduzida, de forma intencional, para que assim durasse menos tempo e criasse a necessidade da substituição daquele produto ciclicamente em períodos de tempo cada vez menores, e, conseqüentemente, gerando mais lucros às empresas envolvidas.

Outra técnica utilizada por fabricantes neste tipo de obsolescência é tornar escassas as peças de reposição para reparos, forçando os consumidores a realmente precisar adquirir um produto novo. Inclusive, tal prática é uma infração, conforme o Art. 13, XXI, do Decreto nº 2.181/1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Deixar de assegurar a oferta de componentes e peças de reposição, enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto, e, caso cessadas, de manter a oferta de componentes e peças de reposição por período razoável de tempo, nunca inferior à vida útil do produto ou serviço (BRASIL, 1997).

Nossa legislação obriga que sejam ofertadas peças de reposição, entretanto, sem especificar um prazo, deixando aberto o entendimento acerca do que seria um tempo razoável após a cessação da fabricação ou a vida útil do produto.

1.3.3 OBSOLESCÊNCIA DE DESEJABILIDADE

Também chamada de obsolescência de estilo ou estilística, é quando algum produto que está funcionando corretamente e cumprindo com o que foi planejado, não necessariamente se encontra com sua tecnologia ultrapassada, mas sim seu design que se tornou propositalmente datado, pois já não é o mais atual do mercado, estando assim fora das novas tendências lançadas pela fabricante, conforme explanado pelo autor:

Obsolescência estilística ocorre quando um produto está menos na moda e mais indesejável devido a tendências que estão empurrando em uma direção diferente. O produto é bastante funcional e pode funcionar em todos os sentidos, a não ser esteticamente. Os consumidores que seguem as tendências têm o seu julgamento encoberto pelo design e são muito mais propensos a comprar o produto que está "na moda", do que serem vistos usando um produto mais antigo ou com uma tecnologia menos atrativa (KEEBLE, 2013, p. 15 apud HONORATO, 2017, p. 19).

Esta espécie de obsolescência envolve mais o psicológico do consumidor, tentando criar um desejo no indivíduo em adquirir o produto mais recente, mas não porque ele possui novos recursos ou é mais moderno tecnologicamente, e sim pela necessidade em comprar um novo pelo design ou pelo estilo do produto ser atualizado e esteticamente mais agradável.

O marketing também é um grande aliado nesta obsolescência, pois ele é um dos responsáveis por incentivar o desejo de compra no consumidor, o qual não está mais adquirindo um produto mais avançado, e sim felicidade, mantendo sempre um consumo periódico de novos produtos com meras mudanças cosméticas (HONORATO, 2017, p. 18).

Podendo ser notada tanto no ramo tecnológico, com o lançamento de smartphones que apenas se diferem cosmeticamente, quanto no mercado da moda, esta prática gera diversos prejuízos ao consumidor, já que o valor dos bens vai se tornando cada vez mais depreciado simplesmente pelo motivo de um mais bonito ser lançado no mercado (HONORATO, 2017, p. 19).

Ademais, se distanciando das outras modalidades, esta não deixa os produtos com suas funções prejudicadas ou ultrapassadas, muito menos encurta a vida útil fazendo o bem de consumo parar de funcionar. Ela consiste em usar ferramentas que apenas criem no consumidor a ideia de que aquilo já não está mais na moda e, desta forma, precisa ser substituído por algo mais recente. Apresentados alguns aspectos das obsolescências, vamos abordar no próximo momento como os dispositivos legais podem ser acionados para tratar desses problemas.

2 DISPOSITIVOS LEGAIS EM DEFESA DO CONSUMIDOR

A Obsolescência Programada aproveita a vulnerabilidade fática que o consumidor possui em relação ao fabricante, manifestando-se muitas vezes por meio de vícios ocultos no produto com a finalidade de encurtar a vida útil esperada para aquele bem de consumo, assim ferindo diretamente princípios básicos dos consumidores, os quais estão previstos na legislação brasileira, como o direito à informação, boa-fé e transparência (OLIVEIRA, 2019, p. 8).

2.1 DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) trouxe uma inovação, arrolando a proteção do consumidor junto aos direitos fundamentais, os quais encontram-se positivados no Art. 5º do dispositivo legal.

Art. 5º 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, nos

termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Deste modo, cria-se uma obrigação por parte do Estado para que haja a devida efetivação dos direitos dos consumidores, cabendo ao Poder Público a coibição de excessos e o combate a omissões, seja por meio de legislações ou políticas públicas, tendo em vista também a vulnerabilidade que o consumidor possui em relação aos fornecedores, para que assim seja garantida a sua defesa.

Ainda, o art. 5º, inciso XIV, da Carta Magna, endossado por diversos dispositivos legais do CDC, acabam por garantir ao consumidor o direito básico à informação.

Art. 5º 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, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988).

O artigo 170 do texto constitucional assim dispõe: "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: V - defesa do consumidor" (BRASIL, 1988).

Como visto, considera-se a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica. Sendo assim, o princípio da defesa do consumidor não se limita à proibição exclusiva ou ao conteúdo restritivo da autonomia privada, mas também contém mandamentos que interferem ou promovem a aplicação de preceitos constitucionais.

2.2 DISPOSITIVOS CONSUMERISTAS

Presente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor traz consigo um conjunto de normas que possuem como característica serem de caráter aberto, as quais tem sua interpretação norteada por meio de seus princípios e determinados artigos, como o seguinte, que tem ligação constitucional:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias (BRASIL, 1990).

O artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo visa atender as necessidades dos consumidores, respeitar sua dignidade, saúde e segurança, proteger seus interesses econômicos, melhorar sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo, atendendo a certos princípios, como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, a garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, entre outros (BRASIL, 1990).

Os dispositivos supracitados possuem como objetivo a proteção e a efetivação de direitos básicos dos consumidores, regendo as relações de consumo e as responsabilidades dos fornecedores, impondo prazos, condutas e penalidades.

Com relação à Obsolescência Programada, é pertinente citar o acesso à informação, previsto no artigo 6º, III, do CDC, em consonância ao artigo 5º, XIV, da CF/88, no intuito de garantir que o consumidor tenha acesso às informações acerca do produto ou serviço, seus riscos e demais características.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012 (BRASIL, 2012).

Portanto, é partido do pressuposto de que há uma clara desigualdade entre os sujeitos na relação de consumo, onde geralmente o consumidor tende a ser vulnerável de forma presumida. Destaca-se também que o rol disposto é exemplificativo, ou seja, mesmo que ocorra uma violação que não esteja expressa no artigo 6º do CDC, deve-se levar em conta os princípios que regem o aludido código, onde pode ser possível enquadrá-la.

Nota-se a preocupação do legislador com possíveis defeitos a respeito das informações do bem de consumo, como forma de evitar a insuficiência de dados de utilização do produto, por parte da fornecedora em relação aos consumidores, conforme elencado abaixo:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, **bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos** (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Também sendo possível observar a mesma preocupação no seguinte artigo:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, **bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição** e riscos (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Outros pontos levantados pelo legislador no referido código, são com relação aos vícios, como o de qualidade, que podem estar contidos nos bens de consumo, tanto nos duráveis como nos não duráveis, bem como prevendo nesses casos algumas penalidades a serem aplicadas conforme explanado nos artigos 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, os quais expressam que os fornecedores de serviços e produtos de consumo duráveis ou não duráveis devem responder solidariamente pelos seus vícios de qualidade ou quantidade, os quais venham a torná-los impróprios, inadequados ou que venham a causar depreciação de seu valor, assim garantindo aos consumidores afetados, com os vícios que não forem sanados em até trinta dias, a possibilidade de substituição do produto por outro em plenas condições de uso, devolução do valor pago, incluindo correção monetária, abatimento e perdas e danos (BRASIL, 1990).

Conforme o exposto, é possível observar o foco em garantir que os fornecedores prestem informações claras e precisas acerca dos produtos.

Fazendo um paralelo com a Obsolescência Programada, percebe-se que há uma violação, um vício, nas informações prestadas ao consumidor, mas não por apresentar dados incorretos, e sim por omitir informações cruciais acerca da durabilidade do bem de consumo, o que poderia influenciar na decisão de compra, além do fato de que as fabricantes vêm dolosamente encurtando a vida útil de seus produtos.

Como observado, não há nenhuma previsão explícita acerca da prática da Obsolescência Programada, mas é possível tentar enquadrá-la em certos dispositivos, como no artigo 66 do referido código, que trata sobre a omissão ou a falsidade de dados apresentados ao consumidor:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º Se o crime é culposo; Pena - Detenção de um a seis meses ou multa (BRASIL, 1990).

Também é possível entender esta prática como uma espécie de crime contra as relações de consumo, conforme o artigo 7º da Lei 8.137/90:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa (BRASIL, 1990).

O crime inclusive estava tipificado de modo abrangente no Código Penal (CP) antes do CDC tratar de maneira mais específica, por meio da lei supracitada, a qual dispõe sobre Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo. Analisados os dispositivos legais, apresentaremos no próximo capítulo uma alternativa de enquadramento da Obsolescência Programada de qualidade no Código de Defesa do Consumidor a partir do vício oculto (HUSS; SALOMÃO; COSTA, 2019, p. 72).

3 A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA COMO UM VÍCIO OCULTO

Outro possível entendimento é o de que a Obsolescência Programada pode ser enquadrada como uma espécie de vício oculto, já que ambos os institutos apresentam características em comum, como tratar-se de algo que não é perceptível pelo consumidor no ato da compra e, após um certo tempo de utilização, afetar as funções do produto, de modo a torná-lo impróprio para executar o que dele se espera, causando também perda de valor. Dessa forma, o consumidor que se sentir lesado pela apresentação do vício, teria a legitimidade para litigar em juízo, com fundamentação no citado artigo 18 do CDC, o qual dispõe acerca da responsabilidade dos fornecedores nas situações de vício.

Deste modo, observa-se que a Obsolescência Programada pode constituir uma espécie de vício oculto, mas não exatamente como um todo. Isso porque o vício oculto é um defeito ou falha de fabricação que aparece depois de o produto ter sido usado por um período de tempo. Por exemplo, um carro novo tem peças defeituosas em seu câmbio que vieram instaladas de fábrica, onde tal falha começa a demonstrar-se após alguns meses de uso. A Obsolescência Programada vai além de um mero defeito de qualidade que se manifesta após certo tempo uso, como as espécies já abordadas anteriormente, sendo elas a de funcionalidade e deseabilidade, que acabam por envolver o consumidor com os produtos por meio de marketing e atraso proposital de tecnologia, onde este último inclusive tem como objetivo incluir as "novidades" no próximo

produto da linha e fazer com que o consumidor queira adquiri-lo também (HONORATO, 2017, p. 40).

Um fator relevante a ser questionado é acerca de até quando, qual o limite de tempo para que o consumidor possa invocar o CDC nessa hipótese, o que nos leva ao disposto no artigo 26 do CDC:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - Noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. § 2º Obstat a decadência: I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; II - (Vetado). III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito (BRASIL, 1990).

Como supracitado, o prazo do referido artigo é de 90 (noventa) dias para produtos duráveis, a partir do momento em que o defeito se torna aparente, independentemente de haver garantia contratual. Entretanto, o prazo para se detectar o vício oculto é um tanto incerto, pois as regras do CDC permanecem, até o momento, omissas a esse respeito. No que se refere a caducidade deste direito, o prazo é mencionado no dispositivo legal em questão, em seu parágrafo 3º, onde é expresso apenas que o mesmo inicia-se quando evidenciado o defeito, porém como citado na seguinte obra, o fabricante não pode ficar eternamente responsável pelo conserto:

Isto não quer dizer que os fornecedores (comerciantes, distribuidores, importadores, fabricantes) tenham uma responsabilidade eterna pela qualidade dos seus produtos. É lógico que, como tudo na natureza, os bens de consumo possuem vida útil e sofrem um desgaste normal e previsível com o tempo. Portanto, não estão os fornecedores obrigados a reparar vícios decorrentes do envelhecimento natural das peças. Como o Código de Defesa do Consumidor não fixou um prazo máximo para aparecimento do vício oculto, o critério deve basear-se na experiência comum e durabilidade natural do bem. A doutrina tem denominado que tal forma de contagem de prazo utiliza-se do critério da vida útil. Na prática, se a questão não for resolvida a contento, caberá ao juiz, com o auxílio de peritos, determinar se o vício decorre do envelhecimento do bem ou, ao contrário, de um problema de fabricação (BESSA; MOURA, 2014).

Nesse sentido, foi o entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando do julgamento do Recurso Especial Nº 984.106 - SC

(2007/0207915-3). O relator Ministro Luis Felipe Salomão dissertou que, diferente dos prazos de garantia que tem como objetivo proteger o consumidor de problemas decorrentes da fabricação, o vício é mais profundo, sendo algo que vem à tona em algum momento por falhas de projeto ou resistência de materiais, não tendo ligação com o uso do produto, sendo algo que geralmente ocorre após o período de garantia:

Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então (REsp 984.106/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 20/11/2012).

A doutrina e a jurisprudência consideram a vida útil do produto como um limite temporal deste direito, como ressaltado pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual (REsp 984.106/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 20/11/2012).

Vale ressaltar que a vida útil atingida com a Obsolescência Programada fará com que o fabricante escolha o momento mais conveniente a ela para que o produto apresente o vício ou o defeito, geralmente estando relacionado ao período de garantia. Já quando comprovada a responsabilidade do fornecedor em caso de Obsolescência Programada, o consumidor, em tese, poderia solicitar uma indenização para ressarcimento, reposição do bem e/ou redução de preço, bem como

perdas e danos conforme estipulado no artigo 18 do CDC.

Apesar de não haver nenhuma citação expressa a respeito da Obsolescência Programada no Código de Defesa do Consumidor, por conta de certa similaridade em determinadas ocasiões, como a de defeito de qualidade, torna-se um tanto quanto conveniente e eficaz tentar enquadramento desta prática abusiva como vício oculto, assim embasando-se legalmente para postular em juízo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se observar que a Obsolescência Programada consiste na prática dos fabricantes de diminuir a vida útil de determinado produto, não necessariamente fazendo com que eles quebrem ou apresentem defeitos após certo tempo de uso, mas também podendo fazer com que os consumidores tenham a sensação de aquilo está obsoleto, mesmo que o produto esteja plenamente funcional.

Do ponto de vista econômico, em relação aos fabricantes, foi algo fundamental para que pudessem expandir cada vez mais seus lucros e diminuir os custos de fabricação, já que não tinham mais como objetivo criar e vender bens de consumo de alta durabilidade. Assim, o uso de componentes de baixa qualidade ou de tecnologia ultrapassada tornaram possível a execução desse modelo de negócios altamente lucrativo, principalmente no ramo tecnológico.

A legislação brasileira, até o presente momento, não prevê expressamente dispositivo legal que cite diretamente a Obsolescência Programada, não definindo proteção, proibição ou direitos acerca dessa prática. Entretanto, o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade de vícios de qualidade ou quantidade que venham a manifestar-se no produto, ou seja, os vícios ocultos.

Conforme o conteúdo material do artigo supracitado, é possível realizar o enquadramento como vício oculto, mas somente de uma das espécies de Obsolescência Programada, a de qualidade. Como visto no presente trabalho, nesta obsolescência o fabricante geralmente se utiliza de componentes inferiores, com o fim de que aquele produto tenha uma vida útil muito menor, e apresente defeitos em pouco tempo, preferencialmente após o período de garantia legal.

Os vícios ocultos são defeitos de fábrica que se manifestam no produto após determinado tempo de uso, sem qualquer interferência do consumidor no manuseio do mesmo e, quando isso ocorre, de acordo com o artigo 26 do CDC, o consumidor tem o prazo de 90 dias para efetuar a reclamação em relação a produtos ou serviços duráveis, e 30 dias para os não duráveis.

Deste modo, nota-se semelhança entre a Obsolescência de Qualidade e o Vício Oculto, pois em

ambos ocorre um defeito no produto que independe de qualquer mau uso por parte do consumidor, geralmente após o período de garantia. Ao ser constatado, o consumidor deve reclamar perante o fornecedor para que seja sanado o problema, e transcorridos 30 dias sem solução, deve exigir a substituição por um produto novo da mesma espécie, a restituição do valor pago (o que pode incluir perdas e danos) ou o abatimento proporcional do preço, desde que, conforme entendimento do STJ, o produto ainda esteja dentro do tempo de vida útil esperado para ele.

Já em relação a Obsolescência Programada Funcional e de Desejabilidade, não há quaisquer proteções para o consumidor, pois a funcional ocorre basicamente pela retenção de tecnologia por parte das fabricantes, onde não é possível exigir que as mesmas utilizem somente componentes e peças atualizadas em seus bens de consumo. Na Obsolescência de Desejabilidade, não há quaisquer problemas ou vícios no produto, o que ocorre é uma ação agressiva de marketing que faz o consumidor ter a sensação que o que ele adquiriu não é mais algo atual, mas sim ultrapassado, criando nele um desejo de obter sempre o novo lançamento, mesmo que suas mudanças tenham sido meramente cosméticas.

Ao contrário do Brasil que trata de forma implícita esta prática, sequer citando o termo na legislação, a França é pioneira nesse sentido, já que em 2015 foi aprovada pelo parlamento francês a Lei 429, que institui como delito, explicitamente, a Obsolescência Programada, e definindo com base nas vantagens obtidas pela prática, multa de até trezentos mil euros e até dois anos de prisão. Assim, nota-se que há uma visível preocupação do país em relação a seus consumidores e ao meio ambiente ao instituir a referida lei para combater a Obsolescência Programada.

Já na Holanda, especificamente em Amsterdã, uma Organização Não Governamental (ONG) teve a iniciativa da criação de estabelecimentos *Repair Café* pela região, os quais possuem como objetivo realizar o reparo gratuito de objetos quebrados ou danificados, poupando os consumidores da necessidade de realizar a compra de um novo e, conseqüentemente, diminuindo a quantidade de lixo eletrônico. Em datas específicas, voluntários se reúnem nesses locais para efetuar o conserto de objetos de baixa complexidade, como eletrodomésticos, secadores de cabelo e até mesmo roupas.

Deste modo, entende-se que a Obsolescência Programada é uma prática aviltante também aos direitos difusos e coletivos, em especial, ao direito à saúde e ao meio ambiente preservado e livre de poluentes desnecessários à vida em sociedade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela minha vida, pelas maravilhosas oportunidades proporcionadas e pela força para superar todos os obstáculos.

Aos meus pais, Bernadete Lascoski Ferraz e Fábio Ferraz por todo o apoio e incentivo dado durante essa incrível jornada, que me acompanharam em todos os meus altos e baixos, sendo meu verdadeiro porto seguro.

Aos meus avós, em especial ao Jamil Lascoski, que infelizmente teve sua partida antecipada, mas que sempre esteve ao meu lado acompanhando tudo de pertinho e sempre contando suas incríveis histórias de vida na estrada.

Às minhas poucas, mas verdadeiras amizades que ganhei durante o curso, pela parceria, risadas, lanches e toda a ajuda.

E por último, mas não menos importante, a todos os professores que compartilharam toda sua sabedoria nestes incríveis cinco anos juntos, por toda paciência, disponibilidade e compreensão, vocês fizeram desde então parte de uma das etapas mais importantes de minha vida.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ana. Obsolescência Programada e proteção dos consumidores: abordagem comparada de direito luso-brasileiro. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, n. 2, p. 153-176. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/3171>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. *Manual de Direito do Consumidor*. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BRASIL. Compare os modelos de iPhone. Apple, 2021. Disponível em: <https://www.apple.com/br/iphone/compare/?modelList=iphoneXR,iphone11,iphone12>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em: 16 jul. 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (REsp 984.106/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA,

julgado em 04/10/2012, DJe 20/11/2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em 18 out. 2021.

EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth. Consumo E Obsolescência Programada: Sustentabilidade E Responsabilidade Do Fornecedor. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*. v. 2, n. 2, p. 117 – 135, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/1356/1785>. Acesso em: 05 mar. 2021.

GIL, A.C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002.

HONORATO, Caio Soares. A Obsolescência Programada No Meio Tecnológico-Informacional E Suas Implicações No Direito Do Consumidor: A Responsabilidade Do Produtor/Fabricante. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11322>. Acesso em: 05 mar. 2021.

HUSS, Adriele Cristina; SALOMÃO, Gabriele de Marchi; COSTA, Marcello Pereira. Obsolescência Programada e o direito do consumidor. *Revista Jurídica da UniFil, [S.L.]*, v. 14, n. 14, p. 71-80, jun. 2019. ISSN 2674-7251. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/1063>. Acesso em: 05 mar. 2021.

MAGERA, Márcio. *Os Caminhos do Lixo*. Campinas: Editora Átomo, 2012.

NETO, Ernesto José Francisco; REIS, Chandrélin De Paula Cardoso Dos. Obsolescência Programada: Prática Abusiva em Desconformidade com a Legislação e Princípios Consumeristas. Congresso de Iniciação Científica do UNIFASB, v. 17, n. 1, 2019. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/cic/article/view/392>. Acesso em: 05 mar. 2021.

OLIVEIRA, Bruno Ferreira Brás. Obsolescência Programada e a proteção do consumidor: uma perspectiva jurídica nacional e comparada. 2019. 24 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/28233>. Acesso em: 05 mar. 2021.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A Obsolescência Programada dos bens na pós-modernidade: constante vício por inadequação e prática abusiva que suscitam a efetiva proteção do consumidor e do meio ambiente. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 28, n. 01, p 53-71, jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/27039>. Acesso em: 05 mar. 2021.

***EL REALISMO JURÍDICO REDEFINIDO*, DE RICCARDO GUASTINI: RESUMO E COMENTÁRIOS CRÍTICOS**

***EL REALISMO JURÍDICO REDEFINIDO*, BY RICCARDO GUASTINI: SUMMARY AND CRITICAL COMMENTS**

Thomé Sabbag Neto¹

Em seu artigo "*El realismo jurídico redefinido*", Riccardo Guastini expõe, de forma sintetizada, as principais ideias do realismo genovês, enquanto escola jusfilosófica. As ideias em questão são mais minuciosamente expostas em sua obra "*Interpretare e Argomentare*", já um clássico em teoria da interpretação. A presente resenha crítica se dividirá em duas partes: na primeira, será feito um resumo das ideias centrais do artigo referido; e, na segunda, essas ideias serão objeto de avaliação crítica, tomando-se, agora, como referência, a exposição mais aprofundada e minuciosa que o autor fez delas no livro indicado. A importância desta avaliação crítica se demonstra pelo fato de que a principal noção do realismo genovês – ou seja, a de que a norma é resultado da interpretação, e não seu objeto – já se tornou ciência normal nas teorias e sobretudo na prática jurídica brasileira, o que tem contribuído para o hiperinterpretativismo, o decisionismo voluntarista e outros excessos que comprometem o equilíbrio institucional entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, além de potencialmente lesar o princípio democrático, a partir de certo grau ou limite.

Palavras-Chave: Realismo Jurídico; Interpretação Jurídica; Norma Jurídica; Separação Dos Poderes; Democracia.

In his article "*El realismo juridico redefinido*", Riccardo Guastini summarizes the main ideas of Genoese realism, as a legal-philosophical school. The ideas in question are more thoroughly exposed in his work "*Interpretare e Argomentare*", already a classic in the theory of interpretation. This critical review will be divided into two parts: in the first, a summary of the central ideas of the referred article will be made; and, in the second, these ideas will be the object of critical evaluation, taking, now, as a reference, the more in-depth and detailed exposition that the author made of them in the indicated book. The importance of this critical evaluation is demonstrated by the fact that the main notion of Genoese realism - that is, that the norm is the result of interpretation, and not its object - has already become normal science in theories and especially in Brazilian legal practice, which has contributed to hyperinterpretivism, voluntarist decisionism and other excesses that compromise the institutional balance between the Legislative and the Judiciary, in addition to potentially harming the democratic principle, from a certain degree or limit.

Keywords: Legal Realism; Legal Interpretation; Legal Norm; Separation of Powers; Democracy.

¹ Mestrando em Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Advogado em Curitiba/PR. E-MAIL: sabbag.thome@ufpr.br. ORCID: 0000-0003-0216-1249. LATTES: lattes.cnpq.br/0598633842612737.

1 AS IDEIAS FUNDAMENTAIS DO ARTIGO DE RICCARDO GUASTINI

Segundo a formulação concisa feita pelo autor, o realismo jurídico se define pela conjunção de três teses relacionadas entre si: a) uma tese *ontológica*, cujo objeto é o direito ("Que tipo de entidade é o direito?"); b) uma tese *metodológica*, cujo objeto é a interpretação ("Que tipo de atividade é a interpretação?"); e c) uma tese *epistemológica*, cujo objeto é o conhecimento ("Em que consiste o conhecimento científico do direito?").

1.1. O realismo metodológico é uma teoria cética da interpretação, que, em síntese, afirma que a interpretação – definida como a atribuição de significado aos textos normativos – não é uma atividade *cognitiva*, mas *decisória* (ou *volitiva*).

Guastini distingue duas categorias, nesse particular: a) a *interpretação em sentido estrito*, por sua vez classificável em *interpretação abstrata* (dedicada à atribuição de sentido aos textos normativos, mediante a supressão de sua indeterminação) e em *interpretação concreta* (dedicada à aferição da aplicabilidade ou não de um texto normativo a um caso concreto); e b) a *construção jurídica*, que se dá pela construção de significados, mediante operações intelectuais variadas (criação de lacunas normativas e axiológicas; criação de hierarquias axiológicas entre normas; concreção de princípios; ponderação entre princípios conflitivos; criação e resolução de antinomias; e elaboração de normas consideradas como implícitas etc.), construção essa que consiste em atividade verdadeiramente legislativa, ainda que intersticial.

1.2. O realismo ontológico afirma que o direito não é um conjunto de entidades abstratas (como normas, valores, obrigações, direitos *etc.*), mas um conjunto de fatos de um determinado tipo, restando saber que tipo de fatos é esse. Segundo o autor, há três possíveis respostas para essa pergunta, em nível crescente de profundidade analítico-reflexiva e de acuidade metodológica:

a) O direito como conjunto de *textos normativos*: num primeiro nível, mais superficial (positivismo ingênuo), o direito é um conjunto de fatos linguísticos, por consistir no conjunto de formulações ou disposições normativas. Para Guastini, essa resposta é problemática por *i) não explicar qual é afinal o direito* nos casos, recorrentes, em que um texto normativo pode ser entendido de várias formas; e, portanto, por *ii) tomar uma mera fonte do direito como sendo o direito mesmo*. Guastini reconhece que o mérito desse primeiro nível está em evidenciar que o direito é uma realidade que depende de atos humanos (no caso, de legisladores);

b) O direito como conjunto de *normas*: um segundo nível de análise, que parte da problemática verificada no nível anterior, define direito não mais

como o conjunto de formulações normativas, mas pelo *conjunto de normas que delas se extraem mediante interpretação*. O direito ainda consiste em fatos linguísticos, que, porém, não se referem mais aos textos normativos, mas sim aos atos destinados à sua interpretação, reelaboração ou manipulação criativa. O autor considera essa resposta igualmente problemática, pois, uma vez que há interpretações diferentes em competição entre si, ela *não explica qual é afinal o direito* nesses casos, também recorrentes. Para Guastini, o mérito desse segundo nível está em evidenciar que o direito não depende apenas da atividade legislativa, mas também da atividade interpretativa de juízes e juristas; e

c) O direito como conjunto de *normas vigentes*: por fim, um terceiro nível de análise conduz à compreensão de que o direito é não mais o conjunto inteiro visado pelo nível anterior ("normas", todas), mas um subconjunto dele, integrado pelas normas *efetivamente aplicadas no passado e previsivelmente aplicáveis no futuro pelos órgãos que aplicam as formulações normativas* (Judiciário, Administração Pública etc.). O direito corresponde, aqui, às normas extraídas pelas interpretações *dominantes*, que podem ser identificadas mediante *análise empírica da jurisprudência* (em sentido lato, i.e., não restrita à dos órgãos propriamente jurisdicionais), para a qual, aliás, a *doutrina* contribui de modo relevante. Nesse nível, como no anterior, mesmo as normas "criadas" pelos juízes – e, portanto, talvez formalmente inválidas – constituem o direito.

1.3. Por fim, o realismo epistemológico combina duas ordens de análise: a) primeira: análise da dogmática em si mesma (tese *descritiva*); e b) segunda: análise de como deve ser alcançado o conhecimento genuinamente científico do direito (tese *prescritiva*). O autor esmiúça essas duas ordens do seguinte modo:

a) Doutrina: para o realismo jurídico, a dogmática não pode ser considerada como uma ciência propriamente dita, já que seus discursos não são puramente descritivos e podem não o ser mesmo quando se afirmem como tais. Em grande parte, segundo o autor, a doutrina *interpreta* (em sentido estrito) e *constrói* normas a partir das formulações normativas, elegendo e atribuindo significados a estas últimas, o que evidencia que, ao menos potencialmente, a doutrina *faz direito* ao formular interpretações e criações jurídicas que consistem em diretivas de *sententia ferenda*. Portanto, do ponto de vista realista, a doutrina não é a ciência jurídica, mas objeto da verdadeira ciência jurídica;

b) Ciência jurídica: conforme Guastini, a ciência jurídica em sentido estrito pode assumir três formas diferentes, que aliás se integram entre si, nenhuma das quais, porém, formula enunciados deônticos ("*É obrigatório que p.*", "*É proibido que q.*" etc.). As três formas são as seguintes:

b.1) Interpretação cognitiva: normalmente os juristas fazem interpretações decisórias, elegendo significados para as formulações normativas. Porém, esse tipo de interpretação pressupõe outro, este sim cognitivo, que consiste na identificação dos significados possíveis de um determinado texto normativo, mediante a demonstração da *ambiguidade* das formulações normativas e da *vagueza* das normas. A interpretação cognitiva pode se dar de dois modos: como previsão de como serão interpretadas as formulações normativas, ou como diretiva hermenêutica dirigida aos órgãos de aplicação, mediante a delimitação do horizonte de possibilidades interpretativas corretas²;

b.2) Metajurisprudência (descritiva): trata-se da descrição ou reconstrução das correntes (interpretativas e construtivas, respectivamente) presentes na cultura jurídica em determinado tempo e lugar (seja na doutrina, seja na jurisprudência). Essa contribuição não é marginal, já que o mapeamento das tendências interpretativas e construtivas é logicamente anterior à identificação das tendências prevaletentes ou dominantes e esta, por sua vez, é logicamente anterior à identificação do direito vigente;

b.3) Descrição do direito vigente: trata-se do reconhecimento das normas *efetivamente aplicadas* pelos órgãos de aplicação (jurisdicionais ou não), onde e quando haja normas estavelmente vigentes (na falta das quais a ciência jurídica só poderá explicitar os desacordos interpretativos). Segundo Guastini, a descrição do direito vigente se dá mediante "proposições normativas", expressão que deve ser entendida, simplesmente, como enunciados dotados de valor de verdade ("proposições") relativos a normas ("normativas"). Nesse passo, o autor faz três precisões conceituais: i) quanto à forma lógica das proposições normativas, elas não consistem em enunciados deonticos, mas apenas enunciados existenciais relativos às normas vigentes, pelo que se reduzem à forma "*A norma N integra o ordenamento O*"; ii) quanto às condições de verdade, uma proposição normativa é verdadeira se e somente se é previsível que a norma em questão será aplicada no futuro, geralmente quando já foi efetivamente aplicada no passado; e iii) quanto à dimensão pragmática, as proposições normativas são proposições sobre *atos* (aplicação futura de normas), aliás *contingentes*.

² O autor dá os seguintes exemplos: a) exemplo de interpretação *decisória*: "A disposição D deve ser entendida como expressando a norma N1"; b) exemplos de interpretação *cognitiva descritiva*: "A disposição D pode expressar a norma N1 ou a norma N2" e "A disposição D será provavelmente interpretada no sentido N1 ou no sentido N2"; e c) exemplo de interpretação *cognitiva prescritiva*: "A disposição D só admite as interpretações N1 e N2, nenhuma outra".

³ Nesse sentido, afirma o autor, no *artigo "El realismo jurídico redefinido"*: "*Se puede decir que, entendido de esta manera, el derecho depende de la combinación de dos elementos distintos: (a)*

2 COMENTÁRIOS CRÍTICOS

Guastini, autor do artigo aqui comentado, é o membro da Escola de Gênova com maior notoriedade internacional e influência, tendo sido discípulo do seu fundador (Giovanni Tarello). Porém, as teses defendidas por Guastini são mais moderadas que as teses radicais defendidas por Giovanni Tarello e Pierluigi Chiassoni.

Exemplo disso é a teoria *moderadamente cética* que Guastini parece subscrever, embora com alguma hesitação, quanto à questão da interpretação. A ideia mais tradicional da Escola de Gênova, sob esse tema, é a de que o intérprete *cria* as normas, ao atribuir significado aos textos normativos, uma vez que estes são, segundo entendem tais teóricos, absolutamente indeterminados. Para Guastini, porém, essa tese, apesar de todos os seus méritos em termos de avanço cognitivo em relação às falidas teses do jusnaturalismo e do juspositivismo ingênuo, peca por imoderação. Para ele, o intérprete não cria sozinho as normas, mas *participa do processo nomopoiético, juntamente com o legislador*³.

A solução, de fato, parece mais próxima da verdade: ao considerar que o legislador não tem um papel *nulo* em relação à criação de normas, uma vez que, afinal, os textos normativos oferecem *quadros de significados possíveis*, Guastini evita o exagero de considerar, como alguns autores consideram, que os intérpretes, sobretudo o judicial, *criam as normas a partir de uma indeterminação absoluta de sentido dos textos normativos*, como se estes padecem de um *vazio semântico total*, o que contraria até mesmo o bom senso⁴.

Portanto, o ceticismo moderado quanto à interpretação parece afastar dois extremos igualmente indesejáveis: a) por um lado, o da ingenuidade do positivismo novecentista, que reduz a quase nada a atividade interpretativa judicial; e b) por outro, o da noção contraintuitiva de que os textos normativos são dotados de uma suposta indeterminação absoluta (como se fossem apenas "tinta no papel") e, portanto, o do ativismo judiciário desenfreado que decorre da redução (ou anulação) do papel do Parlamento na construção democrática das normas jurídicas.

Porém, a adesão de Guastini ao realismo cético, no âmbito da interpretação, é vacilante,

la formulación de los textos normativos y (b) su interpretación y manipulación. No hay derecho sin textos que interpretar (primera tesis ontológica), pero tampoco hay derecho (segunda tesis ontológica) sin interpretación y manipulación de tales textos"(p. 34).

⁴ A esse respeito, Libório Hierro diz, com fina ironia o seguinte, no artigo citado nas referências bibliográficas: "*parece que o legislador, ao aprovar um enunciado normativo, não manda, proíbe ou permite nada, não quer dizer nada: se limita a oferecer aos juizes e juristas umas quantas palavras para que eles se entretendam em dotá-las de sentido normativo"*(pp. 217-236).

tensional: em muitos trechos de sua obra, o autor acaba por endossar pressupostos teóricos de um ceticismo mais radical, embora em outros, acabe por recuar e atenuar o sentido forte de tais pressupostos, por sua bem detectada imoderação⁵.

Essa tensão interna ao pensamento de Guastini é bem anotado por Cláudio Ari Mello, no seguinte trecho de seu artigo *O realismo metodológico de Riccardo Guastini*:

O segundo problema refere-se à aparente recusa, especialmente no estágio inicial da elaboração da sua teoria da interpretação, ou ao menos uma persistente e eloquente indiferença do autor em relação à possível existência de enunciados aos quais se possa atribuir um único significado possível, caso em que a atividade de interpretação seria exclusivamente cognitiva. Vimos anteriormente que Guastini não descarta completamente a existência desses casos e por vezes até insinua a sua existência, mas os trata com relativa indiferença, não dedicando uma explanação detalhada sobre situações dessa natureza. Essa posição é, a rigor, coerente com a sua sempre renovada adesão ao realismo jurídico metodológico (2016, p. 223).

Abaixo, tomarei por base a exposição mais minuciosa feita pelo autor em seu livro *"Interpretar e Argumentar"* (todas as citações e indicações de página o terão como referência), para comentar algumas das ideias centrais da teoria realista da interpretação, presentes tanto no livro em questão, quanto no artigo acima comentado.

a) Em sua definição de "interpretação (jurídica)", o autor engloba tanto o verbo "*constatar* (o significado)", como o verbo "*decidir* (o significado)" e inclui, neste termo, tanto essas duas ações (constatar e decidir), que têm o significado em vista, quanto o significado ele mesmo (p. 16).

Nesse trecho, o autor já não pode ser considerado um cético radical, na medida em que concebe como possível que o intérprete simplesmente constate o significado de determinada disposição. Porém, como se verá, em outros trechos ele parece acaba por afastar essa ideia.

b) O autor afirma que interpretar textos normativos significa esclarecer o *conteúdo normativo* de suas disposições e, também, o seu *âmbito de aplicação* (p. 17).

Aqui, Guastini parece afirmar algo incompatível com o ceticismo interpretativo, ao menos em sua feição radical (mas talvez não só): o fato de que os textos *contêm* normas a serem esclarecidas pelo intérprete. Nesse caso, a norma não será *resultado* da

interpretação, mas da atividade legislativa, ao menos potencialmente.

Mais adiante, porém, o autor afirma que "*a norma constitui não o objeto, mas o resultado da atividade interpretativa*" (p. 17). É preciso, porém, decidir: ou há norma antes da atividade interpretativa e essa visa a esclarecê-la, ou há norma apenas depois de finalizada a atividade interpretativa.

Quanto à tese comum do realismo interpretativo de que a norma é o resultado da interpretação, é preciso observar o seguinte: a interpretação (inclusive a judicial) não produz uma *norma*, no sentido técnico de comando obrigatório geral e abstrato, universalmente aplicável *etc.* A interpretação judicial (a mais cogente das interpretações) produz, sobretudo em países de *civil law*, apenas a chamada *norma individual* ou *concreta*, válida para o caso. Portanto, o realismo interpretativo, sendo coerente e levado às últimas consequências, teria como consequência *não haver normas gerais e abstratas*, mas apenas normas individuais, elaboradas casuisticamente, de acordo com o arbítrio do intérprete-aplicador.

Além disso – e justamente por isso –, o realismo interpretativo centrado no papel do Juiz não explicaria a seguinte perplexidade: se não há norma antes da interpretação judicial, então o inadimplemento de uma obrigação não poderia ter sua mora contada desde o vencimento da obrigação, mas apenas desde a data em que o Juiz interpretou os enunciados normativos segundo os quais contratos têm força obrigatória de modo a entender que tais enunciados significam que, de fato, contratos têm força obrigatória. Ora, se não há norma até que um Juiz a constitua "interpretativamente", então, por exemplo, ninguém é obrigado a recolher impostos até que um Juiz interprete enunciados normativos tributários fazendo, só então, supostamente, nascer a norma que estabelece a obrigação tributária em questão; assim, os juros de mora só poderiam incidir a partir do trânsito em julgado da decisão que a declarasse. *Mas não é isso o que acontece*, pois todos sabem – uma vez tornados à vida concreta, desencastelados de pressupostos teóricos abstratos – que somos, sim, obrigados ao recolhimento tributário desde o início da vigência da lei que o estabelece.

c) O autor, citando Tarello, critica a expressão "interpretar normas", dizendo que tal expressão oculta o dado empírico de que diferentes operadores jurídicos afirmam que textos normativos expressam normas diversas, senão até mesmo conflitantes (p. 17).

Ocorre que a pluralidade de interpretações demonstra apenas isto: que há uma pluralidade de

⁵ Comparem-se os seguintes trechos do autor, que bem revelam essa tensão ou hesitação: a) "*a interpretação, não a legislação (em sentido material), aparece como a única atividade produtiva de direito*" (*Das fontes às normas*, p. 235); e b) "*Mas não se pode dizer*

– entendendo-o à letra – que o direito seja criado pelos intérpretes, e por esses apenas". (*Interpretar e Argumentar*, pp. 336-337).

interpretações. Não demonstra que, só porque há interpretações várias ou mesmo conflitantes, que todas elas têm o mesmo valor jurídico-epistemológico, algo como um relativismo epistêmico-hermenêutico. Aliás, dá-se o mesmo no âmbito das ciências naturais: da dificuldade de se encontrar a verdade a respeito de determinado fenômeno *não se segue* que todas as teorias que objetivam explicá-lo têm o mesmo valor epistêmico; ora, muitas delas podem estar *simplesmente erradas*, frequentemente, mostram-se como tais, com o avanço dos experimentos.

O realismo genovês, aqui, parece transformar uma *dificuldade* (a decorrente da interpretação de textos) em uma *prova* de que o texto não contém norma alguma e, pior, de que todas as construções normativas feitas mediante interpretação seriam igualmente válidas, quando evidentemente este não é nem pode ser o caso. Dizer que normas só existem depois da interpretação só porque a interpretação é um processo ocasionalmente difícil (e, portanto, nesses casos, feito diferentemente por diferentes intérpretes) não resolve essa dificuldade: apenas a evita. E pior: essa teoria transforma uma dificuldade real, que mereceria toda atenção para que fosse superada, em um dado supostamente ineliminável que, de quebra, autoriza o arbítrio interpretativo (com privilégio e ênfase para o arbítrio judicial).

Proceder assim, em ciência, consiste em fugir exatamente do problema que se deveria tentar resolver, se é que não se trata de converter o próprio problema na pedra fundamental de uma teoria que somente o agrava, tornando-se cúmplice de seus efeitos nocivos. Um trabalho de ordem *empírico-sociológica* bem poderia entender as coisas desse modo: mas trabalhos *justeóricos* jamais poderiam substituir o seu objeto específico ou subverter as suas finalidades próprias, desistindo da importante e sutil tarefa de aprimorar os mecanismos de interpretação dos textos normativos da forma mais fiel possível ao conteúdo normativo sancionado democraticamente pela via parlamentar.

d) O autor afirma que a interpretação dos textos normativos é como uma *tradução* – no caso, uma tradução intralinguística (p. 24).

De fato. Mas, se é assim, é preciso considerar que a atividade do intérprete é tão pouco arbitrária quanto a do dicionarista, que promove, por definição, incessantes traduções intralinguísticas. A atribuição de caráter *tradutor* à interpretação é frontalmente incompatível com o ceticismo interpretativo radical, já que o dicionarista, longe de poder *escolher voluntariamente* as sinonímias que indicará para cada verbete, está limitado ao *uso social* dos termos e palavras. Do mesmo modo, o juiz há de ler os textos

normativos levando em conta que os termos empregados em suas redações não são absolutamente indeterminados, puras potências que passivamente aguardam o *fiat* judicial, mas sim significantes dotados de sentido convencionalmente estabelecido pela comunidade linguístico-idiomática na qual são empregados.

e) Ao tratar da interpretação “em abstrato” (isto é, dos textos normativos, e não dos fatos de um caso concreto), Guastini afirma que ela identifica as normas *em vigor* (p. 25).

Ora, as normas em vigor, identificadas pela interpretação em abstrato, estão em vigor desde quando? Desde o momento da vigência da lei interpretada? Ou somente a partir da interpretação da lei vigente? No primeiro caso, há norma antes da interpretação; no segundo, nada do que os juízes decidam, em termos normativos, seria exigível antes de suas decisões, o que é absurdo e contraria o que realmente ocorre na praxe. No entanto, o ceticismo interpretativo afirma que não há significado (“norma”) antes da interpretação dos significantes, mas o próprio autor (cético interpretativo) afirma que a interpretação dos textos normativos “*identifica*” as normas “*em vigor*”, o que constitui, no mínimo, uma hesitação significativa.

f) O autor afirma que há três tipos de “interpretação”: i) a interpretação *cognitiva*, que consiste em averiguar os possíveis sentidos de um texto normativo, sem escolher algum; ii) a “interpretação” *decisória*, que consiste em escolher algum dos significados possíveis de dado texto normativo (para o autor, este é o sentido preferencial do termo “interpretação” e geralmente se refere à interpretação judicial); e iii) a “interpretação” *criativa*, que, sendo um tipo específico de “interpretação” decisória, produz autêntica atividade nomopoiética, por consistir na atribuição de um sentido que *não* figura entre os significados possíveis do texto “interpretado” (p. 33).

Porém, se o intérprete pode conhecer os vários sentidos possíveis de um enunciado legal (para depois escolher um deles), por que motivo não poderia ele conhecer um só, quando esse fosse o caso? Como se vê, a afirmação: ou pressupõe que não existem disposições legais dotadas de sentido único⁶; ou, no mínimo, é gratuita, por não explicar o porquê de o intérprete não poder conhecer um sentido, quando reconhecidamente pode conhecer muitos.

Além disso, se o intérprete pode conhecer vários sentidos interpretativos possíveis (quando da chamada “interpretação cognitiva”), então é porque estes de algum modo preexistem à interpretação, o que

⁶ O que não pode ser entendido como sendo o caso de Guastini, já que este, na obra em questão, ao se valer do exemplo relativo ao art. 72 da Constituição Italiana, diz que o Tribunal Constitucional Italiano atribuiu sentido que “*recai claramente fora dos*

significados – de fato: do único significado no presente caso – identificável [sic] no âmbito da interpretação cognitiva” (p. 36).

contrária, novamente, a tese fundamental segundo a qual os textos *não têm* sentidos antes da interpretação.

Então, neste trecho, Guastini afirma a possibilidade de cognição de sentidos já presentes no texto mesmo. Então, se tal possibilidade não é negada, o fato de existirem casos em que a interpretação é "mais difícil" ou "controvertida" não deveria ser considerado como suposta prova empírica de que a norma (sentido) é resultado da interpretação e só passa a existir depois desta, mas apenas como fatos corriqueiros e triviais de que algumas expressões linguísticas são de mais difícil interpretação do que outras, o que não se dá apenas no Direito, mas em toda e qualquer comunicação humana.

g) Ao tratar das ditas "construções jurídicas" ("interpretação criativa"), o autor as define como a atividade de construir, a partir de "normas explícitas" "formuladas pelas autoridades normativas"; normas implícitas, "que nenhuma autoridade normativa jamais formulou" (p. 38).

O uso da expressão "autoridades normativas" é significativo para demonstrar a hesitação que se tem comentado aqui: se se parte da premissa de que as normas são resultado da interpretação (sobretudo ou exclusivamente da interpretação judicial), então o esperado é que se considerasse que autoridades normativas são os intérpretes (especialmente os Juizes), e não os Legisladores. Nesse trecho, portanto, Guastini considera que os Legisladores é que são as autoridades normativas. A expressão final ("normas que nenhuma autoridade normativa jamais formulou") é particularmente interessante, pois faz ver que, para o autor, o Legislador "formula normas", e não apenas "textos/enunciados/disposições". Mas, a levar a premissa cético-realista às últimas consequências, normas só seriam estabelecidas por intérpretes, sobretudo e muito principalmente os judiciais.

h) Quanto à indeterminação do ordenamento jurídico (equivocidade dos textos normativos), o autor a evidencia com base no fato de que os textos normativos são dotados de ambiguidades, complexidades, implicações, defectibilidades e, quando apresentam listas, não se sabe se são elas taxativas ou exemplificativas (pp. 43-47). E, como visto, essa indeterminação linguística seria, para o realismo interpretativo, o motivo pelo qual a norma só se constitui a partir da interpretação dos textos normativos.

Quanto a isso, faço as seguintes considerações:

h.1) Primeira: de fato, a linguagem humana oferece variáveis doses de ambiguidades, vagezas, contradições etc., embora nem sempre seja assim, pois é um dado da experiência – que nenhum requinte teórico pode desmentir – que muitas frases (ditas ou escritas) são *suficiente e proficientemente claras*. Porém, reconheça-se, a indeterminação apontada pelo ceticismo interpretativo existe, o que desautoriza a noção simplista e ingênua de que o Juiz é a mera "boca da lei", aos moldes da escola exegética e do positivismo ingênuo. Ora, é também um dado da experiência que a linguagem humana trivial e a linguagem técnico-legislativa não são dotadas da precisão que é alcançada, com excelência, pela linguagem lógico-matemática. Seja como for, a primeira consideração é esta: há muitos dispositivos de lei claríssimos, com sentido evidente, unívoco e perfeitamente compreensível por qualquer pessoa, de modo que, no mínimo em relação a eles, a tese cética não poderia ser aplicada sem generalizações ilícitas.

h.2) Segunda: mesmo quando o texto normativo não é claro, isso não se deve, em todos os casos, a uma característica inevitável e necessária da linguagem humana. Em um grande número de exemplos dados pelo autor – de insuficiências ou deficiências na linguagem legislativa – bastaria que a técnica redacional fosse mais proficiente⁷, pois, em muitos casos, isso é, sim, plenamente possível e, se não acontece, é apenas por descuido do Legislador. Portanto, a equivocidade decorrente do mau uso da língua não exige, per se, modificações jusfilosóficas na compreensão intuitiva de que a atividade legislativa produz, sim, normas, noção essa que pode – e deve, ao máximo – ser blindada, em nome do princípio democrático.

Exemplos dados pelo autor: i) "O homem e a mulher têm direito de contrair matrimônio" (art. 12 da Constituição Espanhola). Com acerto, Guastini observa que esse texto pode significar que casamento só pode ocorrer entre homem e mulher, mas pode significar, também, que tanto homens, quanto mulheres, podem se casar, com quem quer que seja, seja de que sexo for. Nesse caso, porém, bastaria que o Constituinte espanhol tivesse redigido com mais proficiência (clareza e precisão), o que constitui performance linguística exigível até mesmo em nível médio de educação: a técnica de eliminação de ambiguidades. Tivesse o Constituinte espanhol escrito "Homens e

⁷ O autor demonstra ter consciência de que, em muitos casos, é possível reduzir fortemente a indeterminação, não só nos casos de equivocidade (o que é trivial), mas até mesmo nos casos de vagueza: "A vagueza (a open texture, a trama aberta) – diferentemente da equivocidade – é uma propriedade objetiva da linguagem, e não apenas da linguagem jurídica: todos os predicados em sentido lógico compartilham (ao menos potencialmente) essa propriedade. A vagueza não depende, assim,

das técnicas interpretativas ou das dogmáticas: **ela não pode ser eliminada (ainda que possa ser reduzida por meio de definições)**" (p. 57, com grifos nossos). Ou seja, se mesmo o caso mais difícil da vagueza já admite redução mediante definições, com maior razão o caso de um sem-número de exemplos dados pelo próprio autor, de equivocidade, admite às vezes eliminação, às vezes redução, pelo mero bom uso da linguagem.

mulheres têm direito de contrair matrimônio, assim entendido o vínculo conjugal entre pessoas de sexos opostos" ou "Homens e mulheres têm direito de contrair matrimônio, assim entendido o vínculo conjugal entre duas pessoas, independentemente do sexo", e já não haveria qualquer dificuldade interpretativa; ii) para o autor, listas constantes de textos normativos oferecem dúvida quanto ao seu caráter taxativo ou exemplificativo, o que só é verdade nos casos em que o Legislador deixa de aplicar a facílma e sempre disponível técnica de apor, à lista, o advérbio "somente" (se se tratar de rol taxativo) ou expressões do tipo "dentre outros/dentre outras" (caso se trate de rol exemplificativo)⁸.

h.3) Terceira: mesmo nos casos em que a eliminação da ambiguidade não é linguisticamente possível, é preciso reconhecer o seguinte: a indeterminação linguística em questão não acomete apenas os textos legislativos, mas também, e com muita frequência, os textos judiciais. Não fosse assim, nada explicaria a previsão – legislativa ela mesma – dos Embargos de Declaração (art. 1.022 do CPC), enquanto recurso destinado à supressão de omissões, contradições e obscuridades. Então, também as decisões judiciais padecem de ambiguidades, vagezas *etc.* Sendo assim, fica a seguinte questão: se a indeterminação linguística *das leis* joga "para frente" o nascimento da norma, isto é, ao momento da *interpretação judicial das leis* com vistas à sua *aplicação* (como quer o realismo interpretativo), então por que motivo a indeterminação linguística *das decisões judiciais* também não o joga "para frente", ao momento da *interpretação administrativa das decisões judiciais* com vistas ao seu *cumprimento*? Evidentemente, não se pode defender que isso seria desnecessário só com o argumento de que decisões judiciais são mais minuciosas, longas e explicativas do que as leis, o que as tornaria imunes à indeterminação linguística. Qualquer experiência com a praxe jurídica, por menor que seja, já dá a qualquer um acesso a uma miríade de exemplos de decisões judiciais incompreensíveis, contraditórias, vagas, omissas *etc.* e, de outro lado, leis claríssimas, de sentido único evidente *etc.* Ora: i) que dúvida poderia haver quanto ao sentido do art. 22, I, da CR, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre direito penal? ii) qual seria a dificuldade de se apreender imediatamente e com facilidade o sentido preciso do art. 1.003, § 5º, do CPC, segundo o qual, com exceção dos Embargos de

Declaração, o prazo para a interposição de qualquer outro recurso é de quinze dias? iii) que outros sentidos podem existir no art. 82 da CR, segundo o qual o mandato do Presidente da República é de quatro anos e se inicia em 1º de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição? É evidente que estes exemplos, dentre tantos outros, não tornam inexistentes os dispositivos legais, também havidos em profusão, dotados de grande coeficiente de abstração e densidade axiológicas, a demandar, por isso, atos interpretativos. Isso significa que, no fim das contas, o realismo interpretativo pretende remediar a linguagem humana por meio do uso da própria linguagem humana, o que parece consistir em uma empreitada metodologicamente inconsistente.

h.4) Quarta: independentemente de se era ou não possível a eliminação da ambiguidade em determinado texto normativo, uma vez que ele esteja vertido em redação truncada, genérica, vaga *etc.*, será sempre possível que sua aplicação judicial seja feita de modo a alcançar fins eventualmente diversos daqueles antevistos e almejados pelo Legislador. Faz parte da dinâmica social humana, imperfeita que é, que tais coisas aconteçam. Mas isso não exige que, só porque é assim, retroativamente se passe a conceber que a norma só passou a existir depois da interpretação-aplicação; é perfeitamente possível que se sustente, sendo-se verdadeiramente realista, que, como todo fenômeno humano, a criação e a aplicação do Direito são processos imperfeitos. É mais razoável que se defenda que i) havia, sim, uma norma x antes da interpretação-aplicação do seu dispositivo pelo Judiciário e que ii) este interpretou o dispositivo em questão como tendo estabelecido a norma y, o que consistirá apenas num descompasso entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, decorrente de um mal-entendido linguístico (quando não de coisa pior). Não é preciso jogar fora a força normativa dos resultados da atividade legislativa, postergando-a para o momento pós-interpretativo e reduzindo a função do Legislador à de apenas "jogar tinta no papel". Dizendo o mesmo de outro modo: é uma falácia do tipo *non sequitur* sustentar que a norma só nasce depois da interpretação-aplicação dos textos normativos só porque há mal-entendidos linguísticos entre Legislativo e Judiciário. Uma coisa não implica a outra necessariamente, razão pela qual a mera existência de desacordos semântico-normativos entre dois Poderes não constitui prova da tese realista, que deverá ser provada com base em outros argumentos.

⁸ Aliás, o próprio autor, no item 2 do capítulo 3 da parte 1 (pp. 47-49), trata exatamente da falta que o advérbio "somente" faz, não só nos dispositivos integrados por listas, mas também por enunciados do tipo "São eleitores todos os cidadãos" (art. 48, *comma* 2, da Constituição Italiana). Diz o autor que esse enunciado pode ser interpretado como não tendo o "somente" (como de fato não tem) – de modo a significar que estrangeiros e apátridas podem ser considerados eleitores pela lei ordinária – ou como tacitamente

tendo o referido advérbio – de modo a significar que a lei ordinária, se considerasse estrangeiros e apátridas como eleitores, seria inconstitucional. Porém, a própria problemática interpretativa exposta pelo autor nessa parte demonstra que, se a redação legislativa fosse feita com maior cuidado e proficiência linguística, a problemática simplesmente não existiria nesses casos.

h.5) Quinta: por fim, o que parece estar na origem da relação feita pelos céticos entre "equivocidade dos textos normativos" e "gênese das normas pós-interpretação" é o *encurtamento da análise temporal do fenômeno complexo de criação e aplicação do Direito*. Explico-me: o âmbito cronológico da análise cética parece entender que a aprovação de uma lei pelo Parlamento é o *início* (e só o início) do processo nomopoiético e que as decisões judiciais que a interpretam (sobretudo se sedimentadas em jurisprudência firme) constituem o seu *fim*. Porém, esse é um recorte cronológico arbitrário e, aliás, bastante estreito: i) de um lado, mesmo antes da aprovação da lei, o Parlamento levou em consideração consensos e dissensos sociais, decisões judiciais e seus efeitos, travou discussões político-democráticas, procurou a redação que mais claramente expressasse o resultado deliberativo *etc.*; ii) de outro, mesmo após a jurisprudência definir de forma estabilizada o sentido da lei, é plenamente possível que o Parlamento, em reação à jurisprudência, edite nova lei, dessa vez apontando para *outro* sentido, que *não* aquele anteriormente definido pelos Tribunais. Tudo isso indica que tanto o Legislativo, quanto o Judiciário (e não só eles, como também o Executivo e a própria sociedade de um modo geral), participam do processo complexo, dinâmico e permanentemente tensional de construção e agregação de sentido às fontes jurídicas. Assim, o menoscabo ao texto normativo, consistente em tratá-lo como um mero material preliminar, brutíssimo e destituído de caráter normativo que lhe seja ínsito, encerra no máximo uma meia-verdade: i) se é verdade que, do ponto de vista da *aplicação judicial do Direito*, o texto legal é "apenas o início", pois o Juiz ainda deverá proceder à dupla interpretação (dos textos legais e dos fatos do caso), ii) não é menos verdade que *um texto normativo é o resultado (o "fim") de um longo processo de debates sociais e parlamentares sobre valores a serem institucionalizados normativamente*. Portanto, é preciso ampliar o horizonte cronológico de análise: um texto de lei só é o começo caso se leve em conta apenas os *casos judiciais* (mas o fenômeno jurídico é muito mais amplo do que isso, como se sabe). Caso se considere a dinâmica sociojurídica *como um todo*, ver-se-á que o texto é também o resultado final de um outro processo integrado por múltiplas interpretações e tomadas de posição quanto a valores. E isso é mais do que uma simples potência linguística indeterminada e, claro, muito mais do que nada. De outra parte, como visto, a decisão judicial também não é o "fim" derradeiro da "história da norma": sem contar a possibilidade trivial de reforma de uma decisão judicial por outra, fato é que, depois da decisão que afinal se estabilizar, novos atos legislativos poderão ser editados, dessa com sentidos diferentes ou mesmo antagônicos ao judicialmente adotado. Portanto, a conclusão que parece mais razoável e realista é a seguinte: as normas

jurídicas (significado dos textos) são definidas de forma compartilhada (mas com primazia do Poder Legislativo, por sua legitimidade democrático-material) e o aperfeiçoamento de seu sentido se dá através de diálogos institucionais e, também, de reações entre os Poderes e mesmo da sociedade (*backlash*).

i) Diz o autor: "*Aliás, toda construção dogmática – além de orientar a interpretação – é uma matriz de normas 'não formuladas', que se pretendem implícitas no ordenamento, apesar de não terem sido formuladas por nenhuma autoridade normativa, tendo sido, ao invés, elaboradas pelos intérpretes mediante os mais variados procedimentos argumentativos, logicamente não vinculantes*" (p. 54).

Duas considerações são relevantes quanto a esse trecho: i) primeira: o autor diz que construções dogmáticas *orientam* a interpretação (e não que *são* interpretação elas mesmas); portanto, parece que, ao menos nesse trecho, a interpretação, para o autor, é mesmo aquela feita apenas pelo Juiz (por seu caráter autoritativo), e não também pela doutrina, o que, porém, é contrário à defesa que os realistas interpretativos sempre fazem, quando se lhes objeta que, se a interpretação é só judicial e se a interpretação cria a norma, então os Juizes é que criam normas e as aplicam retroativamente, por absurdo; e ii) segunda: novamente, o autor se vale da expressão "autoridade normativa" para se referir ao *Legislador*, como já comentei acima em outro trecho idêntico.

CONCLUSÃO

Após a análise dos principais argumentos de Riccardo Guastini, pôde-se chegar conclusivamente aos apontamentos críticos formulados no capítulo anterior, embora todos ainda muito ligeiros e iniciais, relativamente às ideias fundamentais do realismo cético quanto à interpretação e à norma jurídica. A procedência de tais críticas – embora verossímil –, a naturalmente de ser aferida com os aprofundamentos teóricos necessários para a tarefa.

Mesmo assim, parece já possível concluir-se, com Hart, que "*O formalismo e o ceticismo em relação às normas são a Cila e a Caribde da teoria do direito; são grandes exageros, saudáveis quando um corrige o outro, e a verdade está em algum ponto entre eles*". E, de fato: o realismo cético, levado às últimas consequências, inevitavelmente desemboca em um perigoso decisionismo arbitrário e voluntarista (insuscetível de controle racional, portanto).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2021.

CHIASSONI, Pierluigi. Técnica da interpretação jurídica: breviário para juristas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ECO, Umberto. Os limites da interpretação. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. El realismo jurídico redefinido. Revista Brasileira de Filosofia. São Paulo, v. 240, ano 62, pp. 26-42.

GUASTINI, Riccardo. Interpretar e argumentar. 2. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HIERRO, Libório L. Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovês desde el realismo jurídico al constitucionalismo. In: BELTRAN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B. (editores). El realismo jurídico genovês. Madrid: Marcial Pons, 2011b, pp. 217-236.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Positivismo jurídico lógico-inclusivo. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo constitucional e democracia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARMOR, Andrei (edit.). Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. O realismo metodológico de Riccardo Guastini. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 113, pp. 187-244, jul./dez. 2016.

TEXTOS DE OPINIÃO

PIRATARIA: 173 MIL POSTOS DE TRABALHO POR ANO DEIXAM DE SER CRIADOS

Estamos diante de uma realidade cruel, em que bilhões de reais são movimentados na ilegalidade, inclusive pelo crime organizado. São recursos que poderiam ser investidos numa melhor qualidade de vida à população, por meio de programas sociais, de educação, de saúde, mas que são desviados pelo mercado ilegal.

Segundo levantamento da Oxford Economics, se considerarmos apenas o contrabando de cigarros aqui no Brasil, deixamos de criar 173 mil postos de trabalho por ano. Se não bastasse todas as mazelas enfrentadas pelo país nos últimos anos, sobretudo pela crise sem precedentes ocasionada pela pandemia de Covid-19, presenciamos a prosperidade da pirataria, tão nociva para o Brasil em todos os sentidos possíveis.

Um relatório realizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) mostrou que estamos entre os 16 países do mundo mais afetados pela pirataria e outros crimes relacionados à propriedade intelectual. Estima-se que, no ano de 2021, mais de 2 bilhões e 600 milhões de produtos falsos foram apreendidos dentro de nossas fronteiras. Desses, mais de 3,3 milhões são de itens de telecom, apreendidos por falta de homologação pela Anatel.

Em 2020, as perdas foram ainda maiores. Segundo dados do Fórum Nacional Contra a Pirataria e a Ilegalidade, o Brasil perdeu naquele ano cerca de R\$ 288 bilhões para o mercado ilegal. O valor é a soma das perdas registradas por 15 setores industriais e a estimativa dos impostos que deixaram de ser arrecadados. Entre esses produtos, estão roupas, perfumes, remédios, plataformas de streaming, tv a cabo, cigarros e celulares.

Num país com dimensões continentais como o nosso, a dificuldade de se controlar fronteiras é uma realidade que obsta a solução desses problemas. Mas, dentre as soluções possíveis, podemos contar com a educação e a propagação da informação, ferramentas que se mostram bastante eficazes para melhorar esse cenário, mesmo que os resultados venham a longo prazo. Vale ainda registrar que, de forma imediata, podemos atuar em reformas estruturais, principalmente na área tributária, incentivando quem produz dentro da legalidade. Dessa forma, poderemos promover um melhor ambiente de negócios, gerando mais empregos e aumentando a renda do trabalhador brasileiro.

Existe desinformação por parte da população quanto aos produtos comercializados com o preço mais baixo. As pessoas compram sem questionar o valor

ético por trás dessa compra. Essa é uma prática já enraizada na nossa sociedade. Existe uma certa "aceitação" por esse produto, sem a preocupação de todos os malefícios que estão ocultos, na pirataria, no contrabando e em tudo mais que isso possa representar, tanto para a economia, quanto para a sociedade.

A comercialização crescente desses produtos ilegais no mercado afeta uma grande fatia da indústria nacional, prejudicando o crescimento econômico do país e consequentemente a geração de emprego e renda.

No Rio de Janeiro, um levantamento do IFec-RJ – Instituto Fecomércio de Pesquisas e Análises – mostrou que quase oito em cada dez pessoas admite ter comprado algum produto pirata ao longo da vida e, ainda mais, 77,9% da população fluminense também admite já ter comprado. São números bastante expressivos!

É preciso medidas enérgicas, com a soma de esforços que vão, desde a realização de campanhas e a disseminação de informações ao público, a operações efetivas de autoridades, seja em torno de produtos piratas, contrabandeados ou ilegais, conscientizando e mudando conceitos enraizados na sociedade em torno dessa grande ameaça que nos rodeia há tanto tempo.

Irini Tsouroutsoglou¹ é presidente do Conselho Empresarial de Competitividade, Ambiente de Negócios e Agronegócio da Associação Comercial do Rio de Janeiro (ACRJ).

¹Presidente do Conselho Empresarial de Competitividade, Ambiente de Negócios e Agronegócio da Associação Comercial do Rio de Janeiro (ACRJ).

RELATOS DE EXPERIÊNCIAS

DEIXA EU DIZER QUE TE AMO

Esta é a história de um pai e sua filha, na visão de uma mediadora, em um recorte de algumas horas de suas vidas em conflito. Na capa do processo, única informação disponível para aquela mediação judicial (de forma remota), estavam o nome dos mediados, de seus advogados e o tema para a sessão: desoneração de alimentos solicitada pelo pai em relação à filha que atingira a maioridade.

Como de praxe, recepcionei os mediados e seus advogados e fiz os esclarecimentos iniciais em forma de conversa de abertura, com a intenção de deixar todos à vontade num ambiente de informalidade. Após esclarecer as dúvidas e todos concordarem em participar da mediação, a palavra foi aberta.

O pai iniciou sua fala explicando que estava com dificuldades no pagamento dos alimentos, principalmente em razão da pandemia e por ter outra filha menor, decorrente de um novo relacionamento. E, em razão da maioridade da filha, entendia que ela poderia trabalhar para obter seu próprio sustento.

Em nome da filha falou sua advogada, dizendo que a cliente não estava confortável em falar. Informou ao pai que a mesma estava cursando a faculdade de direito há alguns meses, e mesmo com a bolsa obtida o valor das mensalidades eram superiores ao valor dos alimentos, razão pela qual a continuidade de seu pagamento era essencial para sua manutenção.

Após os resumos do que tinha sido dito, o advogado do pai solicitou uma conversa reservada com seu cliente. O pai voltou da conversa dirigindo-se diretamente à sua filha, que parecia muito contrariada; seja pelas expressões faciais, seja pela atitude de ter sua fala representada pela advogada (embora na conversa de abertura se enfatize que a mediação é um momento em que os mediados são os protagonistas e tem liberdade de falar em um ambiente protegido pelo manto da confidencialidade). Ele expôs que desconhecia o fato de ela ter sido aprovada no vestibular; que tinha orgulho da filha; que desistiria do processo; e completou dizendo que "um pai tem o dever de auxiliar os filhos mesmo quando não tiver mais obrigação" (legal). Com a concordância de todos, a ata de mediação frutífera foi redigida, e o termo lido, no único momento em que a sessão é gravada para registro da anuência dos presentes.

Ao fim da sessão, perguntei aos presentes se gostariam de dizer mais alguma coisa, e o pai, visivelmente emocionado disse à filha que, apesar da relação difícil com a ex-esposa no passado, agora que teria mais independência, gostaria que ela viesse visitá-lo regularmente, pois tinha saudades do seu

convívio. Neste momento, a filha, que esteve em silêncio durante toda a sessão, se manifestou: "Eu não sou a minha mãe. E você também pode me procurar. Sabe onde moro". O pai, com a voz embargada, então falou: "Eu te amo minha filha!". Fez-se silêncio, e as partes se desconectaram, mas antes foi possível perceber todos os presentes com lágrimas nos olhos.

Durante todos os anos de trabalho como advogada em processos judiciais, que já somam mais de duas décadas, jamais algo parecido ocorreu, e realmente o processo como formatado pelo CPC, sem qualquer demérito, tem um rito muito objetivo para atingir sua finalidade, o que não permite um ambiente para momentos como este, e para a expressão de sentimentos pelas partes. Na mediação, a oportunidade de esclarecer o que estava obscuro, de dizer o que se sente, de ouvir o que não se sabia, com liberdade, sem julgamentos, informalidade, imparcialidade e respeito à autodeterminação das partes, propicia a facilitação do diálogo e talvez crie uma centelha para que a transformação do relacionamento entre as pessoas possa ocorrer.

O título da canção "Deixa eu dizer que te amo", de Roberto Carlos, eternizada na voz da intérprete Marisa Monte, reflete este lindo momento oportunizado pela mediação, e uma frase que, talvez, traga uma nova possibilidade de reescrever a história entre pai e filha, a ser construída a partir desta nova perspectiva.

Viviane Duarte Couto de Cristo¹

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Especialista em Administração Pública pelo Centro Universitário do Brasil – UNIBRASIL. Mediadora Judicial, Conciliadora do CEJUSC Araucária,

Advogada, Professora e Coordenadora do NPI da Faculdade Nacional de Educação e Ensino do Paraná – FANEESP. E-MAIL: vivianeduardtecristo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9057-3034>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9328608690102866>.